

## 12. Il diritto penale italiano nei confronti dei crimini di guerra: analisi di sentenze.

È interessante analizzare alcune sentenze degli anni quaranta e cinquanta, per comprendere a quale tipo di cultura giuridica diffusa gli inquirenti militari facessero riferimento nel valutare situazione ed avvenimenti in qualche misura “nuovi”, che richiedevano cioè una articolata e complessa capacità di valutazione, in grado di tenere conto sia degli specifici caratteri di “guerra ai civili” che aveva assunto la seconda guerra mondiale, sia del carattere più propriamente ideologico della condotta bellica del nazismo. Si tengano presenti, da questo punto di vista, le contraddizioni ed i limiti del diritto internazionale umanitario (vedi più avanti l’apposito paragrafo), sia i caratteri dell’organizzazione della magistratura militare dell’epoca, strettamente legata ad una dipendenza gerarchica dal Ministero della guerra (poi della Difesa) e ad una forte contiguità strutturale e culturale con le forze armate. Inoltre quasi tutti i giudici delle corti militari avevano completato, o iniziato, la propria carriera durante il ventennio fascista: doveva essere quindi particolarmente arduo, per loro, liberarsi da vincoli e motivazioni ideologiche alle quali erano stati legati fino a pochi anni prima.

Fatta questa premessa, abbiamo deciso di concentrare la nostra analisi su tre sentenze: quella del processo per le Fosse Ardeatine, contro Herbert Kappler più cinque, quella del processo contro il capitano Joseph Strauch, responsabile sul campo di uno dei più efferati eccidi commessi da truppe tedesche in Italia, nel palude di Fucecchio, quella nel procedimento contro Walter Reder, che chiude, in pratica, anche in Italia la stagione dei processi.

La sentenza per le Fosse Ardeatine

La sentenza<sup>302</sup> fu pronunciata il 20 luglio 1948 dal Tribunale militare di Roma, presieduto dal generale di brigata Euclide Fantoni, mentre giudice relatore era il tenente colonnello G. M. Carmelo Carbone; sul banco degli imputati erano il tenente colonnello Herbert Kappler e altri cinque ufficiali e sottufficiali delle SS: Borante Domizlaff, maggiore, Hans Clemens, capitano, Kurt Schutze, maresciallo ordinario, Johannes Quapp, maresciallo capo, Karl Wiedner, sergente maggiore (in istruttoria

---

<sup>302</sup> In fase di acquisizione da parte della Commissione Parlamentare d’Inchiesta, può comunque essere consultata sul sito <http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/CriminiGuerra/Kappler+Herbert/02sentenza631.htm>. Essa è inoltre pubblicata integralmente in appendice ad Attilio Ascarelli, *Le Fosse Ardeatine*, Roma, Edizioni A.N.F.I.M., 1984<sup>3</sup>, e a questa pubblicazione si riferisce la numerazione delle pagine citata nel testo.

era stato stralciato il procedimento contro altri due partecipi alla strage, il capitano Schutz ed il capitano Priebke, p. 174).

Ricordiamo che quando fu pronunciata la sentenza corti militari britanniche avevano già processato e condannato a morte, per lo stesso episodio, con sentenza successivamente commutata in ergastolo, i generali von Mackensen, comandante della XIV armata, e Maeltzer, comandante della piazza militare di Roma, nonché il feldmaresciallo Kesselring, comandante in capo per il fronte Sud-Ovest.

Il processo presentava aspetti molto delicati: si trattava del primo “grande” processo tenuto presso un Tribunale militare italiano, per un episodio sicuramente fra i più gravi tra quelli avvenuti in Italia, ma per il quale la condanna dei tre generali, considerati gli ideatori del massacro, consentiva alla difesa di poter battere con forza il tema dell’obbedienza agli ordini, dipingendo Herbert Kappler solo come un esecutore di ordini severissimi, la cui origine veniva fatta risalire a Hitler stesso. Inoltre il massacro si presentava non come una strage indiscriminata (sul modello di molte che seguiranno, da Sant’Anna di Stazzema a Marzabotto), con l’uccisione di donne e bambini, ma come una rappresaglia, o repressione collettiva, nella quale erano state selezionate alcune categorie specifiche di persone – tutti di sesso maschile – rispetto alle quali il diritto internazionale non era uniforme ed esplicito nel vietare azioni di rappresaglia che potessero, in determinate circostanze e con alcune garanzie, anche assumere la forma di soppressione di ostaggi.

Infatti le convenzioni dell’Aja del 1899 e 1907 erano del tutto inadatte a regolamentare le prassi della guerra globale del Novecento, nonostante fossero state aggiornate fra le due guerre con 4 convenzioni ulteriori, che però si concentrarono soprattutto sulla maggior tutela dei prigionieri di guerra (convenzione di Ginevra del 1929). Il preteso “diritto” alla rappresaglia si basava su un’interpretazione estensiva dell’art. 43 della convenzione dell’Aja del 1907, che richiedeva all’occupante di mantenere l’ordine pubblico: tale articolo veniva richiamato, soprattutto dal diritto militare tedesco, per giustificare la rappresaglia (esplicitamente vietata dagli artt. 46 e 50 della stessa convenzione dell’Aja), in base ad una presunta lacuna su tale punto, che sarebbe stata colmata dal diritto consuetudinario.

Tale interpretazione era fatta propria dal manuale di diritto di guerra scritto nel 1942 dal giurista Waltzog, incaricato delle questioni di diritto internazionale della sezione giuridica del Comando supremo tedesco, molto utilizzato anche dal gruppo di armate C di Kesselring; essa tuttavia veniva condivisa anche da alcuni giuristi inglesi, americani ed italiani, che consideravano la rappresaglia lecita, sia pure ad alcune condizioni, in teoria condivise anche dai tedeschi: la notificazione in anticipo, la proporzionalità, ed un ordine proveniente almeno da un comandante di divisione.

