001/3

ASSR

R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "B. MUSSOLINI,,
BARI

ANNO ACCADEMICO 1933-1934

Tesi di Laurea in Diritto Penale

" L'AUTORE MEDIATO ,,

Il Candidato
MICHELE CIFARELLI

Il Relatore
Prof. Avv. BIAGIO PETROCELLI

ASSR

R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "B. MUSSOLINI,,

BARI

ANNO ACCADEMICO 1933-1934

Tesi di Laurea in Diritto Penale

"L'AUTORE MEDIATO,,

Il Candidato
MICHELE CIFARELLI

Il Relatore
Prof. Avv. BIAGIO PETROCELLI

B I B L I O G R A F I A

Antolisei : L'azione e l'evento nel reato
(Milano 1928)

Battaglini : Il diritto di querela
(Torino 1915)

Battenberg : Das auf Befehl begangene Verbrechen
(Breslau 1916)

Beling : Grundzüge des Strafrechts
(8 e 9 Edizione - Tübingen 1935)

Bettiol : L'ordine dell'autorità nel Diritto Penale
(Milano 1934)

Bettiol : Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel Progetto Rocco.
(in " Rivista Italiana di Diritto Penale " - 1930 - Fasc. 5)

Bettiol : I lineamenti dell'istituto del concorso

di più persone nel reato, secondo il nuo_
vo Codice Penale Italiano.
(in " Archivio Giuridico Filippo Sera_
fini " - Vol.CV - Fasc. 2 - 1931)

Carnelutti : Teoria generale del reato
(Padova 1933)

Carrara : Programma del Corso di Dir.Criminale
(Vol.I - Parte generale)

Carrara : Grado nella forza fisica del delitto
(in " Opuscoli di Dir.Criminale "
Lucca 1870 - Vol.I)

Castori : Il concorso di persone in uno stesso
reato
(in " Trattato teorico-pratico di
Diritto Penale " del Cogliolo -
Vol.I - Parte III)

Civoli : Trattato di Diritto Penale
(Milano 1911)

Delitala : Le dottrine generali del reato nel
Progetto Rocco

(in " Osservazioni intorno al Proget_
to Preliminare di un Nuovo Codice Pe_
nale " pubblicate dall' Università
Cattolica del Sacro Cuore. Milano 1927)

Delitala : Il " fatto " nella teoria generale del reato
(Padova 1930)

Ferri : Principî di Diritto Criminale
(Torino 1928)

Frank : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
(17 Edizione - Tübingen 1936)

Graetzer : Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzel_nen Deliktsklassen
(Berlin 1907)

Hegler : Die Merkmale des Verbrechens
(in " Zeitschrift für die gesamte Straf_rechtswissenschaft " - Vol.36)

Hippel (von) : Deutsches Strafrecht
(Berlin 1930)

Hoegel : Akzessorische Natur der Teilnehme, Mit_
telbare Täterschaft und Eventualvorsatz
(in " Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft " - Vol. 37
1916)

Höpfner (von) :Zur Lehre von der Mittelbaren Täterschaft
(in " Zeitschrift für die gesamte Straf_
rechtswissenschaft " - Vol. 22 - 1901)

Iannitti-Piromallo: Corso di Diritto Criminale
(Roma 1932)

Impallomeni : Il concorso di più persone nel reato
(in " Rivista Pensle " - Vol. XXVI)

Levi : Commento ai titoli I,II,III del libro I
del Codice Pensle
(in " Il Codice Pensle Illustrato ar_
ticolo per articolo " sotto la dire_
zione del Prof. Ugo Conti - Milano)

Liszt (von) : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
(Berlin 1914)

Liszt-Schmidt : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
(26 Edizione - Berlin 1932)

Köhler : Deutsches Strafrecht
(Leipzig 1917)

Maino : Commento al Codice Penale Italiano
(Vol. I - Torino 1924)

Manzini : Tratto di Diritto Penale
(2 Edizione - Torino 1926)

Manzini : Trattato di Diritto Penale Italiano
secondo il Codice del 1930
(Torino 1933)

Massari : Il momento esecutivo del reato
(Pisa 1923)

Massari : Le dottrine generali del Diritto Penale
(Ristampa della 1 Ediz. - Napoli 1930)

Mayer : Der Allgemeine Teil des Deutschen Straf_
rechts
(2 Ediz. - Heidelberg 1923)

Mezger : Strafrecht
(München 1931)

Mezger : Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges
Handeln

(in " Zeitschrift für die gesamte Straf_
rechtswissenschaft " - Vol. 52 - 1932)

Nocito : Il concorso di più persone in uno stesso reato
(in " Enciclopedia del Pessina " - Vol.V)

Olshausen : Kommentar zum Strafgesetzbuch für das D Deutsche Reich
(11 Ediz. - Berlin 1927)

Pessina : Elementi di Diritto Penale
(3 Ediz. - Vol.I - Napoli 1871)

Rocco : L'oggetto del reato e della tutela giu_
ridica penale
(Roma 1932)

Saltelli e Romano: Commento teorico-pratico al nuovo Codice Penale
(Torino 1931)

Vannini : I reati commissivi mediante omissione
(Roma 1916)

Vannini : Il concetto di reato nel Progetto Pre_
liminare del nuovo Codice Penale
(in " Studi Senesi " - 1928 - Fasc.3-4)

Vannini : Concetto e contenuto dell'illecito pe_
nale
(in " Studi Senesi " - 1932 - Fasc.1-2)

Vannini : Commento ai titoli IV,V,VI del libro I
del Codice Penale
(in " Il Codice Penale Illustrato ar_
ticolo per articolo " sotto la dire_
zione del Prof. Ugo Conti - Milano)

Zimmerl : Grundsätzliches zur Teilnahmelehre
(in " Zeitschrift für das gesamte
Strafrechtwissenschaft " - Vol. 49
1929)

INTRODUZIONE

Allorchè alcuno determina alla commissione di un reato una persona che per questo non può essere punita, la dottrina penalistica tedesca ritiene esclusa la compartecipazione (psichica principale) ed invece esistente la figura dell'autore mediato.

Il determinatore è chiamato a rispondere come autore mediato del reato commesso dalla persona non punibile; questa viene considerata come uno strumento, una persona mezzo (Mittelsperson) nelle mani dell'altro.

Una parte della dottrina (per es: il MEZGER, il von HIPPEL) ritiene che possa anche punirsi come autore mediato chi, nei confronti del reato commesso dal non punibile, esplica un'attività materiale o morale che, se l'autore principale fosse punibile, consisterebbe in una partecipazione secondaria (Beihilfe).

La non punibilità della persona usata quale strumento può derivare da varie cause: o perchè le manca l'im-

putabilità, o perchè non può esser ritenuta colpevole pel reato commesso, o perchè non le si applica la pena per ragioni di opportunità (per es: al figlio che commette un furto a danno del padre) , o , infine, perchè non può realizzare la fattispecie legale di un reato in tutti i suoi elementi, sia che difetti di una particolare intenzione espressamente richiesta dalla legge, sia che non abbia una determinata qualità personale fisica o giuridica necessaria per integrare la configurazione del reato in questione.

Così nel caso, ad esempio , di un reato che richieda una particolare intenzione, se questa è presente in colui che determina o che cosdiuva, mentre manca nello agente immediato, il determinato o cosdiuvato va esente da pena, l'altro è punito quale autore mediato del reato commesso.

Ma non è necessario che la persona usata come strumento vada completamente esente da pena: può aversi,

ad esempio, (almeno secondo alcuni giuristi) un caso di autore mediato se l'agente immediato è punito per colpa, mentre l'altro lo è per dolo.

Tutt'altro che pacifica è la teorica dell'autore mediato.

Qui mi propongo, anzitutto , di darne una generale esposizione accennando alle varie opinioni sul suo fondamento e sui limiti della sua ammissibilità.

Esula, però , dal mio compito ogni approfondimento di quelle questioni che hanno importanza solo in relazione alla legge od alla dottrina tedesca.

Esaminerò poi i vari casi in cui si ritiene esistente una responsabilità a titolo di autore mediato, tenendo presenti le opinioni dei nostri giuristi e, particolarmente, com'è ovvio, le norme del nostro Codice.

Da tutta l'indagine cercherò di trarre le conclusio-

ni che mi parranno migliori e, in base ad esse, rispon _
derò al quesito insito nella presenti tesi: se sia am_
missibile, in base alla nostra legge, la figura dello
autore mediato.

PARTE PRIMA

L'AUTORE MEDIATO NELLA
DOTTRINA PENALISTICA PREVIGENTE

PARTE PRIMA

L'AUTORE MEDIATO NELLA DOTTRINA PENALISTICA TEDESCA

Cap: I

Come sorge il concetto dell'autore mediato.

1) Disciplina del concorso nel Codice Penale Tedesco.

La figura dell'autore mediato trova origine e fondamento nella disciplina legislativa del concorso di persone nel reato, contenuta negli articoli 47 a 50 del Codice Penale Tedesco.

Ne riporto il testo perchè appunto è di grande importanza l'interpretazione delle parole della legge.

L'art: 47 statuisce: " Se più individui compiono insieme un'azione punibile (Strafbare Handlung), ognuno va punito in qualità di autore ".

Seguono gli articoli 48 e 49 che si occupano rispettivamente della partecipazione morale principa-

le (Anstiftung) o della partecipazione secondaria sia morale che materiale, cioè della complicità (Beihilfe).

Art: 48: " Come istigatore (Anstifter) va punito chi mediante regali, promesse, minacce, abuso dell'autorità o della forza, intenzionale induzione o conservazione in errore, o con altri mezzi, ha determinata un'altra persona all'azione punibile (Strafbare Handlung) da quest'ultima commessa. La pena dell'istigatore va stabilita secondo la norma da applicare all'azione alla quale egli ha consapevolmente determinato. "

Art: 49: " Chi, mediante consiglio o azione (Rat und Tat), ha consapevolmente prestato aiuto allé autore per la commissione di un crimine o di un delitto, va punito come complice. La pena del complice va stabilita secondo la norma da applicare all'azione alla quale egli ha consapevolmente prestato aiuto; deve però essere diminuita secondo le disposizio-

ni relative alla punizione del tentativo ".

Dopo le norme, posteriormente aggiunte, degli articoli 49 a/ e 49 b/, le quali puniscono: chi istiga un'altra persona alla commissione di un reato o alla partecipazione ad esso; chi accoglie una siffatta istigazione; chi si offre per la commissione o la partecipazione ad un reato (art: 49 a); ed,infine, chi concerta con altra persona un reato di omicidio (art: 49 b), l'art:50, per ultimo, stabilisce: se la legge aumenta o diminuisce la punibilità di un'azione secondo le qualità o i rapporti personali di colui che l'ha commessa,queste circostanze speciali del fatto vanno attribuite allo autore o a quel compartecipe (cosutore,istigatore,complice) in cui sono presenti ".

---

3) Il presupposto per l'instaurarsi di una compartecipazione secondo il Codice Tedesco.

I giuristi tedeschi, studiando il dettato delle nor-

me sul concorso, sono stati colpiti dall'espressione " strafbare Handlung " dell'art: 48 e dalle parole "crimine o delitto " dell'art: 49 e le hanno interpretate, nel senso che, per l'ammissibilità e la conseguente punibilità della compartecipazione, occorra un'azione punibile dell'autore principale. (Forma estremamente accessoria della compartecipazione).

" Nel rapporto fra qualità di autore e compartecipa-
" zione - scrive Eberhard Schmidt - (1) la legge mette
" tanto in rilievo la prima, che la punibilità della
" compartecipazione come tale è dipendente dalla pre-
" senza di un fatto principale che realizzi tutti gli
" elementi del reato; la compartecipazione, quindi, sol-
" tanto in relazione ad un'azione conforme alla fatti-

---

(1) von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1932 - Pag. 321

" specie legale antigiuridica e colpevole di un autore,
" può avere una valutazione giuridica."

In verità, secondo quanto afferma il von HIPPEL (1) le parole dell'art: 48 (" azione punibile commessa ") volevano dichiarare esente da pena l'istigazione non accolta, e quelle dell'art: 49 (" crimine o delitto ") volevano escludere da pena la complicità nelle contrav_
venzioni; e " si sarebbero potute interpretare nel seh_
" so che l'autore deve realizzare soltanto il Tatbe_
" stand oggettivo di un delitto, che quindi per la punibi_
" lità della compartecipazione è necessaria la causa_
" zione del fatto principale dell'agente, ma non la
" punibilità (in particolare: antigiuridicità e colpe_
" volezza) di essa."

---

(1) Robert von Hippel: Deutsches Strafrecht Ber_
lin 1930 - II B - Pag: 448 e Note 7 e 8

Si vedrà in seguito se sia completamente accettabile questa opinione del giurista tedesco; certo nella dottrina l'altra interpretazione è prevalente e si ritiene necessaria, perchè siano puniti i compartecipi, che l'autore principale sia punibile.

3) Conseguenza: la responsabilità a titolo di autore mediato.

Però i giuristi tedeschi si sono resi conto che da questa interpretazione delle norme del Codice derivava un grave inconveniente. Ogni volta che l'autore principale fosse una persona non imputabile ovvero, per una qualsiasi ragione, non punibile, risultava impossibile punire le altre persone eventualmente con lui concorrenti nella commissione del reato, in base alle norme sulla compartecipazione. Nè si poteva punirle come autori immediati, dovendo respingersi, secondo la

legge tedesca, il sistema (invece accolto dal Codice Nor_
vegese del 1902) di considerare e punire senz'altro come
autore chiunque, agendo antigiuridicamente e colpevolmen_
te, abbia posto una condizione per l'evento, abbia cioè
causato l'evento.

Ciò " conduceva praticamente - scrive il von HIPPEL
(1) - al risultato che legalmente non si poteva far
"niente quando il fatto principale era sì commesso,ma
"non era punibile. Perchè qui, concettualmente, nel
"senso della legge, non c'era compartecipazione. Riu_
"sciva però insopportabile che il determinatore (An_
"stifter) dovesse rimanere impunito; e per questi ca_
"si faticosamente fu creato il concetto ausiliario
"del cosidetto autore mediato".

---

(1) Robert von Hippel: op? cit. Bag: 480

Per ragioni, quindi, di giustizia e di polizia crimina_

le la dottrina tedesca elaborò il concetto dell'autore
mediato, che viene sostenuto tuttora, almeno "de lege
lata", dal maggior numero degli studiosi.

4) L' autore mediato nei Progetti di Riforma del Codi_
ce Penale Tedesco.

E' interessante conoscere l'atteggiamento assunto,
nei confronti dell'autore mediato, dai vari Progetti
di Riforma del Codice Penale Germanico.

Il Progetto del 1919 riconosceva la figura dello
autore mediato accanto alla correità, alla partecipa_
zione psichica principale ed alla complicità.

Invece il Progetto Ufficiale del 1925 escludeva
la correità e l'autore mediato come anche la accesso_
rietà della compartecipazione.

Il Progetto del Reichstag del 1927 riprendeva in

considerazione la figura del cosautore, ma abbandonava l'autore mediato, inutile ormai, perchè non veniva limitata la compartecipazione (Anstiftung e Beihilfe) soltanto alla determinazione o cosdiuvazione dello altrui "colpevole" agire.

Neppure faceva menzione dell'autore mediato il Progetto di Riforma del 1960 ispirato anch'esso ad un progresso nel campo dell'accessorietà. (1)

---

(1) Edmund Mezger: Strafrecht. München 1954 - Pag:415

Cap: II

Precisazione del concetto di autore mediato

1) Tentativi di giustificazione. Definizione.

L'autore mediato, adunque, non è contemplato dal Codice, ma è una costruzione della dottrina. I giuristi ne hanno tentato varie giustificazioni ed alcuni hanno detto trattarsi di responsabilità per azioni commesse mediante uno strumento privo di libertà di volere (così specialmente il BIRKMEYER); altri hanno parlato di responsabilità personale per azioni di terze persone (così per es: il BORCHERT); altra ancora lo hanno considerato una "finta qualità di autore".

Recentemente (1929) lo HEGLER (1) ha costruito una

---

(1) Giuseppe Bettiol: L'ordine dell'autorità nel diritto penale. Milano 1934 - Pag: 115 - Nota 2

" teoria della preponderanza" (Uebergewichtstheorie) che varrebbe non solo per la dottrina dell'autore mediato, ma in ogni caso di concorso di persone in uno stesso reato. In base ad essa, l'autore mediato è da considerarsi tale perchè, in relazione al reato, realizza gli elementi decisivi della colpevolezza o della illiceità; per questo appunto egli è "preponderante" sull'altro soggetto da lui usato come strumento per la commissione del reato.

La prevalente dottrina, specie la più recente, poco curandosi di giustificazioni teoriche dell'autore mediato e limitandosi a commetterne la necessità con le norme positive del Codice del Reich e colla forma di accessorietà della partecipazione in esso accolta, inquadra la figura dell'autore mediato entro il concetto generale di "autore del reato".

E' dovuto - opina il MAYER - (1) proprio alla man-

---

(1) Max Ernst Mayer: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts - Heidelberg 1923 - Pagg: 375-376

canza di particolari proprietà giuridiche dell'autore me_
diato il fatto che il Codice non ne contiene esplicita
menzione. Se autore unico è chi realizza da solo e median_
te una propria attività la fattispecie di un reato e se
questa sua qualità di autore non gli viene tolta pel fat_
to che si valga di uno strumento materiale o di un ani_
male nella commissione del reato,non c'è alcuna ragione
- egli pensa - perchè tale qualità debba essere esclusa
se si avvale di un uomo non imputabile "poichè un tale
"strumento animato,giuridicamente considerato,non dif_
"ferisce da uno strumento non animato e va perciò chia_
"mato anche semplicemente "strumento"." Ed aggiunge:
" La figura dell'autore mediato è giuridicamente equipa_
"rata a quella dell'autore immediato; la denominazione
" esprime soltanto la particolarità di fatto che la per_
" sona passiva è autore. La espressione "finta qualità
" di autore" che qua e là ancora s'incontra è errata:la
"

" qualità di autore è molto reale poichè si seguirebbe
" una concezione ~~or~~rnea e superficiale se si limitasse
" la "effettiva" qualità di autore alla commissione con
" le proprie mani. Chi determina un ragazzo non imputa_
" bile a incendiare qualcosa, è egli stesso incendiario
" come colui che con le sue mani appicca il fuoco."

Concetto, questo, che è con precisione formulato dal BINDING nel seguente passo riportato dal BETTIOL (1):

" Nulla di più inesatto che voler attribuire all'auto_
" re di oggi l'antico requisito dell'azione compiuta
" con le proprie mani. C'è una qualità mediata di au_
" tore in contrasto con quella immediata. Che l'auto_
" re,per la realizzazione della propria volontà di au_
" tore, si possa servire di uno strumento umano colpe_
" vole o incolpevole è innegabile e questo autore me_

---

(1) Giuseppe Bettiol: op.cit. Pag: 107

" diato esige categoricamente il suo riconoscimento".

Con maggior precisazione il GRÄTZER(1), prendendo le mosse dalla definizione dell'autore come "colui che realizza tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del_ la fattispecie di un reato (Tatbestand)" considera che l'autore mediato può esistere quando la persona imme_ diatamente agente non attua l'intero Tatbestand.Questa infatti può: o attuare soltanto gli elementi oggettivi del Tatbestand ed essere perciò uno strumento meramen_ te passivo,oppure attuare anche una parte degli elemen_ ti soggettivi,senza però realizzarli tutti quali sono formulati nel Tatbestand,ed essere perciò uno strumen_ to doloso.Nell'uno come nell'altro caso la punizione

---

(1) Franz Grætzer: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzel_ nen Deliktsklassen. Berlin 1907

del determinatore come autore è giustificata perchè, in primo luogo, da lui sono attuati, sia pure soltanto in parte, gli elementi soggettivi del Tatbestand legale, e, in secondo luogo, per la ragione che a lui si deve attribuire l'attuazione degli elementi oggettivi e dei rimanenti elementi soggettivi, dato che la persona di cui egli si è valso ha agito come uno strumento.

