

L'ordine del superiore gerarchico nella giustizia di transizione italiana: diritto, etica e politica

SOMMARIO: 1. Premessa: l'ordine dell'autorità tra diritto penale comune e diritto penale militare. – 2. La repressione antipartigiana nella giurisprudenza della corte di cassazione. – 3. L'illegittimità della repubblica sociale italiana fra dottrina e giurisprudenza. – 4. I capi della provincia fra politica e amministrazione. – 5. Le forze armate repubblicane. – 5.1. La guardia nazionale repubblicana: la volontarietà della subordinazione. – 5.2. Segue: l'insindacabilità dell'ordine. – 5.3. Le brigate nere: la coazione psicologica. – 6. Epilogo.

ABSTRACT: The defence of obedience to superior orders was one of the most invoked arguments in transitional justice after the Second World War both at national and international levels.

In Italy, it was often raised by the defendants accused of collaborating with the Germans for having adhered to the Italian Social Republic against the Resistance.

In 1945, the Court of Cassation used to reject these defences on the ground of the illegitimacy of the Italian Social Republic.

Instead, since 1946, Italian judiciary has justified those who had obeyed superior orders, thus contributing to the reduction of the punishment towards crimes of collaboration with the Germans.

KEYWORDS: Italian transitional justice – crimes of collaboration with the Germans – defence of obedience to superior orders

1. Premessa: l'ordine dell'autorità tra diritto penale comune e diritto penale militare.

Uno degli argomenti più utilizzati nelle difese di coloro che, durante l'occupazione tedesca¹, avevano aderito al fascismo repubblicano² e che, all'indomani della liberazione, furono processati per collaborazionismo con i tedeschi fu quello di avere agito per ordine del superiore gerarchico.

Occorre subito avvertire che la questione dell'ordine del superiore gerarchico riguardò soprattutto i militari che avevano partecipato alla lotta antipartigiana nell'ambito delle forze armate della r.s.i.³ e fu, pertanto, affrontata dalla giurisprudenza applicando i principi del diritto penale comune e del diritto penale militare. Come si vedrà, nell'inedita situazione delineatasi in Italia dopo l'8 settembre 1943, la qualificazione giuridica della repubblica di Salò fu considerata determinante al fine di stabilire la responsabilità di coloro che si difesero affermando di avere obbedito all'ordine di un'autorità militare o politica repubblicana.

Dal punto di vista giuridico, l'ordine del superiore integrava la causa di giustificazione del reato prevista dall'art. 51 c.p. 1930 (quantunque parte della dottrina lo qualificasse piuttosto come una causa di esclusione della colpevolezza), corrispondente all'art. 40 c.p.m.p. 1941⁴.

¹ Sull'occupazione tedesca, cfr. L. Klinkhammer, *L'occupazione tedesca in Italia. 1943-1945*, Milano 1993.

² Per una storia generale della repubblica sociale italiana, cfr. F.W. Deakin, *Storia della Repubblica di Salò*, Torino 1963; G. Bocca, *La repubblica di Mussolini*, Milano 1977; L. Ganapini, *La repubblica delle camicie nere. I combattenti, i politici, gli amministratori, i socialisti*, Milano 1999; A. Lepre, *La storia della repubblica di Mussolini. Salò: il tempo dell'odio e della violenza*, Milano 2000; A. Osti Guerrazzi, *Storia della Repubblica sociale italiana*, Roma 2012. Sull'adesione e sulla partecipazione alla repubblica mussoliniana, cfr. M. Avagliano, M. Palmieri, *L'Italia di Salò. 1943-1945*, Bologna 2017.

³ Per una ricostruzione degli episodi di violenza del fascismo repubblicano nell'ambito della guerra civile nazionale (e non nella prospettiva del collaborazionismo internazionale con i tedeschi), cfr. T. Rovatti, *Leoni vegetariani. La violenza fascista durante la RSI*, Bologna 2011.

⁴ G. Bettioli, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano 1934; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino 1948, pp. 283-329; A. Santoro, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino 1957; G. Delitala, *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 1, Milano 1958, pp. 567-572.

Già prevista dall'art. 49 c.p. 1889 come causa di giustificazione comune (diversamente dal c.p. 1859, che la stabiliva solo in relazione a specifiche ipotesi di reato), la scriminante di cui all'art. 51 c.p. (che riguardava due distinte ipotesi: l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica e l'adempimento di un dovere imposto da un "ordine legittimo della pubblica Autorità") fu disciplinata, secondo quanto precisato nella relazione ministeriale al progetto di codice, tenendo conto dei principi affermati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla disposizione previgente.

Affinché l'adempimento dell'ordine escludesse la punibilità ai sensi dell'art. 51 c.p., occorreva, innanzitutto, la sussistenza di un rapporto gerarchico (di natura pubblicistica) tra chi aveva impartito l'ordine e chi lo aveva eseguito.

Doveva, inoltre, trattarsi di un ordine legittimo, tanto sotto il profilo formale, quanto sostanziale. In caso di ordine illegittimo, del reato rispondeva sempre chi lo aveva dato (c. 2); era punibile anche chi lo aveva adempiuto, salvo che, per errore di fatto, lo avesse ritenuto legittimo (c. 3).

Particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza fu, poi, la questione della sindacabilità della legittimità dell'ordine da parte dell'inferiore gerarchico. L'art. 51 c.p. stabiliva, infatti, che non era punibile chi aveva eseguito un ordine illegittimo, "quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine" (c. 4). Riferita, in particolare, ai rapporti di carattere militare, la disposizione mirava ad assicurare l'obbedienza immediata ai superiori, in base al rispetto della disciplina stabilito già dall'art. 112 c.p.es. 1869⁵.

Tuttavia, già sotto il vigore del codice Zanardelli, la giurisprudenza militare aveva individuato un limite al dovere assoluto di obbedienza nella "manifesta illegittimità dell'ordine", con particolare riferimento al caso in cui il comportamento ordinato costituisse un delitto⁶.

Tale principio fu espressamente accolto dall'art. 40 c.p.m.p., che, nello stabilire che l'adempimento di un dovere imposto da un ordine del superiore escludeva la punibilità, precisava che del reato rispondeva anche chi aveva eseguito l'ordine, qualora il comportamento comandato costituisse manifestamente reato⁷.

Occorre poi tenere presente che, nei casi di concorso nel reato, l'ordine dell'autorità poteva essere invocato come circostanza attenuante, ai sensi dell'art. 114 c.p., corrispondente all'art. 59 c.p.m.p.

L'art. 114 c.p., infatti, stabiliva (in maniera speculare a quanto prevedeva l'art. 112 c.p. per le circostanze aggravanti) che il giudice poteva diminuire la pena qualora il concorrente fosse stato determinato a commettere il reato o a cooperare in esso da un altro concorrente alla cui autorità, direzione o vigilanza era soggetto (c. 3).

Su tali profili, come vedremo, si incentrarono le sentenze sull'ordine del superiore invocato dagli aderenti alla repubblica sociale italiana (e, in particolare, dagli appartenenti alle forze armate repubblicane) accusati di collaborazionismo con i tedeschi.

⁵ V. Manzini, *Diritto penale militare*, Padova 1928, pp. 94.

⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 316-318.

⁷ Come chiariva la relazione al re che accompagnò la pubblicazione dei codici militari, il legislatore aveva "voluto escludere che l'indagine sul contenuto manifestamente criminoso dell'ordine debba essere fatta con criteri esclusivamente soggettivi, cioè in relazione soltanto all'apprezzamento che dell'ordine abbia potuto fare colui che lo ha eseguito", quantunque "rimane tuttavia evidente che, quando sia comunque acquisita in fatto la certezza del militare di commettere un reato in esecuzione dell'ordine, ciò dispensa da ogni ulteriore indagine obiettiva sulla palese criminalità dell'ordine stesso", cfr. *Codici penali militari con le disposizioni di attuazione e transitorie e l'ordinamento giudiziario militare*, ed. con note curata da V. Manzini, Padova 1943.

L'applicazione della scriminante (ma lo stesso può dirsi per l'attenuante) ai reati commessi per ordine delle autorità della r.s.i. costituì per i magistrati italiani durante la transizione dal fascismo alla repubblica un problema "particolarmente importante e delicato, per la frequenza con cui la scriminante venne invocata in materia di collaborazionismo e per la difficoltà che presenta una soluzione dottrinalmente corretta", come si rilevava ancora nel 1948 dalle pagine dell'*Archivio penale*⁸.

D'altra parte, proprio negli stessi anni, l'ordine del superiore gerarchico rappresentò un nodo difficile da sciogliere anche nel diritto penale internazionale. Già emersa nei processi successivi alla grande guerra, dopo il secondo conflitto mondiale la questione della *defence of obedience to superior orders* (che, come è noto, fu una delle eccezioni più frequentemente sollevate dai difensori dei criminali di guerra) venne regolata nello statuto del tribunale militare internazionale di Norimberga approvato l'8 agosto 1945, che stabilì espressamente che l'ordine del superiore gerarchico non escludeva la responsabilità penale, ma poteva essere valutato dal tribunale come circostanza attenuante per "motivi di giustizia" (art. 8); il tribunale di Norimberga individuò poi il criterio per attribuire o meno efficacia scriminante all'ordine del superiore gerarchico nella "scelta morale", ovvero nella possibilità di scegliere se obbedire o meno all'ordine⁹.

Occorre avvertire che la 'giustizia di transizione' italiana¹⁰ fu caratterizzata, sin dall'inizio, da alcuni nodi di carattere non solo politico, ma anche giuridico, che ne condizionarono profondamente gli esiti.

Mentre, da un lato, dopo la caduta del fascismo, la questione della riforma legislativa dei codici penale e di procedura penale fu affrontata, nell'attesa di un intervento organico, attraverso provvedimenti volti ad ampliare le garanzie individuali, che modificarono o abrogarono gli istituti di carattere maggiormente autoritario¹¹, dall'altro, la necessità di sanzionare gli illeciti commessi durante il fascismo condusse all'adozione di un profluvio di decreti (accompagnati sovente da circolari ministeriali, secondo una 'tradizione' risalente all'età liberale e al fascismo¹²), il cui

⁸ M. Boscarelli, *L'efficacia scriminante degli ordini di pubbliche autorità emanati durante il governo di fatto della repubblica sociale italiana*, in "Archivio penale" (1948), pp. 122-127.

⁹ Y. Dinstein, *The defence of obedience to superior orders in international law*, Leyden 1965; E. Müller-Rappard, *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, Paris 1965.

¹⁰ Sulla *transitional justice*, cfr. N.J. Kritz (cur.), *Transitional justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington D.C. 1995; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000; J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge 2004; P.P. Portinaro, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano 2011; N. Wouters (cur.), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945-2013)*, Cambridge 2014. In particolare, sulla giustizia di transizione italiana, che va generalmente sotto il nome di 'epurazione', cfr. L. Bernardi-G. Neppi Modona-S. Testori, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano 1984; R.P. Domenico, *Processo ai fascisti. 1943-1948. Storia di un'epurazione che non c'è stata*, Milano 1996; M. Dondi, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma 1999; H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna 1997; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milano 1999; G. Focardi-C. Nubola (curr.), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna 2015; I. Bolzon-F. Verardo (curr.), *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione. Atti del convegno internazionale : Trieste, 15-16 dicembre 2016*, Trieste 2018.

¹¹ L. Lacchè, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della "Costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in L. Garlati (cur.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, pp. 271-304. Sulla legalità del fascismo quale argomento per 'giustificare' la continuità della legislazione e della codificazione del regime anche nel regime repubblicano, cfr. "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 28 (1999) su *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* e ora C. Storti, *Ancora sulla legalità nel regime fascista*, c.d.s.

¹² Cfr. C. Storti, "Un mezzo artificiosissimo di governo per ottenere con inganno e con vie coperte ciò che apertamente non si potrebbe ordinare". *Le circolari dei ministri di giustizia sul processo penale tra unificazione e fascismo*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi (curr.), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata 2011, pp. 577-627.

carattere eccezionale fu immediatamente contestato da parte dei difensori degli imputati come contrastante con i principi del diritto penale sostanziale e processuale di matrice liberale (come quelli dell'irretroattività della legge penale, del giudice naturale, della responsabilità penale personale)¹³.

Dopo alcuni provvedimenti settoriali assunti dai due governi Badoglio, la questione delle sanzioni contro il fascismo fu affrontata, tra il giugno del 1944 e il giugno del 1945, in modo complessivo sotto i due esecutivi Bonomi, diretta espressione dei partiti antifascisti del comitato di liberazione nazionale, durante i quali furono emanati il d.lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, che coordinò le disposizioni precedenti relative sia alla punizione dei delitti fascisti, sia all'epurazione della p.a.¹⁴, e il d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, che, come ricordò Togliatti all'atto del suo insediamento come guardasigilli del governo Parri nel giugno del 1945, la magistratura avrebbe dovuto applicare secondo lo spirito con il quale il legislatore "cosciente delle gravi condizioni politiche" li aveva concepiti¹⁵.

Occorre, tuttavia, sottolineare che, sin dall'inizio, il sistema delle sanzioni contro il fascismo si fondò sulla continuità istituzionale con il precedente regime, assegnando la defascistizzazione agli stessi apparati che avrebbero dovuto essere defascistizzati¹⁶. Nemmeno la magistratura, che, soprattutto ai vertici, era entrata in servizio durante l'età liberale e aveva fatto carriera con il fascismo, fu, nel complesso, epurata. D'altra parte, occorre assicurare il funzionamento dell'apparato statale, anche al fine di non aggravare la situazione di carenza del personale e mancanza di mezzi¹⁷. Come avrebbe notato Leo Valiani, la "contraddittoria diarchia fra il principio della continuità del vecchio Stato e quello del processo epurativo delle responsabilità" condizionò profondamente gli esiti della transizione dal fascismo alla repubblica e non solo¹⁸: non si può, infatti, sottacere il lascito delle scelte compiute durante l'ordinamento provvisorio sul nuovo regime democratico, che fu costruito sull'ordinamento giuridico precedente e che, anche per tali ragioni, si fondò a lungo su una Costituzione in gran parte "inattuata"¹⁹.

I giudici che, dopo la caduta del regime, furono chiamati a punire il collaborazionismo con i tedeschi adattarono le "interpretazioni giuridiche" alle "passioni politiche" di quei mesi e di quegli anni, applicando le sanzioni contro il fascismo in maniera rigorosa quando al governo

¹³ Cfr. R. Bianchi Riva, "Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse". *Legislazione eccezionale e principi liberali dal fascismo alla repubblica*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (curr.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e confronto*, Milano 2015, pp. 155-179.

¹⁴ Sulla legislazione in tema di sanzioni penali e amministrative contro il fascismo, cfr. S. Vinciguerra, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 16, Milano 1967, pp. 902-926

¹⁵ Circolare 28 giugno 1945.

¹⁶ Sulla tesi della continuità delle istituzioni tra fascismo e repubblica cfr. ovviamente C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini, in Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974 (poi in *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Milano 1991). Per alcune riflessioni con riguardo al problema delle sanzioni contro il fascismo, cfr. inoltre A. Somma, *Alle origini della repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione dell'esperienza fascista*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXVIII/1 (2008), pp. 91-120.

¹⁷ Sulla mancata epurazione della magistratura dopo la caduta del fascismo, cfr. V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, pp. 713-790; P. Saraceno, *I magistrati italiani tra fascismo e repubblica. Brevi considerazioni su un'epurazione necessaria ma impossibile*, in "Clio", 35 (1999), pp. 65-110; G. Neppi Modona, *La giustizia in Italia tra fascismo e democrazia repubblicana*, in G. Miccoli, G. Neppi Modona, P. Pombeni (curr.), *La grande cesura. La memoria della guerra e della resistenza nella vita europea del dopoguerra*, Bologna 2001, pp. 223-326; M. Cardia, *L'epurazione della magistratura alla caduta del fascismo. Il Consiglio di Stato*, Cagliari 2009; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012, pp. 247-256; G. Neppi Modona, *La magistratura italiana e l'epurazione mancata (1940-1948)*, in "Le Carte e la Storia", 1 (2017), pp. 25-37.

¹⁸ L. Valiani, *Il problema politico della nazione italiana*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari 1955, pp. 3-112 (in part. p.31).

¹⁹ P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo*, cit., pp. 209-316.

prevalevano le forze antifasciste che reclamavano una epurazione radicale e, progressivamente, con sempre minor severità, quando si affermò una tendenza politica più conservatrice, come affermato espressamente da Piero Calamandrei nell'immediato dopoguerra²⁰ e, a dieci anni dalla liberazione, da Antonio Battaglia²¹.

La punizione dei reati commessi durante il fascismo repubblicano fu affidata dal d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 alle corti d'assise straordinarie, composte da un giudice togato e da quattro giudici popolari (scelti con il concorso dei c.l.n.). La sfiducia nei confronti della magistratura ordinaria aveva suggerito al c.l.n. di affidare la repressione del fascismo repubblicano a tribunali popolari²²; il legislatore adottò, tuttavia, una scelta di compromesso, istituendo appunto le corti d'assise straordinarie, che, nonostante la natura rivelata dalla loro stessa denominazione²³ (ma perentoriamente negata dalla corte di cassazione²⁴), furono comunque soggette al controllo della magistratura ordinaria, che, in base ai meccanismi di funzionamento della corte d'assise, esercitava notevole influenza sulla componente laica²⁵.

Contro le sentenze delle corti d'assise straordinarie era ammesso ricorso a una sezione speciale provvisoria della corte di cassazione, che fu stabilita a Milano. Ad essa furono assegnati giudici come Vincenzo Chieppa e Giuseppe Badia, che erano stati tra i dirigenti dell'Associazione Generale tra i Magistrati Italiani sino al suo scioglimento alla fine del 1925 e che, l'anno successivo, erano stati esonerati dal servizio perché giudicati in condizione di incompatibilità con le generali direttive politiche del governo (per avere mantenuto di fatto l'associazione, nonostante la legge 3 aprile 1926 n. 563 avesse proibito qualsiasi sodalizio tra i magistrati), che furono riammessi in magistratura subito dopo la caduta del fascismo²⁶.

Occorre tenere presente che le corti d'assise straordinarie erano competenti a giudicare sia imputati militari, sia non militari. Come precisò, sin dalle prime pronunce, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano, infatti, nell'attribuire la competenza per i reati di collaborazionismo previsti dall'art. 5 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159 alle corti d'assise straordinarie, l'art. 1 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 non aveva riprodotto il capoverso del citato art. 5, che stabiliva espressamente la competenza dei giudici ordinari per gli imputati non militari e quella dei tribunali militari per gli imputati militari. Secondo la cassazione, che la cognizione dei reati di collaborazionismo con i tedeschi spettasse in via esclusiva alle corti d'assise straordinarie sarebbe stato, del resto, confermato dal fatto che, ai sensi del citato art. 1, esse erano espressamente chiamate a giudicare anche gli ufficiali superiori in formazioni di camicie nere con

²⁰ P. Calamandrei, *Restaurazione clandestina*, in "Il Ponte" (1947), pp. 959-968.

²¹ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in *Dieci anni dopo*, cit., pp. 319-408.

²² F. Rigano, *Partecipazione popolare e giustizia penale nella Resistenza*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXIV/1 (1980), pp. 594-614.

²³ Sul carattere straordinario degli organi giudiziari a cui fu affidata la repressione del collaborazionismo, si veda di recente C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (curr.), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia. I processi presso le Corti d'assise e nei tribunali militari*, Bologna 2019.

²⁴ R. Bianchi Riva, *Prime note sulla giustizia di transizione nel territorio di Como (1945-1947)*, in C. Biraghi (cur.), *Fonti per la storia del territorio varesino e comense, 2. Età contemporanea (secoli XIX-XX)*, Varese 2013, pp. 265-283 (in part. pp. 266-268).

²⁵ G. Neppi Modona, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in L. Bernardi, G. Neppi Modona, S. Testori, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, cit., pp. 11-40 (in part. per le opzioni relative agli organi giudiziari a cui affidare la punizione del reato di collaborazionismo, pp. 16-22). Sul ruolo svolto dai presidenti delle corti d'assise straordinarie, cfr. G. Focardi, *Sotto la toga la camicia nera? Presidenti ordinari per una giustizia straordinaria*, in C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (curr.), *Giustizia straordinaria*, cit., pp. 71-96.

²⁶ F. Venturini, *Un sindacato di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani 1909-1926*, Bologna 1987.

funzioni politico-militari²⁷. La questione fu poi risolta dal d. lgs. lgt. 2 agosto 1945 n. 466 che, in deroga a quanto previsto dall'art. 49 c.p.p., estese la competenza delle corti d'assise straordinarie anche ai reati devoluti alla cognizione dei tribunali militari, pur consentendo la trasmissione della causa in caso di "questioni che implicino un giudizio di carattere tecnico militare di particolare complessità e che siano influenti sulla decisione".

Nei primi mesi successivi alla liberazione, quando ancora tra le forze politiche al governo prevaleva la volontà di procedere ad una efficace e rapida defascistizzazione e nelle piazze la pressione popolare nei confronti dei giudici chiamati a pronunciarsi sulle atrocità commesse nella lotta antipartigiana era fortissima, la sezione speciale applicò le sanzioni contro il fascismo con particolare rigore, confermando in genere le sentenze di condanna pronunciate dalle corti d'assise straordinarie. Occorre avvertire che, pur nella specificità dei diversi contesti territoriali in cui operarono²⁸, le corti d'assise straordinarie dimostrarono di punire severamente i responsabili delle violenze antipartigiane (che integravano anche reati comuni) e di indulgere viceversa nei confronti degli esponenti della classe politica e amministrativa della r.s.i., rinunciando, secondo la storiografia, al "ruolo di organi di giustizia politica" che era stato assegnato loro²⁹.