Degno di nota è anche il fatto che, secondo le convenzioni dell'Aja, una formazione partigiana, per godere delle garanzie che tutelavano, almeno sulla carta, i combattenti legittimi, doveva evidenziare una qualche forma di distintivo che permettesse di individuare chiaramente i combattenti, avere una chiara struttura gerarchica interna, portare le armi in maniera ben evidente e non camuffata, osservare il diritto di guerra: condizioni che ben raramente potevano ritrovarsi nella guerra per bande.

Fatte queste premesse, non è da stupirsi se la sentenza del Tribunale militare di Roma alterni momenti di lucida analisi dei fatti e delle circostanze ad altri nei quali è percettibile l'imbarazzo dei giudici nel cercare di motivare — secondo il diritto dell'epoca - una condanna niente affatto scontata: il Tribunale valutò che “nel marzo 1944 il movimento partigiano aveva assunto proporzioni di largo rilievo ed una discreta organizzazione, ma non aveva ancora acquistato quella fisionomia atta ad attribuirle la qualifica di legittimo organo belligerante”; di conseguenza, “l'attentato di via Rasella, qualunque sia la sua materialità, è un atto illegittimo di guerra per essere stato compiuto da appartenenti ad un corpo di volontari il quale, nel marzo 1944, non rispondeva ad alcuno degli accennati requisiti” necessari a definirlo “atto di guerra materialmente legittimo”, secondo l'art. 1 della Convenzione dell'Aia del 1907 (p. 161). Tuttavia se, secondo i criteri giuridici sopra riportati, “lo stato occupante [la Germania, ndr] aveva il diritto di agire in via di rappresaglia” (p. 163), tale non poteva essere considerata la fucilazione delle Fosse Ardeatine. Perché la rappresaglia fosse legittima, infatti, doveva essere applicato un criterio di proporzionalità all'atto illecito, ed inoltre “un limite generale esiste per la rappresaglia ed è dato dal divieto di non violare con essa quei diritti che sanzionano fondamentali esigenze” (162). Tuttavia quest'ultima considerazione, che poteva portare il Tribunale militare di Roma a valutare determinati atti alla luce di quella nuova categoria di “crimini contro l'umanità” che era stata abbozzata nel corso del processo di Norimberga contro i principali responsabili nazisti.

Va ricordato che dal 14 novembre 1945 al 1° ottobre 1946 si era celebrato a Norimberga il processo contro i vertici politici e militari del regime nazista. Il processo si basava sull'elaborazione giuridica di genocidio operata dal giurista americano Lemkin nel 1944, e la dichiarazione costituiva del Tribunale Militare Internazionale (accordo di Londra dell'8 agosto 1945) prevedeva tre principali capi d'imputazione: crimini di guerra, crimini contro la pace e crimini contro l'umanità. Veniva così infranto il dogma della sovranità dello Stato, e si lasciava al tribunale la libertà di non considerare circostanza attenuante l'obbedienza agli ordini. Davanti all'obiezione che in tal modo non si teneva conto di un fondamentale principio di civiltà giuridica — la non retroattività della legge (*nullum crimen, nulla poena sine*

*lege proevia*) - ci si richiamava al diritto consuetudinario o naturale: il giudice americano Jackson poteva così affermare: “noi proponiamo di punire gli atti che sono stati considerati come crimini fin dal tempo di Caino e si trovano indicati come tali in ogni codice civile”. Si trattava, in altre parole, di una “limitazione del principio di legalità mediante l’etica [*che*] consacrava il diritto naturale come un diritto sovralegale, un diritto della ragione”<sup>303</sup>. La Risoluzione delle Nazioni Unite n. 95 del 10 dicembre 1946 confermò i principi di Norimberga, così come la carta del Tribunale Militare Internazionale di Tokyo contro i criminali giapponesi del 19 gennaio 1946, e la sua sentenza del 12 novembre 1948. Le norme di Norimberga furono quindi applicate in tribunali di più di dieci nazioni: in complesso circa 11.000 imputati furono condannati.

Niente di tutto ciò, a parte il rapido accenno sopra citato, è dato ritrovare nella sentenza del Tribunale, basata viceversa su una distinzione di responsabilità in merito alle 335 vittime: 320 di queste erano state fucilate per l’“ordine dato dal Gen. Maeltzer” di fucilare dieci persone per ogni soldato tedesco morto; “la fucilazione di altre 10 persone, in relazione alla morte di un 33.o soldato tedesco dopo la trasmissione di quell’ordine, costituisce un’attività diretta ed immediata del Kappler. La fucilazione, infine, delle altre 5 persone dipende da un errore di cui in seguito saranno valutate le conseguenze” (p. 163). Per il Tribunale in quella fucilazione non poteva essere individuata una rappresaglia, perché mancava il criterio della proporzionalità fra offesa ricevuta e violazione causata dallo Stato offeso per autotutela e sanzione (p. 164); né poteva parlarsi di repressione collettiva, un istituto previsto dall’art. 50 della Convenzione dell’Aia del 1907, quando le popolazioni civili possano essere considerate “solidalmente responsabili” di un atto compiuto da individui, singoli o in gruppo. La repressione collettiva – di cui fra l’altro correttamente il Tribunale mise in dubbio che potesse attuarsi su persone – poteva essere messa in atto, infatti, solo quando “si sia dimostrata impossibile l’individuazione del colpevole o dei colpevoli” (p. 165), e se l’occupante avesse introdotto in precedenza “una norma di diritto interno, valevole nel territorio di occupazione, con la quale sono posti i criteri di determinazione della solidarietà collettiva (esercizio di una funzione di prevenzione o di vigilanza dimora adiacente al luogo dell’attentato ecc.)” (p. 166).