In un modo analogo precisa il BELING la ragione della punizione dell'autore mediato: " Nei casi in cui chi
" attua il Tatbestand si presenta soltanto come uno stru-
" mento nelle mani dell'altro...gli elementi trasmissi-
" bili del Tatbestand vengono trasmessi, da chi li pone
" in essere immediatamente, a colui che agisce per mez-
" zo di quest'ultimo, come se l'altro li avesse, tali
" elementi, realizzati usando,invece che un uomo,delle
" cose."

Ricorderò ancora che , nello stesso ordine di idee,

il MEZGER (1) così raggruppa le forme di concorso nello stesso reato riconosciute dal diritto positivo: 1°) qualità di autore; 2°) compartecipazione. In questa sono comprese la determinazione (Anstiftung) e la complicità (Beihilfe); nella prima: la qualità di autore unico (Alleintäterschaft), la qualità di cosutore (Mittäterschaft) art: 47; e la qualità di autore mediato (Mittelbare Täterschaft).

A me pare, quindi, precisa ed efficace la definizione data da HERGT (2):

" La qualità mediata di autore è in effetti qualità di
" autore, però una particolare forma di essa consisten-
" te nell'usare una persona che agisce senza colpa, pe-
" rò sempre antigiuridicamente, per la realizzazione

---

(1) Edmund Mezger: op.cit. pag: 414

(2) Giuseppe Bettiol: op.cit. pag: 114

" della fattispecie di un reato." (1)

2) Qualità di autore mediato anche nella "cosdiuvazione"
dello strumento.

Se si pone mente alla definizione che dell'autore mediato dà il MAYER (2) "Chi determina un altro, che per ragioni giuridiche non può essere autore, a compiere un Tatbestand legale qm va punito come autore e chiamato "autore mediato" o anche "autore intellettuale"."(3)

Si rileva come sia in essa considerato solo il caso della "determinazione" che non possa essere riportata alla norma dell'art: 48 del Codice Penale.Invero il MAYER (4) stesso più oltre afferma che nei casi in cui "nell'i-

---

(1) In seguito dirò anche delle opinioni che vogliono ammettere l'autore mediato anche quando il presunto strumento agisca non antigiuridicamente.
(2) Max Ernst Mayer: op.cit.pag: 376
(3) Definizione criticata dal Köhler: Deutsches Strafrecht Leipzig 1917 - Pag: 511
(4) Max Ernst Mayer: op.cit. pag: 377

potesi che ci fosse una persona imputabile,si configu-
rerebbe una complicità,non c'è un'azione di autore (Täter-
handlung) e non può quindi diventare tale neppure in se-
guito alla irresponsabilità della persona usata quale
mezzo".

Egli ciò ritiene:perchè la determinazione e l'autore
mediato concordano nella loro struttura causale e ambe-
due corrispondono al concetto della qualità di autore
intellettuale sicchè è possibile il passaggio dall'una
all'altra forma di responsabilità; e soprattutto perchè
la circostanza che l'agente immediato è un non imputa-
bile o un non punibile non può distruggere la distinzio-
ne posta dalla legge fra qualità di autore e complici-
tà?

Critica il von HIPPEL (1) questa opinione:e se da

---

(1) Robert von Hippel: op.cit. pag: 470

un latro", rifacendosi al principio "quod quis per alium facit per se ipsum facere videtur" (che significa equi_ parazione dell'autore intellettuale all'autore fisico) ritiene che l'autore mediato,insieme con la determina_ zione dolosa ad un fatto punibile (art:48), debba esa_ urire tutto il campo della qualità di autore intellet_ tuale (intellektuelle Urheberschaft) senza dar luogo a lacune, d'altro canto ritiene ingiustificata la non pu_ nibilità della complicità dolosa a fatto principale non punibile."Il concetto della determinazione - egli " scrive - (pag:477) fu completato giustamente con " quello dell'autore mediato.Per la complicità,nella " quale la questione è fondamentalmente la medesima, " ne mancò la capacità forse perchè non si trovò la " parola adatta. Propongo " coadiuvazione indipenden_ " te" (perchè "non accessoria").La punibilità segue " qui,come dappertutto e specialmente come nel caso

" analogo della qualità di autore mediato, dalla consa_
" usazione dolosa dell'evento."

Queste osservazioni del von HIPPEL fanno crollare la prima delle argomentazioni del MAYER; è colpita poi in pieno la seconda dalla giusta osservazione del MEZGER (1) che proprio la presenza di un pazzo, di un minore o di altra persona che non possa compiere "un crimine o un delitto" impedisce il sorgere della distinzione fra qualità di autore e complicità posta dalla legge; nè di essa potrebbe sopravvivere efficacemente un concetto naturale. Per tanto è autore mediato non soltanto chi determina, "ma anche chi soltanto coadiuva " lo strumento". E' autore mediato,per esempio,chi dà al paranoico un veleno che quegli gli domanda per sopprimere il presunto persecutore.

---

(1) Edmund Mezger:op.cit. pag:429

A maggiori inconvenienti di ordine generale dà luo_
go l'ammissione dell'autore mediato anche nei casi che
sarebbero di complicità: li esporrò a suo tempo. Qui
però a me pare che, se si ammette il principio ispira_
tore dell'autore mediato, non si possono giustamente
escludere tali casi.(1)

3) Errore sui presupposti della qualità di autore me_
diato.

Può benissimo colui che determina o cosdiuva esse_
re in errore sulla esistenza della punibilità nella
altra persona. Può darsi quindi che vi sia adito a
dubitare se esista compartecipazione o qualità di au_

---

(1) Frank von Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
Berlin 1914.; Köhler:op.cit.pag:504; Reinhard Frank:
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübin_
gen 1926 - pag:105; Ernst Beling: Grundzüge des Straf_
rechts. Tübingen 1925 - pag:30; Liszt-Schmidt:op.cit.
Pag: 333 N.12.

tore mediato: diverse sono le soluzioni nella dottrina.

Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Reich e i giuristi che la seguono, dovrebbe valere anche qui la teoria soggettiva cioè quella che distingue tra le varie forme di partecipazione unicamente sulla base dell'elemento soggettivo e dell'interesse che muove i compartecipi ad agire. Nel presente caso sarebbe rilevante per la distinzione, secondo il Reichsgericht, il dolo di colui che determina o cosdiuva: e quindi si avrebbe compartecipazione psichica principale e non già qualità di autore mediato se chi determina, non importa se infondatamente, ritiene il determinato capace di compiere un fatto principale punibile.

Altri autori invece seguono anche qui la teoria oggettiva che ha di mira, per la distinzione delle forme di compartecipazione, l'effettivo operato dei singoli compartecipi e non già i loro atteggiamenti psicolo-

gici.(1)

Secondo questo modo di pensare i vari casi possono essere così risolti (2): " 1°) A determina B che, erra-
" tamente, ritiene pazzo, all'azione da questo commessa
" dolosamente: B è autore, A compartecipe nonostante
" che egli creda di essere autore mediato. 2°) A de-
" termina B che, erratamente, ritiene imputabile, alla
" azione da questi compiuta incolpevolmente: B non
" è punibile, A è autore mediato malgrado creda di es-
" sere compartecipe. 3°) A coadiuva B che, erratamen-
" te, crede pazzo, nell'azione da questi commessa colpe-
" volmente: B è autore, A complice malgrado che, almeno

---

(1) Così: Robert von Hippel: op.cit. pag:476; August Köhler: op.cit. pag: 514-515 "La falsa credenza dello agente che lo strumento da lui usato non agisca dolosamente, non può sostituire la qualità di autore in effetti mancante".

(2) Liszt-Schmidt: op.cit. pag: 327 - Nota 8

" secondo la dominante dottrina,possa ritenersi autore

" mediato. 3°) A coadiuva B che,erroneamente,ritiene re_

" sponsabile,nell'azione incolpevolmente commessa: B

" non è punibile, A è autore mediato. L'errore quindi

" è irrilevante come ogni errore sui concetti giuridi_

" ci e le conseguenze giuridico-penali."

4) Se l'attività dell'autore mediato possa configurarsi senz'altro come tentativo.

Una parte della dottrina (1) ritiene che l'accessorietà valga soltanto per la compartecipazione nelle sue forme contemplate dal Codice.Sarebbe in questo soltanto la punibilità dei compartecipi subordinata alla realizzazione, non dobbiamo applicarsi il principio generale che vale anche nel caso dell'autore mediato cioè che il tentativo

(1) Vedi: Alfeld citato dal von Hippel:op.cit. pag:476; von Liszt edizione 1914; Liszt-Schmidt:op.cit.pag:321 Nota.

ne del reato, almeno nella forma del tentativo, da parte dell'autore principale.

Nel caso dell'autore mediato, invece, l'operato di questo già costituirebbe un tentativo del reato alla cui commissione è rivolto, indipendentemente da ogni attività dello strumento. Così dice per esempio il von Liszt (1) "Tentativo compiuto c'è quando gli altri elementi del reato sono lasciati all'attività spontanea dello strumento (quindi tentativo compiuto già esiste colla creazione della decisione nel pazzo)."

Giustamente altri giuristi oppongono che non c'è alcuna ragione plausibile per cui, nel caso dell'autore mediato, non debba applicarsi il principio generale, che vale anche nel caso dell'autore unico: cioè che il tentativo non possa aversi se non si pongono in essere atti di e-

---

(1) Franz von Liszt: op.cit.

secuzione. Solo questi possono avere quel carattere di univocità e di idoneità che ne permette la punizione. Ed atti di esecuzione deve compierli lo strumento. Quindi può aversi benissimo la qualità di autore mediato nel tentativo, ma non un tentativo di autore mediato.(1)

5) Conseguenze della particolare struttura dell'autore mediato.

Derivano dalla particolare struttura della figura dello autore mediato alcune conseguenze che è opportuno enumerare (2):

A) Nel caso che l'autore mediato abbia determinato, anche con una sola parola, più strumenti, per l'unità del-

---

(1) In questo senso: vedi: Robert von Hippel:op.cit. pag: 475-476 ; Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 333 Nota 18.

(2) Vedi: Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 333 Nota 18

l'attività volontaria, in lui c'è soltanto un reato. Uggal_
mente se ha determinato uno strumento a più reati (credo
che questa seconda illazione sia errata: egli sarà autore
mediato di ciascuno dei reati commessi dallo strumento).

B) Se la legge richiede una particolare attività ma_
teriale (per es: la scalata) questa deve essere realizza_
ta dallo strumento per poter essere ~~aggredita~~ attribui_
ta all'autore mediato.

C) Quanto al luogo ed al tempo della commissione del
reato bisogna considerare sia l'attività dell'autore me_
diato sia quella dello strumento.

D) La desistenza del tentativo da parte dell'autore
è soltanto concepibile come impedimento dell'evento.

E) Per valutare la responsabilità dello strumento è
necessario riferirsi al momento in cui egli ha agito.

Il von LISZT riteneva necessario riferirsi al momento

in cui l'autore mediato lo ha determinato.(1)

A me pare giusta la prima opinione perchè ciò che è rilevante - l'ho già detto - agli effetti di stabilire se esiste la figura dell'autore mediato, è la situazione oggettiva, non già l'opinione che di essa eventualmente si abbia.

---

(1) von Liszt: op.cit. edizione 1914 :

Cap: III

Casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato.

1) Raggruppamento dei vari casi.

La conoscenza dei casi, in cui la dottrina penalistica tedesca ritiene esistente la figura dell'autore mediato, assume specifica importanza per chi, come me, rivolge la sua indagine allo scopo di valutare la consistenza e l'ammissibilità di questa costruzione giuridica in relazione alla nostra legge ed ai principii della nostra dottrina.

In Molti casi, invero, i giuristi tedeschi fanno ricorso all'autore mediato.

Sempre essi considerano l'autore mediato colui che si vale di un'altra persona non imputabile o non punibile come di uno strumento per la commissione di un reato.

" I singoli casi di autore mediato - scrive il MA-

" YER (1) - vengono determinati in base alle ragioni
" che fanno dell'esecutore uno strumento. Il fatto che
" l'esecutore non può essere autore ha la sua ragione
" d'essere: o nella circostanza che egli non ha i re-
" quisiti richiesti per una delimitazione modale del-
" l'autore e che quindi, malgrado l'azione di esecuzio-
" ne, non agisce conforme al Tatbestand legale; o nel
" fatto che è esclusa in lui la capacità di agire col-
" pevolmente o soltanto la colpevolezza, sia che essa
" manchi del tutto (ciò che avviene specialmente se
" alla persona mediata deve essere attribuita una ra-
" gione di esclusione della colpevolezza) sia che non
" esista la colpa necessaria nel caso in questione."

In diversi modi raggruppano gli autori i casi in cui si presenta la figura dell'autore mediato.

---

(1) Mayer: op.cit. pag: 379

Il MEZGER (1), ad esempio, tien conto del modo in cui agisce la persona usata quale strumento. E forma tre gruppi: nel primo lo strumento agisce antigiuridicamente, ma non conforme alla fattispecie del reato ("rechtswidrig" ma non "tatbestandsmäßig"); nel secondo lo strumento agisce senza colpevolezza; nel terzo agisce senza qualificazione in reati che invece richiedono nello autore particolari qualità.

A me pare si possa meglio seguire il raggruppamento, accennato dal BETTIOL (2), in due grandi categorie, secondo che la persona che immediatamente agisce viene considerata uno "strumento meramente passivo" o uno "strumento doloso".

---

(1) Mezger: op.cit. pag: 426, 429, 432.

(2) Bettiol: op.cit. pag: 107.

2) L'autore mediato quando l'agente immediato è uno strumento meramente passivo.

La persona che immediatamente agisce si presenta quale strumento meramente passivo anzitutto quando non è penalmente capace (per minore età, infermità di mente, sordomutismo, ecc.). Chi la determina o la coadiuva nella commissione di un reato è per questo punito come autore mediato. Su questo punto è concorde la dottrina. (1)

Una fonte di dubbi è costituita dalla "Legge sul Tribunale dei Giovani" del 16 febbrario 1923, le cui disposizioni hanno sostituito gli artt: 55, 56 e 57 del Codi_

---

(1) Vedi: von Liszt:op.cit. pag: ediz:1914; Graetzer:op. cit.; Mayer:op.cit. pag: 379; Frank:op.cit. pag:104; Beling:op.cit.pag: 30; v. Olshausen:Kommentar Zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1927: pag: 195; von Hippel:op.cit. pag: 475; Mezger:op.cit. pag: 439; Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 228.

ce Penale.

Questa legge dispone: art:1° "Giovane (Iugendlicher) nel senso di questa legge è colui che ha più di quattor_ dici anni, ma non ancora diciotto anni"; art:2° "Chi,non avendo ancora quattordici anni,commette un'azione puni_ bile,non è soggetto a pena"; art:3° "Un giovane che com_ mette un'azione prevista come reato,non è punito se,al tempo della commessa azione,secondo il suo sviluppo in_ tellettuale e morale, non era in grado di capire l'illi_ ceità della sua azione"o"di determinare la sua volontà secondo questa comprensione". Segue l'art:4° che è ap_ punto la causa delle divergenti opinioni: "La punibili_ tà del determinatore,del complice,del favoreggiatore e del ricettatore non è alterata dalle disposizioni degli articoli 2° e 3° della presente legge."

Il BELING (1) ritiene che questo articolo 4° rimanga

---

(1) Beling: op.cit. pag: 90

senza applicazione. La legge - egli opina - avrebbe potuto disporre l'imputabilità della compartecipazione anche a fatti principali senza colpa al da risultarne eliminata la figura dell'autore mediato. Ed indubbiamente tale era il proposito dei creatori della suddetta legge, non disgiunto, però, dall'intenzione di non diminuire l'entità della punizione a carico dell'adulto che determini o coadiuvi il minore nella commissione di un reato.

Senonchè, se qui si applicassero, in virtù dell'art. 4, le norme sulla compartecipazione ed in particolare l'art. 49, si andrebbe incontro ad una diminuzione di pena per l'adulto che coadiuva il minore giacchè egli sarebbe unito con la pena diminuita del complice e non più con quella normale dell'autore (mediato). Ciò sarebbe in contraddizione con i motivi ispiratori della legge del 1923. "Quindi - conclude il BELING - questo testo "contiene solamente una norma in bianco: cioè le dispo-

" sizioni generali riguardo alla determinazione ed alla
" complicità nei reati dei minori non vengono toccate.
" Poichè il Codice Penale non conosce una tale comparte_
" cipazione, l'art: 4 della Legge sul Tribunale dei Gio_
" vani è attualmente priva di applicazione."

In contrasto, però, con la tesi sostenuta dal KOLING, altri autori (1) sostengono la piena efficacia della norma posta dal surriportato articolo 4 e ritengono con essa creata dal legislatore una vasta deroga alla rigida accessorietà della compartecipazione accolta dal Codice Penale e, conseguentemente, all'ammissibilità dell'autore mediato.

Il MEZGER fa notare che tale deroga deve limitarsi ai casi in cui la non punibilità deriva dagli articoli 2 e della legge
3 del 1933; negli altri casi, anche se si tratta di un

---

(1) Vedi: Frank: op.cit.pag: 105 e Commento all'art:4 I. G.G.; Mezger:op.cit.pag: 430; Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 328-329.

minore (per es: giovane fra i quattordici e i diciotto an_
ni pazzo), si deve, come sempre, far ricorso all'autore me_
diato.

A me pare si debba accèglicre questa opinione contra_
ria a quella del BELING, come più rispettosa verso le sta_
tuizioni del diritto positivo. Del resto, quale che sia
la soluzione di questa questione particolare, rimane fer_
mo che il caso "tipico" dell'autore mediato si ha quando
la persona immediatamente agente è penalmente incapace.

Ma l'estensione dell'autore mediato è molto maggiore.

Invero è considerato autore mediato colui che per la
commissione di un reato si vale di una persona, la cui
punibilità sia esclusa dall'errore.

" Si può pensare benissimo il caso - scrive il GRÆ_
"TZER (1) - che la persona usata sia pienamente sana di

---

(1) Graetzer: op.cit.

" mente e nel pieno possesso della sua maturità intellet_
" tuale e che, ad onta di ciò, la determinazione non costi_
" tuisca compartecipazione al reato da essa compiuto. Que_
" sto è il caso quando la persona che immediatamente agi_
" sce non può esser ritenuta responsabile perchè ha agi_
" to sotto costrizione o versando in errore."

Così è autore mediato chi, inducendolo in errore, fa sì che l'infermiere dia al malato dell'arsenico invece del chinino ordinato dal medico. L'infermiere, difronte all'ingannatore, che agisce col pieno dolo per l'omici_dio, è soltanto uno strumento. Così pure chi fa ruba_re una cosa altrui valendosi di una persona che, erra_tamente, la ritiene di proprietà di colui che la indu_ce a prenderla, non è compartecipe per determinazione, ma autore mediato.

E gli esempi si potrebbero moltiplicare: anche su

questo punto è concorde la dottrina.(1)

E' punito anche come autore mediato chi ha posto una persona in stato di necessità (Notstand - art:54 Cod.Pen. Ted.) o comunque si è valso di tale suo stato per farle commettere un reato. Così per esempio: "...colui il quale ha consigliato ad una persona trovantesi in stato di necessità di realizzare la fattispecie di un reato per evitare il pericolo, dev'essere considerato autore in quanto non sia a lui attribuibile una ragione generale o speciale di giustificazione o di esclusione della colpevolezza.(2)"

E' del pari autore mediato chi fa commettere un reato da una persona costretta. Riguardo alla costrizione

---

(1) Vedi: von Liszt: ediz.1914 ; Frank:op.cit. pag:104; Beling: op.cit. pag: 30 ; von Hippel:op.cit.pag:473.

(2) Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 330.

bisogna distinguere:può trattarsi di costrizione fisica (vis absolut) o di costrizione psichica (N^a Liqung, art:52 del Cod.Pen.Ted.).