Fu durante il governo Parri (che, come rilevò Piero Calamandrei, "rappresentò per qualche mese le superstiti speranze della Resistenza di dare all'Italia un governo di popolo che non implicasse la restaurazione della vecchia classe dirigente responsabile di aver dato vita al fascismo"³⁰), che iniziò ad emergere la volontà di pacificazione³¹, di cui fu espressione (oltre al d. lgs. lgt. 9 novembre 1945 n. 702 che attenuò l'epurazione della p.a.) il d. lgs. lgt. 5 ottobre 1945 n. 625, che, al fine di realizzare la "normalizzazione" nell'amministrazione della giustizia, da un lato, trasformò in sezioni speciali delle corti d'assise, aumentando l'influenza della magistratura ordinaria su tali organi, e, dall'altro, soppresse la sezione speciale provvisoria di Milano, attribuendo la competenza a giudicare i ricorsi avverso le sentenze di merito in materia di collaborazionismo alla seconda sezione della corte di cassazione romana.

La seconda sezione della corte di cassazione di Roma adottò un atteggiamento più indulgente nei confronti degli imputati per il reato di collaborazionismo, annullando numerose sentenze di condanna delle corti di merito, che finirono ben presto per conformarsi all'orientamento della corte di legittimità, come la storiografia ha ormai accertato³². Ciò fu possibile anche in virtù dei poteri (sulle carriere) assegnati ai magistrati della corte di cassazione dall'ordinamento giudiziario

²⁷ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 18 giugno 1945 n. 7, pres. Giuliano, rel. Badia, p.m. Gray, ric. Cafiero e altro; Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 17 agosto 1945 n. 129, pres. Giuliano, rel. Badia, p.m. Della Mura, ric. Agostinelli e altri; Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 29 agosto 1945 n. 162, pres. Toesca, rel. Chieppa, ric. Sallusti e altri. Le sentenze della sezione speciale della corte di cassazione di Milano sono conservate in Archivio Centrale dello Stato, Corte Suprema di Cassazione, Sezione Speciale di Milano per i reati politici (1945), Sentenze (3 voll.). Le massime delle sentenze sono pubblicate in "Rivista penale", LXXI (1946).

²⁸ Gli studi di carattere locale sui processi per collaborazionismo sono numerosissimi ed è attualmente in corso un censimento delle sentenze emesse dalle corti d'assise straordinarie e dalle sezioni speciali delle corti d'assise, nell'ambito del progetto di ricerca *Per un Atlante delle stragi naziste e fasciste in Italia* (www.straginazifasciste.it).

²⁹ G. Neppi Modona, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia*, cit., p. 25. Cfr., anche per ulteriori riflessioni, L.P. D'Alessandro, *Per uno studio delle sentenze della Corte d'assise straordinaria di Milano. Il giudizio sulla Repubblica sociale italiana e sulla classe dirigente*, in C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (curr.), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia*, cit., pp. 31-56.

³⁰ P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 213.

³¹ Sui governi dell'ordinamento provvisorio e sulle posizioni assunte in ordine all'opera di defascistizzazione dalle forze politiche (esaminata dal punto di vista del partito socialista), cfr. L. D'Angelo, *I socialisti e la defascistizzazione mancata*, Milano 1997.

³² A cominciare da G. Neppi Modona, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia*, cit.

Grandi, che consentivano di assicurare che i giudici di merito si uniformassero alle sue pronunce³³.

A partire dal dicembre del 1945, il primo ministro De Gasperi segnò la definitiva chiusura dell'epurazione, in vista del reinserimento anche dei soggetti più compromessi con il regime nei quadri politici e amministrativi dello Stato italiano. Come è ben noto, la volontà di pacificazione espressa dalle forze politiche al governo culminò nel d.p. 22 giugno 1946 n. 4, che concesse l'amnistia – secondo la tendenza diffusa dopo l'unificazione a ricorrere a provvedimenti di clemenza, nell'ambito delle strategie di controllo dei reati politici³⁴ – anche per i reati di collaborazionismo con i tedeschi, “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” (art. 3). Come sottolineò il ministro Togliatti nella relazione al presidente del consiglio De Gasperi, l'amnistia fu concessa al fine di creare le “condizioni di pace sociale e politica” su cui fondare il neonato regime repubblicano, pur riconoscendo che per i reati politici occorreva bilanciare “esigenze in parte e talora contrastanti”, anche in considerazione del gran numero dei soggetti coinvolti³⁵. Essa, tuttavia, si rivelò immediatamente inefficace a raggiungere tale scopo, non solo perché il legislatore pose sullo stesso piano fascismo e antifascismo ai fini della concessione dei benefici, ma anche a causa dell'interpretazione che ne diede la giurisprudenza. Anche grazie alla formulazione tecnicamente vaga delle disposizioni legislative, la seconda sezione, infatti, applicò estensivamente l'amnistia in favore dei collaborazionisti (e restrittivamente in favore dei partigiani), nonostante le circolari dei guardasigilli che invitavano i giudici a non deflettere dalla punizione dei criminali fascisti³⁶. Ciò rafforzò l'orientamento già evidenziato nei primi mesi del 1946, conducendo al sostanziale ‘fallimento’ dell'epurazione, come ha più volte evidenziato la storiografia. Con l'amnistia del 1946, a cui ne seguirono altre sino al 1953 e a cui si aggiunsero i provvedimenti di grazia individuale³⁷, si chiuse dunque la fase della giustizia di transizione italiana fondata sui processi nei confronti dei collaborazionisti e si aprì quella, lunga, dell'“amnesia”³⁸.

Dunque, nel 1945 (quando la magistratura italiana fu chiamata a giudicare gli episodi di violenza più gravi ed efferati commessi nell'ambito del fascismo repubblicano), la sezione speciale della corte di cassazione di Milano esclude, come si avrà modo di vedere, che l'ordine dell'autorità potesse giustificare il reato (ammettendo, in qualche caso, che potesse al più diminuire la pena), dimostrando particolare rigore nell'applicazione delle sanzioni contro il fascismo.

Solo a partire dal 1946 (con un po' di ritardo rispetto ad altri orientamenti giurisprudenziali che si erano affermati in materia di collaborazionismo), i giudici della seconda sezione della corte

³³ Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., pp. 711-790 (in part. p. 717).

³⁴ A. Santosuoso, F. Colao, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi*, Verona 1986. Sul tema dell'amnistia, quale “‘prisma’ del campo di tensione fra giustizia e politica”, cfr. F. Colao, *Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento*, in K. Härter-C. Nubola (curr.), *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna 2011, pp. 463-488.

³⁵ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Presidente del Consiglio sul decreto presidenziale 22 giugno 1946 n. 4, concedente amnistia e indulto per reati comuni, politici e militari*, in “Lex” (1946), pp. 723-727.

³⁶ M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui criminali fascisti*, Milano 2006.

³⁷ C. Nubola, *I provvedimenti di clemenza nei confronti dei “collaborazionisti” nell'Italia del secondo dopoguerra. Un esempio di giustizia di transizione*, in P. Pombeni, H.G. Haupt (curr.), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*, Bologna 2013, pp. 319-344.

³⁸ M. Salvati, *Amnistia e amnesia nell'Italia del 1946*, in M. Flores (cur.), *Storia, verità, giustizia. I criminali del XX secolo*, Milano 2001, pp. 141-161.

di cassazione iniziarono a riconoscere efficacia scriminante o diminuyente agli ordini delle autorità della r.s.i. (quantunque – occorre dirlo – i ricorsi sul punto si fossero diradati).

Se, da un lato, tale riconoscimento concorse all'affermazione dei principi generali di matrice liberale nell'ordinamento italiano, dall'altro contribuì all'attenuazione del rigore repressivo nei confronti dei reati di collaborazionismo, che, come si è detto, la storiografia ha ricondotto soprattutto alla mancata defascistizzazione della magistratura.

A determinare tali esiti concorse, d'altra parte, anche la dottrina, che, nel tentativo di ricondurre le disposizioni di carattere eccezionale per la punizione dei reati fascisti entro il quadro dei principi generali, criticò, sul piano tecnico, i risultati a cui erano giunti i giudici che, nei primi mesi, avevano cercato di dare risposte alle istanze espresse allora dalla società e dalla politica. Molte delle pronunce che negavano il riconoscimento della scriminante furono, infatti, considerate in contrasto con i principi liberali del diritto penale.

Pietro Nuvolone, ad esempio, ritenne che il tema dell'ordine del superiore gerarchico potesse essere riesaminato e “condurre a conclusioni diverse da quelle cui solitamente perviene la giurisprudenza”, ritenendo, come si vedrà, necessario spostare l'indagine sull'elemento soggettivo del reato³⁹.

Come rilevò Giuliano Vassalli, le sentenze in materia di collaborazionismo con i tedeschi furono, in generale, “ispirate ... a criteri di giustizia sostanziale che nella soggetta materia premono con urgenza particolare sull'animo di ogni giudice che sia all'altezza del compito suo”, senza tuttavia offrire “quel decisivo contributo d'ordine scientifico e interpretativo che sarebbe stato pure desiderabile per le norme in questione”⁴⁰.

Quantunque non “meritevoli di censure dal punto di vista di una corretta impostazione giuridica”, secondo il giudizio espresso dallo stesso Vassalli, le argomentazioni, non sempre lineari, poste a fondamento dell'applicazione delle sanzioni contro il fascismo rispecchiavano la difficoltà dei giudici a dare forma giuridica a una realtà storica del tutto nuova.

Come si vedrà, le pronunce della corte di cassazione in tema di ordine del superiore gerarchico ruotarono attorno ad alcuni argomenti che furono il risultato di un'accorta dialettica fra diritto, etica e politica, i cui equilibri furono ridisegnati dal trascorrere del tempo, che, da un lato, determinò la convergenza delle forze politiche verso la pacificazione nazionale e, dall'altro, allentò la pressione dell'opinione pubblica sulla punizione dei reati fascisti.

2. La repressione antipartigiana nella giurisprudenza della corte di cassazione.

Uno dei nodi che la giurisprudenza fu chiamata a sciogliere fu quello della definizione giuridica del reato di collaborazionismo con i tedeschi, introdotto, come è noto, dall'art. 5 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, che puniva “chiunque, posteriormente all'8 settembre 1943, abbia commesso o commetta delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato, con qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione col tedesco invasore, di aiuto o di assistenza ad esso prestata” ai sensi del codice penale militare di guerra.

³⁹ P. Nuvolone, *Il rapporto di dipendenza gerarchica nei reati di collaborazionismo*, in “La Giustizia penale”, LI (1946), parte seconda, coll. 210-214.

⁴⁰ Cfr. la rassegna di G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della cassazione*, apparsa a puntate in “La Giustizia penale”, L (1945), parte seconda, e “La Giustizia penale”, LI (1946), parte seconda, e completata in G. Vassalli, G. Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale. Diritto processuale. Testi legislativi*, Roma 1947 (da cui cito), p. 103. Sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di reati di collaborazionismo, cfr. inoltre A. Boselli, *I reati di collaborazione col tedesco invasore*, Genova 1946; A. Malinverni, *Rassegna critica di giurisprudenza sui reati di collaborazionismo*, in “Giurisprudenza italiana”, XCVIII (1946), IV, coll. 19-27.

I giudici si trovarono ad applicare le norme del c.p.m.g. ad una realtà del tutto nuova, senza poter contare né su precedenti giurisprudenziali, né su riferimenti dottrinali in grado di orientarli in tale delicata attività interpretativa. L'inquadramento delle violenze contro i partigiani (rastrellamenti e fucilazioni, sevizie e torture, delazioni e denunce) entro le diverse forme di aiuto al nemico previste dal c.p.m.g. (in particolare dagli art. 51, 54 e 58, che punivano il collaborazionismo politico e militare) – talvolta anche in concorso con l'omicidio – diedero vita a pronunce, che, come sottolineò Vassalli, furono “nettamente influenzate, quanto alla norma applicata, dalla gravità oggettiva delle conseguenze dell'attività dal colpevole svolta, al di fuori della natura, prevalentemente politica o militare, dell'interesse offeso”⁴¹.

La questione fu affrontata sulla base dei principi di diritto interno e internazionale, tenendo conto dell'occupazione militare tedesca del Nord Italia e dell'istituzione della r.s.i.

Occorre evidenziare sin d'ora che, secondo la corte di cassazione (e secondo l'alta corte di giustizia di nomina governativa, che, ai sensi dell'art. 2 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, doveva giudicare “i membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese, condotto all'attuale catastrofe”⁴²), né l'art. 5 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159 né l'art. 1 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 (che lo richiamava) avevano creato una nuova figura di reato. Nell'interpretazione della giurisprudenza, tali disposizioni rinviavano “puramente e semplicemente” ai reati militari previsti nel titolo secondo del c.p.m.g. (reati contro la fedeltà e la difesa militare), pur riconoscendo che “la novità legislativa è che si estende ai civili l'imperio della legge militare”⁴³: interpretazione che servì a rigettare i ricorsi che si fondavano sulla violazione del principio di irretroattività della legge penale e che avrebbero di fatto vanificato la legislazione sulle sanzioni contro il fascismo⁴⁴.

D'altra parte, basterà pensare che, quando l'avv. Cesare Degli Occhi⁴⁵ (difensore dell'avv. Vittorio Rolandi Ricci, già ministro durante il ventennio fascista, condannato a quindici anni di reclusione ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g. per alcuni articoli “incitanti ai cittadini contro lo stato, apologetici per le armi tedesche e neofasciste” pubblicati sul *Corriere della sera*) lamentò che “nella volontà del legislatore, l'art. 58 c.p.m.g. non poteva riferirsi a questa situazione tragica e singolare della vita italiana”, la corte di cassazione superò tali argomenti, statuendo che “la volontà della legge va oltre le visioni del legislatore, armonizzandosi al complesso della legislazione nelle nuove situazioni dei tempi” e che “comunque è lecito ritenere che il legislatore, dettando l'art. 58

⁴¹ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 128.

⁴² R. Ferrari Zumbini, *Di alcune singolarità giurisdizionali durante l'ordinamento provvisorio (1943-47)*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, LXI (1988), pp. 189-202.

⁴³ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 43, pres. Vitali, rel. Chieppa, p.m. Gray, ric. Ferlito; Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 1 agosto 1945 n. 100, pres. Giuliano, rel. Badia, p.m. Levi, ric. Fachini. Prima dell'entrata in funzione delle corti d'assise straordinarie, la corte d'assise di Arezzo aveva ritenuto che il riferimento al c.p.m.g. non fosse da intendersi solo *quoad poenam*, ma comportasse l'inquadramento dei fatti nelle varie ipotesi previste dal titolo sui reati contro la fedeltà e la difesa militare, quantunque riconoscesse all'art. 5 d. lgs. Lg. 27 luglio 1944 n. 159 un “contenuto normativo suo proprio, dettato dalle eccezionali contingenze di una situazione politico-militare forse senza precedenti, che vide, nel corso di poche ore, trasformar l'alleato in occupante, divenuto nemico della Patria il cui Governo, legittimo, anche se per molte terre d'Italia, fuggiasco, aveva stipulato l'armistizio”, Corte Ass. Arezzo, 26 aprile 1945, pres. Notarbartolo, imp. Del Vita, in “Archivio penale” (1945), pp. 280-289.

⁴⁴ Sugli argomenti utilizzati dalla corte di cassazione per respingere i ricorsi fondati sulla retroattività della legislazione contro il fascismo, cfr. R. Bianchi Riva, “Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse”, cit., pp. 165-169.

⁴⁵ Sulla figura di Cesare Degli Occhi, avvocato antifascista, cfr. G. Sircana, *Degli Occhi Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 36, Roma 1988, pp. 167-169. Sulle questioni connesse alla difesa tecnica nei processi per collaborazionismo, cfr. R. Bianchi Riva, *Prime note sulla giustizia di transizione*, cit., pp. 265-283; F. Tacchi, *Difendere i fascisti? Avvocati e avvocate nella giustizia di transizione*, in G. Focardi, C. Nubola (curr.), *Nei tribunali*, cit., pp. 51-89.

c.p.m.g. nell'anno 1941, nella esperienza tratta dalla storia dei popoli, antica recente ed anche in atto, avesse presente l'ipotesi di governi di fatto locali in combutta e agli ordini del nemico invasore⁴⁶.

Ai sensi dell'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 (che, secondo la cassazione, costituiva la vera "novità giuridica" introdotta dal legislatore⁴⁷), si considerava "in ogni caso" che avessero collaborato col tedesco invasore o che gli avessero prestato aiuto od assistenza i ministri e sottosegretari di stato della repubblica sociale italiana e coloro che avevano ricoperto cariche direttive di carattere nazionale nel partito fascista repubblicano, i presidenti e i membri del tribunale speciale per la difesa dello Stato e dei tribunali straordinari istituiti dal governo repubblicano e coloro che vi avevano svolto la funzione di pubblico ministero (puniti a norma degli artt. 51 e 54 c.p.m.g.), i capi di provincia, i segretari e i commissari federali, i direttori dei giornali politici e gli ufficiali superiori in formazioni di camicie nere con funzioni politico-militari (puniti ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g., salvo che avessero assunto più gravi responsabilità).

Al di fuori di tali ipotesi (che, all'esito di un difficile percorso interpretativo, i giudici considerarono come una presunzione relativa e non assoluta)⁴⁸, spettò alla magistratura definire il reato di collaborazionismo con i tedeschi, individuando non solo le fattispecie punibili, ma anche le norme del c.p.m.g. applicabili: scelta non irrilevante dal momento che qualificare un fatto in un modo piuttosto che in un altro significava, spesso, condannare o meno l'imputato alla pena di morte. Non a caso, quasi tutti i ricorrenti chiesero alla corte di cassazione innanzitutto di qualificare in senso più favorevole il reato rispetto al capo di imputazione.

Si deve tenere presente che i fatti commessi nell'ambito della repressione antipartigiana intrapresa dal fascismo repubblicano, che diede origine alla sanguinosa guerra civile italiana⁴⁹, furono in genere qualificati come reato di aiuto al nemico di cui all'art. 51 c.p.m.g., che irrogava la pena capitale per "il militare che commette un fatto diretto a favorire le operazioni militari del nemico ovvero a nuocere altrimenti alle operazioni delle forze armate dello Stato italiano", oppure come reato di intelligenza o corrispondenza con il nemico di cui all'art. 54 c.p.m.g., che puniva con la morte "il militare, che per favorire il nemico, tiene con esso intelligenze o corrispondenza" (salvo che non avesse prodotto danno) ovvero con la reclusione non inferiore a 15 anni "se trattasi di offerta di servizi al nemico, ancorché non accettata", oppure ancora come reato di aiuto al nemico nei suoi disegni politici di cui all'art. 58 c.p.m.g., che comminava la reclusione da 10 a 20 anni per chiunque, nelle zone occupate o invase dal nemico, "favorisce i disegni politici del nemico sul territorio invaso od occupato ovvero commette un fatto diretto a menomare la fedeltà dei cittadini verso lo Stato italiano".

In particolare, la cassazione si trovò di fronte all'alternativa tra il reato di aiuto militare al nemico, di cui agli artt. 51 e 54 c.p.m.g., e quello di aiuto politico al nemico, di cui all'art. 58 c.p.m.g. Come si avrà modo di vedere, l'art. 51 c.p.m.g. fu utilizzato ogniqualvolta fu ravvisata la lesione dell'interesse militare dello Stato italiano; d'altra parte, come rilevò Vassalli, mentre le corti d'assise straordinarie applicarono prevalentemente l'art. 58 c.p.m.g., l'art. 51 c.p.m.g. risultò il più frequentemente applicato dalla cassazione, anche in considerazione della necessità di irrogare la pena capitale ai fatti più sanguinosi commessi nell'ambito della guerra civile per il

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 9 luglio 1945, n. 31, pres. Giuliano, rel. Chieppa, p.m. Levi, ric. Rolandi Ricci.

⁴⁷ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 43, pres. Vitali, rel. Chieppa, p.m. Gray, ric. Ferlito.

⁴⁸ Sulle posizioni espresse dai giudici della cassazione sulle presunzioni di responsabilità di cui all'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, cfr. R. Bianchi Riva, "Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse", cit., pp. 169-173.

⁴⁹ C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della resistenza*, Torino 1991.

“perseguimento di quei fini di giustizia sostanziale a cui, in ultima analisi, ogni interpretazione e ricostruzione della norma deve servire”⁵⁰. Ad essi si aggiungeva il reato di intelligenza con il nemico, di cui all’art. 54 c.p.m.g.: norma di più difficile applicazione (a causa della sua “inopportuna” formulazione, secondo Vassalli), che Nuvolone considerava sussidiaria rispetto all’art. 51 c.p.m.g.⁵¹ e che Vassalli riteneva invece di carattere generale⁵². D’altra parte, la cassazione circoscrisse volutamente la portata della norma, che mirava a punire ogni rapporto intrattenuto con il nemico con lo scopo di favorirlo, “in relazione alla singolarità della situazione prodottasi in Italia per effetto della lunga occupazione tedesca, la quale pose un numero enorme di persone nella necessità di entrare in contatto ... con i militari o con gli uffici civili tedeschi, svolgendo talora, per conto dei tedeschi, servizi di varia natura e in altri casi trovandosi nella necessità di offrire tali servizi”⁵³, che avrebbe potuto condurre a incriminazioni generalizzate.