Niente di ciò avvenne nel caso in questione: i colpevoli furono ricercati “come azione marginale e successiva alla preparazione degli atti di rappresaglia”, né lo Stato occupante emanò, “sulla base dell’art. 50, una norma contenente i criteri circa la

---

<sup>303</sup> Yves Temon, *Lo Stato criminale. I genocidi del XX secolo*, Milano, Corbaccio, 1997 [1995], p. 30

solidarietà collettiva, i quali sarebbe stati applicati nel territorio di occupazione” (p. 167). L’uccisione degli ostaggi ricadeva quindi nella fattispecie dell’art. 185 c.p.m. di guerra, che puniva “gli atti di violenza o di omicidio commessi, senza necessità o senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra, da militari o nemici a danno di civili nemici che non prendono parte alle operazioni” (p. 168).

Se nella valutazione della fattispecie giuridica del fatto criminoso il tribunale mostrò una certa capacità di sapersi comunque muovere nei pur angusti spazi che venivano lasciati da un diritto internazionale non ancora unanimemente proteso a garantire la vita dei civili (anche se prese in considerazione le interpretazioni di quel diritto più favorevoli alle forze armate), i limiti dell’impostazione adottata si colgono soprattutto nella valutazione della posizione degli imputati. Il Collegio, infatti, pur ritenendo, sulla base sia della legislazione penale tedesca, sia dell’art. 40 c.p.m. di pace, che un ordine di un superiore non potesse rappresentare la giustificazione per un inferiore per commettere un fatto delittuoso, “tranne che abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo” (p. 171), motivò con i rigidi principi di obbedienza “che disciplinavano l’organizzazione delle SS, della quale Kappler faceva parte”, e con il fatto che l’ordine di fucilare dieci italiani per ogni tedesco morto fosse stato emanato dal gen. Maeltzer, il dubbio che quell’ordine – che, abbiamo visto, il Tribunale giudicava illegittimo, per le modalità di attuazione della fucilazione – “tale non sia apparso al Kappler” (p. 171).

Questi fu quindi condannato solo per “la fucilazione di 10 ebrei da lui disposta [...] per avere appreso che era morto un altro soldato tedesco e senza che in merito avesse avuto alcun ordine” (p. 172), iniziativa giudicata atto arbitrario ed illegale, “nell’intento di porre in rilievo la sua [*di Kappler, ndr*] personalità come quella di chi, superiore ad ogni pregiudizio di carattere giuridico o morale, adotta pronte, energiche e spregiudicate misure”, a dimostrazione della “sfrenata ed aberrante ambizione dell’uomo”. Kappler fu giudicato colpevole anche per le cinque persone in più prelevate e giustiziate, “perché il cap. Schutz ed il cap. Priebke, preposti alla direzione dell’esecuzione ed al controllo delle vittime, nella frenetica foga di effettuare l’esecuzione con la massima rapidità, non s’accorsero che esse erano estranee alle liste fatte in precedenza [...] È certo che la loro uccisione si riporta alle insufficienti ed inopportune direttive date dal Kappler per l’esecuzione [...] Vi è stata da parte di questo imputato un’omissione relativamente alle opportune misure per un’esecuzione in grande massa da eseguirsi in poche ore ed è a tale omissione che si riporta l’errore che condusse alla morte queste cinque persone” (pp. 173-174).

Poca conta che a Kappler il tribunale abbia poi negato le attenuanti generiche, riconoscendo invece alcune aggravanti nel suo comportamento: secondo la logica

della sentenza, infatti, la partecipazione stessa ad un corpo dalla rigida disciplina come le SS poteva rappresentare un'attenuante, in quanto non avrebbe consentito di distinguere l'illegittimità di un ordine! Non stupisce allora che in una sola pagina venissero motivate le assoluzioni degli altri cinque imputati: essi non erano a conoscenza "di tutti gli elementi di fatto noti al loro superiore e tanto meno del contenuto dei colloqui che questi aveva avuto con le autorità superiori"; niente sapevano delle dieci persone in più, né ebbero alcun ruolo nell'errore che causò la morte di altre cinque persone: "Sulla base di questi elementi, considerato che gli imputati appartenevano ad un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, dove assai facilmente si acquistava un abito mentale portato alla obbedienza pronta, tenuto presente che il timore di una denuncia ai Tribunali Militari delle SS quanto mai rigidi ed ossequienti ai voleri di Himmler non poteva non diminuire la loro libertà di giudizio, valutata infine la circostanza che gli imputati erano ignari della esatta situazione che portava alla fucilazione delle Cave Ardeatine mentre erano a conoscenza che gli ordini aventi lo stesso contenuto di quello ad essi impartito dal Kappler spesso erano stati eseguiti in zone d'operazione, il Collegio ritiene debba escludersi che essi avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo [...] Essi, pertanto, vanno assolti dal reato ascritto in rubrica per avere agito nell'esecuzione di un ordine" (p. 175).

Simili argomentazioni paradossalmente trasformavano in giustificazione la partecipazione ad un'associazione come le SS, corpo d'élite della Germania nazista che, secondo l'art. 9 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, avrebbe potuto essere dichiarata organizzazione criminale, come in effetti avvenne in alcuni processi che coinvolgevano membri di quell'organizzazione: invece nel ragionamento del Collegio giudicante Kappler e gli altri cinque, il fatto che si trattasse di un corpo speciale, tenuto ad una particolare disciplina, non apparve un'aggravante, poiché manifestava l'adesione convinta all'ideologia nazista degli imputati, ma si tradusse in una specie di impossibilità a valutare della legittimità degli ordini, data la fede assoluta dei membri delle SS nella disciplina e nell'ordine gerarchico. Secondo questa logica, se Kappler si fosse "limitato" all'esecuzione di 320 ostaggi, anch'esso verosimilmente sarebbe stato assolto, dato che la "libertà di giudizio" - che pure il tribunale gli riconobbe in merito a questo evento - era comunque "tenue" (p. 175), poiché, come aveva motivato in un passaggio precedente, "l'abito mentale portato all'obbedienza pronta che l'imputato si era formato prestando servizio in un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, il fatto che ordini aventi lo stesso contenuto in precedenza erano stati eseguiti nelle varie zone d'operazioni, la circostanza che un ordine del Capo dello Stato e Comandante Supremo delle forze

armate, per la grande forza morale ad esso attinente, non può non diminuire, specie in un militare, quella libertà di giudizio necessaria per un esatto sindacato, sono elementi i quali fanno ritenere al Collegio non possa affermarsi con sicurezza che il Kappler abbia avuto coscienza e volontà di obbedire ad un ordine illegittimo” (p. 171).