FRANK (1) comprende in una categoria, che elenca per prima, i casi di autore mediato caratterizzati dal fatto che "la persona usata quale mezzo non ha nessuna " volontà"(per es: essa viene spinta da una persona su di un terzo e questi ne rimane ferito). In questa categoria del FRANK mi pare siano da comprendere i casi in cui la persona che immediatamente agisce è materialmente costretta (vis absoluta). Contro l'ammissione dell'autore mediato in questi casi, obbietta il GRAETZER (2) che ciò che gli sembra molto arrischiato poichè in essi sono realizzati da parte del presunto autore me-

---

(1) Frank: op.cit. pag: 104

(2) Graetzer: op.cit.

diato tutti gli elementi del reato. Quindi egli sarebbe un comune autore immediato. L'obbiezione del GRÆTZER, intrinsecamente giusta, mi sembra, però, strana se la rapporto al pensiero di coloro che, accogliendo la concezione dell'autore mediato, parificano l'operare umano a quello di uno strumento materiale. Perciò ritengo che da questo punto di vista sia più logica l'opinione del FRANK.

Comunemente ammessa è la qualità di autore mediato in colui che, per far commettere un reato, abbia influito sulla volontà dell'esecutore di esso con una violenza psichica tale da superare le "minacce" (esemplificate quali mezzi di determinazione dell'art:48) e da costituire una Nötigung, cioè una costrizione, che rende non punibile la azione del costretto.

Invero l'art:52 dispone: "Un'azione punibile non esiste se l'autore ad essa è stato costretto mediante vio-

" lenza insostenibile o minaccia di un pericolo pre_
" sente e in nessun modo evitabile per la sua persona
" o quella di alcuno dei suoi familiari."

Come autore mediato risponde anche il superiore che, impartendo all'inferiore un ordine antigiuridico vincolante, gli ha fatto commettere un reato.

Discusso è il valore giuridico dell'ordine vincolante.

Secondo alcuni autori (1) esso va noverato fra le cause di esclusione della colpevolezza (Schuldausschliessungsgründe), costituirebbe una specie di costrizione psichica. Si legga quanto scrive lo HEGLER (2): "L'inferiore si tro_

---

(1) Vedi: Mezger:op.cit.pag: 431 ; Battemberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen - Breslau 1916 - Pag:88 ; Mayer:op.cit.pag: 334 e segg: . Vedi anche la bibliografia citata dal Delitala in "Il fatto nella teoria generale del reato" - Padova 1930 - Pag: 14 Nota 1

(2) Hegler: "Die Merkmale des Verbrechens" in Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft" B.36 pag.419 Nota 110.

" va in una situazione di costrizione psichica (costri-
" zione giuridica, nessun diritto di non volere) ed é
" quindi senza colpa e resta impunibile. Il suo compor-
" tamento è però contrario all'ordine sociale, è antigiu-
" ridico, se porta questo carattere , a prescindere dallo
" ordine vincolante; e perciò chi ha comandato può esse-
" re punito come autore mediato; ciò che altrimenti non
" sarebbe possibile".

Nello stesso ordine di idee il GRAETZER (1) scriveva:

" Una specie di costrizione per la Mittelsperson abbia-
" mo anche se questa per la sua posizione di inferiore,
" è obbligata ad obbedire incondizionatamente agli ordi-
ni del suo superiore. Una tale obbligatorietà dell'ordi-
" ne ha stabilita il legislatore in taluni casi. In essi
" entro i limiti dell'ordine, non si può addossare la

---

(1) Graetzer : op.cit. Così pure il Frank : op.cit: p.108

" responsabilità all'esecutore per le sue azioni anche
" se egli è pienamente consapevole della loro antigiu-
" ridicità. Autore è sempre il superiore che dà l'ordi-
" ne. Se, però, la persona usata non è protetta da tali
" speciali situazioni, anche per essa il limite è costi-
" tuito dall'art. 52 del Codice Penale entro " il quale
" viene esclusa la sua responsabilità."

La dottrina germanica prevalente (1) considera invece l'ordine come una causa di giustificazione del fatto (Rechtfertigungsgrund). Se lo si guarda da questo punto di vista bisogna annoverarlo nel gruppo di casi in cui la persona usata quale strumento agisce non antigiuridicamente.

Della discussioni relative ad essi avrò modo di parlare in seguito. Qui vanno fatte due osservazioni:

---

(1) Così il Köhler: op.cit. pag: 382; Beling:op.cit. pag: 37.

A) In molti casi di autore mediato lo strumento è in pari tempo l'offeso dal reato.Così per esempio, se alcuno determina dolosamente un pazzo a suicidarsi:se il determinatore è autore mediato dell'uccisione, il pazzo è insieme strumento e vittima.Ugualmente se al_cuno dolosamente determina una persona versante in er_rore a toccare un cavo in cui passa la corrente elet_trica ad alta tensione: anche quì l'ucciso è contem_poraneamente strumento.

Parrebbe quindi che si possa avere anche un auto_re mediato nel suicidio. " Al suicida - scrive EB E. SCHMIDT (1) - non è giuridicamente vietato di ucci_" dersi. Quindi egli non può "dolosamente" compiere la " uccisione di sè stesso.Chi lo ha istigato al suici_ " dio ha quindi, mediante un agente non doloso, fatto

---

(1) Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 332-333. Vedi pure: Graetzer:op.cit.

" sì che risulta prodotta la morte di un uomo. Nella
" persona di questo determinatore (lo "Hintermann")
" troviamo un comportamento conforme al Tatbestand ed
" antigiuridico. Se egli agisce anche colpevolmente,
" esistono in lui tutti i presupposti per la qualità
" di autore" (mediato). Questa è anche l'opinione
del BINDING. Però la dottrina dominante è contraria,
su questo punto, all'ammissione dell'autore mediato (1).

Il FRANK distingue: nega non solo la compartecipa-
zione, ma anche l'autore mediato nel suicidio perchè es-
so non è punibile; ammette però l'autore mediato se non
di suicidio si tratti, ma (mi si passi il neologismo)
di " autouccisione " nel caso che la vittima strumento
non abbia avuto alcuna volontà di uccidersi.

B) La seconda osservazione consiste nel rilevare che

---

(1) Mezger:op.cit. pag: 426 Nota 3 ; von Hippel:op.cit.
pag: 142 Nota 3.

si ha mancanza di colpevolezza, e quindi la possibilità di configurare la responsabilità a titolo di autore mediato, anche se lo strumento non è completamente libero da colpa. " E' da riguardare in ogni caso il delitto di " cui si tratta; la forma della colpa necessaria quindi " manca nel delitto doloso anche a chi agisce colposa- " mente (1) ". Per es: risponde come autore mediato di omicidio chi dolosamente fa dall'infermiere propinare al malato arsenico invece che chinino anche se l'infermiere agisce negligentemente e va punito per omicidio colposo a norma dell'art: 222 (Cod.Pen.Ted.)

Invero - come dimostra il FRANK (1) - è da negare, secondo la legge tedesca, l'ammissibilità della compartecipazione nei delitti colposi e quindi il concor-

---

(1) Mezger:op.cit. pag: 430. Vedi anche Köhler:op.cit. pag: 511.

(2) Frank:op.cit. pag: 107 - 108.von Liszt: ediz: 1914.

so doloso in essi va compreso sotto il concetto dello autore mediato.

Nello stesso ordine di idee, ancor più estende il von HIPPEL (1) l'ammissibilità dell'autore mediato.

" L'autore mediato - egli scrive - è responsabile per " ogni evento da lui dolosamente causato in quanto " concettualmente non vi sia compartecipazione psi_ " chica principale (Antistiftung), cioè un'azione do_ " losa dell'agente diretta allo stesso evento". E per_ ciò ritiene esistente la qualità di autore mediato: 1° se lo strumento erroneamente ritenuto "non libero nella sua volontà" è anch'esso punibile per commissio_ ne colposa del reato; 2° se lo strumento è punibile per la commissione dolosa di un reato minore; 3° se

---

(1) von Hippel: op.cit. pag: 473.

lo strumento è punibile per la commissione dolosa dello stesso reato di cui si tratta qualora, però, l'intenzione dell'autore mediato risulti diretta ad un evento penalmente più grave.

Questo gruppo di casi mi pare siano nell'ordine dell'esposizione il ponte di passaggio al secondo gruppo di casi in cui si ritiene esistente la qualità di autore mediato.

3) L'autore mediato quando l'agente immediato è uno strumento doloso.

E' questo uno dei punti più controversi nell'ambito della dottrina dell'autore mediato. Sono comunemente compresi in questo gruppo casi in cui la Mittelsperson non può essere punita perchè le mancano particolari requisiti necessari per essere autori del reato quale è configurato nel suo modello legale. Per es: in un

che richiede nell'autore una determinata intenzione è strumento doloso chi lo commette liberamente e coscientemente senza però avere tale intenzione.

Un primo caso di autore mediato con strumento doloso, però molto discusso, è dovuto alla giurisprudenza della Corte Suprema del Reich ed ai giuristi seguaci della teoria soggettiva. Secondo detta Corte Suprema la distinzione tra la qualità di autore e la complicità è fondata sopra elementi puramente soggettivi. " Poichè "la condizione" e "causa" sono equivalenti" - scrive il BELING (1) - "riportando per criticarle, le argomentazioni di queste "teorie - " mancherebbe oggettivamente la possibilità di "distinguere fra autore e complicità; quindi la differen- " za può essere soltanto psichica: autore è chi ha posto " in essere una condizione con animus auctoris e compli-

---

(1) Beling: op.cit. pag: 83.

" se chi l'ha posta con animus socii: quegli ha voluto
" il fatto come suo proprio, questi come fatto altrui."
Se manca, dunque, alla persona immediatamente agente lo animus auctoris, essa è responsabile soltanto per la complicità prestata anche se ha compiuto l'azione che attua il Tatbestand con libertà e colpevolezza. Autore è in tal caso il determinatore che agisce con animus auctoris: egli è, naturalmente, autore mediato. Però se si ritiene inconcepibile un autore mediato senza uno strumento e perciò all'agente immediato, che è punito come complice si dà il nome di "strumento doloso" (doloses Gehilfen-Werkzeug)

Il von HIPPEL (1) cita in proposito una sentenza del Reichsgericht che dice: " Autore mediato c'è non soltan-
"to nei casi di incapacità e di buona fede, ma anche nei
"casi in cui l'altro agisce conoscendo l'intenzione de-

---

(1) von Hippel: op.cit. pag: 474 Nota 6

"littuosa dell'autore, quindi consapevolmente e antigiuri-
"dicamente ma non già la autonoma volontà di autore e quin-
"di va considerato soltanto come semplice complice."

Dovuta all'applicazione del criterio di distinzione soggettivo di cui sopra si è detto, questa estensione dell'autore mediato è colpita da tutte le critiche che sono rivolte sia alla teoria soggettiva, che introduce nella legge un elemento di distinzione pienamente sconosciuto (cioè il motivo dell'agire) sia allo strumento doloso.

Non mi addentro in questa questione particolare perchè la disputa fra la teoria soggettiva, la material-oggettiva e la formal-oggettiva non ha interesse per lo studioso italiano (1).

A mio modo divedere, vanno compresi entro questo gruppo, qualificato dallo "strumento doloso", i casi

---

(1) Per una bella esposizione sull'argomento vedi:
Beling: op.cit. pag: 92, 93, 94.

in cui si ritiene esistente la figura dell'autore media_
to perchè la persona immediatamente agente ha a suo favo_
re una ragione personale di esclusione della pena. Caso
tipico: il furto commesso dal figlio/a danno del padre.
Chi lo determina o lo coadiuva dovrebbe considerarsi au_
tore mediato.

Però molta parte della dottrina e la giurisprudenza
negano che qui si debba far ricorso all'autore mediato.
Così il FRANK (1) " Senza dubbio non si oppone al con_
" cetto della compartecipazione per determinazione il
" fatto che all'autore sia da attribuire una ragione
" di esclusione della pena, come la qualità di ascen_
" dente nel furto. Si può quindi benissimo dire che la
" punibilità della determinazione richiede la punibili_
" tà del fatto principale, non però la punibilità dello

---

(1) Frank: op.cit. pag: 117 Articolo 48 II 2. Vedi an_
che Beling: op.cit. pag: 81

" autore principale".

Il MEZGER (1) critica questa eccezione come "non fondata" e la dice illogica: perchè egli ritiene che anche a chi ha a suo favore una ragione personale di esclusione della pena manchi la colpevolezza. Certo la soluzione dei dubbi su questo punto è dovuta al valore che si dà a siffatte ragioni di eslusione della pena: chi le considera soltanto come cause di mancata punizione per motivi diversi dall'assenza della colpevolezza non può non ritenere giusta l'opinione del FRANK perchè il Codice Tedesco ha accolta la forma "estremamente accessoria " e non già " la forma ipperaccessoria" della compartecipazione (denominazioni, queste, del MAYER). Ma di ciò si vedrà in seguito.

Entro il presente gruppo due serie di casi sono par-

---

(1) Mezger: op.cit. pag: 431

ticolarmente importanti:

A) I casi di autore mediato nei reati propri §Sonder_ delikte). E' qui strumento doloso la persona non quali_ ficata per mezzo della quale l'autore mediato,cioè la persona qualificata, commette il reato. Si ha qui - se_ condo la nomenclatura del FLEGENHEIMER (1) - uno "stru_ mento doloso privo di qualificazione".

Qui l'agente immediato non può essere autore perchè gli manca la particolare qualità personale richiesta dalla legge. "Come autori e coautori in delitti propri - scrive il MEZGER (2) - possono figurare soltanto per_ " sone qualificate; persone non qualificate che prendo_ " no parte al delitto proprio figurano come complici.

---

(1) Flegenheimer: "Das Problem des dolosen Werkzeugs" 1913, citato in Bettiol "Ordine" pag: 107 Nota 2.

(2) Mezger: op.cit. pag: 432.

" Se, quindi, in un delitto proprio da un lato prende par_
" te una persona qualificata (intraneus) e dall'altro una
" persona non qualificata (extraneus) la prima, poichè ha
" concausato l'evento e non può essere compartecipe della
" azione del non qualificato (complice), deve avere la
" qualità di autore mediato, indipendentemente dal fatto
" se prende parte all'esecuzione, o determina il non qua_
" lificato, o lo coadiuva soltanto".

Della stessa opinione è il KÖHLER (1) che adduce un esempio in base all'art: 353 del Cod.Pen.Ted. Autore del reato, ivi previsto, di "eccesso nella pretesa di compenso per il suo ufficio" può essere soltanto un notaio.Non il suo contabile. Se un notaio determina il suo contabile a chiedere dal cliente un compenso troppo alto, il contabile non può avere la qualità di autore e il notaio non

---

(1) Köhler: op.cit. pag: 511-513. Così pure Olshausen:op. cit. pag: 196.

più
essere un compartecipe per determinazione, perchè tale si può essere soltanto se un'altra persona è autore colpevole. Quindi non è qui più ... autore chi compie l'azione costitutiva del reato; lo è invece l'intraneo che determina lo estraneo a compierla. Questi è autore mediato.

La speciale qualità personale, richiesta nell'autore può essere sia giuridica (per es: qualità di pubblico ufficiale nel peculato), sia fisica (per es: qualità di uomo nella violenza carnale) può trattarsi anche di uno speciale rapporto intercorrente tra l'offeso dal reato e l'autore (per es: il rapporto di parentela nell'incesto) per esempio è autore mediato d'incesto il padre che da un pazzo fa violentare la propria figlia.

Una parte della dottrina ritiene che possa essere autore mediato non solo l'intraneo che fa compiere un delitto proprio da un estraneo, ma anche l'estraneo che,

per la commissione di un delitto proprio, si vale di un intraneo che non agisce dolosamente. (Invero è ovvio che se l'intraneo agisce dolosamente si ha una vera e propria compartecipazione in delitto proprio).

L'autore mediato nel delitto di violenza carnale (Notzucht) è ammesso anche da quegli autori che sono contrari all'estensione ai non qualificati della qualità di autore mediato (così per es: il Mayer:op.cit.pag:377 Nota 2). Ciò perchè la violenza carnale non viene ritenuta un delitto proprio, dato che l'art:177 (Cod.Pen. Ted.) dispone: " E' punito con carcere duro chi, mediante violenza o minaccia di un imminente pericolo " per la vita o l'integrità personale, costringe una " donna a subire il coito extraconiugale ". Dichiara, pertanto, il Frank (op.cit. pag:196 fine e commento all' art:177): " Non c'è una ragione sufficiente per " escludere la qualità di autore mediato nel caso in " cui una donna determina un uomo pazzo a commettere " il delitto della Notzucht su di un'altra donna. In" vero la Notzucht non è un reato proprio, nè un de" litto di sola attività (Tätigxeitsdelikte), ma un " delitto di evento. "

L'esempio comunemente addotto è quello di una donna che si valga di un pazzo per far violentare un'altra donna.

Altri autori, per esempio il GRAETZER, ritengono possibile la commissione mediata di un delitto di ufficio da parte di un non impiegato; la qualità di autore mediato in chi determina un pazzo alla commissione di un delitto di incesto a danno della sorella (del pazzo stesso).

Ritornerò su questo argomento nel seguente paragrafo: per ora accennerò al fatto che la migliore dottrina (1) ritiene che l'estraneo possa essere soltanto strumento, e invece l'intraneo possa essere autore sia immediato,

---

(1) Vedi: Höpfner: op. cit. ; Olshausen: op. cit.pag: 198; Mayer: op. cit. pag: 377 e Nota 3 ; Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 330-331

sia mediato del delitto proprio.

Non mancano, d'altra parte, giuristi (1) i quali negano l'ammissibilità dell'autore mediato nei delitti propri e ritengono si debba fare appello, per la punizione di chi si vale del non qualificato, ad una acuta ed intelligente interpretazione delle norme legali. Per esempio: l'impiegato che fa compiere da un non impiegato una falsa documentazione andrebbe punito per una antigiuridica omissione in quanto non ha impedito il verificarsi di una tale documentazione.

B) I casi di autore mediato in quei reati che richiedono un dolo specifico, qualora i particolari elementi psichici che questo costituiscono non li abbia

---

(1) Così il Frank in edizi antecedente al 1888. Inoltre il Mittermayer; il Beling; il Flegenheimer; il Wachenfeld; il von Bar, ecc. citati in Liszt-Schmidt a pag: 331 Nota 8

la persona che agisce che li possegga invece chi la determina o la costituisce. Quest'ultimo è autore mediato;lo agente immediato è uno"strumento doloso privo di intenzione" secondo la denominazione del FLEGENHEIMER.

Per esempio: A determina B, che non ha l'intenzione di appropriarsene per sè (intenzione richiesta pel furto dall'art: 242 del Cod.Pen.del Reich), a rubare a C un cavallo. B non può essere autore del furto e quindi A non può essere punito come compartecipe per determinazione. A è autore mediato.

Questi casi il MEZGER (1) li qualifica dal fatto che la Mittelsperson, pur agendo antigiuridicamente, non ha però la antigiuridicità conforme al Tatbestand, non attua il Tatbestand, perchè non pone in essere i particolari elementi soggettivi dell'illecito che hanno

---

(1) Mezger: op.cit. pag: 427-428

uno speciale rilievo nel modello legale del reato.Rientrano in questa categoria, secondo il MEZGER, i delitti di tendenza (per es: tendenza sessuale - art: 176 N.3; tendenza al profitto - art: 180; ecc.) e i delitti intenzionali (Absichtsdelikte). S'intende che la (Mittelsperson) deve ignorare la "tendenza" o la "intenzione" esistente nell'altro, chè, se ne avesse conoscenza, assumerebbe la qualità di coadiutore e non sarebbe più " strumento doloso " (1).

Non si creda però che sia pacifica, almeno in linea di principio, l'ammissione dello "strumento doloso". Contro di esso, ad esempio, il WACHENFELD (2) oppone

---

(1) Vedi: von Liszt ediz:1914 ; Köhler:op.cit.pag:511; Mayer:op.cit. pag: 379; von Hippel:op.cit.pag:473-474; Liszt-Schmidt:op.cit.pag: 332.