In una delle sue prime pronunce, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano annullò una sentenza della corte d’assise straordinaria di Varese, che aveva condannato a morte un notaio (colpevole di avere denunciato alle S.S. un partigiano, che era stato poi arrestato e fucilato), per avere ritenuto applicabili gli artt. 51 e 54 c.p.m.g., come il reato era stato rubricato nel capo d’imputazione, anziché l’art. 58 c.p.m.g., che era stato invece invocato dalla difesa dell’imputato (assunta dal prof. Delitala), senza adeguata motivazione. La corte chiarì, infatti, che “il denunciare, il fare arrestare un partigiano, non vuol sempre dire favorire il nemico nelle sue operazioni militari, ma può anche significare un fatto molto meno grave, quello cioè di collaborare col nemico dei suoi disegni politici”⁵⁴.

In generale, la cassazione osservò che “i reati dei quali gli imputati devono rispondere vanno precisati di volta in volta”, non essendo sufficiente il richiamo all’art. 1 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, che, come si è detto, rinviava genericamente ai delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato disciplinati nel codice militare⁵⁵.

La corte di cassazione ritenne che “l’azione di rastrellamento, tipica forma germogliata in quest’ultima guerra – per volontà dell’ex duce affidata alle brigate nere, istituite per essere impiegate contro i patrioti – è indubbiamente una precisa forma di collaborazionismo militare in quanto tendeva a stroncare ogni attività di resistenza interna, impegnando i partigiani in combattimenti, allo scopo di disperderli, catturarli, ucciderli, favorendo così le operazioni del nemico”⁵⁶. Secondo la cassazione, infatti, “le azioni dirette al rastrellamento e alla cattura di patrioti, con la successiva fucilazione o deportazione anche di alcuni di essi, che spesso ne seguiva, costituiscono, senza dubbio, i fatti più gravi e tipici di collaborazione militare col tedesco invasore, in quanto, eliminandosi in tal modo i nemici dichiarati del nazi-fascismo, che con indomito coraggio e sprezzo di ogni pericolo arrecavano ad esso danni molteplici, mediante l’attività bellica che spiegavano nelle retrovie, si favorivano le operazioni militari del nemico, il quale, con le retrovie più al sicuro, era rafforzato nella sua resistenza e poteva meglio agire per i suoi fini particolari nelle zone operanti”⁵⁷ e che “la eliminazione mediante la morte, in qualsiasi

⁵⁰ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 133.

⁵¹ P. Nuvolone, *Il collaborazionismo punibile*, ora in Id., *Trent’anni di diritto e procedura penale. Studi*, Milano 1969, vol. 2, pp. 1117-1129 (in part. p. 1121).

⁵² G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 122.

⁵³ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 148.

⁵⁴ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 25 giugno 1945 n. 11, pres. Toesca, rel. Levi, p.m. Gray, ric. Sangalli.

⁵⁵ Cass. Pen. Sez. speciale ud. 2 luglio 1945 n. 74, pres. Giuliano, rel. Badia, ric. Benini.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 15 settembre 1945 n. 195, pres. Giuliani, rel. Azzolina, ric. Spinnato.

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 2 luglio 1945 n. 17, pres. Giuliano, rel. Violanti, p.m. Levi, ric. Ortini.

modo procurata, di elementi in lotta contro il nemico” costituiva la “forma di collaborazione bellica per eccellenza, non essendo ipotizzabile altra più efficiente forma di aiuto al nemico stesso, con più grave danno per lo Stato”⁵⁸.

In altre occasioni, la cassazione aggiunse che “i rastrellamenti contro partigiani seguiti da arresti e sevizie, le brutali e inenarrabili torture inflitte ai partigiani catturati personalmente dal reo o da altri in sua presenza; le rappresaglie compiute in danno dei famigliari di patrioti, che si rifiutavano di dare le notizie richieste sul loro dislocamento, costituiscono fatti di collaborazione militare col tedesco, perché diretti a favorire le operazioni militari del nemico e a nuocere alle operazioni delle forze armate italiane”⁵⁹ e, ancora, che “gli arresti di partigiani, i maltrattamenti contro di essi usati, la denuncia e la consegna ad uffici germanici di persone ree di aver favorito un partigiano nascondendo in casa propria un’arma di lui costituiscono favoreggiamento delle operazioni militari del nemico, in quanto menomano le forze clandestine di fiancheggiamento delle forze armate della patria”⁶⁰.

I partigiani furono espressamente considerati dalla cassazione come “militi facenti parte di formazioni in lotta col tedesco invasore e con le brigate nere, che con esso collaboravano”⁶¹: proprio il loro riconoscimento come appartenenti alle forze armate dello Stato italiano costituì, secondo Giuliano Vassalli, uno dei presupposti per l’applicazione dell’art. 51 c.p.m.g. alle azioni dirette contro i membri della resistenza⁶², che furono, pertanto, qualificate come aiuto bellico, anziché come il meno grave aiuto politico, come spesso chiedevano i difensori degli imputati, nell’estremo tentativo di salvare i propri assistiti dalla pena capitale.

Le sevizie e le torture perpetrate ai danni dei partigiani catturati “al fine di carpirne confessioni e delazioni per scoprire le fila del movimento di resistenza che agiva alle spalle del nemico” furono in genere ritenute come aiuto bellico ai sensi dell’art. 51 c.p.m.g., in base alla considerazione che esse “miravano in modo mediato a favorire le operazioni militari del nemico o ad ostacolare quelle dell’esercito alleato col deprimere le energie morali della popolazione, che costituivano il presupposto del movimento di resistenza”⁶³. La cassazione precisò, tuttavia, che, per quanto inumane, le violenze perpetrate ai danni dei patrioti costituivano soltanto aiuto politico, qualora le vittime fossero state successivamente rilasciate; in questo caso, infatti, esse dovevano considerarsi volte “a deprimere gli animi di coloro che si manifestavano loro tenaci avversari, a piegare i dubbiosi a collaborare col neo-fascismo e a diminuire o comunque indebolire la resistenza interna contro di esso o contro il tedesco”⁶⁴.

In una sentenza nei confronti di un caporal maggiore della g.n.r., che aveva percosso numerosi partigiani (senza cagionarne la morte), la cassazione confermò, però, la decisione della corte di merito che aveva qualificato tali azioni come aiuto militare (comminando pertanto la pena capitale). Nonostante il ricorrente sostenesse che esse non erano dirette a favorire le operazioni

⁵⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 41, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Cappellini e altri. La cassazione ritenne responsabile del reato di cui all’art. 51 c.p.m.g. anche chi non avesse partecipato direttamente ai rastrellamenti, ma fosse rimasto a disposizione dei comandi militari per l’eventuale riparazione di armi, considerandola “attività inerente e connessa” alle operazioni belliche, Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 28 settembre 1945, n. 265, pres. Toesca, rel. Badia, p.m. Dalla Mura, ric. Bassoni.

⁵⁹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 9 agosto 1945 n. 121, pres. Vitali, rel. Violanti, p.m. Levi, ric. Arrivabene; Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 13 agosto 1945 n. 123, pres. Giuliano, rel. Chiappa, p.m. Gray, ric. Marioni e altri.

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 26 ottobre 1945 n. 372, pres. Giuliano, rel. Guidi, p.m. Fornari, ric. Marnetto.

⁶¹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 9 agosto 1945 n. 120, pres. Vitali, rel. Guidi, p.m. Levi, ric. Barillari.

⁶² G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 65.

⁶³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 6 luglio 1945 n. 21, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Candrilli.

⁶⁴ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 11 luglio 1945 n. 34, pres. Giuliano, rel. Violanti, p.m. Gray, ric. Pesce.

militari del nemico (ma a rafforzare l'occupazione tedesca sul territorio italiano, eliminando la resistenza interna), la cassazione ritenne che “le persecuzioni dei partigiani avevano oltre lo scopo di soffocare il movimento di liberazione, quello di eliminare un grave pericolo per l'esercito tedesco, che dai partigiani veniva fatto segno a continui atti di sabotaggio e ad una sorda guerriglia così da ingenerare l'impressione nei tedeschi che la campagna in Italia era molto pericolosa”⁶⁵.

Anche la denuncia di partigiani fu considerata come aiuto militare “non potendosi escludere il rapporto di causalità sia materiale che morale tra la denuncia e le sorte cui andavano incontro i partigiani catturati”⁶⁶. In particolare, la corte giudicò “gravissima forma di collaborazione quella della spia che denuncia al nemico invasore i nomi dei partigiani, sicché il nemico, avendo precisa conoscenza delle persone e delle località, può eseguire imboscate, rastrellamenti o tendere insidie per trarre nella rete i partigiani medesimi ponendoli alla sua mercé”⁶⁷.

Occorre evidenziare che, secondo la cassazione, l'uccisione di partigiani, se posta in essere a scopo di rappresaglia, integrava il meno grave reato di aiuto politico. In una sentenza resa nei confronti di due appartenenti alla guardia nazionale repubblicana, condannati alla pena di morte per avere partecipato all'uccisione di tre partigiani nel corso di un'azione di rappresaglia contro lo scoppio di una bomba davanti a una caserma della g.n.r., la cassazione rilevò che l'uccisione per rappresaglia dei partigiani avrebbe potuto mirare non a “sopprimere elementi in lotta contro l'invasore”, ma a “terrorizzare la popolazione per evitare che si rinnovassero atti di ostilità contro i nazifascisti”. La sezione speciale della corte di cassazione di Milano annullò, quindi, la sentenza della corte d'assise straordinaria di Ferrara e rinviò la causa alla corte d'assise straordinaria di Bologna, affinché indagasse lo scopo dell'eccidio e accertasse conseguentemente se applicare l'art. 51 ovvero l'art. 58 c.p.m.g.⁶⁸.

Se, dunque, in caso di rappresaglia, gli atti diretti contro partigiani non dovevano considerarsi necessariamente come aiuto militare, a maggior ragione, dovevano qualificarsi come aiuto politico quelli diretti unicamente contro la popolazione civile. Tale fu la motivazione addotta dalla cassazione in una sentenza resa nei confronti di un membro delle brigate nere che aveva partecipato alla cattura di quaranta ostaggi e alla fucilazione di quattro di essi per rappresaglia contro l'uccisione di un milite della g.n.r.. Pur riconoscendo la ferocia con la quale era stata attuata, la corte evidenziò che la rappresaglia “non era diretta a portare al tedesco alcun aiuto né diretto né indiretto”, volendo “soltanto intimidire la popolazione del luogo per indurla a rispettare la vita e la integrità fisica dei militi fascisti, anche per il futuro” e la qualificò come collaborazionismo ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g.: il fatto che l'azione fosse rivolta esclusivamente “contro una pacifica borgata, dove non risulta che vi fosse un qualche nucleo di partigiani tanto che gli ostaggi facevano parte esclusivamente della popolazione civile” escludeva, secondo i supremi giudici, la sussistenza di operazioni belliche, che giustificassero l'applicazione del più grave art. 51 c.p.m.g.⁶⁹.

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 agosto 1945 n. 163, pres. e rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Pirazzini.

⁶⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 agosto 1945 n. 167, pres. Toesca, rel. Azzolina, p.m. Levi, ric. Crespi.

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 3 settembre 1945 n. 179, pres. Giuliano, rel. Azzolina, p.m. Levi, ric. Podestà. In particolare, su coloro che denunciavano i partigiani, “facendosi, per meglio riuscire nell'intento, passare per partigiano”, Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 14 agosto 1945 n. 127, pres. Giuliano, rel. Badia, p.m. Levi, ric. Pavanini e altri; Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 27 agosto 1945 n. 161, pres. Toesca, rel. Badia, p.m. Dalla Mura, ric. Calastri.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 2 luglio 1945 n. 74, pres. Giuliano, rel. Badia, ric. Benini e altro.

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 26 ottobre 1945 n. 375, pres. Giuliano, rel. Violanti, ric. Romagnoli.

Occorre, tuttavia, dare atto che, in altra occasione, la cassazione, pur ribadendo che le rappresaglie contro i civili non costituivano operazioni belliche (non essendo lecite nemmeno in base alla legge di guerra approvata con r.d. 8 luglio 1938 n. 1715), confermò l'applicazione dell'art. 51 c.p.m.g. (che peraltro non era stata nemmeno contestata dalla difesa) nei confronti del responsabile di un feroce atto di ritorsione contro la popolazione della frazione di Triasso, nel comune di Sondrio, che aveva condotto all'uccisione di tre giovani, nonché al saccheggio e all'incendio della frazione stessa, ritenendolo strettamente attinente alle operazioni militari dei nazifascisti, in quanto volto a favorirle⁷⁰.

Anche le perquisizioni dirette alla ricerca di armi nascoste dai partigiani furono qualificate come aiuto al nemico ai sensi dell'art. 51 c.p.m.g. "perché menomavano le forze che clandestinamente si opponevano al nemico invasore"⁷¹. In altra occasione, tuttavia, la cassazione ritenne che "l'attività di spionaggio in ordine al rifornimento di armi ai partigiani accompagnata da perquisizioni e sequestro di armi" integrasse aiuto politico, come sostenuto dalla difesa (assunta dall'avv. Cesare Degli Occhi) di un membro della g.n.r., che era stato condannato dalla corte d'assise straordinaria di Ivrea per alto tradimento ai sensi dell'art. 242 c.p. (che fu talora applicato dalle corti di merito in luogo delle disposizioni del c.p.m.g.)⁷².

Occorre, poi, tenere presente che, nell'ambito dei rapporti fra il nuovo governo fascista e il *Reich* nazista⁷³, la r.s.i. ricorse alla chiamata alle armi per la costituzione dell'esercito repubblicano (che avrebbe dovuto affiancare le forze armate tedesche) o al lavoro per il reclutamento di operai da inviare in Germania.

Secondo la corte di cassazione, anche i rastrellamenti di renitenti alla leva integravano il reato di cui all'art. 51 c.p.m.g.. Secondo i supremi giudici, infatti, "la lotta armata (nella specie di brigate nere) contro partigiani e contro tutti coloro che non volevano arruolarsi sotto la cosiddetta repubblica sociale integra il delitto di aiuto bellico, e non politico, al nemico"⁷⁴. Ritenendo che il criterio per distinguere l'aiuto militare dall'aiuto politico fosse l'idoneità ad incidere o meno sulle forze militari germaniche, aumentandone l'efficienza, la corte di cassazione ritenne, in particolare, che "il dare la caccia ai giovani che si erano rifiutati di rispondere alle chiamate del governo fascista repubblicano, di eseguire tali operazioni ricorrendo a metodi violenti, compresa la minaccia di arresto dei famigliari e d'incendio delle loro case, di obbligare parecchi renitenti in arresto a presentarsi alle autorità fasciste repubblicane (poi deportati in Germania e di alcuni non s'è più avuta notizie) non rientra nell'art. 58 c.p.m.g., ma in quello di cui all'art. 51 c.p.m.g."⁷⁵.

Analogamente, la corte di cassazione qualificò come aiuto militare anche il reclutamento di lavoratori destinati alle fabbriche tedesche, evidenziando che "per la lettera e lo spirito della

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 agosto 1945 n. 165, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. De Angelis.

⁷¹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 settembre 1945 n. 180, pres. Giuliano; rel. Guidi, p.m. Levi, ric. Susan.

⁷² Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 ottobre 1945 n. 378, pres. Giuliano, rel. Toesca, ric. Mansuino. Il rastrellamento di armi (nella fattispecie, un mitra e alcune pistole) nascoste per l'eventuale necessità di difesa privata integrava il reato di aiuto al nemico nei suoi disegni politici. Nel caso di specie, la cassazione annullò la sentenza della corte d'assise straordinaria di Udine, che aveva condannato alla pena di morte un diciannovenne, assistito dal prof. Delitala, in considerazione sia dell'esigua quantità e dello scarso valore delle armi, inidonee a favorire le operazioni militari del nemico e a nuocere alle forze armate italiane, sia della destinazione delle armi ad uso personale, e non a favore dei partigiani o comunque per la resistenza contro i tedeschi, Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 20 luglio 1945 n. 64, pres. Giuliano, rel. Chieppa, p.m. Gray, ric. Campana.

⁷³ M. Fioravanzo, *Mussolini e Hitler. La Repubblica sociale sotto il Terzo Reich*, Roma 2009.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 27 luglio 1945 n. 71, pres. Giuliano, rel. Medici, p.m. Gray, ric. Berretta.

⁷⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 17 agosto 1945 n. 131, pres. Giuliano, rel. Bricchetti, p.m. Dalla Mura, ric. Maffoni.

norma dell'art. 51 c.p.m.g. qualunque ostacolo od impedimento alla preparazione bellica od alle operazioni militari, o qualsiasi documento direttamente od indirettamente arrecato alle operazioni di guerra dello Stato italiano o degli associati è sufficiente ad integrare l'elemento materiale del reato di aiuto al nemico” e riconoscendo che il lavoro coatto “serviva a favorire le operazioni militari del nemico protraendone la resistenza bellica col rifornirne le energie lavorative esauste dalle perdite per i bombardamenti ed i richiami sotto le armi”⁷⁶.

In particolare, la corte rilevò che la raccolta di giovani da inviare in Germania come manodopera “non realizza l'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 54 c.p.m.g., che parla semplicemente di intelligenza o corrispondenza col nemico per favorirlo, con le quali espressioni si allude propriamente a rapporti di carattere intellettuale, ma meglio rientra nell'ipotesi preveduta dall'art 51 dello stesso codice penale militare, che contempla l'aiuto al nemico con un fatto diretto a favorirne le operazioni militari, ovvero a nuocere altrimenti alle operazioni militari delle forze armate dello Stato italiano”⁷⁷

3. L'illegittimità della repubblica sociale italiana fra dottrina e giurisprudenza.

Come è noto, la questione della natura giuridica della repubblica sociale italiana fu ampiamente dibattuta nel secondo dopoguerra.

Quando, dopo l'8 settembre 1943, l'Italia si ritrovò divisa nel c.d. regno del Sud, soggetto alle forze militari degli Alleati, e nella repubblica sociale italiana al centro-nord, sottoposta al regime di occupazione tedesca, entrambi gli ordinamenti si considerarono come l'unico governo legittimo dello Stato italiano. La repubblica “necessaria” – come la definì il ministro della giustizia della r.s.i. Giorgio Pisenti⁷⁸ – ritenne di continuare, dopo il “colpo di Stato” del 25 luglio 1943, l'esperienza del ventennio fascista, ovviando al vuoto costituzionale causato dal re.

Creata nell'interesse del *Reich* tedesco – tanto da essere definita come un governo fantoccio –, la r.s.i. fu considerata dalla dottrina prevalente come un governo di fatto, per quanto illegittimo: benché fosse dotata di scarsa effettività (avendo ottenuto un limitato consenso), essa si dotò, infatti, di un'organizzazione stabile ed emanò proprie norme, esercitando autorità su un proprio territorio e su una propria popolazione⁷⁹.

La questione della qualificazione giuridica della r.s.i. era già stata affrontata dalla giurisprudenza, che la pose a fondamento di numerose pronunce, non solo in materia penale (al fine della punizione del reato di collaborazionismo con i tedeschi), ma anche in ambito civile (per la valutazione dell'efficacia degli atti della r.s.i. ai sensi del d. lgs. lgt. 5 ottobre 1944 n. 249)⁸⁰.

La cassazione considerò il governo di Salò come uno Stato illegittimo, pur non potendone negare, come evidenziò Giuliano Vassalli, la natura di governo di fatto, quantomeno nei limiti del d. lgs. lgt. 5 ottobre 1944 n. 249⁸¹. L'analisi del contenuto di tali sentenze, pur intriso di

⁷⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 6 luglio 1945 n. 21, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Candrilli.

⁷⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 2 luglio 1945 n. 14, pres. Giuliano, rel. Vitali, p.m. Levi, ric. Opezzo.

⁷⁸ G. Pisenti, *Una repubblica necessaria (RSI)*, Roma 1977.

⁷⁹ V. Gueli, *Rilevanza giuridica della Repubblica sociale italiana. Valore degli atti compiuti sotto l'imperio del sedicente governo della Repubblica sociale italiana*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma 1950; P. Biscaretti di Ruffia, *Il valore giuridico per l'ordinamento dello Stato italiano delle norme e degli atti emanati dal governo della c.d. “Repubblica Sociale Italiana”*, in “Giurisprudenza italiana”, XCVIII (1946), IV, coll. 129-141; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 39, Milano 1988, pp. 894-901.

⁸⁰ Cfr. A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica. I giudici e la transizione dallo stato d'eccezione al nuovo ordine (d.lgs.lgt. 249/1944)*, Bologna 2013; A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, in “Nomos”, 2 (2017).

⁸¹ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 46.

tecnicismo giuridico, restituisce giudizi di valore sull'esperienza della r.s.i. alquanto netti (anche attraverso l'uso di un linguaggio dall'evidente significato 'politico') che, come è stato rilevato, consentono di valutare, al di là degli esiti dei processi, la 'politicalità' dei giudici chiamati ad applicare le sanzioni contro il fascismo repubblicano⁸².

La questione venne esaminata per la prima volta, proprio con riguardo alla scriminante dell'adempimento di un dovere, nel processo a carico del ministro dell'interno del governo della r.s.i. Guido Buffarini Guidi, condannato alla pena capitale dalla corte d'assise straordinaria di Milano in base alla presunzione assoluta di responsabilità stabilita dall'art. 1 c. 3 n. 1) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142.

Il Buffarini Guidi aveva impugnato la sentenza della corte d'assise straordinaria di Milano (di cui, per inciso, era stata eccepita l'incompetenza per materia in favore dell'alta corte di giustizia, già investita della cognizione di altro reato a carico dello stesso imputato), lamentando, tra l'altro, la violazione degli artt. 51 e 43 c.p.. Il ricorrente assumeva, infatti, "che era evidente la buona fede o quantomeno la mancanza di dolo", avendo seguito le istruzioni e le direttive del capo del governo.