In conclusione, dalla sentenza esce confermata la valutazione secondo la quale, qualora un militare si attenga agli ordini — anche se illegittimi — stante la sua particolare formazione che lo predispone all’obbedienza, esso va ritenuto materialmente irresponsabile dei gesti che compie: vestire la divisa di un esercito, secondo tale logica, rappresenta una garanzia quasi assoluta di impunità giudiziaria.

#### Il processo a Joseph Strauch

Il 3 settembre 1948 il Tribunale militare territoriale di Firenze condannò il maggiore Joseph Strauch, comandante la 26a unità di ricognizione delle 26a Divisione Panzer Granatieri, a 6 anni di reclusione per violenza e partecipazione in omicidio continuato, di cui 3 condonati; Strauch fu liberato il 30 dicembre 1949. Quando ancora aveva il grado di capitano, Strauch era stato il responsabile sul campo della strage del padule di Fucecchio, uno dei più efferati eccidi commessi in Italia dalle truppe tedesche.

L’analisi della sentenza servirà a chiarire per quali meccanismi il responsabile del massacro di anziani, bambini e donne possa avere avuto un trattamento così benevolo da un Tribunale militare italiano.

#### Il processo a Walter Reder

La sentenza pronunciata dal Tribunale militare di Bologna il 31 ottobre 1951, di condanna all’ergastolo per Walter Reder, comandante del battaglione ricognizione della XVI SS Panzergrenadier Division (comandata da quel generale Simon che era già stato condannato a morte da un tribunale militare inglese a Padova, con sentenza subito commutata in ergastolo), e imputato per una catena impressionante di eccidi (Bardine di San Terenzo, Valla, Vinca, Marzabotto) chiude la stagione dei processi in Italia: in seguito vi saranno, fino agli anni novanta, solo due procedimenti, uno nel 1952 ed uno nel 1962, peraltro contro imputati latitanti. Il processo a Reder fu celebrato, inoltre, a conclusione di indagini lunghe e complesse svolte con grande scrupolo dalla procura militare e dal giudice istruttore presso il Tribunale militare di Bologna, tanto che esso può essere considerato il culmine dell’impegno della

giustizia militare italiana nella punizione dei colpevoli di crimini di guerra (fino alla ripresa dell'azione giudiziaria negli anni novanta).

La sentenza<sup>304</sup> affronta le tematiche tipiche di questi processi: dopo avere respinto le pregiudiziali dei difensori, sulla competenza del Tribunale militare (ff. 83-93), entra nel merito delle questioni giuridiche collegate al comportamento di Reder, imputato, come Kappler, in base all'art. 185 c.p.m.g. (ff. 93-94). Il tribunale esclude vi fosse una "necessità" di guerra alla base del comportamento di Reder: "nell'assenza di operazioni militari in corso, mancano in fatto i presupposti, sia pure 'teorici' di ogni necessità bellica" (f. 95). In effetti azioni come quelle di Vinca e Marzabotto si inquadrano in operazioni di ripulitura di un territorio ad alta intensità partigiana, e configurano vere e proprie campagne terroristiche contro la popolazione civile; e tale carattere, che rende del tutto inutilizzabile il termine di "rappresaglia", fu ben colto dal Collegio giudicante (presieduto dal generale di brigata Paolo Petroni, con il dottor Attilio Grossi giudice relatore) quando ritenne che nella necessità bellica "non possa per certo rientrare quanto si ricollega esclusivamente alla crudeltà ed al terrore assunti a mezzo di feroce ritorsione vendicativa contro popolazioni appartenenti a Stato nemico" (f. 96).

Il collegio affrontò quindi le tematiche collegate all'esercizio legittimo della rappresaglia secondo l'art. 1 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aia, che affrontava le condizioni nelle quali milizie o corpi di volontari potevano aspirare ad avere riconosciuta la qualifica di belligeranti, interpretando la norma come posta a difesa dei combattenti volontari, ma non giustificativa, in assenza di quelle condizioni, del diritto di rappresaglie da parte dello Stato offeso nei confronti dello Stato che avesse incoraggiato la costituzione e l'attività di quelle milizie (fermo restando, in tal caso, che i partecipanti non sarebbero stati tutelati dalle garanzie previste per i belligeranti) (ff. 98-100).

Rispetto alla sentenza contro Kappler, quella contro Reder aggiunse una corretta valutazione di carattere storico sul fatto che "alla luce delle esperienze della recente guerra, il fenomeno del partigianesimo non possa più riguardarsi secondo i criteri desunti dalla guerra 1914-18. Esso rappresenta ormai una realtà storica le cui concrete proporzioni non debbono essere trascurate da chi è chiamato a giudicare fatti che vi si ricollegano. È un fenomeno vasto, imponente; che è, per certo, entrato ormai a far parte dei criteri che informano la guerra moderna. Se ciò, rileva il Collegio, non comporta attualmente una disciplina di questo fenomeno nel diritto internazionale sino a che non si sia internazionalmente convenuto sulla materia, o non si sia formata

---

<sup>304</sup> Si veda il vol. XVI degli atti processuali, depositati presso il Tribunale Militare di La Spezia, in fase di acquisizione da parte della Commissione Parlamentare d'inchiesta.



una consuetudine al riguardo, non è men vero che, poiché nulla autorizza a considerare il fenomeno partigiano come illecito internazionale, nel silenzio delle norme internazionali è arbitrario ricercare motivi per una affermazione di illiceità. E questa arbitrarietà, oltre che al di fuori di ogni regola giuridica, urta contro la fondamentale esigenza di evitare sfasamenti tra la realtà ed il diritto [...] Ritiene il Collegio dunque che manchi, nel caso in esame, ogni titolo valido a legittimare la condotta dell'imputato sotto il profilo della rappresaglia" (ff. 101-102). In ogni caso, al di là di queste considerazioni generali, non era individuabile nell'azione di Reder ogni principi di proporzione fra danno subito ed offesa provocata, essendo la condotta di Reder improntata "a scopo manifestamente vendicativo" (f. 102).