(2) Wachenfeld:" Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug". Vedi Bettiol:"Ordine" pag:107-108. Frank:op.cit. pag: 105-106.

che non si può ritenere "strumento" una persona che agi_
sce con consapevolezza e con libertà, cioè con personalità (Persönlichkeit). Il libero comportamento del presunto "strumento doloso", la sua dolosa attività spezza il nesso causale che deve intercorrere fra l'autore mediato e l'evento. Quindi, nei casi su esposti, non si dovrebbe più parlare di qualità di autore mediato, ma di vera e propria compartecipazione.

Anche il BELING (1) è contrario allo strumento doloso. "Lo strumento doloso - egli scrive - dimostra la " sua inconcepibilità perchè determina la nozione dell'esisten_ " za di una personalità sull'agente: la mente ("dolo_ " so") e la mega ("strumento").(2)" Ritiene,però,che si possa escluderlo anche senza ricorrere (come invece

---

(1) Beling: op.citè pag: 31.

(2) Beling: op.cit. pag: 94.

il WACHENFELD) al concetto dell'interruzione del nesso causale: basta interpretare direttamente le fattispecie legali dei reati. Non si deve, però, credere che la negazione dell'autore mediato con strumento doloso importa senz'altro l'esistenza della compartecipazione: non è "automatico" il passaggio dall'un titolo di responsabilità all'altro quando il primo debba essere escluso. In certi casi, a meno che nel Codice non sia stato creato un reato sui generis, bisogna riconoscere la impossibilità di punire, in ossequio al principio cardine "nullum crimen sine lege". Così quando,in reati che richiedono nell'autore elementi"supremamente personali", di due persone concorrenti nessuna realizzi in sè,insieme sia tali elementi, sia gli altri inerenti alla qualità di autore. "Se, per esempio, A ha determinato B (pienamente capace) a prender una cosa altrui con la " intenzione di portarla ad A che se ne voleva appro-

" prisre illecitamente, B non è ladro (autore principa_
" le del furto) perchè non aveva l'intenzione di appro_
" priarsi della cosa: A quindi non è compartecipe per
" determinazione. Ma egli non è neppure autore del fur_
" to perchè non egli, ma B, ha compiuta l'azione con_
" forme al Tatbestand."

In opposizione all'opinione negativa del WACHENFELD ed in difesa dello "strumento doloso" vanno ricordate le argomentazioni dello SCHMIDT.(1) Egli ,pur essendo se_guace della teoria oggettiva, riconosce la possibili_tà da uno strumento doloso, possibilità che ,come si è detto all'inizio di questo paragrafo, è principalmente ammessa dai seguaci della teoria soggettiva. Al WACHENFELD che ritiene l'azione dolosa di una persona

---

(1) Eberhard Schmidt:"Die Mittelbare Täterschaft", in "Festgabe für Frank" - Tübingen 1930 - citato dal Bettiol: "Ordine" pag: 109

interrompa il nesso causale, lo SCHMIDT oppone che biso_
gna determinare il concetto del dolo "non solo in un sen_
so psicologico superficiale, ma nel senso di una specie
di colpevolezza che comprende l'elemento normativo della
colpevolezza stessa" (1). A coloro, quindi, che pensano
che nell'agire libero e consapevole dello strumento dolo_
so si concreti un' "azione dolosa", egli fa notare che
per l'esistenza del dolo occorrono sia la previsione e
la volontà dell'evento (concezione psicologica) sia la
contraddizione tra la volontà del soggetto agente e la
norma che lo obbligava ad agire diversamente (concezio_
ne normativa). Nel caso,per esempio,di un "delictum
proprium" può essere strumento anche chi lo commette
consapevolmente e liberamente se gli manca una partico_
lare qualificazione richiesta dalla legge. Egli non vio_

---

(1) Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 331.

la una norma che non si dirige a lui, ma alle persone qualificate.

Lo SCHMIDT, quindi, ammette sia lo strumento passivo, sia lo strumento doloso. La sua lata ammissione dello autore mediato in tutti i reati ni porta conseguentemente ad esporre l'interessante e dibattuto problema dei limiti dell'autore mediato.

4) Limiti dell'ammissibilità dell'autore mediato.

Invero molti autori ritengono che non possa esservi commissione mediata in tutti i reati. Dimodochè a quei giuristi che concettualmente ammettono dapertutto la figura dell'autore mediato (per esempio il GRAETZER) altri si contrappongono che sono favorevoli a più o meno ampie restrizioni.

In parte queste restrizioni vengono fatte derivare dal diritto positivo. Così è escluso l'autore mediato

nel delitto di falso giuramento (art:163) per l'esistenza dell'art:160 del Cod.Pen.Ted. che espressamente punisce "chi induce un altro alla prestazione di un falso giuramento"; e del pari è escluso l'autore mediato nel delitto di falso documentale compiuto da un pubblico ufficiale (art: 348) grazie all'esistenza dell'art:271, che appositamente configura e punisce quale reato la induzione di un impiegato, che non agisce col necessario dolo, a compiere una falsa documentazione.

Altre restrizioni invece sono formulate dagli autori in base a principii di ordine generale. Già una prima e rilevante restrizione all'ammissibilità dell'autore mediato è implicita nell'opinione di coloro, che negano la concepibilità di uno strumento doloso.

Un'altra, molto importante, è apportata da quei giuristi che ritengono impossibili la qualità di autore me-

diato quando la Mittelsperson non agisce antigiuridica-

mente. L'antigiuridicità, invero, cioè la contraddizione

tra il fatto rispondente al modello estratto della leg-

ge e l'ordinamento giuridico, viene a mancare se una da-

ta norma permette o comanda un fatto che un'altra nor-

ma generale incriminatrice vorrebbe punire. Si domanda,

adunque: può aversi la figura dell'autore mediato quan-

do l'agente immediato non agisce antigiuridicamente?

Il von HIPPEL (1) dà a questo quesito una risposta

affermativa. Sono casi rari, egli dichiara, ma tutta-

via possibili, quelli in cui la Mittelsperson agisce

conforme al diritto. In essi non può certo instaurar-

si una compartecipazione dal momento che per questa

è richiesto un fatto principale punibile, e bisogna

ricorrere all'autore mediato per evitare dannosi ef-

---

(1) von Hippel: op.cit. pag: 471-472.

ingiusti casi di non punibilità. "Così se l'autore media-
" to intenzionalmente produce uno stato di pericolo (le-
" gittima difesa, stato di necessità) affinchè chi è po-
" sto in pericolo leda una terza persona per la propria
" salvezza. Così nell'ordine dolosamente antigiuridico
" che l'inferiore esegue in buona fede e quindi,per la
" sua persona, lecitamente. Del pari nella dolosa indu-
" zione in errore di pubblico ufficiale affinchè questi
" dal suo punto di vista in adempimento del proprio dove-
" re e quindi oggettivamente in conformità al diritto,
" violi interessi protetti da terze persone. (Per es:
" privazione della libertà ingannando un funzionario
" sull'esistenza dei presupposti per l'arresto di una
" persona)."

Anche lo HEGLER (1) ritiene si possa rispondere

---

(1) Hegler:"Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidri-
gen Handeln der Mittelsperson" in "Festgabe für R.
Schmidt - Leipzig 1932, citato dal Bettiol:"Ordine"
pag: 115.

affermativamente al quesito suddetto. Per dimostrarlo egli non fa che applicare la sua "teoria della preponderanza" (di cui ho già detto a pag: 14), in base alla quale, di due soggetti cooperanti nella commissione di un reato, è autore mediato colui che, col suo comportamento, pone in essere gli elementi decisivi non solo della colpevolezza, ma anche per la illiceità del fatto. Ne deriva che si possono avere casi di autore mediato anche se la Mittelsperson non agisce antigiuridicamente, purchè antigiuridico sia l'operato di chi la determina o la coadiuva. A sostegno della sua tesi lo HEGLER adduce tre gruppi di esempi, in cui ritiene vi sia autore mediato, ma non un agire antigiuridico dello strumento:

1°) Quando l'autore mediato abbia posto la persona usata quale mezzo in uno stato di necessità (Notstand) o di costrizione (Nötigung). Si può pensare al caso famoso di Guglielmo Tell: dalla minaccia mortale del governato-

re Gesler egli fu costretto a scagliare un dardo contro il pomo posto sulla testa di suo figlio. Tell non agiva antigiuridicamente. Se egli avesse eventualmente procurato al giovane delle lesioni o la morte, di esse sarebbe da considerare Gesler autore mediato e invece Tell sarebbe uno strumento agente non antigiuridicamente.

2°) Quando la persona usata quale mezzo sia giustificata dalla legittima difesa. Per esempio: Tizio volendo uccidere Caio lo determina ad aggredire, armato di coltello, Sempronio. Tizio sa che Sempronio è buon tiratore e porta sempre con sè la rivoltella: in istato di legittima difesa egli si difenderà ed ucciderà Caio, così come Tizio vuole. Infatti ciò avviene.

---

(1) LECLER dice: qui Tizio è autore mediato dell'omicidio in persona di Caio, omicidio commesso valendosi di una Mittelsperson che certo non agisce antigiuridi-

camente.Contro questa costruzione dell'HEGLER giustamen_

te il BETTIOL (1) obbietta che Tizio, il quale spinge Ca_

io ad assalire Sempronio affinchè questi, legittimamente

difendendosi, lo uccida "non può essere chiamato a rispon_

"dere come autore mediato dell'uccidione di Caio ma deve

" rispondere solo di istigazione a tentato omicidio. Quel_

" lo che Tizio ha realmente voluto e cagionato è la violenza

" ingiusta in danno di Sempronio non la morte di Caio che,

" sebbene desiderata, giace fuori dell'efficienza causa

" le dell'atto di istigazione, il quale si indirizza a

" far sorgere in Caio la decisione di assalire ingiusta_

" mente Sempronio."

E' interessante al riguardo la critica del MEZGER (2)

---

(1) Bettiol:"Ordine" pag: 117

(2) Mezger: "Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln" in "Zeitschrift für die Ges: Strafrechtswis_ senschaft" B. 53 1932 Pag: 529-546

Egli ritiene impossibile ravvisare nell'esempio surripetu_
to una commissione mediata dell'omicidio in danno di Caio
attraverso Sempronio, che legittimamente si difende. Non è
mai possibile che sia strumento una persona che agisce le_
citamente e inoltre si allargherebbero all'infinito i con_
fini dell'autore mediato se lo si ritenesse esistente ol
tre i casi in cui è diretto il rapporto fra lo strumento
e colui che lo determina o lo coadiuva.

Si potrebbe, però, qui pensare che q si tratti di un caso
in cui lo strumento è contemporaneamente l'offeso del
reato. Qui Tizio avrebbe determinato Caio a farsi colpi_
re da Sempronio in-is agente in istato di legittima di_
fesa.

A questo punto - osserva il MEZGER - si devono con_
siderare possibili due differenti situazioni giuridiche:
che Caio sia una persona normale o che invece sia un in_
capace. Nel caso che egli sia una persona normale la qua_

le si lascia determinare ad aggredire un altro e da ciò riporti la morte "sibi imputet"! Tizio è impunibile. Nel caso,invece,che Caio sia un pazzo, un fanciullo o persona che si trovi in errore sulla legittimità del suo assalto contro Sempronio, Tizio coscientemente sacrifica un innocente. E qui egli va considerato e punito come autore immediato: non è il caso di ricorrere ad una figura di autore mediato. "Caio, nella produzione " dello stato di pericolo cioè di legittima difesa,ha " causato, conoscendo e prevedendo le conseguenze, volontariamente appunto queste conseguenze (la morte " di Caio incolpevole) senza che, come nel caso precedente, la libera volontà di Caio escluda la punibilità. Quindi Tizio in siffatto caso è autore immediato " dell'uccisione di Caio pazzo o fanciullo o versante " in errore.

" Non è il caso di una figura di autore mediato facen_

'do "strumento" Sempronio che agisce lecitamente." (1)

Nel terzo gruppo di esempi lo HEGLER adduce casi in cui lo strumento non agisce antigiuridicamente perchè contemporaneamente è l'offeso del reato. Tre esempi: 1) A induce dolosamente il pazzo C ad uccidersi; 2) A induce l'apprendista C, sotto-posto alla sua sorveglianza, a mangiare un pezzo di intestino non pulito. In seguito a ciò C subisce una grave malattia. 3) A induce C a distruggere una cosa facendogli credere che sia di proprietà del suo vicino X mentre, in realtà, essa appartiene allo stesso C.

---

(1) Al concetto della produzione di uno stato di pericolo ricorre anche il Mezger per giustificare la punibilità di Gessler sull'esempio del primo gruppo di casi. In essi, però, egli ammette la figura dello autore mediato in quanto ritiene vadano correttamente ritenuai lo stato di necessità e la Nötigung soltanto come ragioni di esclusioni della colpevolezza.

Anche qui l'opinione critica del MEZGER è interessante sia per le obbizioni fatte alla teorica dell'MEGLER, sia perchè dimostra le complicazioni a cui va incontro la dottrina dell'autore mediato.

Esaminando il primo caso, il MEZGER si rifà al dettato degli articoli 211 e 218 del Codice Penale, i quali punisco_ no l'omicidio. E' comune opinione che essi nell'espressione " chi uccide un uomo " intendano dire: " chi uccide un al_ tro uomo " e pertanto è escluso che il suicidio sia da es_ si previsto. Nè esso è punito da alcun'altra norma. Pertan_ to chi ha determinato o cosdiuvato un altro nel suicidio è impunibile poichè non ha ucciso un altro uomo, non ha cioè commesso un'azione che risponda alla fattispecie a_ stratta degli articoli 211 e 212. Però ciò vale se il mor_ to ha fino all'ultimo momento avuta la libera "decisione" sulla morte o la vita e quindi se egli, capace e respon_ sabile ha voluto effettivamente uccidersi.

Nel caso,invece, del punto C - osserva ancora il MEZGER - tale libera decisione è mancata nè può dirsi che egli per sè abbia agito attuando il Tatbestand . "Questo non è ve_
" ro. La sua azione (suicidio) è una parte essenziale di
" tutta l'azione di A che è conforme al Tatbestand dello
" omicidio. La cosa principale è in siffatti casi l'in_
" tero avvenimento (Gesamtvorgang). Le singole parti di
" questo intero avvenimento che corrisponde al modello
" legale sono, come parti dell'attuazione di un Tatbestand,
" antigiuridiche." Quindi non esiste un caso di autore mediato con Mittelsperson agente lecitamente.

Analogamente il MEZGER ritiene che nel secondo e nel terzo degli esempi su riferiti non debba parlarsi di au_
tore mediato. Se si tiene presente l'intero accadimento, A ne è causatore immediato. Anche se la distruzione della cosa propria compiuta da C non è che una parte dell'inte_
ro accadimento causato da A, accadimento che è perfetta_

mente antigiuridico e conforme alla fattispecie astratta del reato previsto dall'articolo 303 (Cod.Pen.Ted.): distruzione di cosa altrui.

Queste critiche del MEZGER non sono totalmente accettabili sopratutto perchè ispirate ad una nozione "estensiva" del concetto di autore, che finisce col distruggere gli stessi modelli dei reati quali sono posti dalla legge. Tuttavia credo valgano a dimostrare l'artificiosità e l'inutilità dell'opinione dell'HEGLER (1). Per me, quindi, ritengo che si debba pienamente consentire col MEZGER allorchè afferma (2) "certamente la Mittelsperson " deve agire illecitamente; perchè, dove agisca lecita" mente, non può servire ad un'altro per la commissione "

---

(1) Per un'ampia critica vedi: Bettiol:"Ordine" pag:115-118.

(2) Mezger:"Strafrecht" pag: 426. Vedi nello stesso senso: Höpfner: op.cit.

" di un reato." Però l'affermazione di questo principio, mi dà un'impiressione d'inutilità giacchè la considero un vano puntellamento di un edificio, che per ben più gravi debolezze è destinato a crollare. Ma di ciò in seguito.

Ora intende fugacemente accennare, a completamento dell'esposizione fin qui fatta della dottrina dell'autore mediato, ad altre restrizioni che dagli autori vengono poste alla concettuale ammissibilità dell'autore mediato.

Principalmente si sostiene dagli autori che, per contenere entro giusti limiti l'ammissibilità della commissione mediata si debba sempre considerare se il presunto autore mediato avrebbe potuto commettere lo stesso reato in qualità di autore immediato. " La qualità di autore mediato - scrive l' OLSHAUSEN (1) - non è concepibile in tutti i

---

(1) Olshausen: op.cit. pag: 196.

" casi in cui l'autore intellettuale non avrebbe potuto

" realizz re gà egli stesso immediatamente il Tatbestand,

" per difetto di qualità o rapporti necessari." Ciò ha particolarmente importanza in relazione ai delitti pro_ prii.

In questo ordine di idee lo HÖPFNER (1) pone un prin_ cipio generale: nega la possibilità dell'autore mediato dovunque non si possa sussumere colui che determina sot_ to la definizione legale del reato e quindi non si pos_ sa constatare in lui la qualità di autore. Applicando questo principio egli ritiene che non possa essere auto_ re mediato l'estraneo nei delitti proprii perchè non a_ gisce illecitamente in quanto non viola una norma che non a lui si dirige ma ad altri.

Altre limitazioni all'ammissibilità dell'autore media_

---

(1) Höpfner: op.cit.

to vengono fatte derivare dal concetto dell'azione vieta_
ta.

Così l'HÖPFNER (1) ritiene escludano la possibilità dell'autore mediato: a) quelle azioni, il cui evento, consiste nella produzione di un rapporto e specialmente di un contatto fra l'agente ed un'altra persona o una cosa. E così è esclusa dalla commissione mediata la categoria dei delitti contro la moralità fra cui la Notzucht fa eccezione per lo speciale dettato dell'articolo 177.); b) le azioni consistenti in una dichiarazione su di un fatto proprio o su altra cosa che riguardi la persona stessa del dichiarante. (E' escluso quindi l'autore mediato nel falso giuramento); c) le azioni che presuppongono una certa qualità fisica nella persona agente; d) le azioni, infine, la cui essenza si rapporta a cohcetti concreti (per

---

(1) Höpfner: op. cit.

es: cavalcare, scrivere, parlare, salire, ecc.).

Sinteticamente esprime queste limitazioni all'ammissi_ bilità dell'autore mediato il KÖHLER (1) quando dichiara che il determinatore non può diventare autore mediato:

" se gli mancano le particolari qualità richieste dalla
" legge per essere autore; o se, secondo il significato
" di una determinata norma, autore può essere soltanto
" considerato chi esegue materialmente; e finalmente se
" l'azione, a chi è stato determinatore, personalmente
" non è vietata."

In relazione al problema dei limiti da porre all'am_ missibilità dell'autore mediato nei vari reati, modesta_ mente ritengo che l'unico criterio sostenibile possa dir_ si quello pel quale non si ammette la commissione media_

---

(1) Köhler: op.cit. pag: 512. Vedi anche il Beling:op. cit. che parla di "elementi supremamente personali".

ta di un reato da parte di chi dello stesso non potrebbe essere autore immediato.

Rilevo, d'altronde, che questa particolare questione relativa all'autore mediato è di non grande interesse per lo studioso italiano, dato che un maggiore problema va prima affrontato, cioè quello della necessità e della sostenibilità di questa costruzione giuridica in relazione alla dottrina ed alle leggi italiane.

PARTE SECONDA

.....

NEGAZIONE DELL'AUTORE MEDIATO

Cap: I

Critica della dottrina dell'autore mediato.

Le limitazioni che molti giuristi, in base a criterii diversi, si sforzano di porre all'ammissibilità dello autore mediato, sono, a me pare, un riconoscimento implicito degli inconvenienti, delle contraddizioni, delle assurdità, cui dà luogo questa costruzione giuridica.

La stessa apparente facilità del principio ispiratore pel quale si ammette una trasmissibilità più o meno ampia degli elementi costitutivi del reato da una ad ~~una~~ altra persona, è tale da porre senz'altro in guardia lo studioso del diritto.