La sezione speciale della corte di cassazione di Milano – anziché stabilire l'inapplicabilità della scriminante alle ipotesi di responsabilità presunta (come avrebbe fatto altre volte) – entrò nel merito della questione, ritenendo che gli ordini del capo o del governo o di altra autorità della repubblica sociale italiana non potessero in alcun modo giustificare il reato ai sensi dell'art. 51 c.p. La corte argomentò, infatti, che "ad un ordinamento anticostituzionale e basato soltanto sull'audacia e sulla forza, non potevano corrispondere ordini legittimi"; né, d'altra parte, gli ordini potevano ritenersi legittimi per errore di fatto (profilo, peraltro, nemmeno dedotto dalla difesa dell'imputato)⁸³.

L'interpretazione dei supremi giudici si basò sulla constatazione che "il far parte di questa organizzazione rappresenta né più né meno che un *versari in re illicita*", con la conseguenza che "l'ordine del superiore non può avere nessuna efficacia né scriminante né diminuyente", per ricorrere alle parole di Pietro Nuvolone⁸⁴.

Come evidenziò Marco Boscarelli in una nota a sentenza apparsa sull'*Archivio penale*, peraltro, "se c'è un motivo per ritenere che i rapporti di supremazia esistenti in seno alla r.s.i. non potessero costituire il presupposto per l'emaneazione di ordini tali da consentire l'applicazione della scriminante in esame, esso non consiste nel fatto che l'ordinamento della r.s.i. fosse illegittimo, ma nel fatto che esso era 'diverso' dall'ordinamento italiano legittimo"⁸⁵.

Non vi è dubbio che, ai fini dell'applicazione della causa di giustificazione, per ordine dell'autorità dovesse intendersi un ordine dell'autorità italiana e che l'ordine di un governo straniero non avesse efficacia scriminante.

Ma, davvero, come sosteneva Boscarelli, "se anche, in ipotesi, l'ordinamento della r.s.i. fosse stato legittimo come lo sono in genere gli ordinamenti stranieri, le cose non sarebbero cambiate"?

Probabilmente, da un punto di vista giuridico, sì. Tuttavia, sul piano politico, l'affermazione dell'illegittimità della repubblica di Salò consentì ai giudici della cassazione di legittimare le proprie decisioni di fronte all'opinione pubblica, attraverso un discorso etico.

⁸² L.P. D'Alessandro, *Per uno studio delle sentenze della Corte d'assise straordinaria di Milano*, cit., in part. pp. 49-56.

⁸³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 15 giugno 1945 n. 6, pres. Giuliano, rel. Levi, ric. Buffarini Guidi e altri. Sulla sentenza della corte d'assise straordinaria di Milano nei confronti di Guido Buffarini Guidi, cfr. R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 196.

⁸⁴ P. Nuvolone, *Il rapporto di dipendenza gerarchica*, cit., coll. 210-214.

⁸⁵ M. Boscarelli, *L'efficacia scriminante degli ordini di pubbliche autorità*, cit., p. 123.

Tale argomento fu richiamato dalla cassazione in numerose pronunce.

Basterà pensare che, nel luglio del 1945, in una sentenza nei confronti di un membro della g.n.r. addetto alla custodia di detenuti politici presso il carcere di Marassi a Genova, condannato per sevizie e maltrattamenti, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano affermò che “il fatto di prestarsi al servizio dei tedeschi e del governo pseudo repubblicano che li affiancava, dopo che il governo legittimo italiano aveva dichiarato guerra alla Germania, era di per sé un delitto contro la patria” e che “questo era sufficiente a far capire che non sarebbe punto stata applicabile ... la scriminante di cui all’art. 51 c.p.”⁸⁶.

Analogamente, nell’agosto del 1945, la scriminante dell’adempimento di un dovere fu negata a due appartenenti alla g.n.r. che avevano proceduto all’arresto di un soggetto condannato da un tribunale militare tedesco per possesso abusivo di armi da caccia, escludendo la legittimità dell’ordine “perché ... l’ordine di arresto era partito da autorità che faceva parte di un potere illegittimo, quale era quello nato dopo l’8 settembre 1943”⁸⁷.

Non si può sottacere, d’altra parte, che, pur dovendo considerare la specificità dei singoli casi esaminati, agli stessi argomenti ricorse (dandoli, in un certo senso, per acquisiti) anche la seconda sezione della corte di cassazione, quando ormai la pressione politica e sociale soprattutto nei confronti della classe dirigente repubblicana si era allentata (e semmai preferì, come si vedrà, argomentare sul piano tecnico-giuridico l’esclusione delle responsabilità). Nel maggio del 1946, ad esempio, la seconda sezione della cassazione ritenne inapplicabile la scriminante di cui all’art. 51 c.p. a un agente di pubblica sicurezza che durante l’occupazione tedesca si era reso responsabile di segnalazioni e arresti di antifascisti e renitenti alla leva e che era stato condannato dalla corte d’assise straordinaria di Como ai sensi dell’art. 58 c.p.m.g., perché “il fatto di prestarsi a servizio ai tedeschi e alle autorità repubblicane che li affiancavano costituiva di per sé un delitto contro la patria e perciò l’ordine del superiore di arrestare cittadini fedeli alle legittime autorità dello Stato non poteva avere virtù discriminante”⁸⁸.

L’affermazione che all’illegittimità della repubblica di Salò corrispondesse inevitabilmente l’illegittimità degli ordini impartiti in suo nome suscitò, tuttavia, alcuni dubbi da parte della dottrina, che espresse preoccupazione per gli esiti a cui avrebbe potuto condurre un’applicazione rigida di tale principio. Si temeva, infatti, che la mera appartenenza agli apparati della r.s.i. comportasse automaticamente una condanna per collaborazionismo.

Come sottolineò Nuvolone, infatti, occorre distinguere, nell’ambito dell’attività del governo illegittimo, fra “attività esplicata dagli organi della r.s.i. come organi di uno Stato qualsiasi e attività esplicata dagli organi della r.s.i. come organi di uno stato qualificato da specifiche finalità filotedesche”⁸⁹, evidenziando, in proposito, che l’art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 offriva non solo un criterio per distinguere “tra collaborazionismo presunto e collaborazionismo provato”, ma anche tra “attività e uffici propri in senso stretto della r.s.i. e attività ed uffici, che, nel territorio della repubblica, esercitavano funzioni proprie di tutto lo Stato italiano”⁹⁰.

⁸⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 7 luglio 1945 n. 25, pres. Giuliano, rel. Vitali, ric. Risi. Sulla sentenza della corte d’assise straordinaria di Genova nei confronti di Mario Risi, cfr. R. Canosa, *Storia dell’epurazione in Italia*, cit., p. 186.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 17 agosto 1945 n. 130, pres. Giuliano, rel. Vitali, ric. Acchini e altro.

⁸⁸ Cass. Pen., Sez. II, ud. 21 maggio 1946, pres. De Ficchy; rel. Ruocco, p.m. Lattanzi, ric. Loss. Le sentenze della sezione speciale della corte di cassazione di Milano sono conservate in Archivio Centrale dello Stato, Corte Suprema di Cassazione, Sezioni penali, Sentenze della seconda sezione.

⁸⁹ P. Nuvolone, *Il collaborazionismo punibile*, cit., p. 1126.

⁹⁰ P. Nuvolone, *Il rapporto di dipendenza gerarchica nei reati di collaborazionismo*, cit., col. 214.

Mentre le condotte poste in essere in esecuzione di ordini emanati nell'ambito dell'attività politico-militare non avrebbero potuto essere scriminate, gli ordini impartiti nell'ambito dell'organizzazione amministrativa non avrebbero potuto considerarsi di per sé illegittimi, consentendo (laddove ricorressero tutti i presupposti) l'applicazione della causa di giustificazione.

Anche Vassalli evidenziò, in proposito, che “va riconosciuto che nel seno delle amministrazioni dirette ad assicurare la continuazione della vita civile in zona occupata vi potevano essere e vi furono rapporti gerarchici perfettamente validi anche di fronte allo Stato italiano legittimo e che da tali rapporti scaturirono comandi ed obblighi di obbedienza, tali da poter dar luogo ad ordini legittimi”⁹¹.

La cassazione considerò decisiva la volontarietà dell'assunzione del vincolo di subordinazione. I supremi giudici ritennero, infatti, non scriminabili tutti coloro che avevano aderito spontaneamente al governo collaborazionista, analogamente a quanto si riteneva in caso di occupazione bellica: come si avrà modo di vedere, proprio sulla volontarietà dell'adesione al governo di Salò si fondarono molte delle pronunce che negarono la causa di giustificazione dell'ordine dell'autorità ai membri delle forze armate repubblicane.

In una sentenza nei confronti di un membro delle brigate nere, che aveva tentato di discolarsi dall'imputazione di tradimento dello Stato italiano, allegando che “la Repubblica sociale italiana, al cui servizio egli si era posto, era uno Stato con tutti i suoi requisiti”, la cassazione ribadì, ad esempio, che “la pseudo repubblica sociale italiana, la cui autoproclamazione va definita un atto arbitrario dei suoi dirigenti, non fu mai uno Stato vero e proprio, sia perché mancò il libero consenso popolare alla sua costituzione, sia perché fu combattuta dallo Stato legittimo, attraverso la guerra dichiarata al tedesco, del quale essa era uno strumento”. I supremi giudici evidenziarono che lo Stato italiano non aveva sciolto i cittadini dal vincolo di sudditanza, con la conseguenza che “quelli fra essi che si posero contro la nazione, prestandosi a favorire il tedesco invasore, non potevano non essere ritenuti traditori quali collaborazionisti del nemico” e considerati penalmente responsabili, precisando che “la sovranità di fatto esercitata dalla repubblica sociale potrà avere valore soltanto per chi fu costretto a subire la sua autorità, non mai per colui che con essa strinse rapporti volontari e la difese”⁹².

D'altra parte, secondo la dottrina, anche l'errore sulla legittimità degli ordini avrebbe potuto essere riconosciuto.

Pietro Nuvolone ritenne, ad esempio, che anche gli appartenenti alla r.s.i. potessero andare esenti da responsabilità, dimostrando che, per errore di fatto, avevano ritenuto di obbedire a un ordine legittimo e che non fosse pertanto “possibile escludere a priori che, in certi casi, l'obbedienza sia stata prestata proprio per quell'errore di fatto”, come invece stabilì la cassazione nelle sue pronunce in virtù della natura illegittima della repubblica di Salò⁹³.

La questione fu esaminata anche dal maestro di Pietro Nuvolone, Giacomo Delitala – che, come avvocato, aveva anche assunto la difesa di imputati di collaborazionismo –, nella voce *Adempimento di un dovere* apparsa sull'*Enciclopedia del diritto* nel 1958. Anche secondo Delitala, la giurisprudenza avrebbe dovuto riconoscere efficacia scriminante all'errore circa la legittimità del governo della r.s.i. – che integrava un errore di diritto extrapenale (in quanto riguardava una questione di diritto costituzionale) – ai sensi dell'art. 59 c.p., che attribuisce rilevanza all'errore sugli elementi impeditivi del reato, senza distinguere tra errore di fatto e errore di diritto (purché

⁹¹ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., pp. 362-363.

⁹² Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 16 luglio 1945 n. 51, pres. Giuliano, rel. Violanti, p.m. Levi, ric. Raimondi.

⁹³ P. Nuvolone, *Il rapporto di dipendenza gerarchica*, cit., col. 212.

naturalmente non si tratti di ignoranza della legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p.), anziché negarla sulla base dell'art. 47 c.p. (che esclude la punibilità per errore sul fatto che costituisce reato)⁹⁴.

4. I capi della provincia fra politica e amministrazione.

Figura centrale nella politica di rafforzamento del potere esecutivo durante il ventennio, nella r.s.i. il prefetto fu trasformato in capo della provincia, al fine di realizzare “l'unicità del Comando politico e amministrativo, essendo a capo tanto della Prefettura quanto della Federazione Fascista Repubblicana”⁹⁵.

Era, dunque, inevitabile che i capi della provincia fossero al centro di una fitta rete di rapporti gerarchici – in senso ascendente e discendente –, che furono sovente invocati da coloro che tentarono di salvarsi dall'accusa di collaborazionismo con i tedeschi adducendo l'adempimento di un dovere.

Se, da un lato, come si vedrà, i ricorsi proposti affinché fosse riconosciuta la scriminante dell'adempimento dell'ordine *al* prefetto si scontrarono con la presunzione di responsabilità stabilita dall'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, quelli proposti affinché fosse riconosciuta la scriminante dell'adempimento dell'ordine *del* prefetto (in particolare al questore) furono in genere rigettati dopo avere valutato in concreto le funzioni assegnate e quelle effettivamente svolte.

La giurisprudenza in tema di ordine del superiore gerarchico che si formò sui ricorsi proposti dai funzionari che, ai vari livelli, formavano l'amministrazione statale si incentrò sulla nozione di dovere d'ufficio, che consentì ai giudici di distinguere tra stato e regime fascista e di riconoscere, quantomeno in taluni casi, la causa di giustificazione (e di negarla solo quando la funzione fosse stata superata).

Occorre, innanzitutto, tenere presente che, al di fuori delle ipotesi di responsabilità presunta previste dall'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, bisognava accertare la commissione di “atti realmente o potenzialmente utili al nemico, politicamente o militarmente e che non si riducono alla semplice iscrizione al partito, alla adesione alla repubblica, alla accettazione di un ufficio presso l'uno o presso l'altro”. Secondo i supremi giudici, infatti, il legislatore aveva voluto “evitare alle famiglie ed alla nazione i gravissimi danni che sarebbero derivati dalla sottoposizione a procedimento penale di tutte le centinaia e centinaia di persone che si iscrissero al partito, aderirono alla repubblica o accettarono cariche presso l'uno o l'altra”⁹⁶.

I comportamenti posti in essere nell'adempimento di tali cariche amministrative, dunque, non integravano di per sé reato, se mantenuti entro i limiti delle funzioni assegnate. Si consideri, anzi, che, come rilevò Vassalli, l'esercizio di tali funzioni nel periodo di occupazione tedesca tendeva a confondersi con le ipotesi di esercizio di un diritto o di adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica di cui all'art. 51 c.p.⁹⁷.

⁹⁴ G. Delitala, *Adempimento di un dovere*, cit., pp. 571-572. Cfr. anche A. Malinverni, *Questioni in materia di reati fascisti*, in “Giurisprudenza italiana”, XCVIII (1946), II, coll. 1-6, che, pur ritenendo che l'art. 51 c.p. (che scriminava l'esecutore in caso di errore di fatto sulla legittimità dell'ordine) derogasse all'art. 59 c.p. (per il quale le cause di giustificazione operano, anche se inesistenti, se ritenute per errore esistenti) riteneva comunque applicabile l'art. 40 c.p.m.p. (per il quale l'ordine del superiore gerarchico scriminava anche se illegittimo).

⁹⁵ A. Cifelli, *I prefetti del regno nel ventennio fascista*, Roma 1999, pp. 16-17 e, più in generale, sull'organizzazione statale della r.s.i., M. Borghi, *Tra fascio littorio e senso dello Stato: funzionari, apparati, ministeri nella Repubblica sociale italiana. 1943-1945*, Padova 2002.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 41, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Cappellini e altri. Cfr. G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 304.

⁹⁷ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., pp. 341-356.

Nel luglio del 1945, ad esempio, la suprema corte annullò la sentenza della corte d'assise straordinaria di Vercelli, che aveva condannato ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g. il podestà di Vercelli, per avere dato "immediata" esecuzione agli ordini dei tedeschi, perché il fatto non costituiva reato. La corte chiarì, infatti, che l'esercizio della carica di podestà nella repubblica mussoliniana "se mantenuto nei limiti dell'ordinaria amministrazione, sia pure cogli adattamenti alla volontà di chi allora esercitava le funzioni di comando resi necessari dalle esigenze stesse di continuare la vita del comune" non integrava di per sé collaborazionismo⁹⁸.

Analogamente, nel settembre del 1945, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano confermò la sentenza di assoluzione del podestà del comune di Alessandria, accusato di essersi posto al servizio dei nazifascisti, ammettendo che l'imputato "non poteva, per la carica che rivestiva, sottrarsi a quel minimo di esecuzione che i tedeschi pretendevano per gli ordini che impartivano", con la conseguenza che "l'averli eseguiti nei limiti strettamente necessari, dei suoi doveri d'ufficio e senza zelo, non costituisce reato, ciò anche sotto il profilo del dolo, in quanto, ciò facendo, egli non voleva favorire in alcun modo i disegni politici del nemico".

L'imputato, difeso dal prof. Delitala, aveva, infatti, dimostrato di avere accettato la carica unicamente a seguito delle pressioni del vescovo di Alessandria che lo aveva esortato a "sacrificarsi per il bene della città". La corte riconobbe che "durante il periodo di occupazione tedesca, egli, come tutti gli amministratori dei Comuni, dovette eseguire gli ordini che gli impartirono i tedeschi, ma ciò fece senza zelo alcuno e senza andare oltre quel che costituiva un puro e semplice adempimento dei doveri del suo ufficio, cercando di concedere ad essi il minimo possibile, onde evitare maggiori danni alla popolazione e subendo, da parte di costoro, anche qualche minaccia per la non esatta esecuzione degli ordini stessi, che erano sempre perentori" (adoperandosi anche per gli oppositori politici del fascismo)⁹⁹.

Si noti, d'altra parte, che, sulla base dei medesimi argomenti, la seconda sezione della corte di cassazione esclude la sussistenza del reato di cui all'art. 3 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159 in capo a un commissario di pubblica sicurezza, che, durante il ventennio, aveva proceduto, per ordine del prefetto e del questore, all'arresto di alcuni comunisti destinati al tribunale speciale per la difesa dello Stato o al confino di polizia¹⁰⁰. La cassazione confermò la sentenza di proscioglimento della sezione istruttoria della corte d'appello di Firenze ed esclude che l'imputato avesse contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista, "se non si oltrepassarono per spirito fazioso e servile i limiti legali". Secondo i supremi giudici, infatti, "non costituisce reato l'adempimento del proprio dovere in esecuzione di ordini superiori impartiti in conformità delle leggi imperanti prima dell'armistizio", con la precisazione, peraltro, che, sebbene il decreto sulle sanzioni contro il fascismo avesse abrogato tutte le disposizioni penali a tutela delle istituzioni fasciste, non aveva tuttavia sancito la punibilità di quanto compiuto in esecuzione delle stesse¹⁰¹.

Viceversa, nel settembre del 1945, la cassazione confermò la condanna del podestà del comune di Malagnino alla reclusione di otto anni e quattro mesi ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g., per avere disposto la requisizione di biciclette da donare ai tedeschi e per avere designato numerosi lavoratori da inviare in Germania.

⁹⁸ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 27 luglio 1945 n. 81, pres. Giuliano, rel. Toesca, ric. Busca.

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 19 settembre 1945 n. 231, pres. Giuliano, rel. Violanti, ric. p.m. c. Nicola.

¹⁰⁰ Sulla dialettica fra giustizia e repressione nel regime fascista, cfr. L. Lacchè (cur.), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015.

¹⁰¹ Cass. Pen., Sez. II, c.c. 16 aprile 1946, pres. Giuliano, rel. Bicci, ric. Alto commissario per le sanzioni contro il fascismo c. Pacini.

Il podestà, difeso dall'avv. Cesare Degli Occhi, aveva negato di avere agito di propria iniziativa (come aveva ritenuto la corte di merito), ma di avere eseguito ordini superiori.

La cassazione ritenne, tuttavia, che, da quanto era emerso dall'istruttoria, tali ordini "o non vi furono affatto o se vi furono vennero superati per eccesso di zelo" e che "anche se il colpevole agì a seguito di ordini ricevuti con eccesso di zelo, questo eccesso non vale ad escludere la coscienza dell'illegittimità di quanto egli compiva al di là del proprio dovere"¹⁰².

Analogamente, la sezione speciale della corte di cassazione rigettò il ricorso del vice comandante del carcere dei Servi a Reggio Emilia, che era stato condannato a quindici anni di reclusione ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g. per avere riferito all'ufficio politico investigativo il contenuto dei colloqui dei patrioti detenuti.

La corte confermò la condanna, escludendo la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, non solo perché non era configurabile alcun rapporto gerarchico tra l'imputato e l'ufficio politico investigativo, ma anche perché la delazione di cui si era reso responsabile l'imputato non poteva attribuirsi ad eccesso di zelo, esulando dai doveri d'ufficio: l'imputato aveva, infatti, il compito di imporre la disciplina ai detenuti e di "origliare" per impedire eventuali colloqui vietati dal regolamento carcerario, ma non quello di riferirne i contenuti all'ufficio politico investigativo¹⁰³.

Per quanto riguarda, in particolare, la carica prefettizia, occorre tenere presente che, in qualche caso, i prefetti – che erano considerati collaborazionisti in base alla presunzione di responsabilità di cui all'art. 1 c. 3 n. 3) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 – tentarono di difendersi invocando la scriminante di cui all'art. 51 c.p. ovvero la diminuzione di cui all'art. 114 c.p.