Né, secondo il Collegio, si poteva parlare di repressione collettiva, istituto previsto dall'art. 50 del regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aia: il Collegio giudicante di Bologna si mostrava molto più deciso, rispetto a quello romano che aveva giudicato Kappler, nell'affermare che la repressione collettiva avrebbe comunque dovuto investire solo i beni e non le persone, e che si sarebbe dovuto in ogni caso provare la solidarietà della popolazione con gli individui che avevano compiuto atti illeciti nei confronti delle forze occupanti. "Ritiene pertanto il Collegio che troppo è la distanza tra la natura sostanziale di questo istituto e lo sterminio di centinaia e centinaia di inermi cittadini italiani perché sotto il profilo della legittima repressione collettiva, sempreché ammissibile, possa scriminarsi la condotta sanguinosa del Reder" (f. 104).

Il Collegio affrontò poi il tema dell'obbedienza agli ordini: a parte una forzatura, per cui escluse "la sussistenza di ordini criminosi che siano pervenuti al Reder dai superiori comandi" (come giustificare allora la condanna per gli stessi reati del suo comandante, gen. Max Simon, da parte di una corte militare britannica?), fu deciso nell'affermare che sia l'art. 40 c.p.m.p., II e III cpv., sia l'art. 51 c.p., sia l'art. 47 del c.p.m. tedesco, sancivano senza alcun dubbio che se un reato era commesso per ordine di un superiore, del reato rispondeva anche il militare chiamato ad eseguire l'ordine. "Né, ritiene il Collegio, poteva il Reder aver dubbio alcuno sulla manifesta criminalità degli ordini che gli fossero eventualmente pervenuti, quando volti all'ingiustificato ed indiscriminato massacro di popolazioni intere" (f. 115).

Il Collegio giudicante non ritenne di dover considerare attenuante la rigida disciplina che vigeva nel corpo delle SS, anzi nel considerare il "dolo dei reati" (f. 134) chiamò correttamente in causa la scelta ideologica di Reder, "l'uomo che, ancora diciannovenne, abbandonò la sua patria, l'Austria, già concretamente minacciata dalla Germania, per entrare a far parte delle SS. Tedesche e divenire spietato strumento di una delle più spietate dittature del tempo moderno" (f. 134). Il collegio ritenne bensì

che gli si potessero concedere le attenuanti generiche previste dall'art. 62 bis c.p., per il particolare stato d'animo di chi "doveva rendersi conto della inevitabilità di una immane catastrofe militare e nazionale" (f. 133); ma valutò che le circostanze aggravanti – quella di avere rivestito un ruolo di comando, quella per il superiore che concorra nel reato con l'inferiore, quella di avere concorso nel reato in numero di cinque o più persone, quella della premeditazione degli omicidi, quella delle sevizie e della crudeltà delle azioni (che evidenziavano "una sistematicità costante che si rinnova in ognuno degli episodi di esecuzione in massa, che non può attribuirsi che all'attuazione di precisi ordini [...] che [...] provenivano da Reder") (f. 130) – fossero prevalenti sulle attenuanti generiche (f. 133). Insomma, secondo la sentenza, "non basta essere militari al comando di un reparto in tempo di guerra a far sì che un progetto criminoso si trasformi, giuridicamente, in un piano di battaglia" (f. 128).

Tuttavia queste considerazioni decise e innovative sul terreno della dottrina non trovarono applicazione nella prassi: il Collegio scrisse che era "rimasto provato che i materiali esecutori delle violenze, incendi e distruzioni furono militari di grado inferiore del Reder; anzi militari che, appartenenti al suo battaglione, attuarono i suoi ordini. Né il sostanziale contenuto dell'aggravante in esame, fondata sulla provata, concreta partecipazione dei militari dipendenti dal Reder, può essere modificato od attenuato dalla considerazione che essi militari, pur penalmente responsabili, non siano stati singolarmente individuati" (f. 126). In realtà molti dei comandanti di compagnia, o dei sottufficiali comandanti di plotoni, autori dei massacri per i quali Reder era stato incriminato, erano stati individuati, sia nominalmente, sia materialmente: alcuni di essi erano stati interrogati per rogatoria dal giudice istruttore militare, ed un ufficiale non dipendente da Reder, il maggiore Albert Ekkehard, ufficiale di Stato maggiore Ia della XVI Divisione, cioè aiutante tattico, e quindi responsabile degli ordini di battaglia dati per l'azione di Marzabotto, si recò addirittura a Bologna a testimoniare nel corso del dibattimento. Eppure non vi è traccia di un qualche tentativo, da parte del pubblico ministero e del giudice istruttore del Tribunale militare di Bologna, per portarli a rispondere in giudizio dei loro comportamenti che, dagli atti processuali, emergono come indubbiamente criminosi (erano coloro che, sul campo, mettevano in atto le strategie stragiste ordinate da Reder e dai suoi superiori). Evidentemente l'estensione del concetto di responsabilità che ha portato, negli scorsi anni, ad incriminare per gli stessi episodi, da parte della Procura militare della Spezia, tutti gli ufficiali ed i sottufficiali che si è ritenuto vi abbiano partecipato, estensione implicita nella corretta impostazione al tema dell'obbedienza agli ordini data dal collegio giudicante di Bologna, non era ancora matura in anni nei quali applicarla avrebbe consentito di processare migliaia di