In realtà la figura dell'autore mediato offre il fianco a molteplici critiche di non trascurabile importanza.

Qui ne esporrò alcune mettendo in particolare rilievo quelle che a me sembra colpiscano in pieno questa costruzione giuridica sì da giustificare il mio convincimento assolu-

tamente negativo per quanto riguarda questa costruzione giuridica.

Anzitutto una critica di carattere formale: quale ragione vi è di distinguere un "autore mediato" se viene equiparata l'azione del pazzo, del minore, ecc. a quella di una forza bruta o materiale? Non è logico da questo punto di vista dare un nome diverso a chi fa assalire il suo nemico da un pazzo o a chi lo fa assalire dal suo feroce cane. "L'unica figura ammissibile dovrebbe essere quella dell'autore immediato." (1) Che se poi si vuol porre in rilievo nel nome una particolare caratteristica, questa non può consistere che nella constatazione implicita di una innegabile diversità fra l'agire umano, per abnorme che sia, e l'esplicarsi di forze brute e materiali.

---

(1) Bettiol: "Natura accessoria" pag: 427.

Ià secondo luogo bisogna notare che,se nei reati materia_
li, data la particolare rilevanza dell'evento, che in qual_
siasi modo può essere cagionato, la figura dell'autore
mediato non dà luogo ad inconvenienti troppo evidenti,
non lo stesso avviene nei reati formalie in genere in
quelli "costituiti da azione esecutiva personale,ossia
" nei reati dei quali non può essere autore se non colui
" che compie certi precisi atti o colui che si prefigge
" certi precisi scopi."(1) Riabrderò al riguardo un'ef_
ficace osservazione ironica dello HOEGEL (2) "Un antico
" proverbio inglese - egli scrive - dice che il Parla_
" mento Inglese tutto potrebbe, eccetto che fare di un
" uomo una donna. La dottrina dell'autore mediato gli è
" superiore in questo senso: poichè rende possibile la

---

(1) Vannini "Il Codice Penale illustrato" pag: 482.

(2) Hoegel: opp cit:

" violenza carnale a danno di una donna commessa da una

" altra donna in qualità di autrice mediata."

Alcuni autori, come ho già detto, sostengono il prin_

cipio della non ammissibilità dell'autore mediato oltre

i limiti in cui sarebbe possibile la qualità di autore

immediato. Ma, pur prescindendo dal fatto che non tutti

gli autori accolgono questa limitazione, va posto in ri_

lievo che essa non sopprime tutti gli inconvenienti che

la figura dell'autore mediato trae seco. Citerò un esem_

pio tipico addotto dal VANNINI (1): un pazzo è venuto

fortuitamente in possesso di alcuni oggetti apparteneN_

ti ad un terzo. Io lo induco a trattenere tali oggetti

e convertirli in suo proffitto: potrò per questo essere

chiamato a rispondere come autore mediato di una appro_

priazione indebita? (2)

---

(1) Vannini: op.cit. pag: 482

(2) E' quasi inutile notare che l'appropriazione inde_
bita non è di quei reati che richiedono una partico_
lare qualità personale fisica o giuridica.

" Non potendosi allora ammettere una mediata commissione
" del reato e non potendosi applicare le regole sul con_
" corso a questo si arriverebbe: o a lasciare impunito
" (come nel caso dell'appropriazione indebita) il parte_
" cipe che nell'ipotesi dell'imputabilità dell'esecuto_
" re materiale avrebbe dovuto rispondere di correità, o
" a punirlo come autore mediato di un reato diverso da
" quello compiuto dall'esecutore (per esempio come au_
" tore di violenza privata nel caso dello stupro vio_
" lento commesso dal pazzo)."

Volendo ovviare alle assurdità a cui può andare in_
contro la dottrina dell'autore mediato, il BELING (nel_
la sua "Dottrina del reato") collega alla distinzione
fra reati formali e materiali la netta distinzione fra
reati che non ammettono l'autore mediato e, rispettivamente, reati
ti che concettualmente consentono che tra l'azione di
un soggetto e l'evento sia interposto l'agire di una

persona usata quale strumento. L'evento prodotto dallo strumento si può attribuire a colui che con la sua azione lo ha messo in moto.

Ma la dottrina, lo si è già visto, non si dà pensiero di questa distinzione proposta dal BELING; anzi parecchi autori, fra i quali il GRÆTZER (1) e, di recente, lo SCHMIDT, ritengono ammissibile l'autore mediato in tutti i reati. Per sostenere questa opinione si fa appello alla pretta responsabilità per l'evento: solo questo è rilevante, in quanto il legislatore solamente dei danni sociali derivanti dagli eventi delittuosi si è preoccupato; può esser quindi considerato autore di un reato anche chi non ha agito nel modo configurato nel tipo astratto del reato.

Graetzer: op.cit. pag: 57.

Però questa opinione - come il BETTIOL (1) osserva criticando l'opinione dello SCHMIDT - " porta ad un " frantumamento delle singole fatti specie delittuose con lo " accordare al giudice un potere discrezionale troppo " ampio in relazione alla sussunzione di comportamenti " umani sotto gli astratti modelli di legge. E' giu_ " sto affermare che al legislatore preme che siano evita_ " ti perturbamenti nella vita in comune: proprio al fi_ " ne di evitare questi danni sociali egli ipotizza come " reati quelle azioni od omissioni che normalmente li " cagionano. Ma con ciò egli sottrae al giudice la fa_ " coltà di prendere in considerazione l'antisocialità " di una condotta umana che non si adegua perfettamen_ " te ad un tipo legale, perchè altrimenti sarebbero " sforzate le fattispecie legali ed il principio "nul_

---

(1) Bettiol: "Ordine" pag: 110.

" lum crimen sine lege" sarebbe inesorabilmente violato."

Nelle legislazioni che, come il Codice Germanico e l'a_
brogato Codice Zanardelli, distinguono dalla correità
la complicità e infliggono a questa una pena minore,
se si esclude il concorso nel caso di un autore princi_
pale non imputabile, si presentano due ipotesi ugualmen_
te contrarie all'opportunità pratica ed alla giustizia.
Invero: o si ritiene che autore mediato sia soltanto chi
"determina" la persona agente come strumento o, in tal
caso, le azioni di complicità in relazione ad illeciti
commessi da persone non imputabili rimangono impunite;
o si considera autore mediato anche chi coadiuva il
non imputabile e si oblitera la distinzione tra compli_
ce ed autore creando una grave eccezione alla minore
gravità di pena stabilita dalla legge per la compli_
cità. Inoltre la volontà di chi aiuta un altro, sia pure

pazzo, nella commissione di un reato è ben diversa dalla volontà di chi del reato vol essere autore, sia pure servendosi di un soggetto umano incapace o inconsapevole.

Si considerino inoltre i casi possibili di errore del presunto autore mediato sulla capacità dell'altro soggetto. Ho già esposto le soluzioni che, secondo LISZT-SCHMIDT vanno date a siffatti casi: soluzioni fondate sulla irrilevanza dell'errore quando concerna situazioni giuridiche.

Ma va c'è da notare che molte volte colui che determina o cosdiuva non è in grado di conoscere l'incapacità della persona che immediatamente agisce. Se può fare impressione a favore dell'autore mediato l'esempio della madre che pone un'arma in mano del suo tenero figlioletto perchè con essa colpisca un'altra persona; può ancor più valere in contrario un altro esempio: quello di una persona che cosdiuva un adolescente nella commissione di un reato.

L'età difficilmente può essere accertata, in molti casi, prima del giudizio: ebbene, magari per un solo giorno di differenza in più o in meno quell'ausiliatore potrà essere un autore mediato o invece soltanto un complice nel caso che l'adolescente abbia più di quattordici e sia giudicato capace d'intendere e di volere. Caso, questo, di non indifferente gravità per quelle legislazioni che stabiliscono per la complicità una pena diversa che per la correità.

Ma non basta. Lo HOEGEL (1) fa notare che la valutazione dell'infermità di mente non è affidata al criterio soggettivo. Incapace per questa ragione è solo colui la cui infermità mentale viene constatata dai periti e riconosciuta nella pronuncia giudiziale. Nessun rilievo avrà l'impossibilità soggettiva di accertare se si de-

---

(1) Hoegel: op.cit.

termini una persona normale o invece un infermo di mente alla commissione di un reato?

Si consideri ancora il caso che l'esecutore, sano di mente quando ha cosdiuvato, divenga poi, nel corso dell'esecuzione criminosa, per infermità di mente, non imputabile; si avrà qui un caso di autore mediato? E quale sarà la decisione nel caso che l'atto di partecipazione sia si compiuto mentre l'esecutore era incapace, ma poi in lui sia sopravvenuta la capacità?

Se pure alcune di queste critiche che possono muoversi all'autore mediato, essendo fondate sulla diversa valutazione penale della complicità di fronte alla correità cadono nel nostro diritto che equipara tutte le possibili forme di compartecipazione; ben altre ragioni mi consentono di essere nettamente contrario ad ogni ammissibilità dell'autore mediato. Eccole:

1º) La figura dell'autore mediato si fonda su di una finzione. "Contro le finzioni nel diritto penale - scri_
" ve lo HOEGEL (1) - esistono sempre scrupoli considere_
" voli nel senso che esse sono assolutamente non vere."
Rendendosi conto di tale grave debolezza della costruzio_
ne giuridica che è oggetto del presente studio, i più
moderni giuristi, come ho già avuto modo di esporre, in_
quadrano il concetto dell'autore mediato (species) en_
tro il concetto di autore (genus). Così cercano di so_
stenere le barcollanti membra dell'uno con le forze vi_
ve dell'altro. In questo senso appunto, il MEZGER (2)
scrive: "La legge non conosce l'espressione "autore me_
" diato"; anche scientificamente se ne può fare a meno.
" La figura del cosidetto autore mediato non ha bisogno

---

(1) Hoegel: op.cit.

(2) Mezger: "Strafrecht" op.cit. pag: 425.

" di una giustificazione speciale, per la quale si è mol_
" to faticato. Questa giustificazione è già data nella
" giustificazione del concetto generale di autore, entro
" il quale l'autore mediato rappresenta soltanto una for_
" ma speciale... Se quello è indiscusso, anche questa è
" indiscutibile."

Non è dato, però, nè al MEZGER, nè agli altri giuristi, di cui ho nella prima parte riportate ampiamente le opi_nioni, di distruggere la realtà della situazione. Che si tratti di una finzione è innegabile anche se si prendono in considerazione solo i casi di autore mediato comunemente e concordemente ammessi e si lasciano da parte quelli in cui l'agente immediato è uno strumento doloso, nei quali ultimi, appunto la discordanza vivissima delle opinioni attesta il grave sforzo che si opera sulla realtà per comprimerla entro lo schema della costruzione dottrinale. E che si tratti di una finzione, è dimostrato brillante_

mente dallo ZIMMERL (1). Questi prende le mosse dalla giusta teoria della "interpretazione restrittiva delle fattispecie legali" (dei Tatbestände), in base alla quale i modelli di reato configurati dalla legge comprendono ed incriminano soltanto le azioni degli autori, ma non anche quelle dei compartecipi. Queste ultime sono, perciò, azioni della zona esterna e prive della conformità ai Tatbestände legali: non potrebbero, quindi, essere punite se non intervenissero le norme sulla compartecipazione, le quali estendono ad esse l'applicabilità delle sanzioni penali. Per sapere se un'azione sia da considerare conforme al modello legale; se, cioè, appartenga alla zona interna, bisogna, volta per volta, interpretare il modello legale del reato. E' ovvio che tale interpretazione non possa esser diversa col va-

---

(1) Zimmerl: op.cit.

re della situazione soggettiva delle persone eventualmen_
te concorrenti nel reato.

Ecco, quindi, il lato debole della concezione dello
autore mediato. Lo ZIMMERL adduce questo esempio: A ha
determinato B a sparare contro X. Agiscono ambedue con
dolo. Evidentemente l'azione di B è un'azione di esecu_
zione (Ausführungshandlung) conforme a quella ipotizza_
ta nel tipo astratto del reato (nel caso presente:omici_
dio). L'azione di A , invece, è conforme al tipo del
reato solo come azione della zona esterna: e ciò in se_
guito - come si è detto-all'esistenza delle norme sulla
compartecipazione. Se queste non ci fossero, l'azione di
A rimarrebbe impunita: perchè il Tatbestand dell'omici_
dio prevede l'uccidere" e non il "determinare un altro
ad uccidere".

Ora, se, per caso, B , l'esecutore, è un irresponsabile
o versa in errore, come mai sarà punito A quale autore?

l'azione di A rimane oggettivamente identica. " E' forse " divenuta l'azione di A - si domanda lo ZIMMERL - per " mancanza del dolo di B, in un sol tratto, un'azione " conforme al Tatbestand, un'azione, cioè della zona " interna rispetto al modello legale? La pretesa di de_ " signare l'azione di A come conforme o non al Tatbe_ " stand secondo la situazione soggettiva di B, mi sem_ " bra strana ".

E, in realtà, soltanto viene configurata l'azione di B come se fosse commessa da A : è qui la finzione.

2°) Si potrà, però, obbiettare che ciò che B fa non è una " azione " in quanto B è uno strumento.

In questa equiparazione dell'uomo ad uno strumento trovo la ragione precipua perchè debba essere respinta la fi_ gura dell'autore mediato. E' facile dire che chi deter_ mina un pazzo a sparare su di un'altra persona si vale

come di uno strumento; ma, ciò dicendo, se si prescinde dal valore più o meno fittizio dell'espressione, si "dà per dimostrata una verità che ha bisogno di dimostrazione" (1). Una verità, aggiungo, che non è affatto tale: mi propongo di dimostrarlo in seguito.

Che se poi, ~~tali~~ casi in cui si parla di uno strumento meramente passivo, si passa a quelli in cui la figura dell'autore mediato trova fondamento nell'esistenza di uno strumento doloso, ancora più evidenti risultano sia la inaccettabilità del concetto ~~di~~ di strumento, sia l'erroneità delle costruzioni giuridiche da esso dedotte.

3°) Pur tuttavia, trattando nella prima parte della dottrina dell'autore mediato, lo talvolta momentaneamen-

---

(1) Bettiol: "Ordine": op.cit. pag: 119.

te abbandonato il compito prefissomi di fare semplicemen_
te una ordinata esposizione delle opinioni, per schierar_
mi a favore di quelle soluzioni dei singoli problemi che
mi si presentavano meglio rispondenti al concetto dello
autore mediato e ad una sua accettabile delimitazione.
Ho ciò fatto ponendomi, per così dire "una veste tedesca":
invero ritengo che, date le norme del Codice del Reich,
le quali accolgono la forma estremamente accessoria del_
la compartecipazione, sia una necessità logica e politi_
co-criminale quella di ovviare con la figura dell'autore
mediato alle lacune della compartecipazione. Come dice il
DAHM(1): "l'autore mediato riempie le lacune della par_
tecipazione; la partecipazione quelle che presenta la

---

(1) Dahm: "Täterschaft und Teilnahme im Amtlicher Ent_
wurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch"
Breslau 1927 - pag: 06-07, in Bettiol: "Ordine": op?
cit. pag: 106.

" qualità di autore".

Ma in relazione al nostro Codice ed ai nostri principi giuridici, l'autore mediato lo ritengo inammissibile ed inutile. Di una costruzione dottrinale si possono, anzi si debbono sopportare alla men peggio le inesattezze e gli stiracchiamenti quando essa risponde ad una necessità creata dallo stesso diritto positivo. Ma quando la legge offre modo di agevolmente disciplinare ogni caso della realtà pratica, voler riconoscere una creazione dottrinale, a me pare sia inutile e dannoso.

Quindi la mia negazione dell'autore mediato richiede anzitutto che io dimostri che la forma di accessorietà della compartecipazione accolta dal vigente Codice è ben diversa da quella che, nel Codice Tedesco, ha dato vita alla figura dell'autore mediato. In secondo luogo debbo esaminare i vari casi in cui la dottrina tedesca ritiene esistente la qualità mediata di autore per di_

dimostrare come si possa, in base ai principii giuridici che reggono la qualità di autore unico immediato e il concorso di persone nel reato, fare a meno dell'autore mediato, che giustamente lo HEGEL chiama un "mostricciattolo sbucato fuori dalla storia del diritto penale".

---

(1) Basti il "Limmerkk dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo Codice Penale Italiano". In "Archivio Giuridico "Filippo Serafini" - Modena 1931. Vol. CV - Fascicolo I - Pagina.

(2) Battaglia "Istituzioni" cap.cit. pag. 17.

Cap: II

Il problema della natura accessoria del concorso criminoso.

1) Concetto della accessorietà della compartecipazione.

" Da un punto di vista concettuale - scrive il BET-
TIOL (1) - " l'accessorietà del concorso importa che
" il partecipe non possa essere sottoposto ad un giudi-
" zio di imputabilità e di responsabilità se l'autore
" principale del reato non abbia realizzato, al-meno
" imperfettamente, il piano criminoso". E in un altro
suo scritto (2) meglio precisa: " Quando si parla di

---

(1) Bettiol: "I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo Codice Penale Italiano". In "Archivio Giuridico "Filippo Serafini" - Modena 1931. Vol: CV - Fascicolo II - Pag:233.

(2) Bettiol: "Natura accessoria" :op.cit. pag: 417.

" natura accessoria o condizionale del concorso, si vuol

" significare che per la punibilità del partecipe occor_

" re che l'azione principale abbia iniziata l'esecuzio_

" ne del reato...a cui egli fu determinato o per il qua_

" le gli venne prestato ausilio."

Questa necessaria dipendenza della considerazione giu_

ridico-penale delle azioni dei partecipi dalla rilevanza

giuridico-penale dell'azione dell'autore principale è co_

munemente ammessa dalla dottrina.

Dei vari autori mi si permetta di citare per brevità

solo il PESSINA (1):" Il concorso al reato richiede, per

" essere punibile, che il reato siasi avverato. Egli è

" indifferente se il reato si avveri sotto la forma di

" maleficio consumato oppure rimanga nei confini di co_

" nato criminoso; ma è necessario che il risultamento

---

(1) Enrico Pessina: "Elementi di Diritto Penale" - Na_
poli 1871 - Pag: 260.

" del concorso sia alcunchè di criminoso in sè stesso e
" punibile, se non altro, come conato, perchè i vari con_
" correnti siano considerati e puniti come compartecipi
" di un reato a tutti comune."

In relazione al nuovo Codice è riaffermato lo stesso prin_
cipio: "Presupposto d'ogni forma di compartecipazione de_
"littuosa è che un reato (consumato o tentato) sia stato
" commesso." (1)

Invero non sarebbe logico che si avesse, concorrendo più persone nel reato, una punibilità oltre i limiti del principio di esecuzione, cioè oltre i limiti del tenta_ tivo, che appunto valgono quando il reato è dovuto alla azione di una sola persona.L'accessorietà della partecì_ pazione trova la sua ragion d'essere nella efficacia si_

---

(1) Manzini:"Trattato di Diritto Penale" - Torino 1936 -
Vol: II - Pag: 416. Vedi anche: Vannini:"Il Codice
Penale Illustrato, op.cit. pag: 473.; Saltelli e
Romano:"Commento teorico-pratico del nuovo Codice

multanea del principio di causalità e di quelli che sono i cardini di ogni legislazione penale che meriti il nome di "civile": i principii "nullum crimen sine lege", "nulla poena sine crimine". Descrivendo,invero,nelle singole norme incriminatrici,quelle violazioni di interessi protetti che sono vietate per mezzo della pena, il Codice,talvolta "verbis expressis" ma per lo più implicitamente, scevera dal viluppo delle attività umane che possono trovarsi in relazione causale con l'evento illecito quelle che, per la diretta e univoca efficacia, direi "connessione produttiva" con tale evento, sono da qualificare senz'altro come antigiuridiche.Così la norma incriminatrice stessa definisce la attività "costitutiva" (dice il VANNINI) del reato.