Celso Luciano, ad esempio, era stato prefetto di Venezia dal 5 ottobre al 2 dicembre 1943; condannato a dodici anni di reclusione ai sensi dell'art. 58 c.p.m.g., aveva impugnato la sentenza della corte d'assise straordinaria di Venezia, lamentando la violazione degli artt. 51 e 114 c.p. "per essere stato obbligato a prestare obbedienza ad ordini superiori"¹⁰⁴. In particolare, il Luciano aveva invocato la circolare della presidenza del consiglio dei ministri della r.s.i. del 14 ottobre 1943, che minacciava i funzionari trasferiti nell'Italia settentrionale, che si fossero resi irreperibili, dell'applicazione delle sanzioni dell'arresto immediato, delle dimissioni d'ufficio senza diritto a pensione e della segnalazione alla polizia tedesca anche per rappresaglia sugli averi e sulla famiglia in caso di persistente irreperibilità (e il telegramma del ministro dell'interno del 30 settembre 1943, con cui il Luciano veniva destinato a Venezia come prefetto con diffida ad assumere subito servizio)¹⁰⁵.

Nell'ottobre del 1945, la cassazione, nel ribadire che le presunzioni di responsabilità stabilite dall'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 dovevano considerarsi *iuris et de iure*, escluse l'applicabilità tanto della scriminante di cui all'art. 51 c.p. (non solo perché avrebbe implicato un accertamento della responsabilità, precluso dalla presunzione legale, ma anche perché non era stata richiesta nelle conclusioni in udienza), quanto dell'attenuante di cui all'art. 114 c.p., "che pure fa presumere una minorazione della facoltà volitiva dell'imputato per suggestione altrui nella forma di comando od imposizione di una autorità pubblica o privata" (non ricorrendo, peraltro, l'ipotesi di concorso di persone nel reato).

¹⁰² Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 19 settembre 1945 n. 229, pres. Giuliano, rel. Medici, ric. Dizioli.

¹⁰³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 31 ottobre 1945 n. 396, pres. Giuliano, rel. Guidi, ric. Masini.

¹⁰⁴ Per un profilo biografico di Luciano Celso, cfr. A. Cifelli, *I prefetti del regno*, cit., a.v.

¹⁰⁵ Sui trasferimenti al Nord degli apparati amministrativi fascisti, cfr. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna 1996, pp. 383-402.

La corte riconobbe, tuttavia, la rilevanza dell'ordine del superiore ai fini del provvedimento di confisca dei beni di cui all'art. 9 d. lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, che prevedeva appunto che “i beni dei cittadini i quali hanno tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi sono confiscati a vantaggio dello Stato” e rinviò la causa alla corte d'assise straordinaria di Padova, affinché valutasse se la collaborazione con i tedeschi fosse, da un lato, spontanea (e, dunque, se l'accettazione della carica fosse “frutto di un libero atto di volontà e non di un'imposizione del pubblico potere sotto minaccia di gravi sanzioni”) e, dall'altro, attiva (dal momento che l'imputato assumeva di avere svolto, nei due mesi in cui aveva ricoperto la carica, “opera moderatrice” nei confronti delle autorità tedesche)¹⁰⁶.

La cassazione ricorse ai medesimi argomenti per escludere l'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere derivante da un ordine dell'autorità che era stata invocata da un membro del tribunale speciale per la difesa dello stato, ricostituito, sotto il controllo del ministro della giustizia, con d. lgs. 3 dicembre 1943 n. 794 e composto da ufficiali della guardia nazionale repubblicana¹⁰⁷. Anche sui membri del tribunale speciale per la difesa dello stato gravava, infatti, una presunzione di responsabilità ai sensi dell'art. 1 c. 3 n. 2) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142.

Nel caso di specie, Giovanni Berlese aveva impugnato la sentenza della corte d'assise straordinaria di Venezia, che lo aveva condannato a ventiquattro anni di reclusione ai sensi dell'art. 54 c.p.m.g.. Il Berlese, membro della sezione territoriale di Venezia del tribunale speciale per la difesa dello stato dal 1° marzo 1944 al 28 aprile 1945, aveva insistito per l'applicazione degli artt. 51 c.p. e 40 c.p.m.p. “in quanto, essendo egli militare, aveva ricevuto l'ordine di fare da giudice e non poteva esimersi dall'ubbidire”.

La corte di cassazione, come “deciso costantemente ... in casi simili”, ribadì che le presunzioni di cui all'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 avevano carattere assoluto e che, riguardando tanto l'elemento oggettivo quanto quello soggettivo, non consentivano l'applicazione delle cause di giustificazione¹⁰⁸.

Nella maggior parte dei casi, furono, tuttavia, gli ordini impartiti dai prefetti ad essere invocati ai fini dell'applicazione dell'art. 51 c.p.

L'esimente dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p. fu invocata, ad esempio, dal questore di Alessandria Eugenio Caradonna, che si difese dalle numerose accuse a suo carico (non solo il reato di collaborazionismo, ma anche svariati reati comuni ad esso connessi, che le corti d'assise straordinarie potevano giudicare, essendo “organi speciali dell'autorità giudiziaria ordinaria”, e non “giudici speciali”) affermando di avere agito per ordine del prefetto di Alessandria Giovanni Alessandri, coimputato nel processo¹⁰⁹.

Si noti che la carica di questore non era fra quelle elencate dall'art. 1 c. 3 d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, quantunque – come rilevò la cassazione in un altro processo – essa fosse “senza dubbio importante perché presso i regimi polizieschi, e tale era per eccellenza il regime fascista, il questore ha, fra le altre funzioni, quella di occuparsi della condotta politica dei cittadini”¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 8 ottobre 1945 n. 315, pres. e rel. Toesca, ric. Luciano.

¹⁰⁷ Sul tribunale speciale repubblicano per la difesa dello stato nella r.s.i., cfr. T. Rovatti, *I tribunali speciali della repubblica sociale italiana*, in L. Lacchè (cur.), *Il diritto del duce*, cit., pp. 279-297 (in part. pp. 287-291). Più in generale, sull'amministrazione della giustizia nella r.s.i., cfr. A. Grilli, *Tra fronda e collaborazione. Magistrati nell'Italia occupata (1943-1945)*, Roma 2017.

¹⁰⁸ Cass. Pen. Sez. speciale, ud. 31 ottobre 1945 n. 398, pres. Giuliano, rel. Violanti, ric. Berlese.

¹⁰⁹ Per un profilo biografico di Giovanni Alessandri, cfr. A. Cifelli, *I prefetti del regno*, cit., a.v.

¹¹⁰ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 41, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Cappellini e altri.

La corte d'assise straordinaria di Alessandria aveva condannato alla pena di morte ai sensi dell'art. 51 c.p.m.g. sia il questore sia il capo della provincia per avere, in concorso tra loro, favorito le operazioni dell'esercito tedesco, "l'Alessandri dettando norme e discipline alla popolazione civile onde agevolare la condotta di guerra dell'invasore ed il Caradonna imponendo l'osservanza di tali norme, entrambi poi concertando e dirigendo azioni militari contro le forze patriottiche, rappresaglie ai danni della popolazione civile, prelievi e fucilazioni di ostaggi, deportazioni in Germania di cittadini al servizio del nemico".

Il Caradonna impugnò la sentenza (mentre l'Alessandri risultava latitante), lamentando la mancata applicazione dell'art. 51 c.p.

La sezione speciale della corte di cassazione di Milano rilevò che nel giudizio di merito era emerso come il Caradonna "non fosse un semplice esecutore di ordini e nemmeno un succube dell'Alessandri e come abbia avuto parte diretta e personale nei fatti di cui alle imputazioni comuni ad entrambi". Nel caso di specie, dunque, la corte, pur non mettendo in dubbio che "il prefetto sia il capo della provincia e che il questore sia tenuto ad eseguire gli ordini", ritenne che "il Caradonna non potesse ritenersi il semplice subordinato gerarchico che obbedisse agli ordini di un superiore", poiché, come aveva statuito il giudice di merito, "gli ordini emanati dal prefetto erano per lo più concertati con la collaborazione del Caradonna nel gabinetto dell'Alessandri, nel quale il primo risiedeva in permanenza".

Secondo la corte, inoltre, il questore non aveva fornito la prova di avere ritenuto, per errore di fatto, di obbedire a un ordine legittimo, come richiesto dal c. 3, né d'altra parte, gli ordini del prefetto potevano considerarsi insindacabili da parte del questore, come previsto dal c. 4, "quando fu accertato in fatto che essi erano concertati in pieno accordo fra loro".

La cassazione annullò, tuttavia, la sentenza della corte d'assise straordinaria di Alessandria per omessa motivazione circa la mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche e rinviò la causa alla corte d'assise straordinaria di Genova¹¹¹.

L'adempimento di un dovere imposto da un ordine del prefetto fu invocato anche dal questore di Sondrio Antonio Pirrone.

Il Pirrone, condannato dalla corte d'assise straordinaria di Sondrio a trent'anni di reclusione (senza precisare se a titolo di aiuto militare o politico: motivo di ricorso che sarebbe stato accolto dalla cassazione) per avere, tra l'altro, denunciato partigiani ed ebrei alle autorità nazifasciste, si era difeso affermando di avere eseguito i doveri inerenti alla carica di questore ed aveva chiesto pertanto l'applicazione dell'art. 51 c.p.

La cassazione, tuttavia, ritenne che l'imputato avesse "volontariamente ecceduto dai limiti del semplice adempimento del dovere spiegando attività di vera e propria collaborazione coi tedeschi".

Il Pirrone aveva chiesto anche l'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., deducendo di avere obbedito agli ordini del prefetto.

La corte di cassazione negò la concessione dell'attenuante, ritenendo che "il questore ha sempre una certa autonomia nella sua condotta e nel disimpegno delle sue funzioni e non agisce per sola determinazione del capo della provincia"¹¹², con argomenti che riecheggiano l'*ordonnance* 28 novembre 1944 per la *la répression des faits de collaboration*, che scriminava i collaborazionisti con il governo di Vichy unicamente se "les faits n'ont comporté de leur part que

¹¹¹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 1 agosto 1945 n. 101, pres. Giuliano, rel. Vitali, ric. Caradonna.

¹¹² Cass. Pen., Sez. Speciale, ud. 3 agosto 1945 n. 102, pres. Toesca, rel. Fazzari, ric. Pirrone e altri.

la stricte execution – exclusive de toute initiative personnelle – d'ordres ou d'instructions reçus sans aucun dépassement de ceux-ci" (art. 3 c. 1)¹¹³.

La cassazione non riconobbe efficacia scriminate nemmeno agli ordini impartiti dal prefetto ai membri di un tribunale militare straordinario, che era stato costituito a Erba, in provincia di Como, alla fine del 1943. A seguito dell'uccisione di tre fascisti, il prefetto di Como Francesco Scassellati aveva, infatti, ordinato, come rappresaglia, la costituzione di un tribunale per condannare nove esponenti della lotta clandestina dell'area comasca. Il tribunale, in esecuzione dell'ordine del prefetto, aveva condannato a morte quattro partigiani e a lunghe pene detentive gli altri (la sentenza era stata poi modificata, sempre per ordine del prefetto, grazie all'intercessione del difensore degli imputati, e le pene capitali erano state convertite in pene detentive, ad eccezione di quella a carico di Giancarlo Puecher, che fu eseguita il 23 dicembre 1943).

La corte d'assise straordinaria di Como, con sentenza del 31 luglio 1945, condannò il presidente del tribunale militare straordinario Biagio Sallusti e i membri del collegio Domenico Pisani, Antonio Revel e Giuseppe de Vita alla pena di morte mediante fucilazione alla schiena ai sensi dell'art. 51 c.p.m.g. (mentre in favore del p.m. Vittorio Damasso fu riconosciuta l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche), quantunque la corte non ritenne applicabile la presunzione di responsabilità di cui all'art. 1 n. 2) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142, trattandosi di un tribunale straordinario di guerra ai sensi del codice penale militare e non di un tribunale straordinario istituito dal governo repubblicano¹¹⁴.

Occorre evidenziare che il Sallusti aveva chiesto (peraltro non nel dibattimento, ma nelle sole conclusioni scritte, "allo scopo evidente di precostituirsi un appiglio per motivo di ricorso in cassazione", come rilevò la corte comasca) l'applicazione dell'art. 51 c.p. La corte d'assise straordinaria, nel valutare l'applicazione dell'art. 40 c.p.m.p. (anziché dell'art. 51 c.p. invocato dall'imputato, poiché "il richiamo dell'art. 5 del decreto 27 luglio 1944, e 1 del decreto 22 aprile 1945, alle pene stabilite dal c.p.m.g. implica anche il richiamo alle disposizioni del medesimo che comunque possono influire nella pena e sulla sua determinazione"), negò che il reato commesso dal Sallusti fosse scriminato dall'adempimento di un dovere imposto dall'ordine di un superiore, sia con riferimento all'ordine relativo alla partecipazione al tribunale – irrilevante ai fini della commissione del reato – sia con riferimento all'ordine di condanna dei partigiani, per il quale l'assenza di un vincolo di subordinazione tra il prefetto e i membri del tribunale, da un lato, e la manifesta criminalità dell'ordine impartito, dall'altro, escludevano l'efficacia esimente.

I condannati presentarono ricorso alla sezione speciale della corte di cassazione di Milano, che si pronunciò il 29 agosto 1945.

Il Sallusti e il Pisani lamentarono la mancata applicazione degli artt. 114 c.p. (corrispondente all'art. 59 c.p.m.g.) e 40 c.p.m.p.

La sezione speciale escluse l'applicazione tanto dell'esimente quanto della diminuzione: determinante risultò la circostanza che "il prefetto, che impartì gli ordini ai giudici del tribunale,

¹¹³ Sull'epurazione dei collaborazionisti del governo di Vichy, cfr. R. Aron, *Histoire de l'épuration*, Paris 1967-1975; P. Novick, *The Resistance versus Vichy. The purge of collaboration in liberated France*, London 1968; F. Kupferman, *Le procès de Vichy. Puchen, Pétain, Laval. 1944-1945*, Bruxelles 1980; H. Lottman, *L'épuration (1943-1953)*, Paris 1986; A. Bancaud, *Une exception ordinaire. La magistrature en France. 1930-1950*, Paris 2002; P. Assouline, *L'épuration des intellectuels*, Paris 2017; F. Rouquet, *Une épuration ordinaire (1944-1949). Petits et grands collaborateurs de l'administration française*, Paris 2018.

¹¹⁴ Sulla responsabilità presunta dei membri dei tribunali militari straordinari, cfr. P. Nuvolone, *Tribunali straordinari di guerra e collaborazionismo presunto*, in "Giurisprudenza italiana", XCVIII (1946), II, coll. 29-32. Per una recente indagine sulla giurisprudenza delle corti d'assise straordinarie sui giudici dei tribunali militari straordinari, cfr. T. Rovatti, *Lo specchio della giustizia fascista. Il giudizio sui membri dei tribunali straordinari*, in C. Nubola-P. Pezzino-T. Rovatti (curr.), *Giustizia straordinaria*, cit., pp. 97-124

non era anzitutto un'autorità legittima e comunque non era un loro superiore in via gerarchica militare e neppure nell'esercizio della funzione giudiziaria". La corte milanese ribadì, poi, che "l'ordine dell'autorità militare imponeva, se mai, di intervenire all'adunanza del tribunale, non già di prestarsi alle illegalità che furono commesse e tanto meno alle ingiuste condanne che furono pronunciate: l'ordine del prefetto non scusa, perché manifestamente delittuoso, anche nella coscienza del Pisani e del Sallusti, sia perché emanato da chi non ne aveva la facoltà"¹¹⁵.

5. Le forze armate repubblicane.

5.1. La guardia nazionale repubblicana: la volontarietà della subordinazione.

Destinata ad operare per lo più nell'ambito dei rapporti militari, la scriminante dell'adempimento di un dovere per ordine del superiore fu sovente invocata dagli appartenenti alla guardia nazionale repubblicana, la forza armata "con compiti di polizia interna e militare" istituita nella repubblica sociale italiana con d. lgs. del duce 24 novembre 1943 n. 913 (e organizzata con d. lgs. del duce 18 dicembre 1943 n. 921); composta dalla disciolta milizia volontaria per la sicurezza nazionale, dall'arma dei carabinieri e dal corpo della polizia dell'Africa italiana, essa fu impiegata soprattutto nella lotta contro i partigiani, al fianco dell'esercito tedesco¹¹⁶.

Occorre, innanzitutto, dare atto che, fatta eccezione per gli ufficiali superiori (per i quali la responsabilità era presunta ai sensi dell'art. 1 c. 3 n. 5) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142), il semplice arruolamento nella g.n.r. non fu ritenuto integrare collaborazionismo con i tedeschi "perché a tale formazione vennero attribuiti dal d. lgs. del duce 18 dicembre 1943 n. 921, che ne ha disciplinato l'ordinamento ed il funzionamento, compiti di polizia interna e militare e tra i primi vi sono espressamente compresi quelli di far rispettare le leggi della repubblica e proteggere l'incolumità personale dei cittadini, che di regola non possono essere considerati come atti di collaborazionismo"¹¹⁷.

Affinché gli appartenenti alla g.n.r. potessero considerarsi responsabili per reati di collaborazionismo con i tedeschi, occorre, dunque, accertare specifici comportamenti integranti aiuto al nemico.

Nei tanti casi riguardanti i militi della g.n.r. che, nell'estate del 1945, giunsero al vaglio della corte di legittimità, la sezione speciale provvisoria della corte di cassazione negò in genere rilevanza alla scriminante dell'adempimento dell'ordine del superiore gerarchico sulla base di diversi argomenti, che, come si vedrà, furono utilizzati anche dai giudici della seconda sezione della corte di cassazione, non tanto per escludere la scriminante in parola per gli appartenenti alle forze armate istituite dal regime, quanto, *a contrario*, per riconoscerla agli appartenenti a quelle preesistenti che avessero posto in essere atti collaborazionismo.

Come chiari, sin dal luglio del 1945, la cassazione milanese, tre furono gli argomenti generalmente utilizzati per escludere l'applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 40 c.p.m.p. (e dall'art. 51 c.p.) ai militi della g.n.r.: innanzitutto, perché "il vincolo di subordinazione" necessario affinché l'esimente potesse assumere efficacia era stato

¹¹⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 agosto 1945 n. 162, pres. Toesca, rel. Chieppa, ric. Sallusti.

¹¹⁶ Sulle forze armate nella r.s.i., cfr. G. Pisanò, *Gli ultimi in grigioverde. Storia delle forze armate della Repubblica sociale italiana*, Milano 1967.

¹¹⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 ottobre 1945 n. 378, pres. Giuliano, rel. Toesca, p.m. Levi, ric. Mansuino; Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 3 agosto 1945 n. 107, pres. e rel. Toesca, ric. Vinciguerra e altro. Sul punto cfr. inoltre R. Bianchi Riva, "Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse", cit., pp. 173-176.

“consapevolmente voluto” dall’imputato, che liberamente aveva scelto di arruolarsi in “una formazione militare volontaristica, conoscendo, per pubblica notorietà, che l’appartenenza alla stessa lo esponeva all’esecuzione di ordini delittuosi”; in secondo luogo, perché “l’ordine non proveniva da un’autorità legittima, ma da organi militari di governo, che la legge italiana definisce ... come autorità illegittima, ribelle, traditrice, emanazione e strumento del nemico; infine, perché “l’esecuzione dell’ordine costituiva reato manifesto”¹¹⁸.

Nel valutare la responsabilità degli appartenenti alla g.n.r., i giudici della sezione speciale della corte di cassazione escludono generalmente che essi potessero essere scriminati dall’ordine del superiore gerarchico, innanzitutto in considerazione della spontanea adesione al governo collaborazionista (e dunque dell’accettazione della eventuale commissione di atti di collaborazionismo).

La questione dell’applicazione della scriminante di cui all’art. 51 c.p. agli appartenenti alla g.n.r. giunse al vaglio della cassazione milanese pochi giorni dopo essere entrata in funzione.

Nella sentenza nei confronti di Ernani Cafiero e di Waifro Zani – condannati alla pena di morte ai sensi dell’art. 58 c.p.m.g. dalla corte d’assise straordinaria di Venezia per avere preso parte a due rappresaglie organizzate per vendicare rispettivamente l’uccisione del capo dell’ufficio politico del sestiere di Cannaregio e l’attentato contro il comando provinciale della g.n.r. veneziana, che avevano condotto all’uccisione di diciotto antifascisti¹¹⁹ –, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano ritenne “assurdo” “parlare di possibilità di applicazione, in favore dei due ricorrenti, dell’art. 51 c.p.”.

Cafiero e Zani si erano giustificati affermando di avere eseguito gli ordini impartiti da altri soggetti (le cui responsabilità erano in via di accertamento in altro procedimento), “il che importerebbe ... la conseguenza che essi dovrebbero essere giudicati in unico processo con coloro dai quali gli ordini sarebbero stati impartiti, per poter fruire della discriminante di cui all’art. 51 c.p.”.

La corte di cassazione non solo rilevò che la riunione dei procedimenti (e la conseguente applicazione della scriminante) veniva richiesta per la prima volta nel giudizio di legittimità, ma affermò che il fatto di essersi arruolati volontariamente nella guardia nazionale repubblicana escludeva la sussistenza dell’“obbligo, che in contestata ipotesi, essi avessero avuto verso la detta repubblica, di eseguire ordini aventi per oggetto i fatti dei quali sono stati ritenuti colpevoli”.

La corte esclude, peraltro, anche la legittimità dell’ordine, aggiungendo che “comunque l’ordine di uccidere innocenti, data la sua illegittimità, non discrimina l’esecutore”. I supremi giudici rilevarono, infatti, non solo che non vi era alcuna legge che consentisse di ordinare legittimamente l’uccisione di persone che non avevano partecipato ai fatti per i quali essa venne decisa, ma che per alcune delle uccisioni vi era addirittura la prova della coscienza che coloro che ad esse parteciparono avevano della illegittimità del loro operato¹²⁰.