ufficiali superiori ed inferiori e sottufficiali tedeschi, stante la vicinanza ai fatti e l'alto numero di inchieste giudiziarie che si erano accumulate nell'archivio della Procura generale militare, con l'indicazione di persone che nella maggior parte dei casi avrebbero potuto agevolmente essere rintracciate. E possiamo ritenere che, oltre agli evidenti motivi di natura internazionale sui quali si sofferma altra parte di questa relazione, la magistratura militare italiana non fosse pronta a questo compito, per ragioni culturali e istituzionali che ne facevano una volenterosa e convinta complice della linea di occultamento dei fascicoli giudiziari che alla fine prevalse.

Proprio per questo il giudizio delle corti, chiamate dopo la guerra a giudicare i crimini nazisti, individuando anche principi di diritto applicabili ai singoli casi, si è dimostrato particolarmente contraddittorio, e non sempre quei processi, quando si celebrarono, resero giustizia alle vittime: non si trattò solo dell'opportunità politica, ben presto indotta dal sopraggiungere della guerra fredda, di chiudere quel periodo storico con una frettolosa cancellazione delle responsabilità tedesche, per tanti versi imbarazzanti, nei crimini di guerra commessi in Europa, per cui criminali di guerra come Kesselring furono ben presto riabilitati, con tutti i riconoscimenti loro tributati dai loro antichi avversari. Né contribuì solo, alla mancata giustizia, la scarsa elaborazione della fattispecie giuridica di crimine di guerra nel diritto militare.

Si trattava piuttosto di stabilire da quale anello della catena gerarchica far partire la presunzione di responsabilità, e fin dove prolungarla: fino al soldato semplice, che obbedisce sì agli ordini del suo ufficiale ma che, come è evidente nelle testimonianze sugli eccidi rese da testimoni oculari, dimostra spesso nell'eseguire questi ordini un'indifferenza o una spietatezza che non consentono di considerarlo privo di colpe? Fino agli ufficiali subordinati, imputabili di interpretare con eccesso di zelo ordini di carattere generale? Fino ai comandanti delle divisioni, o a quelli dei corpi d'armata, o al comandante supremo della Wehrmacht, o ancora più su, a Hitler e al suo ristretto *entourage*? È proprio nell'individuazione di questi criteri di "diritto" che spesso le responsabilità personali si sono perse, almeno sul piano penale, e si è, forse involontariamente, fornita la rappresentazione di una macchina totalitaria dotata di una propria autonoma forza costringitiva, indipendente dalla volontà dei singoli, e della quale gli unici responsabili venivano indicati in Hitler e pochi suoi stretti collaboratori.

Va perciò combattuta come infausta e non veritiera l'idea che chi obbedisce agli ordini è sempre e comunque irresponsabile: È questa il senso comune (agli ordini si obbedisce) sul quale ogni esercito fonda la propria capacità di essere macchina di distruzione senza dovere affrontare gli angosciosi problemi di coscienza che la guerra in generale, ed in particolare le azioni di rappresaglia contro i civili, pongono. Ma è

certo che, una volta dedotta dalla logica dell'obbedienza la tesi dell'irresponsabilità morale, prima che penale, di un soldato per qualsiasi azione gli venga ordinata, il risultato sarebbe che nessun militare potrebbe mai essere processato per atti compiuti in divisa: dato che ogni superiore è a sua volta dipendente da un ulteriore superiore gerarchico, si può far ricadere la responsabilità di qualsiasi azione di rappresaglia direttamente sul capo supremo delle forze armate o, nel caso di un regime totalitario, sul dittatore cui di regola le forze armate sono subordinate: scomparso lui, cosa che di solito è già accaduta quando si celebrino processi che mettano in discussione la liceità di quegli ordini, tutti sono da considerarsi "irresponsabili".

### 13. La amnistia del 1946, i provvedimenti di natura clemenziale degli anni '50

Nell'ambito del tema di indagine della commissione delimitata dalla legge istitutiva di inchiesta e in particolare da quanto disposto dal comma 2 lettera c) dell'art. 1 circa le cause del mancato perseguimento dei responsabili dei crimini di guerra si intende analizzare l'incidenza dei provvedimenti di amnistia emanati in relazione a fatti avvenuti dopo l'8 settembre 1943 a danno di civili da parte di appartenenti alle forze armate tedesche o milizie nazifasciste.

La natura del provvedimento di amnistia, come fattore idoneo a determinare l'estinzione del reato, renderebbe in via astratta possibile sciogliere il quesito posto dalla legge di istituzione qualora emergesse che giungendo ad una valutazione di irrilevanza dell'occultamento rispetto al corso della giustizia i procuratori generali militari, pur non avendo titolo per disporre dei fascicoli, avessero deciso di non provvedere l'inoltro alla magistratura competente trattandosi di reati estinti<sup>305</sup>.

Un secondo profilo di interesse riguarda eventuali valutazioni di carattere politico-criminale derivanti dagli atti di legge in materia di amnistia dei crimini di guerra scaturenti dallo studio delle relazioni esposte al Parlamento per verificare se vi sia stato un indirizzo inequivoco da parte dell'esecutivo alla magistratura militare circa l'inopportunità della celebrazione dei processi.