Rimarrebbero però esenti da pena, almeno nella maggior

Pag: 584 - N.340. Del Codice abrogato: Maino: "Commento al Codice Penale Italiano - Pag: 304 - N.330; Civoli: "Trattato di Diritto Penale" - Milano 1911 - Vol. I - Pgg: 600.

parte dei casi, azioni aventi con l'evento illecito una relazione causale diversa da quella messa in luce dalla norma incriminatrice.Ecco perchè è necessario intervengano le norme sul concorso di persone,le quali estendono la possibilità di punire: esse permettono di proiettare (una metafora mi sia qui permessa) la triste luce della criminosità su azioni che, in base alle singole norme della parte speciale del Codice, rimarrebbero nascoste nell'ombra del penalmente indifferente.

Tutto ciò trovo magistralmente espresso in un passo del VANNINI (1) e lo riporto anche a costo di incorrere in una ripetizione:" Le norme principali (o

---

(1) Vannini:"Il Codice":pag: 441-442. Concetto già espresso dallo stesso autore in "Concetto e contenuto dell'illecito penale"in Studi Senesi" - 1932 - Pag: 180. Nello stesso ordine.di idee vedi: Beling:Grundzüge - Pag: 89 ; Zimmerl: op. cit.; Bettiol: "Ordine" pag: 104.

" norme "madri" come le ha chiamate da noi il MASSARI),
" formulano, nella loro parte precettiva, la ipotesi a-
" stratta di un fatto costituente la tipica violazione
" del bene giuridico dalle norme stesse protette: offro-
" no, come si suol dire, il modello dei singoli reati:
" il modello, ad esempio, di quel che è omicidio, il mo-
" dello di quel che è furto, di quel che è truffa e co-
" sì via; ed esplicitamente o implicitamente indicano
" quella che del reato è attività costitutiva, o, altri-
" menti detta, ~~esecu-~~ esecutiva.) Non sono, però, le
" norme principali, le sole norme incriminatrici di cui
" si compone il sistema penale. Alle ragioni che impon-
" gono una precisa e rigorosa definizione legislativa
" di ciascun illecito penale (nullum crimen sine lege)
" altre ragioni non meno evidenti si uniscono, le qua-
" li reclamano, ai fini di un'adeguata protezione dei
" beni penalmente tutelati, di una giusta ed efficace

" opera repressiva , la presenza di altre norme incrimina_
" trici, ma generali e complementari , in virtù delle qua_
" li sono punite azioni che , non riproducendo o non inte_
" ramente riproducendo il modello di reato fissato nei
" suoi termini essenziali e caratteristici del precetto
" principale , nulla di meno si risolvono in elementi cau_
" sali produttivi del reato stesso. Sono queste le norme
" sul concorso di più persone in uno stesso reato; norme
" generali perchè riferite a tutti i reati indistintamen_
" te , complementari od estensive in quanto per esse as_
" surge ad attività penalmente illecita, violatrice di
" una norma principale , un'attività che tale non potreb_
" be considerarsi in base alla sola norma principale ,
" perchè non rispondente o inadeguata a quella definita
" nella norma principale stessa."

Però le norme sul concorso non configurano nuovi ti_
pi di reato e perciò la loro applicazione è subordinata

all'esistenza di un reato estrinsecato almeno come principio di esecuzione. Il principio di esecuzione presuppone un esecutore, un autore principale: è chiara quindi la dipendenza dell'ammissibilità e punibilità della compartecipazione dell'azione di quest'ultimo.

Senonchè il Codice vigente ha soppresso ogni distinzione tra le forme di compartecipazione al reato; e, ancor più, non parla di "partecipi" ma di più "persone" che "concorrono al medesimo reato". Sorge il dubbio se si possa concepire, in relazione al Codice Rocco, una accessorietà della partecipazione. E' addirittura pare sia aperto l'adito a dubitare se si possa parlare di un autore principale.

" Il nocciolo dell'indagine - scrive il BETTIOL (1) - " consiste per l'appunto nel vedere se, in base al nuo-

---

(1) Bettiol: "Lineamenti" pag: 334.

" vo codice, ogni concorrente sia da considerare autore
" del reato o partecipe nel reato commesso con sforzo
" comune. Le due ipotesi sono essenzialmente distinte,
" perchè con la prima l'istituto del concorso viene a
" perdere la sua importanza, mentre, in base alla secon_
" da, esso serve a disciplinare le relazioni che inter_
" corrono tra i concorrenti mantenendo fermo il princi_
" pio dell'unità del reato." In base all'art:114, prima parte, che ammette una valutazione dell'importanza della opera prestata dal singolo come partecipe; in base alle espressioni "determinazione" e "istigazione" che compa_iono in altri articoli e implicano l'esistenza di un au_tore intellettuale distinto dall'autore materiale; e in_fine per il modo in cui sono dal Codice disciplinate le circostanze attenuanti ed aggravanti, il BETTIOL ritie_ne che il nostro codice abbia realizzato la seconda del_le due ipotesi e che perciò risulti riconosciuta l'esi_

" stenza di un autore principale pur entro la generica
" denominazione di "persone concorrenti nel medesimo
" reato". Il problema della natura accessoria continua
dunque a presentarsi agli studiosi con la sua grande im_
portanza.

Credo si possa senz'altro riconoscere che l'opinione
del BETTIOL risponde alla realtà.
Personalmente ritengo inoltre che essa trovi conferma
proprio nella ragione di tecnica legislativa in base al_
la quale il legislatore ha creduto opportuno affermare
" il principio della uguale responsabilità penale per
" tutti coloro che siano incorsi nel reato. (1) Invero
il nostro legislatore ha voluto con ciò troncare senza
altro il groviglio delle questioni collegate alla ricer_

(1) Saltelli e Romano: op.cit. pag: 566 - N.2344.

ca dell'entità causale delle azioni dei partecipi nella produzione del reato.

Non si procede quindi più alla distinzione ed alla valutazione delle quote di causalità "dovendosi consi_
" derare ciascuna azione associata come causa indivisi_
" bile dell'evento" (1), ma non si prescinde dalla con_
" siderazione della diversa posizione delle attività dei singoli partecipi di fronte alla norma incriminatri_ce. Colui al quale si deve far risalire la tipica azione contraria al precetto penale è l'esecutore, l'autore principale: equiparato nella pena agli altri concorrenti, ma non conformibile con essi.

Il VANNINI prescinde dalla considerazione di un au_

---

(1) Saltelli e Romano: op.cit. pag: 566 - N.344

tore principale, ma nella surriferita sua concezione del_
le norme sulla compartecipazione come "complementari" è,
a mio vedere, implicita la considerazione di un autore
principale, nel senso "qualitativo" qui posto in rilie_
vo.

Una riprova inoltre dell'opinione qui esposta la tro_
vo anche nelle parole del MANZINI (1) allorchè afferma:
" Il sistema accolto dal Codice non esime dal considera_
" re distintamente le varie forme con cui la compartecipi_
" pazione delittuosa può esplicarsi".

Mi pare quindi ben possibile che si parli tuttora di un "autore principale" se pure equiparato nella pena " in abstracto " agli altri compartecipi e che, per la ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, si richieggada parte di questo autore principale un

---

(1) Manzini: op.cit. pag: 420.

principio di esecuzione del reato.

2) Limiti che concettualmente possono darsi all'accesso_

rietà.

Mentre è comunemente ammessa l'accessorietà della par_

tecipazione, i limiti no sono veramente fissati nelle o_

pinioni dottrinali e nelle norme legali.

La fissazione, però, di essi è molto importante. Si ricor_

di che proprio dall'estensione data all'accessorietà nel

Codice Tedesco ha avuto origine la figura dell'autore me_

diato.

La questione qui si presenta nei seguenti termini: il

principio di esecuzione da parte dell'autore principale,

necessario per l'instaurarsi della compartecipazione, in

che deve consistere? La legge parla di "reato", ma è fa_

cile notare che la nozione di reato non ha una immuta_

bile e indiscutibile estensione. Ricorderò per esempio,

che alcuni giuristi ritengono che "tutte le volte che

la pena non sia applicabile il fatto cessi di costituire un reato, pur potendo eventualmente costituire un illeci_to civile e amministrativo" (1).

Il caso tipico si avrebbe nel furto commesso dal figlio in danno del padre: mancherebbe in tal caso quel princi_pio di esecuzione criminosa necessario per l'amissibili_tà e la punibilità della compartecipazione.

E' dunque aperto l'adito a diverse concezioni sulla estensione della dipendenza della partecipazione dall'at_tività dell'autore principale.

---

(1) Questa è, ad esempio, l'opinione del Massari (1). Coerente al suo convincimento che presupposti genera_li del reato siano: l'esistenza di un precetto penal_mente sanzionato e l'esistenza di una sanzione penale, egli ritiene inconcepibile "che un fatto possa assur_gere a reato se manchi la sanzione".

(2) Massari: "Dottrine generali del diritto penale" -Na_poli 1950 - Pag: 65-66. Per la critica alla concezio_ne dei presupposti generali del reato, quale è soste_

Il MAYER , (1) volendo ovviare alla confusione dominante entro la dottrina dell'accessorietà e considerando che la graduazione è essenziale complemento di ogni dipendenza, enumera quattro gradazioni dell'accessorietà, cioè quattro "forme" che può assumere questa dipendenza della compartecipazione (Teilnahme) dalla qualità di autore (Täterschaft). Eccole:

a) La forma "minimamente accessoria": la punibilità del compartecipe dipende dal fatto ~~del~~ che l'autore abbia realizzato un Tatbestand oggettivo, cioè la fattispecie di un reato prescindendo da ogni considerazione sulla esistenza o meno della antigiuridicità.Questa forma il MAYER la ritiene legislativamente non applicabile "per-

---

nuta dal Massarí, vedi Delitala: "Il fatto nella teoria generale del reato" - Padova 1930 - Pagg:163 e segg.

(1) Mayer: op.cit. pag: 390-391.

" chè la compartecipazione ad un'azione non antigiuridica
" non può venire in considerazione come punibile " (1).

b) La forma "limitatamente accessoria": la punibilità della compartecipazione dipende dal fatto che l'autore abbia realizzato un Tatbestand legale "antigiuridicamente". Il MAYER giudica questa la forma migliore, "disgraziatamente" non accolta dal Codice Penale del Reich.

c) La forma "estremamente accessoria": per la punibilità del compartecipe si richiede che l'autore principale abbia realizzato il Tatbestand legale antigiuridicamente e colpevolmente. Più che dagli articoli 48 e 49, il MAYER, dall'articolo 50 del Codice Penale Germanico deduce che questo abbia adottata la forma estremamente accessoria della compartecipazione. Egli critica la disciplina del Codice, ma solo parzialmente, perchè, come si è visto,

---

(1) Mayer: op.cit. pag: 391.

ammette la figura dell'autore mediato e solo lamenta che debba rimanere impunita la cosiduvszione esplicata a favore di un non punibile.

d) La forma "iperaccessoria": la punibilità del compartecipe dipende anche dalle qualità personali dell'autore "cosicchè le circostanze che aumentano o diminuiscono la pena e che sono ~~abbinati~~ attinenti alla sua persona, valgono a favore o a danno del compartecipe". Questa forma il MAYER la dice respinta dal Codice Tedesco in virtù dell'art: 50.

Anche lo ZIMMERL (1), in base alla teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände, ritiene evidente una certa dipendenza della compartecipazione dal fatto principale. E formula quattro concezioni dell'accessorie-

---

(1) Zimmerl: op.cit.

tà:

a) "Si potrebbe in primo luogo concepire l'accessorie_
"tà soltanto nel senso che debba essere realizzato, total_
"mente o parzialmente, un fatto principale antigiuridico
"per poter punire i compartecipi, dato che siano colpevoli."
In questo modo basterebbe un fatto principale qualificato come illecito dal contrasto con una norma giuridica qual_siasi: si potrebbe avere compartecipazione anche in un il_lecito civile. Giustamente però lo ZIMMERL respinge senza altro questa concezione in quanto manca la antigiuridici_tà penale: invero solo particolari azioni il legislatore ha creduto di vietare mediante la sanzione penale ipotiz_zandole nei modelli legali e solo in relazione ad esse può aversi compartecipazione criminosa.

b) Una seconda costruzione è possibile: richiedere come fatto principale un'azione antigiuridica e conforme ad un Tatbestand. E' la concezione accolta dal Codice Au_

striaco e ritenuta migliore dal MAYER e da molti altri giuristi tedeschi de lege ferenda.

c) La terza costruzione è quella del Codice Tedesco: per la punizione dei compartecipi è necessaria un'azione principale antigiuridica, conforme ad un tipo di reato e per di più colpevole. Lo ZIMMERL ritiene che l'accogli_mento di questa costruzione o invece della precedente dipende dalla diversa concezione che si può avere della compartecipazione: invero la si può ritenere un concorso nella colpevolezza (Mitschuld) o un semplice prender par_te al fatto di un altro (Beteiligung). Indubbiamente, egli opina, è più grave la violazione colpevole di un bene giuridico penalmente protetto in quanto interviene l'ele_mento della disubbidienza, ma l'influenza di questa diver_sa gravità sui compartecipi non può esser tale da subor_dinare la compartecipazione al principio di esecuzione di un fatto principale "colpevole". Tuttavia si potrebbe

" tener conto di questa sfumatura di colpa mediante una

" speciale commisurazione della pena".

d) Infine, respingendola senz'altro, egli enuncia la quarta concezione dell'accessorietà: richiedere un fatto principale punibile in concreto.

Sostanzialmente analoghe alle forme di accessorietà denominate del MAYER, sono le ipotesi prospettate dal BET_ TIOL (1) nel suo scritto: "Sulla antura accessoria della

" partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel Pro_

" getto Rocco", quali soluzioni del problema dell'acces_ sorietà.

a)"In primo luogo - egli scrive - si potrebbe pensa_

"re che l'ammissibilità e la punibilità della partecipa_

" zione dipenda dal carattere tipico dell'azione dello

---

(1) Bettiol: op.cit. pag: 431.

" autore principale.Così tutte le volte in cui un soggetto realizza con la propria azione od omissione una fat_
" tispecie astratta prevista dalla legge penale, si può
" ritenere ammissibile una partecipazione nei confronti
" di colui che è concorso con la sua opera fisica e psi_
" chica." Non è questa che la forma "minimamente access_
" soria" del MAYER. Il BETTIOL cita il giurista tedesco
HERZOG come favorevole all'accoglimento di questa forma
di accessorietà: lo Strafbare Handlung, di cui si parla
nell'art:48, esisterebbe già purchè l'azione del parte_
cipe risulti conforme ad un Tatbestand oggettivo.Quindi
le ragioni di esclusione della pena e della colpa, pre_
viste nella parte generale del Codice, avrebbero un'ef_
ficacia puramente personale.

Anche il von HIPPEL (1), se non erro, è "de lege fe_

---

(1) von Hippel: op.cit. pag: 448.

" renda" favorevole a questa tesi, dato che scrive:"Le
" parole "azione punibile commessa" - art: 48 - e "cri-
" mine o delitto" - art: 49 - si sarebbero potute in-
" terpretare nel senso che l'autore deve realizzare sol-
" tanto il Tatbestand oggettivo di un delitto (o almeno
" cominciarne l'attuazione), che quindi alla punibilità
" della compartecipazione appartiene la causazione del
" fatto principale dell'agente, ma non la punibilità (in
" particolare: la antigiuridicità e la colpevolezza) di
" esso. L'opinione sarebbe stata contemporaneamente l'u-
" nica soluzione soddisfacente per la scienza e la pras-
" si. Essa sola può corrisponde al pensiero fondamenta-
" le degli antichi giuristi, riaffermato anche nei prin-
" cipi del nostro codice, che la compartecipazione non
" è altro che la concausazione dell'evento."

Giustamente criticata dal HETTIOL, questa concezione è inaccettabile, direi quasi "per difetto" in quanto che

dei tre elementi o momenti del reato: fatto, antigiuridici_
tà e colpevolezza, tien conto di uno solo (il fatto,pre_
scindendo dalla considerazione di ragioni che eventualmen_
te possono escludere non solo la colpevolezza, ma,quel che
più importa,la antigiuridicità del fatto.

Vale qui un esempio del DELITALA (1): "Sapendo che un
" terzo ha intenzione di aggredire un mio amico io lo in_
" cito a difendersi e gli fornisco un'arma. L'aggressione
" avviene: l'amico aggredito si difende ed uccide l'avver_
" sario. Posso astrattamente esser considerato come un i_
" stigatore o come un complice, ma la mia attività si è
" svolta in cosa lecita e perciò "impunibile". "Non ho
" detto "uccidi", ma "difenditi" e sarebbe assurdo chia_
" marmi a rispondere di un delitto che non sussite."

b) In secondo luogo si potrebbe da far dipendere la

---

(1) Delitala: "Le dottrine generali del reato nel Pro_
getto Rocco" in "Osservazioni intorno al Progetto
Preliminare di un nuovo Codice Penale". Milano 1927 -
Pag: 102.

punibilità della partecipazione dalla punibilità in concreto dell'azione dell'autore principale. E' la ipotesi che lo ZIMMERL respinge senz'altro. Anche il BETTIOL vivamente critica questa costruzione secondo la quale, ad esempio, chi cosdiuva il figlio di famiglia nel furto domestico dovrebbe o andare impunito, o subire la pena quale autore principale, mentre la persona non punibile andrebbe considerata come uno strumento intelligente nelle sue mani. Queste conseguenze disastrose richiedono che sia respinta senz'altro questa costruzione inaccettabile"per eccesso".

c) Secondo la terza ipotesi, l'accessorietà è intesa in modo che l'ammissibilità e la punibilità della partecipazione dipendono dal carattere oggettivamente antigiuridico e dalla colpevolezza dell'azione dell'autore principale. E' quella che il MAYER denomina "forma " estremamente accessoria della compartecipazione",ac-

colta, come si è detto, dal Codice Penale Tedesco.

d) Infine per la quarta ipotesi - che il BETTIOL recisamente sostiene come la meglio accoglibile e l'unica adatta ad evitare gl'innumeri inconvenienti che l'autore mediato trae seco - l'accessorietà consiste semplicemente nella dipendenza dell'ammissibilità e punibilità della compartecipazione dal carattere oggettivamente antigiuridico dell'azione dell'autore principale. " E' oggettiva-
" mente antigiuridica quell'azione che lede interessi tu-
" telati indipendentemente dal grado di colpevolezza in
" cui versa l'agente" (1).

Scartate le altre due (sub a/ e b/), che a prima vista si rivelano pienamente inammissibili, la questione della accessorietà si incentra tutta su queste due ultime ipotesi. Quale forma di accessorietà va concettualmente so-

---

(1) Bettiol: "Natura" pag: 422.

stenuta per la compartecipazione? Premetto che, mentre il BETTIOL parla di "azione" dell'autore principale, ritengo preferibile il termine "fatto", che è usato anche dal DELITALA e dal VANNINI. E ciò ritengo perchè, come scrive il MASSARI (1): " La parola "fatto" ha un " valore assai più comprensivo di quello che abbia la " parola "azione"....Il fatto include,insieme con la " condotta, il risultato; l'azione espelle, invece da " sè ogni considerazione effettuale,ed è soltanto con " dotta."

La questione,pertanto,va posta in questi termini: perchè esista una compartecipazione occorre che la attività dell'autore principale costituisca un "fatto colpevole" o basta che costituisca un "fatto oggettivamente antigiuridico"?

---

(1) Massari: "Il momento esecutivo del reato" Pisa 1933 Pag: 114.

Per la necessità di un fatto colpevole si schiera in Germania la prevalente dottrina sulla base della Codice del Reich; con essa concorda la maggioranza dei nostri giuristi. Si ritiene, invero, che la capacità dell'agente sia un necessario presupposto dell'antigiuridicità (la azione del pazzo sarebbe un nihil giuridico); e che lo elemento dell'antigiuridicità e quello della colpevolezza siano nella nozione del reato inscindibili sì che non possa attribuirsi una significazione giuridica se non al fatto con l'attributo della colpevolezza. Da ciò deriva che è impossibile la compartecipazione tutte le volte che il fatto dell'autore principale non possa qualificarsi come "fatto colpevole". E' aperto quindi l'adito alla concezione dell'autore mediato. Messasi su questa via, la dottrina tedesca ha dato poi all'autore mediato un'estensione molto più grande.