La sezione speciale della corte di cassazione di Milano ricorse ai medesimi argomenti anche per negare la scriminante di cui agli art. 51 c.p. e 40 c.p.m.p. a Giancarlo Boles e Francesco

¹¹⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 38, pres. Giuliano, rel. Chieppa, ric. Politi.

¹¹⁹ Su tali episodi e sulla sentenza della corte d’assise straordinaria di Venezia, cfr. M. Borghi, A. Reberschegg, *Fascisti alla sbarra. L’attività della Corte d’Assise straordinaria di Venezia, 1945-1947*, Venezia 1999; G. Bobbo, *Venezia in tempo di guerra, 1943-1945*, Padova 2005, pp. 282-299.

¹²⁰ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 18 giugno 1945 n. 7, pres. Giuliano, rel. Badia, ric. Cafiero e altro.

Capelli, appartenenti alla compagnia della g.n.r. comandata dal “famigerato” Aldo Resmini, “terrore della provincia di Bergamo”¹²¹.

Il Boles e il Capelli erano stati condannati, insieme ad altri quattro imputati, dalla corte d’assise straordinaria di Bergamo per avere partecipato, in collaborazione con i militari tedeschi, ad azioni di rastrellamento in numerose località dell’Italia centrale e settentrionale. Gli imputati avevano beneficiato delle circostanze attenuanti generiche “in considerazione della giovanissima età e conseguente inesperienza della vita, che facilmente li rese succubi della nefasta propaganda e del clima morale e intellettuale fascista” (per uno degli imputati, la pena fu diminuita ai sensi dell’art. 98 c.p., trattandosi di minore tra i quattordici e i diciotto anni) ed erano stati pertanto condannati a pene detentive¹²²; solo il Capelli, che era il più anziano degli imputati (e che era stato ritenuto colpevole anche del reato di omicidio aggravato dai futili motivi), era stato condannato alla pena di morte.

Contro la sentenza della corte d’assise straordinaria avevano presentato ricorso solo il Boles e il Capelli (un altro imputato aveva rinunciato al ricorso), insistendo, in particolare, per l’applicazione della scriminante di cui agli artt. 51 c.p. e 40 c.p.m.p. I ricorrenti assumevano, infatti, di essere “inquadri in reparti regolari istituiti da un governo di fatto” e, pertanto, di dover essere ritenuti militari, “che hanno partecipato ad operazioni di combattimento, obbedendo agli ordini dei superiori, cui non potevano sottrarsi”. In proposito, invocarono anche il comunicato del comando alleato in data 4 giugno 1945, che considerava prigionieri di guerra delle forze alleate coloro che avevano fatto parte di formazioni militari durante la repubblica sociale italiana.

La sezione speciale della corte di cassazione di Milano si astenne dall’esaminare “quale possa essere di fronte alle leggi italiane il valore di una dichiarazione alleata che riconosce il carattere di prigionieri ai militi delle formazioni fasciste regolari” – che in altri processi era stata invocata per sostenere la carenza di giurisdizione delle autorità giudiziarie italiane¹²³ –, ma ritenne in ogni caso che “le azioni della banda Resmini, e in esse l’attività del Capelli e del Boles, eccedono i limiti della leale ed onorata attività del soldato nel combattimento, e divengono attività faziosa e delittuosa di persecuzione politica e di repressione spietata a favore del nemico e in sua collaborazione”. La cassazione esclude la sussistenza della scriminante dell’adempimento di un dovere, ritenendo che “nessuno è tenuto ad eseguire ordini che impongono fatti manifestamente delittuosi, nessuno può essere tenuto a tradire il proprio paese; tanto più quando, come nella specie, non si tratta di soldati coercitivamente arruolati dal governo di fatto nelle unità dell’esercito regolare, ma di militi in formazioni politico-militari a carattere volontaristico”¹²⁴.

Come spesso accadeva, il Capelli invocò alternativamente la scriminante di cui all’art. 54 c.p., deducendo di avere agito “coartato nella volontà” per essersi arruolato nella g.n.r., dopo essere stato catturato dai fascisti quando faceva parte di un gruppo di partigiani. La cassazione, tuttavia, esclude anche la sussistenza dello stato di necessità, ritenendo che “se una qualche coazione il Capelli presumibilmente ebbe a subire all’atto della cattura da parte della banda fascista”, essa non

¹²¹ A. Caponeri, *La banda Resmini nelle sentenze della Corte straordinaria d’Assise di Bergamo 1945-1947*, Bergamo 2008.

¹²² Sull’applicazione dell’art. 98 c.p. nel periodo di transizione dal fascismo alla repubblica, cfr. R. Bianchi Riva, C. Storti, *L’imputabilità del minore: profili storici*, in D. Vigoni (cur.), *Il difetto d’imputabilità del minore*, Torino 2016, pp. 25-47 (in part. p. 45).

¹²³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 13 giugno 1945 n. 4, pres. Giuliano, rel. Badia, ric. Possenti; Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 13 giugno 1945 n. 5, pres. Giuliano, rel. Toesca, ric. Genovesi.

¹²⁴ Cass. Pen., Sez. Speciale, ud. 25 giugno 1945 n. 12, pres. Giuliano, rel. Chieppa, ric. Capelli e altri.

giustificava né il tradimento dei compagni partigiani (di cui il Capelli si era fatto delatore) né l'“ampia e volenterosa” partecipazione alla banda fascista.

Nell'agosto del 1945, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano negò l'applicazione dell'art. 51 c.p. e dell'art. 40 c.p.m.p, anche ad altri appartenenti alla banda Resmini, escludendo la legittimità dell'ordine impartito, in considerazione del fatto che entrambe le norme “presuppongono ordini legittimi e tali non erano quelli che gli ufficiali delle formazioni di camicie nere impartivano ai dipendenti per i rastrellamenti allo scopo di favorire il nemico e nuocere alle operazioni che i partigiani andavano svolgendo nell'interesse della nazione e con l'assenso delle autorità legittime”.

La corte ritenne insussistente anche l'errore di fatto sulla legittimità dell'ordine, escludendo che “la legittimità degli ordini poteva essere ignorata dagli imputati, perché essa derivava dalla conclusione dell'armistizio e dalla dichiarazione di guerra alla Germania da parte delle autorità legittime” e precisando che “tali fatti, portati ufficialmente a conoscenza della nazione erano a tutti noti, né d'altra parte, gli imputati si erano esposti al ridicolo allegandone l'ignoranza” (tanto da rendere superflua “una specifica ed espressa motivazione in ordine alla conoscenza della illegittimità”).

I giudici della cassazione presero posizione anche sulla scriminante di cui all'art. 54 c.p., quantunque fosse stata invocata per la prima volta nel giudizio di legittimità, escludendo lo stato di necessità, in quanto gli imputati si erano esposti volontariamente alla situazione di pericolo¹²⁵.

Analogamente, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano escluse l'applicazione dell'art. 51 c.p. a favore di un appartenente alla polizia ausiliaria che aveva preso parte a un'azione contro alcuni partigiani. La corte ritenne che “con l'arruolarsi nella polizia ausiliaria, volontariamente ne accettò gli ordini, che sapeva partire da autorità della così detta repubblica sociale, illegittimamente e arbitrariamente costituitasi, per affiancare il tedesco contro il legittimo Stato italiano”¹²⁶.

Tali argomenti furono, del resto, utilizzati, nel settembre del 1945, anche per escludere la sussistenza dello stato di necessità invocato da un maggiore della g.n.r., “colpito come tale dalla presunzione di responsabilità” ai sensi dell'art. 1 c. 3 n. 5) d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 e “incorso in più gravi responsabilità punibili in base all'art. 51 c.p.m.g. per avere, per ordine di un generale tedesco, eseguito rastrellamenti in forze considerevoli e secondo le norme della tattica militare, miranti ad indebolire e scoraggiare la resistenza partigiana, che compiva opera di continua molestia e sabotaggio in danno dell'esercito tedesco e delle sue retrovie”.

Pur considerando (contro l'opinione della dottrina) le presunzioni di responsabilità di cui al d. lgs. lgt. 22 aprile 1945 n. 142 come presunzioni *iuris et de iure*, i supremi giudici valutarono l'eventuale sussistenza dello stato di necessità, anticipando alcuni argomenti che, nel corso del 1946, li avrebbero progressivamente condotti a qualificare le ipotesi previste dal decreto istitutivo delle corti d'assise straordinarie come presunzioni *iuris tantum*¹²⁷; la corte, tuttavia, la escluse “per essersi l'ufficiale, arruolandosi volontario nella g.n.r. ed assumendo il comando militare, posto volontariamente nella situazione di compiere le operazioni criminose, e per avere il dovere di esporsi al pericolo per non venir meno agli obblighi impostigli dall'onore militare”.

¹²⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 17 agosto 1945 n. 129, pres. Giuliano, rel. Badia, ric. Agostinelli e altri.

¹²⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 14 agosto 1945 n. 126, pres. Giuliano, rel. Vitali, ric. Guioto e altri.

¹²⁷ R. Bianchi Riva, “Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse”, cit., pp. 169-173.

Il maggiore aveva, inoltre, invocato la circostanza diminuente di cui all'art. 114 c.p.: la corte non la concesse "perché egli non era tenuto ad eseguire gli ordini del generale tedesco, ed in ogni caso si trattava di ordine manifestamente illegittimo"¹²⁸.

Anche la seconda sezione della corte di cassazione, a cui alla fine del 1945 passò la competenza a decidere i ricorsi in materia di collaborazionismo con i tedeschi, ricorse (quantomeno in questi casi) ai medesimi argomenti utilizzati dalla sezione speciale.

Nel luglio del 1946, infatti, la seconda sezione accolse il ricorso dell'Alto Commissario per le sanzioni contro il fascismo contro una sentenza della sezione istruttoria della corte d'appello di Venezia, che aveva prosciolto un membro della polizia dell'Africa italiana (poi confluita nella g.n.r.) che, in adempimento di una condanna a morte di un patriota emessa da un tribunale militare straordinario, aveva comandato un plotone di esecuzione.

La corte veneziana aveva ritenuto che il fatto non costituisse reato, considerando che l'imputato non potesse sottrarsi all'adempimento dei doveri inerenti le mansioni del suo ufficio, né sindacarne la legittimità.

Secondo la corte di cassazione, invece, non era configurabile il rapporto di subordinazione, "indispensabile perché sorga un dovere di ubbidienza"; al tempo stesso, la corte escluse la legittimità dell'ordine, ribadendo che "il governo della così detta repubblica sociale italiana era illegittimo nella sua costituzione e nel suo funzionamento e costituiva una organizzazione di mero fatto avente lo scopo illecito di aiutare il nemico dello Stato legittimo".

La cassazione ritenne superfluo indagare circa la insindacabilità della illegittimità dell'ordine che avrebbe scriminato l'esecutore, in base alla considerazione che la sentenza a cui l'imputato aveva dato esecuzione era "una pronuncia di un organo giudiziale illegittimo, non avente alcuna efficacia giuridica e che non poteva avere alcun potere vincolante. Il problema del sindacato di legittimità dell'ordine da parte dell'inferiore o del subordinato presuppone che l'ordine provenga da una legittima autorità cosicché, nei casi in cui il sindacato non è ammesso, il subordinato è tenuto ad obbedire all'ordine ricevuto; ma nella specie mancava il presupposto essenziale del dovere di obbedienza e indipendentemente dai limiti di sindacato della legittimità si è fuori dall'ambito dell'articolo 51 cod. pen."¹²⁹.

Per converso, la scriminante fu per lo più riconosciuta in favore degli appartenenti alle forze armate preesistenti, come dimostrano alcune pronunce in materia (intervenute, peraltro, quando il rigore repressivo nei confronti dei reati di collaborazionismo si era già affievolito).

Nell'aprile del 1946, ad esempio, la sezione speciale della corte d'assise di Bologna assolse dall'accusa di collaborazionismo con i tedeschi (ritenendo che "la legge penale discrimina per mancanza di libera determinazione") un carabiniere che, per ordine del comandante della legione, aveva fatto parte di un tribunale militare straordinario, ritenendo che la scriminante fosse applicabile all'arma di carabinieri "di origine ultra secolare, facente parte anche oggi delle forze armate della nazione"¹³⁰.

Meno di un mese dopo, la seconda sezione della corte di cassazione di Roma riconobbe la causa di giustificazione in favore di un ufficiale della guardia di finanza, la cui compagnia aveva partecipato a un rastrellamento disposto dai tedeschi, "data la continuità dell'organizzazione

¹²⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 24 settembre 1945 n. 238, pres. Giuliano, rel. Toesca, ric. Spadini e altro.

¹²⁹ Cass. Pen., Sez. II, c.c. 9 luglio 1946, pres e rel. De Ficchy, p.m. Battaglini, ric. Alto commissario per le sanzioni contro il fascismo c. Conti.

¹³⁰ Corte Ass. Bologna, Sez. speciale, 15 aprile 1946, pres. ed est. Chiarini, imp. Tullo, in "Archivio penale" (1948), pp. 121-122.

militare della guardia di finanza, unica forza armata non disciolta dal nemico invasore”. Dall’istruttoria era, infatti, emerso che la partecipazione al rastrellamento era stata autorizzata dal comando generale della guardia di finanza, a cui l’ufficiale si era rivolto per chiedere istruzioni. La cassazione rilevò che l’autorizzazione del superiore gerarchico “contiene invero presunzione di legittimità dell’atto autorizzato” e che l’ufficiale, che “con rispetto di vincolo gerarchico erasi rivolto ai suoi superiori per ricevere ordini che lo avrebbero potuto liberare da ogni obbligo e contributo di uomini, non poteva evidentemente sindacare tale legittimità in base al disposto dell’art. 40 c.p.m.p. e dell’art. 51 c.p.”¹³¹.

5.2. Segue: l’insindacabilità dell’ordine.

La difesa di molti appartenenti alle forze armate della r.s.i. imputati di collaborazionismo con i tedeschi si giocò anche sull’argomento della insindacabilità dell’ordine.

Come chiari, in proposito, la cassazione in una sentenza resa nei confronti di un capitano dell’aviazione fascista repubblicana, si deve tenere presente che “al militare non è applicabile l’ultimo capoverso dell’art. 51 del codice penale comune, secondo cui non è punibile chi esegue un ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine stesso, bensì l’art. 40 p. 1° c.p.m.p., il quale dispone che se il fatto costituente reato militare è commesso per ordine del superiore, del reato risponde anche il militare che ha eseguito l’ordine, quando l’esecuzione di questo costituisce manifestamente reato”¹³².

Quantunque il limite previsto per i reati militari fosse stato esteso per via giurisprudenziale ai reati comuni già sotto il vigore del codice penale Zanardelli, la cassazione ribadì l’applicazione del codice penale militare agli appartenenti alle forze armate della repubblica di Salò, che escludeva espressamente l’efficacia scriminante degli ordini manifestamente criminosi, anche quando non era consentito alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine (come, appunto, nei rapporti militari).

I supremi giudici ricorsero sovente all’argomento della manifesta criminalità dell’ordine al fine di escludere l’efficacia scriminante dell’adempimento dell’ordine del superiore e, in alcuni casi, la particolare gravità dei comportamenti ordinati (e talvolta eseguiti anche al di là degli ordini ricevuti) risultò determinante per stabilire la responsabilità degli imputati.

Basterà pensare che nel luglio del 1945, la corte confermò la condanna a morte di due appartenenti a un distaccamento della g.n.r., dislocato a Casteggio e composto da una ventina di uomini comandati dal “sanguinoso” tenente Bonafè (giustiziato per mano del popolo immediatamente dopo la liberazione), che agiva “con il terrorismo più spietato, fuori d’ogni legge di umanità e di guerra”. Secondo la cassazione, gli ordini impartiti ai due imputati – considerati, tra gli uomini alle dipendenze del Bonafè, come gli “scherani più attivi e bestiali nell’opera di ricerca e cattura dei partigiani, nelle sevizie ai catturati” – non potevano ritenersi insindacabili, in quanto “qui non si tratta neppure di azioni in combattimento; qui si tratta dell’assassinio, a sangue freddo o nell’impeto di furore bestiale, di cittadini del proprio paese, catturati e prigionieri, e queste sono azioni indegne di ogni soldato, tali da costituire manifestamente reato e perciò punibili anche alla stregua dell’art. 40 c.p.m.g.”¹³³.

Anche nella sentenza resa nei confronti di Pietro Cappai, membro dell’ufficio politico della milizia ferroviaria presso la stazione di Cuneo, che aveva partecipato alla fucilazione di un patriota italiano e di uno francese, la cassazione rilevò che gli ordini del superiore costituivano

¹³¹ Cass. Pen., Sez. II, ud. 4 maggio 1946, pres. Giuliano, rel. Trasimeni, p.m. Traina, ric. Viarengo.

¹³² Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 settembre 1945 n. 192, pres. Giuliano, rel. Palazzo, ric. Folchi.

¹³³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 7 luglio 1945 n. 26, pres. Giuliano, rel. Chieppa, ric. Caiani e altro.

reato e che “stante la manifesta loro ferocia” il milite era tenuto a rifiutarne l'esecuzione, come precisava l'art. 40 c.p.m.p.

L'imputato si era, infatti, difeso affermando “che in ogni caso egli non fece che obbedire agli ordini a lui impartiti dal suo superiore diretto, il capitano Ponsetti”.

La difesa aveva, peraltro, dedotto che “anche concesso che non ricorresse l'ipotesi dell'art. 51 c.p. comune, ricorrerebbe a suo favore lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. comune, per avere egli commesso il fatto costretto dalla necessità di salvare sé stesso da gravi rappresaglie che contro di lui avrebbe esercitato lo stesso capitano Ponsetti e i due militari tedeschi armati che lo accompagnavano; rappresaglie che avrebbero potuto essere esercitate anche contro la di lui famiglia”

La corte escluse, tuttavia, anche l'applicazione dell'art. 54 c.p. “perché il ricorrente col porsi al servizio del capitano Ponsetti, entrando a far parte dell'ufficio politico diretto da quest'ultimo, e divenendo il più fidato esecutore degli ordini che lo stesso impartiva ... veniva volontariamente a condividere col suo superiore la responsabilità derivante dall'esecuzione degli ordini”¹³⁴.

Sulla manifesta criminalità dell'ordine, e dunque sulla sua sindacabilità, si fondò anche la sentenza della sezione speciale della corte di cassazione di Milano nei confronti di quattro appartenenti al corpo di sicurezza trentino, condannati ai sensi dell'art. 51 c.p.m.g. dalla corte d'assise straordinaria di Trento, per avere eseguito un'azione di rastrellamento che aveva condotto all'arresto e alla tortura di alcuni soggetti e alla devastazione della loro casa.

Gli imputati avevano invocato la scriminante di cui all'art. 51 c.p., deducendo che, “essendo soggetti al servizio militare obbligatorio per ordine del Commissario supremo di Bolzano, essi entrarono nel corpo di sicurezza trentino costituito solo per funzioni di polizia giudiziaria e per garanzia dei cittadini trentini in caso di ripiegamento disordinato delle armate tedesche” e che “invece, furono impiegati come tutte le altre forze armate tedesche e furono costretti ad obbedire agli ordini superiori”. Istituito nel febbraio del 1944 nella zona di operazione dell'*Alpenvorland* (sottratta alla giurisdizione della r.s.i. e soggetta all'amministrazione militare tedesca) e composto in massima parte non da volontari, ma da richiamati alle armi, il corpo di sicurezza trentino aveva il compito di tutelare l'ordine pubblico, quantunque fosse stato poi impiegato dai tedeschi per coadiuvarli nelle operazioni anti-partigiane. Proprio in ragione delle funzioni istituzionalmente assegnate al corpo di sicurezza trentino, i rastrellamenti a cui i suoi membri furono successivamente costretti a partecipare non furono considerati di per sé come reati di collaborazionismo, per insussistenza dell'elemento soggettivo. La cassazione evidenziò, infatti, che “gli imputati, soggetti tutti alla coscrizione militare obbligatoria per disposizione del Commissario Supremo di Bolzano, entrarono a far parte del Corpo di sicurezza trentina, che non aveva fra i suoi compiti quello della collaborazione militare col tedesco invasore. Quando questo più tardi se ne servì, a pari delle altre sue forze armate, essi non poterono esimersi, dovettero ubbidire. Così, perché costretti, essi si recarono a compiere il rastrellamento di cui sono imputati. Senza dubbio, il rastrellamento di partigiani costituisce collaborazionismo militare, perché favorisce le operazioni militari del nemico, col menomare le forze di resistenza nazionali, ma di questo collaborazionismo gli imputati non possono essere ritenuti responsabili perché non l'hanno voluto”.

Nel caso di specie, tuttavia, la corte ritenne sussistente il dolo in considerazione della “brutale malvagità” con la quale gli imputati avevano agito nei rastrellamenti “essendo fuori da ogni

¹³⁴ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 25 luglio 1945 n. 77 bis, pres. Giuliano, rel. Bricchetti, ric. Cappai.

incitamento o anche solo controllo del tedesco al quale dovevano obbedire” (tanto da determinare addirittura provvedimenti disciplinari a loro carico). I supremi giudici qualificarono però i maltrattamenti e le sevizie come aiuto politico e non come aiuto militare e rinviarono pertanto la causa alla corte d’assise straordinaria di Verona affinché rideterminasse la pena.

Alcuni dei coimputati, peraltro, chiesero l’applicazione dell’art. 51 c.p. o dell’art. 40 c.p.m.p., deducendo di avere eseguito gli ordini del comandante della pattuglia: richiesta rigettata dalla corte di cassazione proprio in considerazione della manifesta criminalità dei maltrattamenti e delle sevizie¹³⁵.