Quanto al primo aspetto dell'indagine va chiarito che i provvedimenti di amnistia sono sempre stati indirizzati a favore di cittadini italiani; con ciò dunque si sgombra il campo da ogni ulteriore valutazione, salvo il fatto che, come si vedrà, la disparità di trattamento tra italiani e i pochissimi tedeschi condannati è stato argomento utilizzato per perorare la concessione di provvedimenti di grazia<sup>306</sup>. Viene così ridotta l'incidenza del fattore ai trecentocinquantasei indagati italiani presenti nei fascicoli occultati a Palazzo Cesi e, in via solo di mera ipotesi qualora fossero giunte e buon fine le indagini, ai duecentosettantasei indagati italiani allo stato rimasti ignoti.

I provvedimenti di amnistia che sono stati emanati nel periodo successivo al conflitto bellico fino al 1959 contengono norme riguardanti i crimini oggetto di indagine. Poiché l'art.7 del decreto legislativo 29 marzo 1946 n.132 escludeva dalla portata dell'amnistia i reati contro le leggi e gli usi di guerra il primo<sup>307</sup> a dover essere tenuto

<sup>305</sup> Ad eccezione dell'argomento che il legislatore ha sempre previsto che l'imputato beneficiario di amnistia potrebbe sempre rinunciarvi prima dell'emissione del provvedimento.

<sup>306</sup> Di questo aspetto si era sincerato anche il ministro della Difesa confortato da un appunto a firme del procuratore generale militare gen. U. Borsari in data 10 luglio 1950, documento in atti.

<sup>307</sup> I provvedimenti precedenti sono relativi a reati compiuti dagli antifascisti: Regio Decreto 5 aprile 1944, n° 96. Amnistia e indulto per reati comuni, militari e annonari; Decreto Legislativo 8 giugno 1945. Applicazione degli articoli 1 e 2 del Regio Decreto 5 aprile 1944, n° 96, nei territori liberati dopo il 4 aprile 1944; Decreto Legislativo 17 novembre 1945, n° 719. Amnistia per reati politici antifascisti.

in considerazione, ed anche il più noto, è il Decreto del Presidente della Repubblica n.4 del 22 giugno 1946, proposto<sup>308</sup> dall'allora ministro della giustizia Palmiro Togliatti, che decretava l'amnistia per reati comuni, politici e militari o per altri delitti politici quali il collaborazionismo con il nemico e per i reati ad essi connessi, salvo che siano stati compiuti da persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile o politica o di comando militare, ovvero siano stati commessi fatti di strage, sevizie particolarmente efferate, omicidio o saccheggio, ovvero i delitti siano stati compiuti a scopo di lucro. Dall'amnistia furono esclusi<sup>309</sup> le fattispecie militari e l'omicidio<sup>310</sup>, con l'unica limitazione nel caso in cui sussistano le previsioni dell'art. 1 del decreto legislativo luogotenenziale n.719 del 17 novembre 1945 e cioè *“sono stati commessi in lotta contro il fascismo o per difendersi dalle persecuzioni fasciste o per sottrarsi ad esse”*.

All'atto di presentare il provvedimento al Parlamento il Guardasigilli esponeva le ragioni di politica criminale che avevano portato all'atto di clemenza sottolineando che *“l'attenuazione della repressione è pienamente giustificata quando trattasi di atti meno gravi, oppure compiuti da persone le quali non erano investite di funzioni elevate, essa non sarebbe ammissibile per i casi più gravi e trattandosi di atti compiuti da persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile o politica, o di comando militare. Se anche a questi casi si fosse estesa la clemenza, grave sarebbe stato il contrasto con la coscienza popolare, e con i principi stessi della equità. Vi è infatti una esigenza non solo giuridica e politica, ma morale, di giustizia, per cui coloro che hanno commesso delitti, la cui traccia è lungi dall'essere stata cancellata, contro il Paese tradito e portato alla rovina, contro le libertà democratiche, contro i loro concittadini, o contro i più elementari doveri della umanità, devono continuare a essere puniti con tutto il rigore della legge. Un disconoscimento di questa esigenza, anzichè contribuire alla pacificazione, contribuirebbe a rinfocolare odii e rancori, con conseguenze certamente per tutti incresciose. Nel caso del collaborazionismo con il nemico egli si riportò alle considerazioni generali sui principi ispiratori del decreto: l'articolo esclude dal beneficio coloro che per le funzioni di cui erano investiti hanno avuto una elevata responsabilità, come pure coloro che hanno nella esecuzione o in occasione dei delitti commesso o partecipato a commettere uccisioni, stragi,*

<sup>308</sup> Sul ruolo e sulla paternità dell'atto legislativo la commissione ha ottenuto il contributo del sen. Oscar Luigi Scalfaro, eletto al Parlamento nel 1948: “(...) Se la linea è stata la concessione dell'amnistia, poiché non ho mai fatto discorsi polemici, è necessario riconoscere che si è trattata di un'amnistia concessa da un Governo, presieduto da De Gasperi in cui Togliatti era il ministro della giustizia. Parlare di «amnistia Togliatti» equivale a considerare che il ministro di giustizia avesse deciso autonomamente in tal senso scavalcando il Governo ed il Parlamento. È un'affermazione che proviene da una polemica in intelligente”

<sup>309</sup> Art.4

<sup>310</sup> mentre è coperta da amnistia ogni forma di collaborazionismo. La qualificazione giuridica del fatto, se sia cioè concorso in omicidio e collaborazionismo con il nemico è comunque demandata al giudizio esclusivo del Tribunale

*saccheggi, o sevizie particolarmente efferate, oppure sono stati indotti al delitto da uno scopo di lucro. In tal modo, mentre è usata clemenza verso coloro che non rivestendo le elevate funzioni che il decreto definisce, furono travolti da passione politica o ingannati da propaganda menzognera, oppure non commisero atti di grave criminalità, si mantengono i rigori della legge contro i più elevati responsabili, gli autori di atti criminali universalmente condannati e i profittatori.*

Nonostante nella pratica applicazione delle pronunce giurisprudenziali si pervenne a una concessione generalizzata dei benefici di legge non emerge dalla lettura della relazione un'indicazione anche implicita di rinuncia alla potestà punitiva nei confronti dei fatti che portarono alla formazione dei fascicoli.