Invece la dottrina italiana, a quanto scrive il VAN-

NINI (1), pur ritenendo "non potersi ammettere partecipa_
" zione nel fatto di persona non imputabile, cioé in un
" fatto, che per ragioni subbiettive non costituisce rea_
" to....non ha mai trovato, invece,.....difficoltà e giu_
" stamente, ad ammettere la possibilità di un concorso
" nel fatto di persona imputabile, ma non responsabile,
" ossia esente da pena; e la ragione sarebbe, secondo
" la dottrina, in ciò che mentre nel fatto del non impu_
" tabile mancherebbe l'elemento psichico richiesto dalla
" legge per l'esistenza del reato, nel fatto della perso_
" na imputabile ma non responsabile il reato consistereb_
" be, solo difettando la sanzione, annullata nel caso in_
" dividuale." A questo modo di pensare della dottrina i_
taliana, giustamente il VANNINI fa rimprovero di "incoe_
" renza": qui si tratta, egli pensa, del significato da
attribuire alla parola "reato", che, come già nell'art:63
del Codice Zanardelli, è presente anche nell'art:110 del

---

(1) Vannini: "Cod.Pen.Ill." pag: 480-481

Codice vigente. Se "agli effetti del concorso, assumiamo
"il termine "reato" in un senso prettamente realistico ed
" esteriore, cioè nel senso di "fatto di reato" (secon_
" do l'espressione precisa del CONTI), nel senso di "fat_
" to materiale identico a quello configurato nel precet_
" to penale"; e in questo caso la possibilità del concor_
" so va ammessa e al fatto del non responsabile e al fat_
" to del non imputabile; oppure si vuole alludere al
" reato come "ente giuridico", come "fatto illecito per_
" chè e sino a che produttivo di penali conseguenze" e,
" in questo secondo caso concorso non sarebbe possibile
" nè al fatto del non imputabile, nè al fatto del non
" responsabile, perchè, inteso in questo secondo senso
" il reato, reato non può essere il fatto del non re_
" sponsabile, come non può essere il fatto del non im_
" putabile."

Lasciando per un momento da parte queste osservazioni del VANNINI con le quali, d'altronde pienamente concor_ do, perchè esse si riferiscono all'esame delle norme del diritto positivo, voglio qui rilevare che contro la so_ luzione del problema dell'accessorietà, prospettata sub c , si possono muovere quali argomentazioni avverse tut_ te quelle critiche dell'autore mediato (1), di cui ho fatto parola nel primo capitolo di questa seconda parte. Ritengo, e mi riprometto di dimostralo fra poco, che le azioni degli incapaci possano benissimo qualificarsi co_ me oggettivamente antigiuridiche. E, con la più recente dottrina (DELITALA, VANNINI, BETTIOL, HEINITZ, ecc.) penso che nulla impedisca di distinguere l'antigiuridi_ cità oggettiva dalla colpevolezza (antigiuridicità sog_ gettiva). " Il concetto di antigiuridicità - scrive

---

(1) Per acute osservazioni nello stesso senso vedi: De_ litala: "Il fatto" pag: 61.

il DELITALA - " dev'essere determinato oggettivamente " senza riguardo alla colpa o all'imputabilità dello a_ " gente. E' antigiuridico ogni comportamente che, ogget_ " tivamente considerato, contrasta con gli scopi dello " ordinamento giuridico, o, in breve, col diritto oggetti_ " vo nella sua funzione di valutazione dei fatti".

Credo pertanto che l'unico modo in cui possa bene costrur_ si il rapporto di dipendenza, cui si dà il nome di acces_ sorietà, consista nel richiedere, per il giudizio di re_ sponsabilità dei partecipi, che esista un fatto oggetti_ vamente antigiuridico dell'autore principale.

Riporterò ancora dal DELITALA (1) un'argomentazione che credo decisiva, a sostegno dell'ora detta opinione. "Un " concorso nella colpa - scrive l'illustre giurista - " non è concettualmente possibile. La colpa è qualcosa

---

(1) Delitala: "Il fatto" pag: 62.

" di personale e di squisitamente soggettivo che consi_
" ste, nel suo momento normativo, nella disapprovazione
" giuridica dell'agente, e, nel suo momento psichico,
" in una relazione psicologica tra il fatto e il suo au_
" tore. Per quanto concerne la colpa, fra complice (il
" DELITALA si riferisce all'abrogato Codice Zanardelli)
" e autore non c'è nessuna differenza: Ciascuno pone in
" essere un'azione colpevole e non è quindi ammissibile
" che la responsabilità dell'uno dipenda dalla colpa
" dell'altro.

" Si deve quindi concludere che la responsabilità del
" partecipe non dipende da "fatto colpevole", ma, più
" semplicemente, dal "fatto oggettivamente antigiuridi_
" co" dell'autore principale; in altre parole dalla rea_
" lizzazione degli elementi materiali del reato, anche
" se posti in essere da un soggetto incapace, e sempre
" che non sussista una causa di liceità dell'azione."

3) Quale forma di accessorietà risulti accolta dal vigente Codice.

Non ha torto lo SCHMIDT (1) quando afferma che "l'accessorietà è soltanto una parola comprensiva la quale designa la relazione di diritto positivo fra la qualità di autore e la compartecipazione". Nelle sue parole trovo implicitamente affermata l'esigenza che ogni costruzione teorica non si distacchi dalla realtà dell'ordinamento giuridico, se non vuole, per attraente che sia, miseramente naufragare.

Quindi è necessario esaminare se la soluzione del problema dell'accessorietà che si è dimostrato essere concettualmente la migliore risulti sostenibile in base alle norme del Codice. In altre parole si tratta di stabilire se, in base alle norme della legge, basti per l'ammis-

---

(1) Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 322.

sibilità e la punibilità della partecipazione un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale. E' questa la indagine di maggior rilievo.

Riferendosi al Progetto Preliminare del 1927, il DE_ LITALA ritiene degna di lode la disposizione dell'art:115 (l'attuale articolo 116)," diretta a stabilire in modo " chiaro e preciso il nesso di dipendenza che deve in_ " tercedere fra l'atto del partecipe e l'inizio della " esecuzione criminosa." E trova lodevolmente scolpita " l'esigenza che il fatto al quale si concorse sia og_ " gettivamente un fatto illecito" nel capoverso dello art:117 (l'attuale articolo 119) " mentre la prima par_ " te dello stesso articolo regola a sua volta l'indi_ " pendenza della partecipazione dalla imputabilità o

---

(1) Delitala: "La dottrina generale del reato nel Pro_ getto Rocco" in "Osservazioni intorno al Progetto

" della responsabilità dell'autore principale." Il DE_
LITALA, quindi, ritiene che il Codice vigente abbia a_
dottato la forma limitatamente accessoria della compar_
tecipazione.

Anche questa è la mia opinione, ma ritengo sia necessa_
rio dimostrarlo con un accurato esame delle norme sul
concorso. Due articoli vanno particolarmente considera_
ti, l'articolo 111 e l'articolo 119.

Sancisce il capoverso dell'art:119: "Le circostanze og_
" gettive che escludono la pena hanno effetto per tutti
" coloro che sono concorsi nel reato". Ciò è in armo_
nia con la regola posta dall'articolo 59 nella sua
prima parte.

In rapporto alla presente indagine, il capoverso dello
articolo 119 importa la esclusione di quella che il MA_

---

4 Preliminare di un nuovo Codice Penale" pubblicato
dall'Università Cattolica del Sacro Cuore.Milano 1927
Pag: 102.

YER chiama "forma minimamente accessoria": infatti le ragioni di esclusione dell'antigiuridicità (per esempio la legittima difesa) hanno, per esso, valore nei confronti di tutte le persone concorrenti nel reato.

Ha una maggiore importanza la regola sancita nella prima parte dello stesso articolo 116: "Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono."

Il MANZINI, autorevole assertore dell'opinione che ritiene giuridicamente irrilevanti le azioni dei penalmente incapaci, mette in relazione l'articolo 116 (prima parte) con l'articolo 111. Egli scrive (1):" Dato che le ipotesi nelle quali l'autore l'esecutore si presenta come un mero strumento si limitano alla mancanza di capacità o di imputabilità, la frase

---

(1) Manzini:op.cit. pag: 428

" ("non punibile a cagione di una condizione o qualità
" personale") dell'articolo 111 può riferirsi soltanto
" alle condizioni o qualità personali che rendono impu_
" nibile l'esecutore perchè egli si trova in determina_
" ti rapporti col soggetto passivo del reato, come nel
" caso della prima parte dell'art: 649. In questo caso
" soltanto il determinatore o istigatore si rivela,co_
" me presuppone l'art:111, maggiormente perverso e più
" facile riesce la perpetrazione del reato da lui volu_
" to." Ecco quindi, secondo il MANZINI, il sistema del
Codice: le circostanze che escludono la capacità o la
imputabilità non sono vere circostanze del reato in
quanto negano l'esistenza di esso in relazione alla per_
sona a cui si riferisce; le circostanze soggettive con_
template nella prima parte dell'art:119 sono quelle che
incidono sulla effettiva applicazione della pena lascian_
do intatta l'imputabilità; una parte di esse riceve indi_

rettamente una particolare considerazione nell'art.111, in quanto è maggiormente punito il determinatore del non punibile se la pena risulti esclusa in viertù di determinati rapporti con l'offeso dal reato. Il MANZINI, adunque, ritiene adottata nel vigente Codice la forma estremamente accessoria della compartecipazione.

Il DELITALA, invece, ritiene in questo articolo sancita l'indipendenza della partecipazione dall'imputabilità o dalla responsabilità dell'autore principale: quindi ritiene adottata nel vigente Codice la forma limitatamente accessoria della compartecipazione.

Per decidere la questione bisogna stabilire quali si debba intendere che siano queste circostanze soggettive escludenti la pena. "Deve essere interpretata la di-
" sposizione dell'articolo citato rispettivamente facen-
" dovi rientrare solo quelle circostanze, che incidono

" sull'effettiva applicazione della pena, lasciando intat_
" ta la colpa dell'agente (art: 649) o possono in tale
" espressione rientrare anche quelle che riguardano la
" imputabilità del soggetto attivo togliendogli la capa_
" cità d'intendere o di volere? " (1)

Il BETTIOL (2) ha studiato ambedue le ipotesi metten_
do in relazione l'art:119 con l'art:111 ed è giunto alla
conclusione che il Codice riconosca la forma limitata_
mente accessoria della compartecipazione con una eccezio_
ne, costituita dall'art:111, limitata al caso della de_
terminazione di un non imputabile. Colui che "ha deter_
" minato a commettere un reato una persona non imputabi_
" le risponde del reato da questo commesso come autore
_____

(1) Bettiol: "Lineamenti" pag: 226

(2) Bettiol: "Natura accessoria" pag: 431-432-433

mediato. Ciò ritiene il BETTIOL in base alle esplicite parole della Relazione Ministeriale (1): "In sostanza, " nelle ipotesi considerate dall'art:111 (ora 111), " quando la persona determinata sia non imputabile,so- " lo in apparenza si versa in ipotesi di concorso,per- " chè tale persona costituisce un mezzo,uno strumento " alla mercè di chi se ne serve per fini delittuosi."

Ritengo però inaccettabile questa eccezione al principio dell'indipendenza della compartecipazione dalla colpevolezza (e quindi del suo presupposto:la capacità) dell'autore principale.

E' vero che dal dettato dell'art:111 sorge spontaneo il dubbio sul titolo di responsabilità di chi determina, se quale partecipe o quale autore,ma non ritengo che sia concepibile che in una stessa norma siano stabiliti due

---

(1) Relazione Ministeriale: pag: 167 - N. 133.

diversi titoli di responsabilità. Il fondamento fornito dalla Relazione Ministeriale può esser benissimo annullato dalle seguenti due osservazioni: a) l'una è di carattere formale e dovuta allo stesso BETTIOL (1):"se il nuo_
" vo Codice avesse accolta l'anomala figura dell'autore mediato che identifica l'autore principale ed uno strumento qualsiasi, come avrebbe potuto il nostro legislatore parlare di "determinazione" di uno strumento? " ; b) l'altra è dovuta al VANNINI (2) sebbene la Relazione Ministeriale dica, in relazione all'art:111, che nella determinazione di persona non imputabile si ha solo una apparenza di concorso, in realtà l'art:111 parla di "reato" e non già di "fatto" del non imputabile, "dimostrando con ciò che nel concetto della legge il fatto del

---

(1) Bettiol: "Lineamenti": pag: 227.
(2) Vannini: "Il Codice" : pag: 483.

" non imputabile è sempre il reato previsto dalla legge
" stessa, qualunque nel caso concreto non punibile. Tan-
" to ciò vero che la sentenza di proscioglimento dovrà
" basarsi sulla "non punibilità" e "non imputabilità"
" dell'imputato; non dirà che "il fatto non costitui-
" sce reato".

In un altro suo scritto (1) il VANNINI stesso dimo-
stra che nel Codice sono accolte, per esigenze inerenti alla realtà pratica, tutte tre le concezioni del reato che teoricamente possono formularsi: 1°) la concezione precettiva per cui "reato è il fatto descritto "nel precetto penale, è quella fattispecie astratta, che " funge da modello di condotta penalmente illecita". Così nell'articolo primo del Codice. 2°) La concezione

---

(1) Vannini: "Il concetto di reato nel Progetto Preliminare del Nuovo Codice Penale." In Studi Senesi. 1938 - Fascicoli 3 e 4 - Pag. 331-332

oggettiva per cui "reato è il fatto che nella sua esteriorità, cioè oggettivamente, riproduce la fattispecie astratta modellata sul precetto penale". Così nello articolo 111: il "reato" del non punibile invero esclude ogni considerazione della colpevolezza e quindi della punibilità. 3°) La concezione giuridica per la quale "reato è il fatto produttivo in concreto di quella particolare conseguenza giuridica che è la pena. Reato equivale sotto questo punto di vista ad azione punibile". Questa concezione risulta accolta negli artt: 85 e 45; per esempio: l'art:85 parla di "fatto preveduto dalla legge come reato" quando considera esclusa l'imputabilità dell'agente.

Queste convincenti osservazioni del VANNINI permettono di contrapporre a proposito del legislatore la volontà legale concretamente espressa dal contenuto delle norme del Codice. Se il fatto del non im-

putabile è qualificato come "reato" (art:111) se ,quindi, è perfettamente concepibile che si instauri un concorso (si ricordino le parole dell'art:110) ciò significa che il Codice vigente ha accolto la forma limitatamente accessoria della compartecipazione e che quindi per l'ammissibilità e la punibilità per la compartecipazione stessa è sufficiente il fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

Ecco quindi il sistema del Codice: mentre l'art:110 prevede il concorso nella sua normalità; l'art:111 aggrava la pena del compartecipe per determinazione quando l'autore principale sia non imputabile,(cioè infermo di mente, ecc.)o non punibile "a cagione di una condi_ " zione o qualità personale" per esempio in base allo art: 538, a 649, ecc. "la giustificazione dell'aggra_ " vamento della pena" è riposta e videntemente nella

" maggiore pericolosità di questa forma di delinquenza " (1).

L'art:119 prima parte, infine, in armonia col principio informatore del sistema, stabilisce la incomunicabilità di tutte le circostanze soggettive escludenti la pena: sia che esse annullino la colpevolezza, sia che annullino soltanto la sanzione.

In base a questi principii che risultano accolti dal Codice procederò ora all'esame critico dei vari casi in cui la dottrina tedesca ritiene esistente la figura dell'autore mediato.

---

(1) Relazione Ministeriale: pag: 167 - N. 135.

Cap: III

Esame critico dei casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato.

1) Sguardo d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani.

Ritengo opportuno premettere all'esame dei casi in cui si parla di autore mediato, uno sguardo d'insieme sul pensiero dei nostri giuristi relativamente al problema che è oggetto del presente studio.

Con maggiore logica che non la dottrina tedesca, in quanto non usa la denominazione "autore mediato" ma sulla base dello stesso principio di equiparazione dell'agire umano, in certe condizioni, a quello di uno strumento materiale o di una forza bruta, la prevalente dottrina italiana ritiene che chi coadiuva un non imputabile nella commissione di un reato sia di questo l'unico autore, che si è valso dello

esecutore come di uno strumento.

Il CARRARA però distingue tra la determinazione e la complicità: mentre per la prima (1) ritiene giusto che si chiami "autore del fatto" chi si è valso di un pazzo, di un infante, di un coatto, di persona vittima di errore per l'esecuzione del reato; nel caso della complicità, fondandosi sulla formula TREBUTIEN, per la quale la complicità è accessoria al fatto e non già all'autore, ritiene che non valga ad escluderla la non imputabilità dell'autore principale." La minorità, l'errore, l'ebrietà, il sordomutismo, la demenza, la veemente passione di uno dei partecipanti al delitto nessuno vorrà sostenere che comunichino il benefizio della scusa agli altri partecipi che si

---

(1) Carrara: "Programma del Corso di Diritto Criminale" Parte generale - Vol: 1° - Firenze 1934 - Pagine 368 - Nota

" trovano in condizioni di piena imputabilità". (1)

Contro questa distinzione fatta dal CARRARA, l'ob_

biezione del MANZINI (2) che "l'idea di una persona

" imputabile accessoria di un fatto è una mera ameni_

" tà giuridica. Il fatto potrà essere accessorio del

" fatto ma questa circostanza materiale non può risol_

" vere una questione d'imputabilità", spiana la via al_

" l'opinione che in tutti questi casi vi sia un unico

" autore che si vale di un'altra persona come di uno

strumento.

Sotto l'impero dell'abrogato Codice Zanardelli que_

sta opinione trovava una forte base nelle esplicite

---

(1) Carrara: "Programma" pag: 428. Vedi anche: Carra_
ra: "Grado nella forza fisica del delitto" in
"Opuscoli di Diritto Criminale" Vol: I - Lucca 1870-
Par: 362 - Pag: 605-606

(2) Manzini: "Trattato di Diritto Penale" II Ed: - Tori_
no 1926 - Vol:III Pag: 346

parole della Relazione Ministeriale ed era seguita dal _

la prevalente dottrina.

Citerò per tutti il CIVOLI (1) "chi profitta dell'errore

" di un altro per indurlo ad un'azione che ha un risul_

" tato da costui non previsto, ma da lui invece voluto,

" deve considerarsi come autore effettivo di questo ri_

" sultato, riducendosi l'ingannato ad essere nelle mani

" suo un istrumento da lui posto in opera e della cui

" attività deve direttamente rispondere.

" Similmente si deve considerare come esecutore del rea_

" to e non come colpevole d'aver determinato altri ad

" eseguirlo, chi spinge un irresponsabile per infermità

---

(1)Civoli: "Trattato di Diritto Penale" Vol:I - Milano 1911 - Pag: 588. Vedi anche: Manzini: op.cit. pag: 326-328-344-345; Maino: op.cit. pag: 209 N.335; Impallomeni:"Il concorso di più persone".In "Rivista Penale" Vol:XXVI - Pag: 313 N.24.

" di mente o per l'età inferiore agli anni nove ad un

" fatto che, se fosse compiuto da un uomo sano di men_

" te e maggiore agli anni nove, costituirebbe reato".