5.3. Le brigate nere: la coazione psicologica.

Nel giugno del 1944, in seguito all’inasprimento della lotta con le forze della resistenza, la struttura del partito fascista repubblicano fu militarizzata. Il d. lgs. del duce 30 giugno 1944 n. 446 istituì le brigate nere, incorporando gli iscritti al partito di età compresa fra i 18 e i 60 anni non appartenenti ad altre forze armate nel corpo ausiliario delle squadre d’azione delle camicie nere (art. 5), il cui compito era quello di combattere “per la difesa dell’ordine della repubblica sociale italiana, per la lotta contro i banditi e i fuori legge e per la liquidazione di eventuali nuclei di paracadutisti nemici” (art. 7)¹³⁶.

Anche i militi delle brigate nere, processati per collaborazionismo con i tedeschi, si difesero sovente affermando di avere eseguito gli ordini dei superiori, invocando alternativamente la scriminante di cui all’art. 51 c.p. (o art. 40 c.p.m.p.) ovvero l’attenuante di cui all’art. 114 c.p. (o art. 59 c.p.m.p.).

Occorre subito avvertire che i ricorsi proposti dagli appartenenti alle brigate nere si rivelarono determinanti al fine dell’individuazione degli argomenti che avrebbero consentito alla seconda sezione della corte di cassazione romana di attenuare il rigore repressivo nei confronti dei collaborazionisti con i tedeschi anche sul terreno dell’ordine del superiore gerarchico.

Ciò fu possibile grazie all’equiparazione fra i presupposti per l’applicazione della causa di giustificazione di cui all’art. 51 c.p. e quelli della circostanza attenuante di cui all’art. 114 c.p.

Mentre, nell’estate del 1945, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano assimilò le due norme al fine di negare sia l’esimente sia l’attenuante (richiedendo in entrambi i casi la sussistenza di un rapporto legittimo di subordinazione), già a partire dall’autunno iniziò, quantunque timidamente, a distinguere le due fattispecie, attribuendo rilevanza anche ai rapporti di fatto ai fini del riconoscimento della circostanza diminvente.

Fu, come si vedrà, la seconda sezione della cassazione, in un clima politico e sociale ormai mutato, a compiere il passo ulteriore, equiparando nuovamente le due norme, non più per negare (come aveva fatto sezione milanese), ma per riconoscere sia la circostanza attenuante sia la causa di giustificazione. In questo caso, l’argomento utilizzato fu quello relativo all’insussistenza dell’elemento soggettivo del reato. Molte delle difese si erano incentrate, infatti, sull’influenza che l’ordine del superiore esercitava sulla determinazione dell’agente, come prevedeva l’art. 114 c.p., al fine di riconoscere la causa di giustificazione, quantunque non furono accolte dalla sezione speciale.

Inizialmente, dunque, la giurisprudenza affrontò la questione relativa all’applicazione dell’attenuante ricorrendo ai medesimi argomenti utilizzati ai fini dell’applicazione dell’esimente,

¹³⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 10 settembre 1945 n. 187, pres. Giuliano, rel. Guidi, ric. Canin

¹³⁶ R. Lazzero, *Le Brigate nere. Il Partito armato della repubblica di Mussolini*, Milano 1983; D. Gagliani, *Brigate nere. Mussolini e la militarizzazione del Partito fascista repubblicano*, Torino 1999.

nonostante, come rilevò Nuvolone, l'art. 114 c.p. non richiedesse "l'esistenza di un rapporto giuridicamente riconosciuto", bastando la sussistenza di un mero rapporto di fatto¹³⁷.

Nel luglio del 1945, ad esempio, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano rigettò la richiesta di applicazione dell'attenuante di cui all'ultima parte dell'art. 114 c.p. – avanzata peraltro solo nel giudizio di legittimità – nei confronti di un appartenente a una brigata nera, che aveva diretto ed eseguito rastrellamenti e esecuzioni di patrioti, in base all'irrelevanza giuridica dei rapporti gerarchici instauratisi nell'ambito delle brigate nere. La corte (che confermò, innanzitutto, che l'uccisione di partigiani integrava la fattispecie del collaborazionismo con i tedeschi, nonostante la difesa dell'imputato avesse obiettato che compito istituzionale delle brigate nere sarebbe stato proprio quello di combattere i c.d. fuori legge) rilevò, infatti, che "il legislatore, con la richiamata disposizione, intese uniformarsi al normale modo di sentire del pubblico, che considera come meritevole di particolare considerazione chi, pur avendo commesso un reato, abbia agito in seguito ad un ordine del suo superiore", precisando che "siffatto modo di benevola considerazione della gravità del reato esiste soltanto allorché il colpevole abbia agito per ordine di persona cui era legato da un legittimo rapporto di dipendenza"¹³⁸.

A settembre, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano confermò la sentenza della corte d'assise straordinaria di Padova, che aveva condannato alla pena di morte un membro di una brigata nera per aver partecipato a numerosi rastrellamenti di partigiani.

L'imputato aveva chiesto l'applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., deducendo di essersi arruolato nelle brigate nere solo dopo avere cercato di sfuggire alla chiamata di leva e dopo essere stato catturato e minacciato di essere processato come disertore oppure deportato e di avere preso parte, più o meno attivamente, alle operazioni di rastrellamento "non potendo disobbedire agli ordini che gli venivano impartiti".

L'imputato aveva inoltre chiesto la concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., per essere stato "determinato a commettere il reato o a cooperarvi" e per non avere "agito di propria libera iniziativa, né con piena volontà e responsabilità"

La cassazione esclude la sussistenza sia della scriminante di cui all'art. 51 c.p. sia dell'attenuante di cui all'art. 114 c.p. sulla base della volontarietà dell'adesione alle brigate nere e della manifesta criminalità dell'ordine. In particolare, la cassazione esclude la sussistenza dell'art. 51 c.p. "per avere l'imputato eseguito ordini manifestamente delittuosi od arbitrari e per essere entrato spontaneamente a far parte delle brigate nere, accettandone preventivamente le finalità, la disciplina, la subordinazione gerarchica e i metodi violenti e delittuosi". Quanto all'attenuante di cui all'art. 114 c.p., la cassazione rilevò che "non solo l'imputato aveva avuta una parte essenziale, e non affatto secondaria, nei delitti commessi, ma nessuna resistenza aveva mai opposto contro gli ordini arbitrari e delittuosi ricevuti, ed eseguendoli, aveva dimostrato la perfetta solidarietà criminosa con chi li aveva dati"¹³⁹.

Ancora. La sezione speciale della cassazione negò la circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p. in favore di un militare che, nel marzo del 1944, si era arruolato volontariamente nella divisione San Marco e che, rientrato in Italia dopo essere stato inviato in Germania per l'addestramento, aveva partecipato a un rastrellamento di partigiani, "perché gli ordini, ai quali il partecipe ubbidiva, gli furono impartiti in dipendenza di uno stato di subordinazione dovuto a

¹³⁷ P. Nuvolone, *Il collaborazionismo punibile*, cit., p. 1125.

¹³⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 luglio 1945 n. 41, pres. Giuliano, rel. Toesca, ric. Cappellini e altri.

¹³⁹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 settembre 1945 n. 181, pres. Giuliano, rel. Violanti, ric. Bettella e altri.

una situazione illegittima, in cui erasi posto illegittimamente e riguardavano per giunta la specifica attività riservata a chiunque si trovasse in tale situazione”¹⁴⁰.

A ottobre, la sezione speciale della corte di cassazione di Milano escluse l'applicazione della scriminante di cui all'art. 40 c.p.m.p. in favore di un maresciallo delle brigate nere, che aveva coadiuvato i militari tedeschi nei rastrellamenti di patrioti, rilevando, da un lato, che l'imputato “col fatto del suo arruolamento, si pose volontariamente nella condizione di compiere quei rastrellamenti” e, dall'altro, che la rilevanza penale dei comportamenti ordinati faceva venir meno uno dei presupposti di applicazione dell'art. 40 c.p.m.p.¹⁴¹.

Ancora. La concessione della circostanza attenuante invocata da un membro delle brigate nere fu negata, evidenziando che “la volontaria adesione alle brigate nere, delle quali era a tutti noto lo scopo specifico, la lotta cioè contro i nemici del regime fascista e con ciò stesso dei tedeschi, esclude quella forma di coazione psicologica che è il presupposto per l'applicabilità della diminuzione di pena prevista dall'art. 114 u.p. c.p.”¹⁴².

La cassazione confermò anche la condanna alla pena di morte di un milite di una brigata nera per collaborazionismo con i tedeschi (per avere partecipato ad operazioni di rastrellamento e ad azioni di rappresaglia) e per omicidio aggravato.

Il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 51 c.p. e dell'art. 114 c.p.. La corte di merito aveva, infatti, escluso tanto la causa di giustificazione quanto la circostanza attenuante, rilevando che “le brigate nere erano formazioni illegali per la loro stessa costituzione e, pertanto, l'ordine da esse impartito mancava del carattere della legittimità” e che “ogni milite entrando a fare parte di tali formazioni sapeva di aderire ad una organizzazione volta principalmente alla commissione di reati, così che gli ordini impartiti non rappresentavano comandi in contrasto con la sua volontà, ma situazioni preventivamente previste”. La cassazione giudicò infondati i motivi di ricorso, confermando, in particolare, che “stante la volontaria adesione a tali formazioni, che tutti sapevano dirette precipuamente alla commissione di reati, non poteva sussistere quella forma di morale coazione che è il presupposto per l'applicabilità della diminuzione di pena prevista dalla ultima parte dell'art. 114 c.p.”¹⁴³.

Occorre, tuttavia, dare atto che alcune pronunce avevano, nel frattempo, iniziato a distinguere fra i presupposti dell'esimente di cui all'art. 51 c.p. e quelli della diminuzione di cui all'art. 114 c.p., riconoscendo, come reclamava la dottrina, rilevanza ai rapporti gerarchici di fatto costituitisi all'interno della r.s.i.

Già nel luglio del 1945, la cassazione, pur negando la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 40 c.p.m.p., non escluse la possibilità di accordare l'attenuante di cui all'art. 59 c.p.m.p. “quando l'inferiore di fatto è stato determinato dal superiore a commettere il reato”. La questione non fu, tuttavia, esaminata, poiché, nel giudizio di merito era stata chiesta unicamente l'applicazione della causa di giustificazione e non la concessione della circostanza attenuante.

La sentenza – resa nei confronti di un ex milite della g.n.r., passato poi alle brigate nere, che aveva preso parte all'uccisione di numerosi partigiani nella zona bolognese – negò la scriminante di cui all'art. 40 c.p.m.p., come ormai costantemente affermato dalla cassazione, per la “volontarietà del vincolo di subordinazione in formazioni militari volontaristiche, l'appartenenza alle quali notoriamente esponeva all'esecuzione di ordini delittuosi”, per l’“illegittimità degli

¹⁴⁰ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 28 settembre 1945 n. 265, pres. Toesca, rel. Badia, ric. Bassoni.

¹⁴¹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 10 ottobre 1945 n. 321, pres. Toesca, rel. Palazzo, ric. Mori.

¹⁴² Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 10 ottobre 1945 n. 323, pres. Toesca, rel. Fazzari, ric. Conte.

¹⁴³ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 29 ottobre 1945 n. 379, pres. Giuliano, rel. Fazzari, ric. Bressanin.

ordini, perché provenienti da autorità illegittima, ribelle, traditrice, emanazione e strumento dello straniero, come definita dalle leggi italiane, secondo era nella comune coscienza” e per la “punibilità dell’esecuzione di un ordine che costituisce reato manifesto”¹⁴⁴.

Nell’ottobre del 1945, la cassazione accolse il ricorso presentato dai membri di una brigata nera condannati per collaborazionismo e omicidio aggravato contro la sentenza della corte d’assise straordinaria di Padova, che aveva negato la concessione dell’attenuante di cui all’art. 114 c.p.

I ricorrenti si erano difesi adducendo di essere stati obbligati ad obbedire all’ordine di formare il plotone di esecuzione a seguito delle minacce ricevute dal loro comandante.

La corte di cassazione, pur riconoscendo l’illegittimità delle autorità della r.s.i. secondo l’ormai costante orientamento giurisprudenziale, evidenziò che l’art. 112 c.p. (a cui rinviava nella sua formulazione l’art. 114 c.p.) non faceva riferimento alcuno alla legittimità dell’autorità che impartisce l’ordine.

La corte argomentò, infatti, che, per l’applicazione della circostanza attenuante, “è pacifico che basta un’autorità di fatto”. Nell’evidenziare che “non può disconoscersi che le formazioni delle brigate nere, emanazione del governo usurpatore, erano limitatamente organizzate a difesa del governo stesso e dell’ordine interno, sì che debba ammettersi nei capi e dirigenti di essa quella autorità di fatto che è richiesta per l’applicazione dell’articolo 114 c.p., quando beninteso vi siano sicuri elementi ritenere che l’autorità abbia concorso a determinare l’agente”, la corte ammise che “la illegittimità delle brigate nere non impedisce l’applicazione della diminuzione prevista dall’art. 114 ultima parte c.p. concernente chi è stato determinato al reato dal superiore” e che le minacce del comandante integravano “quella forma di coazione psicologica, che influenzando sulla volontà dell’agente, è il presupposto per l’applicabilità della diminuzione di cui all’ultima parte dell’art. 114 c.p.”.

La corte, pertanto, accolse il ricorso e rinviò la causa alla corte d’assise straordinaria di Vicenza, affinché procedesse ad “una valutazione più approfondita ed accurata dei fatti” e stabilisse se potesse riconoscersi l’attenuante dell’ordine del superiore”¹⁴⁵.

A novembre, la corte ribadì che “l’attenuante della determinazione a commettere il reato da parte del superiore, verso la persona soggetta non richiede il requisito della legittimità dell’ordine, che viene impartito, essendo sufficiente che nell’esercizio di una autorità anche solo di fatto, la determinazione a commettere il reato venga compiuta”.

L’imputato Tommaso Veschetti era stato condannato alla reclusione di otto anni per avere partecipato alle ricerche per l’arresto di un disertore, nonostante lo stesso si fosse difeso adducendo di avere eseguito un ordine superiore.

La corte di merito aveva escluso l’attenuante per illegittimità dell’ordine “e per la persona dalla quale proveniva e per la evidente illegittimità di contenuto dell’ordine stesso”

Pur considerando l’argomentazione della corte d’assise straordinaria “giuridicamente esatta”, la cassazione ritenne che i giudici di merito dovessero valutare “se pur ritenendo la illegittimità manifesta dell’ordine ricevuto dal Veschetti, non dovesse comunque ravvisarsi nell’ordine stesso una determinazione a commettere il reato da parte del superiore verso la persona ad esso soggetta” ai sensi dell’art. 114 c.p.. Nell’occasione, la corte ribadì che, a differenza dell’art. 51 c.p., l’art. 114 c.p. non richiedeva il requisito della legittimità dell’ordine per la concessione

¹⁴⁴ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 18 luglio 1945 n. 59, pres. Giuliano, rel. Chieppa, ric. Benati.

¹⁴⁵ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 ottobre 1945 n. 313, pres. Toesca, rel. Fazzari, ric. Buonapersona e altri.

dell'attenuante, "essendo sufficiente che nell'esercizio di una autorità anche solo di fatto la determinazione a commettere il reato venga compiuta". Un limite fu, tuttavia, ravvisato nella "evidente illiceità della formazione gerarchica nella quale il superiore esercita la sua autorità, come ad esempio nelle associazioni costituite allo scopo di commettere reato": in questo caso, infatti, sarebbe venuta meno la coazione morale necessaria per la concessione della circostanza attenuante, poiché "la consapevolezza iniziale e preventiva del fine delittuoso che l'associazione si propone esclude che colui che volontariamente vi aderisca possa ritenersi avere subito una morale coazione ricevendo l'ordine da parte del suo superiore". La causa venne pertanto rinviata alla sezione speciale della corte d'assise di Bergamo, affinché i giudici di merito valutassero l'applicabilità dell'art. 114 c.p. al caso di specie¹⁴⁶.

Proprio nell'ambito dei processi nei confronti di appartenenti alle brigate nere e in analogia con le argomentazioni addotte ai fini dell'attenuante, alcuni difensori sostennero che l'adempimento del dovere rilevasse sul piano della colpevolezza, condizionando a tal punto la volontà degli imputati da far venir meno l'elemento soggettivo del reato di collaborazionismo: un argomento che, come vedremo, si sarebbe rivelato determinante al fine di attenuare il rigore repressivo nei confronti dei collaborazionisti, contribuendo alla parabola della giustizia di transizione italiana.

La cassazione per il momento lo esclude, chiarendo che l'ordine del superiore poteva integrare la scriminante di cui all'art. 51 c.p., ma non rilevare ai fini della sussistenza del dolo, non potendo condizionare la volontà del subordinato, in base alla considerazione che "Aver eseguito gli omicidi in esecuzione di ordini superiori potrà costituire motivo di impunità a norma dell'art. 51 c.p. non mai per mancanza di coscienza e di volontà di commettere il reato, nel che si sostanzia il dolo ai sensi dell'art. 42 c.p."¹⁴⁷.

Nell'ottobre del 1945, ad esempio, la cassazione esclude che l'adempimento degli ordini del superiore, che era stato invocato da un sottotenente delle brigate nere condannato alla pena capitale per avere partecipato a vari rastrellamenti ed esecuzioni, facesse venir meno la coscienza dell'aiuto militare ai tedeschi che lo stesso forniva mediante i propri comportamenti (oltre a evidenziare che l'imputato era in grado di influire sulle decisioni dei suoi superiori, "il che non può sorprendere, in quanto una perfetta gerarchia non poteva essere osservata in formazioni improvvisate di tipo volontaristico come le BB.NN. della R.S.I."). Il ricorrente aveva, infatti, denunciato la sentenza della corte d'assise straordinaria per omessa motivazione sull'elemento soggettivo del reato "non avendo tenuto conto che mancò in lui l'intento di collaborare essendosi limitato nella sua qualità di militare ad eseguire gli ordini dei suoi superiori"¹⁴⁸.

Occorre peraltro precisare che il ricorrente aveva invocato l'applicazione dell'art. 242 c.p., che esime dalla responsabilità penale il cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano, qualora abbia commesso il fatto per esservi stato costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato nemico (anziché dell'art. 51 c.p.m.g.). La cassazione lo esclude, ribadendo che "le leggi della R.S.I., fraudolentemente costituita dal tedesco come sua *longa manus*, per finalità che gli sarebbero state vietate nella sua condizione di occupante, in esse compresa la possibilità di fare leva di soldati attraverso la repubblica alleata, non hanno mai avuto valore di comando né effetto legale e

¹⁴⁶ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 12 novembre 1945 n. 420, pres. Giuliano, rel. Fazzari, ric. Veschetti.

¹⁴⁷ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 settembre 1945 n. 180, pres. Giuliano, rel. Guidi, ric. Susan.

¹⁴⁸ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 ottobre 1945 n. 310, pres. e rel. Toesca, ric. Lodini.

furono espressamente disconosciute e dichiarate invalide dal d. lgt. 5 ottobre 1944 n. 249 e rimasero, specialmente in materia di leva, inosservate da gran parte dei cittadini”¹⁴⁹.

Come affermato già in altre occasioni, la cassazione negò, inoltre, il “trattamento di belligeranza che sarebbe stato convenuto per le formazioni militari repubblicane, ivi compresi i militi delle bande nere, fra le autorità militari alleate e quelle germaniche coll’assenso del governo italiano, perché tale trattamento di belligeranza potrebbe soltanto essere riferito alle operazioni militari vere e proprie compiute in osservanza delle leggi ed usi di guerra, tra le quali non possono farsi rientrare i rastrellamenti di non belligeranti, come i renitenti alla leva e tanto meno la loro fucilazione”¹⁵⁰.

Secondo la cassazione, tali considerazioni, avendo evidenziato “l’elemento materiale del favoreggiamento per nocumento arrecato alla resistenza partigiana con fucilazioni di patrioti nella stessa arruolati e facenti parte delle forze armate dello Stato italiano” dispensavano dal soffermarsi sulla violazione dell’art. 59 c.p.m.p. che pure era stata denunciata dal ricorrente¹⁵¹.

6. Epilogo.

Tra il 1945 e il 1946 furono moltissimi gli imputati di collaborazionismo con i tedeschi che si difesero deducendo di avere commesso il reato di cui erano accusati per obbedienza all’ordine del superiore gerarchico. Destinata a trovare applicazione soprattutto con riferimento ai rapporti di natura militare, la causa di giustificazione di cui agli artt. 51 c.p. e 40 c.p.m.p. fu invocata, in particolare, dagli appartenenti alle forze armate della r.s.i. (g.n.r. e b.n.).