Proprio sull'opportunità politica di utilizzare lo strumento dell'amnistia si è pronunciato avanti alla Commissione il sen. Oscar Luigi Scalfaro riportando il suo personale dissenso all'approvazione della legge: "(...) *In virtù di una mentalità molto personale e - non lo metto in dubbio - non condivisibile, credo di non aver mai votato in favore di un'amnistia (può darsi che non ricordi esattamente, perché sono stato parlamentare alla Camera per 46 anni) trattandosi di un sistema di giustizia che io contesto. Ricordo di aver polemizzato, all'interno del mio partito, in occasione delle riunioni preparatorie per l'Assemblea costituente, sul risorgere di amnistie e ricordo di avere affermato: noi dobbiamo cambiare, altrimenti tutto diventa come prima e, così come accadeva in passato quando, nascendo l'erede al trono, ladri e truffatori uscivano in libertà gridando "Viva il Re!" e, in molti casi, continuavano a rubare e a truffare (tanto è vero che le statistiche hanno sempre dimostrato un loro rientro considerevole nel giro di sei mesi ed ancora maggiore nel giro di un anno o due), accadrà che usciranno gridando "Viva il decennale!" o "Viva l'anniversario!" o "Viva il secondo o il terzo anno della lotta di liberazione!". Ritenevo che le valutazioni dovessero essere diverse e non potessero consistere in una norma che consenta di spedire a casa le persone, mancando di rispetto alla dignità individuale che, invece, merita una valutazione personale. Evidentemente, mi sono trovato in larga solitudine, ma sono rimasto un po' ostinatamente sulla mia linea, con questa motivazione che espressi anche in Assemblea, nel corso di un paio di interventi assolutamente inascoltati, dal momento che c'erano maggioranze travolgenti a favore dell'amnistia. La prima amnistia, vorrei ricordarlo - chiedo scusa se faccio perdere tempo alla Commissione -, è stata quella che, personalmente, mi lasciò sconcertato. Lo ricordo soprattutto perché, tra le ipotesi di reato non coperte dal provvedimento, se la memoria non mi inganna, mi sembra di ricordare che ce ne fosse una, quella di "sevizie particolarmente efferate". Ricordo che nel corso di varie riunioni - non credo in Assemblea, ma in Commissione - discussi perché mi sembra che, nella*

*lingua italiana, fra tortura e sevizie già vi sia qualche distinzione: il termine “sevizie” dà la sensazione di una intensità maggiore, di una maggiore sofferenza per le persone. Perciò, le sevizie sono efferate in quanto tali, sono quanto di più spaventoso si possa fare ad un testimone, un prigioniero o, in generale, ad un essere umano. Le sevizie efferate erano coperte dall'amnistia, non coperte erano soltanto le sevizie particolarmente efferate. Allora affermai che, anche con l'assistenza di avvocati banditi, non so come qualcuno possa praticare sevizie particolarmente efferate, le uniche escluse dal provvedimento”.*

In seguito il legislatore è intervenuto con il Decreto del Presidente della Repubblica del 19 dicembre 1953 n.922 escludendo dall'area di applicabilità dell'amnistia i reati militari<sup>311</sup> e quelli per i quali la pena è superiore agli anni quattro. Sono seguiti due provvedimenti, il Decreto del Presidente della Repubblica n.460 dell'11 luglio 1959 e il Decreto del Presidente della Repubblica 4 giugno 1966 n.332, peraltro l'unico a favore espressamente di coloro che si sono opposti al movimento di liberazione, che hanno previsto l'amnistia per reati non militari di tipo politico. Sul punto tuttavia occorre ricordare che la stessa Procura generale militare che conservava i fascicoli, come emerge da un appunto acquisito agli atti della commissione dagli archivi del Ministero degli affari esteri<sup>312</sup>, era perfettamente al corrente della costante giurisprudenza secondo la quale i reati consistenti in violazioni delle leggi di guerra non possono essere definiti di natura politica<sup>313</sup>. Tra i due provvedimenti da ultimo citati fu promulgato anche il Decreto Presidente Repubblica 24 gennaio 1963, n° 5 con esclusione dei reati militari<sup>314</sup>.

Rimane da valutare la posizione dei cittadini italiani a titolo di concorrenti nei reati militari di strage la cui presenza è emersa dalle recenti indagini istruite dalla magistratura militare in seguito all'invio dei fascicoli alle procure militari territorialmente competenti, come quella per la strage di Sant'Anna di Stazzema, rimasti ignoti.

Discorso totalmente diverso deve essere fatto per quanto riscontrato durante l'indagine a proposito dei provvedimenti di grazia a favore di condannati tedeschi. Sul piano delle relazioni internazionali trascorsi alcuni anni dalle condanne e i

<sup>311</sup> art. 1 lettera a) per ogni reato, non militare o finanziario, per il quale è stabilita una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola o congiunta a pena pecuniaria, oppure soltanto una pena pecuniaria

<sup>312</sup> appunto da DGAP Ufficio I del MAE del 4 maggio 1959 che riporta il pensiero del gen. Enrico Santacroce, in atti.

<sup>313</sup> alla medesima conclusione è giunta anche ultimamente la Corte di Cassazione nella sentenza 27 giugno 2003, ric. Priebke

<sup>314</sup> Art.3 L'amnistia e l'indulto non si applicano ai reati preveduti dal titolo primo del libro secondo del Codice penale militare di pace e dal titolo secondo del libro terzo del Codice penale militare di guerra, dal titolo quarto del libro terzo del Codice penale militare di guerra, dall'art. 174 del Codice penale militare di pace, dal capo quarto del titolo secondo del libro secondo del Codice penale militare di pace e dall'art. 115 del Codice penale militare di guerra.