Le corti di merito e la corte di cassazione, chiamate a giudicare i reati di collaborazionismo con i tedeschi (ancorché di difficile inquadramento entro le categorie dell’aiuto militare e dell’aiuto politico al nemico), ‘assecondarono’ le istanze repressive che caratterizzarono i primi mesi della transizione dal fascismo alla repubblica, escludendo l’efficacia scriminante dell’adempimento di un dovere imposto dall’ordine di un’autorità. Subito dopo la liberazione, la repressione del collaborazionismo con i tedeschi fu intrapresa dalle corti d’assise straordinarie, la cui attività risentì della pressione dell’opinione pubblica che, dentro e fuori le aule giudiziarie, chiedeva giustizia per le atrocità commesse nei mesi appena trascorsi. Tra il giugno e il novembre del 1945, la sezione speciale provvisoria della corte di cassazione istituita a Milano, a cui venivano indirizzati i ricorsi contro le sentenze delle corti d’assise straordinarie, confermò in genere le sentenze di condanna, adottando un atteggiamento particolarmente severo nei confronti dei collaborazionisti che avevano partecipato alla lotta antipartigiana. Per negare l’applicazione dell’art. 51 c.p. la cassazione ricorse ad argomentazioni che si fondavano non solo su aspetti tecnico-giuridici, ma che tenevano conto anche di ragioni politiche (e che furono, inizialmente, utilizzate anche per escludere la concessione dell’attenuante di cui all’art. 114 c.p., nonostante si fondasse su presupposti differenti da quelli di cui all’art. 51 c.p.).

L’illegittimità del governo di Salò costituì la premessa necessaria per affermare l’illegittimità degli ordini impartiti durante il periodo di occupazione e per negare, dunque, la scriminante a quanti vi avevano aderito, quantunque, come denunciò la dottrina, occorresse evitare l’indiscriminata punizione di tutti coloro che, nell’espletamento delle loro funzioni, avevano intrattenuto rapporti con le autorità nazi-fasciste.

¹⁴⁹ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., pp. 89-98.

¹⁵⁰ G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., pp. 55-64.

¹⁵¹ Cass. Pen., Sez. speciale, ud. 5 ottobre 1945 n. 310, pres. e rel. Toesca, ric. Lodini.

Di fronte alla difficoltà di distinguere, nei casi concreti, tra ordini legittimi e illegittimi, la magistratura individuò nella volontarietà dell'adesione alla r.s.i. il criterio determinante per stabilire la responsabilità degli imputati.

I giudici, d'altra parte, negarono efficacia scriminante agli ordini manifestamente criminosi, imponendo anche ai militari (per i quali l'obbedienza rappresentava la regola) di disobbedire ai propri superiori, elevando, come rilevò Vassalli, "a dovere giuridico un dovere morale di resistenza"¹⁵². Si consideri, del resto, che anche il governo francese stabilì che la responsabilità dei collaborazionisti del regime di Vichy non era esclusa se "le prévenu avait la faculté de se soustraire à leur execution par son initiative personnelle" e "sa responsabilité ou son autorité morale étaient telles que son refus aurait servi la nation" (art. 3 c. 2 *ordonnance* 29 novembre 1944).

Solo dopo il trasferimento, nel novembre del 1945, della competenza dalla sezione speciale della corte di cassazione di Milano alla seconda sezione della corte di cassazione di Roma, che il governo aveva disposto al fine di favorire la normalizzazione dell'amministrazione della giustizia, la magistratura assunse un atteggiamento più mite nei confronti dei collaborazionisti, che rifletteva appunto la volontà prevalente tra le forze politiche di pacificare il Paese. Su tale atteggiamento la storiografia ha ormai raggiunto risultati condivisi, in base all'argomento della continuità della magistratura con il precedente regime fascista, a cui, paradossalmente, fu affidata la defascistizzazione. In particolare, dopo che l'amnistia del 22 giugno 1946 (formulata in termini vaghi dal legislatore e interpretata ancor più estensivamente dalla magistratura) segnò irrimediabilmente gli esiti della giustizia di transizione italiana, rafforzando l'orientamento 'benevolo' già affermatosi nei mesi precedenti, la cassazione attenuò ancor di più la punizione dei collaborazionisti ed iniziò ad attribuire rilevanza agli ordini impartiti dalle autorità della r.s.i., anche nei casi – sino ad allora severamente puniti – delle violenze commesse nell'ambito della repressione antipartigiana.

Bastò valutare la rilevanza dell'ordine del superiore non tanto sul piano delle scriminanti, quanto dal punto di vista della volontà dell'imputato e sostenere che facesse venir meno l'elemento soggettivo del reato (come, del resto, tante volte avevano chiesto i difensori degli imputati), analogamente a quanto riteneva parte della dottrina, considerandolo causa di esclusione della colpevolezza.

D'altra parte, anche il mutamento d'indirizzo che aveva condotto la cassazione a concedere l'attenuante di cui all'art. 114 c.p. si era giocato sulla questione della coercizione morale esercitata dall'ordine del superiore. Se, dunque, all'inizio l'assimilazione fra i presupposti dell'art. 51 c.p. e dell'art. 114 (al di là del dettato normativo) servì alla cassazione per negare la concessione dell'attenuante (e dunque per inasprire le pene irrogate per i reati di collaborazionismo), nel prosieguo il ricorso ad argomenti analoghi consentì di mitigare il rigore repressivo nei confronti dei collaborazionisti, giungendo non solo ad attenuare ma addirittura ad escludere la responsabilità di coloro che avessero agito per ordine del superiore.

Nel maggio del 1947, ad esempio, la seconda sezione della corte di cassazione rigettò il ricorso presentato dal p.m. contro una sentenza della sezione speciale della corte d'assise di Padova, che aveva riconosciuto la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. agli imputati, affermando che anche l'uccisione di partigiani, in esecuzione di un ordine del superiore, non doveva essere punita, qualora risultasse che l'inferiore l'aveva eseguita perché costretto ad obbedire. La cassazione precisò che "la questione che si imponeva alla corte di merito era non tanto quella di applicare

¹⁵² G. Vassalli, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., p. 368.

una esimente di squisito carattere obbiettivo quale quella dell'art. 51 u.p. c.p., quanto piuttosto valutare l'elemento soggettivo di quei dipendenti ai quali fu trasmesso con intransigenza pari alla violenza l'ordine di esecuzione".

Tre membri della g.n.r. di Padova, Luigi Caroelli, Renato Stinchetti e Salvatore Taccetti, erano stati accusati, insieme al prefetto di Padova e Rovigo Federico Menna, di aiuto militare al nemico, nonché di omicidio aggravato, per avere giustiziato dieci patrioti per rappresaglia all'uccisione di un ufficiale della g.n.r.. La rappresaglia era avvenuta per ordine del Menna, che lo aveva comunicato al Caroelli, il quale, a sua volta, l'aveva trasmesso ai suoi sottoposti. La sentenza di merito aveva accertato che Caroelli, Stinchetti e Taccetti "cercarono di sottrarsi all'ordine e lo eseguirono malvolentieri e con ripugnanza", non potendosi esimere "date le speciali contingenze del tempo". La cassazione, pur riconoscendo che i tre imputati avrebbero potuto sindacare la legittimità dell'ordine, data la sua manifesta criminalità, ritenne "essere mancata ... la libertà della loro volontà nei fatti di omicidio ad essi comandati dal loro superiore". In particolare, risultava che, ricevuto l'ordine dal prefetto, il Caroelli uscì dal suo gabinetto "con aspetto cadaverico", che fece poi di tutto per dissuadere il prefetto, ma invano e che "mal reggendosi in piedi, dopo due concitati colloqui avuti con il Menna, nello scendere le scale della prefettura incontrò il suo aiutante maggiore Stinchetti al quale trasmise in quello stato di prostrazione l'ordine ricevuto e che il Taccetti pretese ordine scritto per predisporre la parte dell'esecuzione a lui affidata". Secondo la cassazione, da tali elementi si doveva dedurre che "gli ordini draconiani del Menna apportarono al Caroelli, che direttamente li ricevette un disorientamento psichico che ebbe anche delle manifestazioni fisiche palesi e tale disorientamento fu da lui comunicato anche ai suoi dipendenti".

La corte concluse, perciò, che "quando la manifestazione di volontà contraria all'azione delittuosa imposta dal superiore è tale da cagionare disturbi fisici da tutti rilevabili ed un disorientamento psichico che annulla la libertà di decisione nei dipendenti, è chiaro che non ricorre quella integrità di coscienza e di volontà onde deve essere materiato il dolo generico di ogni delitto e più particolarmente in quelli caratterizzati da dolo specifico, quali il delitto di collaborazionismo per cui alla fedeltà verso la Patria si preferisce intenzionalmente il favore verso il nemico invasore"¹⁵³.

Analogamente, nel luglio del 1947, la cassazione annullò una sentenza della corte d'assise di Novara che aveva condannato il comandante di un reparto fascista per avere fatto eseguire la fucilazione di un partigiano.

Dall'istruttoria risultava che l'imputato Romeo Spazzoli aveva ricevuto l'ordine di procedere alla fucilazione dal comandante del battaglione, suo superiore gerarchico; quando il parroco locale era intervenuto nel tentativo di risparmiare il partigiano, l'imputato, "in contravvenzione con le norme regolamentari", gli aveva permesso di telefonare al suo superiore per intercedere; solo a seguito di una seconda telefonata con il comandante del battaglione, lo Spazzoli aveva mutato atteggiamento, facendo eseguire la fucilazione.

La corte non solo ritenne ammissibile la circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., perché l'ordine del superiore aveva determinato la volontà dell'imputato, ma, pur negando la scriminante di cui all'art. 51 c.p. sulla base dei consueti argomenti, annullò la sentenza per difetto di motivazione, ritenendo che la corte di merito avesse omissa "l'esame sulla libertà del volere

¹⁵³ Cass. Pen., Sez. II, ud. 10 maggio 1947, ud., pres. De Ficchy, rel. Trasimeni, p.m. Perretti, ric. p.m. c. Caroselli e altri.

dell'imputato, non potendo escludersi che il mutato linguaggio e contegno possa trovare la sua determinante psicologica nel colloquio col suo superiore che presumibilmente ebbe a richiamarlo all'osservanza dei suoi obblighi regolamentari ravvivandogli il timore delle sanzioni che avrebbero seguito un rifiuto d'obbedienza anche in relazione alla protesta dei dipendenti che non volevano la grazia¹⁵⁴, quantunque, come si rilevava dalle pagine della *Rivista penale*, non fosse chiaro se la cassazione intendesse applicare l'art. 51 c.p. ovvero l'art. 54 c.p.¹⁵⁵.

Solo pochi giorni prima, infatti, la cassazione aveva annullato una sentenza della corte d'assise di Torino, giudicando non punibili il capitano e il tenente di una compagnia di metropolitani che si erano inizialmente opposti all'ordine del prefetto e del questore di fucilare alcuni partigiani e che lo avevano infine eseguito dietro minaccia di essere deferiti al tribunale militare ed essere giustiziati, ai sensi dell'art. 54 c.p., riconoscendo la diminuita libertà di determinazione degli imputati¹⁵⁶.

Nel 1954, il tribunale supremo militare, nel riformare una sentenza del tribunale militare di Milano, che aveva condannato alcuni ufficiali della legione Tagliamento per l'omicidio di 102 partigiani, si pronunciò sulla rilevanza dell'errore di fatto circa la legittimità dell'ordine, che, come si è detto, era stato in genere negato dalla corte di cassazione. La sentenza costituì anche l'occasione per un bilancio degli esiti della giustizia di transizione.

Il tribunale supremo militare riconobbe, in proposito, che se “nell'immediato dopoguerra le divergenze politiche e ideali, i risentimenti delle famiglie e degli individui, il sangue sparso e la visione della Patria umiliata, dilaniata e infranta, ebbero indubbiamente influenza sul corso normale della Giustizia”, “oggi che il Paese può dirsi risorto, mercé l'opera costruttiva dei suoi governi e il sacrificio, l'energia e la forza d'animo di tutto il popolo italiano, la Giustizia deve adempiere con la maggiore serenità ed obiettività possibile la sua missione ... rimanendo nei binari della legge”.

Prendendo atto dell'“indirizzo non solo giuridico, ma altresì etico del Governo e del Parlamento”, il tribunale supremo militare censurò la sentenza di primo grado, perché “disavvenendo a tutte le norme in materia” aveva perpetuato “una particolare valutazione dei fatti che, se era spiegabile nei primi dolorosi anni del dopoguerra, oggi non può essere consentita, nel clima dell'auspicata pacificazione e delle sopite passioni politiche, e nell'austera applicazione del puro diritto”.

Il tribunale supremo militare prese le distanze dall'orientamento giurisprudenziale che, tra il 1945 e il 1946, aveva escluso “in blocco” l'applicazione delle scriminanti dell'adempimento di un dovere e dello stato di necessità, vanificando i principi stabiliti dal diritto penale comune e dal diritto penale militare, e riconobbe la rilevanza dell'errore di fatto circa la legittimità dell'ordine non tanto in virtù della qualifica di governo di fatto attribuita alla repubblica sociale italiana, quanto piuttosto alla qualifica di belligeranti riconosciuta agli appartenenti alle forze armate repubblicane¹⁵⁷.

D'altra parte, anche sul piano dei crimini internazionali di guerra e contro l'umanità le cose non andarono diversamente¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. II, ud. 18 luglio 1947, pres. Giuliano, rel. Ricciardelli, p.m. Peretti, ric. Spazzoli.

¹⁵⁵ “Rivista penale”, LXXIII (1948), p. 94.

¹⁵⁶ Cass., Sez. II, ud. 14 luglio 1947, pres. Giuliano, rel. Vista, p.m. Berardi, ric. Bernardi e altri.

¹⁵⁷ Trib. supremo mil., ud. 26 aprile 1954, pres. Buoncompagni, rel. Ciardi. P.m. Venuti, ric. Zuccari e altri, in “Rivista penale”, LXXIX (1954), pp. 853-883, su cui cfr. A. Battaglia, *Giustizia e politica*, cit., pp. 372-374.

¹⁵⁸ Sui crimini di guerra in Italia e sulla loro punizione, cfr. T. Rovatti, *Sant'Anna di Stazzema. Storia e memoria della strage dell'agosto 1944*, Roma 2004; L. Klinkhammer, *Stragi naziste in Italia (1943-1944)*, Roma 2006; S. Buzzelli, M. de

Come è noto, chiusi i processi per i maggiori criminali di guerra, numerosi processi furono celebrati davanti ai tribunali nazionali.

Per l'Italia, basterà pensare ai giudizi nei confronti dei responsabili dell'eccidio delle fosse ardeatine, avvenuto a Roma il 24 marzo 1944 come rappresaglia all'attentato compiuto da una squadra partigiana in via Rasella, nel quale avevano perso la vita 32 soldati tedeschi, che aveva condotto alla fucilazione di 335 persone.

Il primo processo, nei confronti del tenente colonnello Kappler e di altri cinque ufficiali delle S.S., fu celebrato nel 1948 davanti al tribunale militare di Roma

Pur ritenendo che l'ordine di vendicare la morte dei soldati tedeschi non fosse insindacabile, ai sensi dell'art. 40 c.p.m.p., il tribunale esclude la responsabilità penale del Kappler (fu comunque condannato alla pena dell'ergastolo per l'uccisione di altre persone, disposta autonomamente e non per ordine del superiore: pena confermata dal tribunale supremo militare nel 1952). Il tribunale argomentò che, sebbene l'ordine fosse illegittimo, non era certo che il Kappler avesse avuto "coscienza e volontà di obbedire ad un ordine illegittimo": secondo il tribunale, infatti, per quanto spietate, le modalità di esecuzione delle vittime potevano attribuirsi allo "stato d'animo di solidarietà nei confronti dei tedeschi morti, anch'essi della polizia, sfociato, per odio contro gli italiani concittadini degli attentatori, in una crudeltà nell'esecuzione"¹⁵⁹.

Il secondo processo, nei confronti del capitano Erich Priebke e di altro ufficiale delle S.S., fu celebrato, a distanza di quasi cinquant'anni, sempre davanti al tribunale militare di Roma.

Il tribunale romano ritenne penalmente responsabili gli imputati ai sensi dell'art. 40 c.p.m.p., che si erano difesi affermando di avere eseguito l'ordine impartito dal Kappler. Il tribunale concesse, tuttavia, la circostanza attenuante di cui all'art. 59 c.p.m.p. in considerazione dell'"indubbia capacità carismatica" del Kappler, che avrebbe determinato gli imputati a concorrere nel reato (e senza la quale non avrebbero commesso il fatto), e li condannò a quindici anni di reclusione.

Nel 1998, la corte militare d'appello riformò la sentenza di primo grado, escludendo la circostanza attenuante di cui all'art. 59 c.p.m.p., e condannò gli imputati all'ergastolo. In particolare, la corte rilevò che l'art. 59 c.p.m.p. (così come l'art. 114 c.p.) attenua la pena per l'inferiore gerarchico "non perché senza la determinazione altrui egli non avrebbe commesso il reato, ma perché la sua minorata capacità a fronte dell'abuso rende meno riprovevole la deliberazione di commettere il reato, comunque assunta".

La sentenza rappresentò anche l'occasione per esprimere un giudizio sull'operato dei giudici che, all'indomani della seconda guerra mondiale, erano stati chiamati a giudicare i reati nazifascisti.

La corte militare d'appello ritenne, in particolare, che le motivazioni addotte nella sentenza resa nei confronti di Kappler nel 1948 "sono evidentemente configgenti con le stesse ragioni di esistenza del diritto penale e più in generale con la dimensione della giuridicità", evidenziando

Paolis, A. Speranzoni (curr.), *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino 2012; C. Gentile, *I crimini di guerra tedeschi in Italia. 1943-1945*, Torino 2015; P. Pezzino, *La difficile giustizia. I processi per crimini di guerra tedeschi in Italia 1943-2013*, Roma 2016. In generale, sugli intrecci fra diritto e politica nei processi per i crimini nazifascisti nella seconda metà del Novecento, cfr. L. Baldissara, P. Pezzino (curr.), *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli 2005. Sul dibattito italiano relativo alla punizione dei crimini contro l'umanità nel processo di Norimberga e, in particolare, sulla posizione di Giuliano Vassalli, cfr. G. Chiodi, *Legalità penale e punizione dei crimini contro l'umanità al processo di Norimberga: la visione di Giuliano Vassalli*, in "Historia et ius", 10 (2016), paper 29.

¹⁵⁹ Trib. mil. Roma, 20 luglio 1948, imp. Kappler e altri, in "Rassegna della giustizia militare" (1996), pp. 3-53 e Trib. supremo mil., 25 ottobre 1952 n. 1714, ivi, pp. 83-119.

che, se l'esperienza nazista aveva, “per motivi e secondo modalità che la storia ha solo in parte chiarito”, modificato “i parametri di riferimento della giuridicità come conseguenza dell'avvenuto cambiamento degli imperativi della morale e dei canoni della convivenza degli uomini, compito del diritto è quello di opporsi a tali operazioni, pena la sua stessa negazione, cioè la sconfitta dei valori per la tutela dei quali vive e viene applicato”.

Con riferimento al riconoscimento dell'esimente dell'ordine del superiore gerarchico, la corte concluse che “se ... per effetto dello sconvolgimento delle coscienze che implicò il nazismo, si determinò la non configurabilità di quel conflitto di doveri a cui le norme ricollegano la non punibilità dell'esecutore, il giudice deve solo prendere atto della non ricorrenza del presupposto della non punibilità, piuttosto che affermare una regola di giudizio che implica una modificazione degli stessi presupposti normativi”.

Al tempo stesso, la corte ammise che “è verosimile che oggi si possa esprimere questo ordine di considerazioni solo grazie alla distanza temporale che separa il presente processo dagli eventi e che quindi quella che viene stigmatizzata come una anomalia generatrice di ingiustizie rappresenti invece l'occasione per una riflessione più matura sulle implicazioni giuridiche degli eventi stessi” e che “quanto alla valutazione giuridica dei giudici del 1948, essa potrebbe essere risultata eccessivamente tributaria della temperie culturale di un'epoca che aveva appena chiuso i conti con l'ideologia del nazismo e che per batterla e superarla aveva dovuto in qualche modo ‘legittimarla’ come avversaria”¹⁶⁰.

Gli intrecci fra diritto, etica e politica erano, dunque, ben presenti agli stessi giudici che furono chiamati a pronunciarsi sui reati fascisti nel secondo dopoguerra.

D'altra parte, come riconobbe Achille Battaglia a dieci anni dalla liberazione, “politica, morale e diritto sono momenti assai vicini nella nostra coscienza, e non ci è mai possibile dissociarli completamente”¹⁶¹.

Molti restano, anche alla luce di tali considerazioni, gli interrogativi sulle dinamiche che hanno guidato la persecuzione dei crimini fascisti dopo la liberazione e che in molti casi si sono tradotte nell'oblio¹⁶². D'altra parte se, come rilevò Leo Valiani nel 1955, “le vicende dei dieci anni trascorsi dal 25 aprile 1945 paiono troppo vicine, a noi che scriviamo, per consentire quel distacco, quella visione in prospettiva, da cui la storiografia trae la serenità occorrente all'ufficio suo, che è di essere giustificatrice e non giustiziera”¹⁶³, oggi, il ritardo con il quale la storiografia, anche giuridica, ha affrontato le ricadute della continuità istituzionale non solo sugli anni della transizione, ma anche sui successivi decenni del regime repubblicano, suggerisce agli studiosi di (ri)considerare, anche nell'ottica della tutela dei diritti umani, le strategie, non solo giudiziarie, di punizione dei criminali fascisti e di riparazione delle vittime, tanto nella loro dimensione individuale quanto collettiva, che consentano di “chiudere i conti” con il passato¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Trib. Mil. Roma, 22 luglio 1997, in “Rassegna della giustizia militare” (1999) e Corte mil. app. Roma, 7 marzo 1998, *ivi*.

¹⁶¹ A. Battaglia, *Giustizia e politica*, cit., p. 332.

¹⁶² M. Franzinelli, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti. 1943-2001*, Milano 2003.

¹⁶³ L. Valiani, *Il problema politico della nazione italiana*, cit., p. 3.

¹⁶⁴ J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna 2008 (trad. it. di Id., *Closing the Books*, cit.).