Più oltre egli aggiunge:(1) " Se alcuno aiuti un irre_

" sponsabile a commettere un fatto che, se fosse com_

" piuto da un responsabile, costituirebbe reato, non

" si ha un caso di compartecipazione al delitto altui,

" ma un delitto eseguito dal responsabile.E ciò anche

" quando il demente avesse non solo eseguita materi al_

" mente l'azione produttiva del risultato, la cui pro_

" duzione si addebita come reato al responsabile, ma

" ne avesse concepito egli stesso, all'infuori di qual_

" siasi suggestione altrui, il pensiero. Infatti nella

" azione dell'irresponsabile non può vedersi che l'espli_

" cazione di una forza bruta, la quale può arrecar dan_

---

(1) Civoli: op.cit. pag: 616 - Nota

" no ma non delinquere; mentre delinque chi si adopera
" a renderla nociva, sia che l'abbia posta in moto egli
" stesso, sia che abbia soltanto alterate in un qualun_
" que modo le condizioni, nelle quali si svolge e che,
" se fossero rimaste immutate, l'avrebbero conservata
" innocua. come non è complice dell'acqua o del fuoco,
" ma esecutore di omicidio chi, vedendo da una inonda_
" zione o da un incendio minacciata la vita di una per_
" sona umana, le toglie i mezzi di scampo, così è ese_
" cutore di omicidio, e non complice del pazzo, chi lo
" aiuta ad uccidere".

Però altri scrittori riteneva che la presenza di un non imputabile non potesse trasformare il determinato_re o il complice in un autore.

Così il PESSINA (1), giacchè ritiene che per la pu_nibilità dei singoli partecipi si debba tener conto del reato nella sua sostanzialità astraendo dalle cir_

costanze. Queste non si estendono dall'uno all'altro dei delinquenti: "così se commettono un omicidio un uomo di " età maggiore ed un fanciullo minore di nove anni, vi " è un comune denominatore (l'omicidio) astrazion fa- " cendo per il maggiore di età di quella condizione di " età minore degli anni nove che/t-oglie nel fanciullo " ogni nota di reato annientando la sua reità indivi- " duale." (1)

Così pure il CASTORI (2) il quale afferma che: "la " irresponsabilità dell'autore fisico non modifichi " la condizione -fisica- giuridica dell'autore morale. " Onde chi avesse ordinato ad un pazzo di commettere

---

(1) Pessina: "Elementi di Diritto Penale". Vol:I - 3 Ed Napoli 1871 - Pag: 252. Vedi anche Nocito: "Il concorso di più persone in uno stesso reato" in "Enciclopedia del Pessina" Vol:V - Pag: 368.

(2) Castori: "Il concorso di persone in uno stesso reato" in "Trattato del Cogliolo" Pag:841 -

" un delitto, ed il pazzo avesse obbedito, dovrebbe con_

" siderarsi pur sempre come istigatore e non come autore

" fisico." Egli critica l'opinione che l'istigatore, in

siffatti casi, vuol considerare autore materiale: per

affermare ciò bisogna sostituire alla realtà una finzio_

ne giuridica, che è inutile "quando si uguagliano nella

" imputabilità gli autori morali agli autori fisici".

" Che se un qualche dubbio si può sollevare nell'ipote_

" si che l'esecutore fosse affatto incosciente, anche

" la possibilità del dubbio sparisce, se (l'istigatore)

" agì soltanto sulla volontà dell'esecutore. Per quan_

" to nell'azione esercitata sulla volontà possa anche

" in certi casi ravvisarsi una causa dirimente di ogni

" imputabilità, rimane pur sempre la verità della mas_

" sima "cosctus voluit, sed volui". Per ravvisare nel_

" l'istigatore il vero autore materiale bisogna che si

" verifichi una ipotesi quasi impossibile a succedere,

" che materialmente l'istigatore abbia costretto l'isti_
" gato a commettere il reato. In questo caso l'autore ma_
" teriale è agito piuttosto che agente e manca ogni con_
" corso di azione e di volontà".

Quanto alla complicità prestata al non imputabile, il CASTORI non agita ad ammetterla perchè ritiene (come il CARRARA) che la complicità abbia un carattere essenzial_mente reale. "Se il complice fosse accessorio all'auto_
" re, esso non potrebbe esistere che quando esistesse
" un autore, mentre basta che esista un'azione costi_
" tuente reato sebbene manchi una persona cui sia impu_
" tabile l'azione stessa."

Anche in relazione al vigente Codice non mancano giuristi i quali sostengono che non concorso al reato del non imputabile vi sia, ma un unico autore che si vale di un non imputabile come di uno strumento. Lo art:111 viene interpretato in questo modo:"Allo stes_

" so modo che non può concepirsi concorso morale non sus_
" seguito dall'azione altrui, così non può concepirsi un
" concorso puramente fisico, cioè un concorso in un'azio_
" ne materiale senza volontà, come nel caso di una perso_
" na la quale non è imputabile e abbia commesso il reato
" per altrui istigazione. Questa persona, infatti, è un
" mezzo incosciente, uno strumento materiale nelle mani di
" colui che di tale persona si sia servito per attuare
" la sua volonta criminosa: l'istigatore è il vero ed e_
" sclusivo autore del reato, sia che abbia determinata,
" sia che abbia soltanto facilitata l'azione del sogget_
" to non imputabile.(1)"

Analoga è l'opinione del MANZINI (2).

Invece il VANNINI (3) ritiene: "ammissibile una par_

---

(1) Saltelli e Romano: op.cit. pag: 572-573
(2) Manzini: op.cit. pag: 427-428 - Ed: 1933 -
(3) Vannini: op "Il Codice Penale Illustrato" pag: 484

" tecipazione al fatto sia del non responsabile che del
" non imputabile". Ad essa vanno applicate le disposizio_
ni generali sul concorso e l'art:111 vuole soltanto puni_
re più severamente la determinazione di persone non impu_
tabili e non punibili in virtù di condizioni o qualità
personali allo scopo di "bilanciare con la remora di una
" più grave minaccia penale, l'incoraggiamento a delinque_
" re che deriva dalla sensazione di poter commettere il
" delitto a mezzo di chi non teme la pena, ossia con mino_
" ri ostacoli e con la minore probabilità di venire sco_
" perti."

Una particolare considerazione va data al pensiero del MASSARI, sostenitore, com'è noto, della concezione plura_listica del reato commesso da più persone concorrenti. Premetto che personalmente ritengo sia abbia nel concor_so di persone non già una pluralità di reati distinti, ma

" una unità di reato con una pluralità di delinquenti"

(ORTOLAN).

Il MASSARI (1), invece, è d'avviso che il dibattuto problema presentantesi sulla ipotesi di concorso di sog_ getti imputabili e non imputabili, "non possa avere una " soluzione soddisfacente se non accogliendo la conce_ " zione pluralistica del reato".

Egli critica il tentativo di sistemare questi casi considerando la persona non imputabile come uno strumen to fisico mosso da una causa mediata, punibile in base al principio "causae, causa, causati". "Tale sistema_ " zione - egli osserva - non riesce ad inquadrare tut_ " te le situazioni". Per esempio: nel caso che la non imputabilità derivi da mancanza di personalità di dirit_ to penale (Re, Reggente, Pontefice) il soggetto agente

---

(1) Massari: "Momento esecutivo" pag:207 e Nota 1

è pienamente cosciente e non può assolutamente utilizzar_
si il concetto dello "strumento inconsapevole". " Si ag_
" giunga che, quando il soggetto agente vien ridotto al_
" la funzione di un mero elemento strumentale, la figura
" dell'istigatore non può logicamente che assorbire in sè
" quella dell'esecutore: onde si suol dire che qui non
" vi è già un istigatore, sibbene l'unico esecutore del
" reato. E tale amalgama o compenetrazione di soggetti
" diversi ripugna, nel modo più assoluto, nel caso di
" atti consapevolmente compiuti da soggetti politicamen_
" te non imputabili."

Ogni difficoltà, dichiara l'illustre giurista, può esser superata se, abbandonando i "preconcetti teorici": che si tratti di reato unico il cui processo esecutivo si distribuisce fra più soggetti cosicchè in confronto di ciascuno dei partecipi si debba avere un quid di an_
tigiuridicità e che, pur essendoci reati diversi nel

concorso, si abbia sempre, accanto ad un reato principa_
le, un reato accessorio, si ammette "che dal concorso di
" più soggetti nel reato sorgono fatti distinti e diver_
" si".

Esorbiterei dal mio compito se ricordassi qui le ra_
gioni per cui non si può accogliere la soluzione che vor_
rebbe dare il MASSARI al problema qui trattato. Tali e
ragioni si riportano al contrasto tra la concezione uni_
taria e la concezione pluralistica del reato commesso
da più persone. Noterò soltanto che una ragione di op_
portunità , consistente nella debole risoluzione di un
disputato problema, non può esser forte motivo per la
ammissione di una concezione le cui fondamenta vanno
invece poste nell'intima sostanza della realtà giuridi_
ca. E il nostro Codice ha certo riaffermata vigorosa_
mente la concezione unitaria del concorso, se parla di

" medesimo reato". Ad ogni modo,rilevo in ciò che scrive il MASSARI un pensiero insofferente difronte alla costru_ zione dell'autore mediato, e questo mi conforta nel cam_ mino verso la dimostrazione, che mi sforzo di dare, del_ la sua inammissibilità.

Infine va rilevato che è anche negativo nei confron_ ti dell'autore mediato il modo di pensare dei positivi_ sti.

Essi superano l'impossibilità di punire i partecipi quando l'autore materiale del delitto non sia imputabi_ le in base al principio della responsabilità legale:

" ognuno risponde secondo il grado di sua pericolosità,
" per gli atti delittuosi insieme compiuti.Ed anzi chi,
" per commettere un delitto aguzza- " abusa dell'opera
" di minorenni, di defi-cienti, di infermi di mente,di
" alcoolizzati" dev'essere ritenuto delinquente più pe_ ricoloso.

---

(1) Ferri: "Principii di Diritto Criminale" Torino 1928
Pag: 565

2) Negazione della possibilità di equiparare l'uomo ad uno strumento.

Coloro che, nei casi ormai noti, ritengono si abbia una qualità di autore (sia pure non qualificata dallo aggettivo "mediato"), danno, implicitamente, una soluzione recisamente affermativa ad un problema di fondamentale importanza: se,cioè, si possa, date certe condizioni e particolarmente trattandosi di persone penalmente incapaci, equiparare l'azione dell'uomo all'esplicazione di forze brute o materiali.

Ma tale soluzione positiva è tutt'altro che indiscutibile; son convinto anzi, e l'ho già detto, che la si debba ritenere errata. Accingendomi a dimostrarlo,voglio ricordare che,dopo aver esaminato il problema dell'accessorietà della compartecipazione, sono giunto alla conclusione che, secondo il vigente Codice, perchè possa instaurarsi un giudizio di imputabilità e di respon-

sabilità a carico dei compartecipi, è sufficiente che vi sia un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale. Da questo risultato intendo ora prendere le mosse per lo studio del suaccennato problema, di modochè la soluzione che ad esso si possa dare, avrà un duplice valore: negativo e positivo. Negativo in quanto servirà a dimostrare infondata la concezione dell'autore mediato; positivo, in quanto permetterà di dare una giusta soluzione a tutta la questione finora trattata.

In altri termini: dall'una parte, intendo dimostrare che, salvo ipotesi eccezionalissime, non è possibile equiparare un uomo, sia pure penalmente incapace, ad uno strumento; dall'altra che si può benissimo ammettere l'esistenza di un torto incolpevole, cioè che nulla vieta di ammettere, ad esempio, che un pazzo possa compiere un'azione oggettivamente anti-

giuridica.

Sono su questo punto precisamente negative le opinioni di quei giuristi che seguono una concezione rigidamente imperativistica (1) del diritto penale.

Il ROCCO (2), ad esempio, ritiene che, in base alla considerazione del pericolo sociale mediato o indiretto, che normalmente deriva dal reato, si debba nettamente distinguere il reato dal "fatto dannoso del penalmente incapace". L'azione di quest'ultimo - dice l'illustre giurista - ha in comune col reato il valore "sintomativo" in quanto può benissimo attestare

---

(1) Una chiara esposizione della questione è nello ZIMMERL: op.cit.

(2) Rocco Arturo: "L'oggetto del reato e della tutela giuridico-penale" Roma 1932 - Pag: 436-438. Vedi anche Battaglini: "Il diritto di querela". Torino 1915 - Pag: 53 - Nota

l'esistenza di una individualità socialmente pericolosa e temibile, ma non produce quel "pericolo sociale mediato" (incoraggiamento a malfare; contagio dell'esempio; risentimento e desiderio di vendetta e di rappresaglia) che è conseguenza caratteristica del reato. Certamente l'azione del pazzo o del minore produce un allarme sociale, un sentimento di sgomento e di paura nell'animo non soltanto della vittima, ma anche della comunità in generale; ma questo allarme "è relativo al pericolo di ripetizione del fatto dannoso da parte esclusivamente dell'autore di esso", mentre l'allarme sociale prodotto dal reato "è relativo al pericolo di nuovi resti in " genere, da parte, non soltanto del reo, ma di tutti " i cittadini in generale, sia sotto forma di contagio " pericoloso criminale sia, pure, sotto forma di ven_ " dette o rappresaglie criminose". Ciò perchè il pericolo sociale mediato si ricollega all'elemento subbiet_

tivo del reato (dolo o colpa) e manca, quindi, degli e_
venti dannosi dovuti al caso fortuito o ai penalmente
incapaci. Del resto anche relativamente all'importanza
"sintomatica" che è comune alle azioni degl'incapaci
ed ai reati, bisogna, secondo il ROCCO, distinguere:
l'importanza sintomatica del reato è prova della per_
sonalità psicologica del reo; l'importanza sintomati_
ca dell'azione del pazzo o del fanciullo non attesta
nè il carattere nè la personalità, ma "soltanto la
potenza nocevole del suo autore".

Ambedue valgono per conoscere un soggetto quale cau_
sa di pericolo per la società, però "mentre l'una
" attesta realmente del carattere come unità psichi_
" ca della persona, della personalità, come autonoma
" forza di pensiero, di sentimento e di volontà, e di
" una personalità ribelle alla disciplina giuridica
" della vita sociale, l'altra attesta solamente l'esi_

"stenza di una causa fisica (e non già psichica) di dan_
"ni per la società, nè più, nè meno che il morso venefi_
"co dell'animale, la rovina di una frana, la caduta dà
"un fulmine, lo straripamento di un torrente, non sono
"soltanto danni, ma stanno altresì ad attestare perma_
"nenti cause di danni individuali e sociali."

Non è dissimile da quella del ROCCO l'opinione del CARNELUTTI (1): "La concezione del diritto come coman_
" do - egli scrive - porta con sè la congiunzione del
" torto con la disobbedienza (2), così che si tratta
" di due facce di un fenomeno solo, diritto e rovescio
" di una stessa medaglia". Da ciò, egli aggiunge, non

---

(1) Carnelutti: "Teoria generale del reato" Padova 1933
Pag: 30-31.

(2) Con le parole "torto" e "disobbedienza" il Carne_
lutti ritiene meglio espressi rispettivamente i

viene tolta la possibilità di dare una giusta sistemazione a quei fenomeni giuridici che comunemente vengono presentati come ragioni in pro della necessità di ammettere il torto senza disobbedienza. " Certo un pazzo o, in genere un incapace "non potest iniuriam facisse" come " l'animale "quod sensu caret" cioè non può contraddire " ad un comando perchè il comando non si rivolge a chi " non è in grado di riceverlo", ma non per questo è esclusa la possibilità di conseguenze giuridiche quali l'applicazione di una misura di sicurezza, il risarcimento del danno, la restituzione, ecc.,Queste conseguenze giuridiche (come pure la interdizione o la inabilitazione) derivano necessariamente da un comando, ma questo è rivolto agli organi dello stato che debbono al riguardo provvedere.

Non c'è bisogno di "ammettere che la pazzia sia....un "torto, come non c'è bisogno di definire nella catego-

---

concetti di "antigiuridicità" e "colpevolezza".

" ria del torto il caso fortuito onde la cosa altrui
" venga portata dal vento sul mio fondo, quantunque ne
" sorga per me l'obbligo della restituzione. Ciò signi_
" fica soltanto che l'impossessamento di una cosa mo_
" bile da parte di un folle come la pazzia o come la in_
" troduzione furtiva nel mio fondo di una cosa altrui,
" sono dei fatti giuridici; e più precisamente che il
" danno può essere un fatto giuridico anche senza esse_
" re un torto, cioè senza essere contrario al diritto."

Modestamente ritengo si possa dissentire da quanto sostengono sì illustri giuristi: contro l'equiparazione dell'agire umano a quello di forze naturali, è contro l'opinione che le norme siano soltanto imperativi e quindi escludano completamente da ogni considerazione chi non possa normalmente determinarsi secondo i comandi, valgono le seguenti argomentazioni.

A) Il diritto è regola di condotta inter homines " poichè solo fra gli uomini si ha la vera e propria " società e non anche fra gli uomini e le bestie o " fra gli uomini e i fenomeni naturali" (1). Negli uomini soltanto è presente la volontà, per immatura, abnorme, immiserita che sia. E' logico, quindi, che per equipararne l'agire a quello di una forza materiale, si debba escludere nell'uomo la presenza della volontà. Ciò sarà vero per gli atti puramente riflessi o quando una persona sia "materialmente" costretta, ma non certo in tutti gli altri casi, se, come dice il MASSARI (2) sostiene, si deve ritenere che dove c'è condotta, comportamento, azione, ivi anche deve assolutamente esserci volontà. L'analisi

---

(1) Delitala: "Il fatto" : pag: 28

(2) Massari: "Il momento": pag: 26 e seguenti

del processo volitivo dimostra essere indissociabile lo elemento fisico dall'elemento psichico del reato. Il moderno, approfondito studio della volontà ha escluso che essa sia un "prius" interiore nettamente scindibile dalla condotta del soggetto ed ha dimostrato invece "una " infrangibile sintesi, anzi una totale identificazione dell'atto di volontà e dell'atto pratico". Non si può concepire la volontà se non come energia psichica che necessariamente diviene azione, nè l'azione altrimenti che quale "equivalente pratico della volontà". Onde si può affermare col MASSARI (1) che "altresì a" gli atti commessi in istato d'infermità o d'incomple" to sviluppo psichico presiede un processo volitivo " ineliminabile.....Esiste una volontà agente comun" que questa possa essere abnorme....Gli atti del

---

(1) Massari: "Momento" : pag: 35-36

" folle, dell'ebbro, dell'infante derivano anch'essi da
" un dinamismo volitivo che ne contrassegna il valore
" soggettivo; che conferisce ai medesimi una "suitas";
" che vale a personificarli e a differenziarli dalla
" esplosione delle forze brute. Sono, cioè, anch'essi
" condotta, comportamento, azione: mentre non sarebbe
" tale, per assenza di una qualsiasi volontà presidia-
" trice, il cadere di un corpo umano per il proprio-
" crollo di un pavimento o per effetto di piombo omi-
" cida, o per l'impeto di un vento improvviso che lo
" abbatta dall'alto di un pinnacolo e lo rovesci su
" di un viandante cagionandone la morte" (1).

---

(1) Quest'opinione è condivisa dall'Antolisei ("L'a-
zione e l'evento nel reato". Milano 1928). Egli
ritiene essere "azione" qualsiasi atto che esprima
e rispecchi la personalità del soggetto: cioè
qualunque atto che abbia un valore sintomatico
per la costituzione psichica dell'autore. L'azio-

B) Se anche gl'incapaci possono compiere "azioni", queste possono benissimo essere antigiuridiche.Perchè se è vero che le norme penali sono evidentemente degli imperativi che non sono imputabili coloro nei quali è esclusa la possibilità di determinarsi secondo i comandi, è anche innegabile che "al momento imperativo della " norma precede quello valutativo cui soggiacciono an_ " che le azioni delle persone incapaci" (1).

La norma divieta ~~i~~, una determinata condotta solo dopo che l'ha valutata e ne ha rilevato il contrasto con i fini del diritto. Agli effetti di questa valutazione nulla importa che l'azione qualificabile come antigiu_

---

ne del minore o del pazzo rispecchia la sua perso_ nalità, e"sua": costituisce una azione nel senso del diritto. - Vedi anche: Bettiol: "Ordine" : pag:116 Nota 1 e Vannini:"I reati commissivi me_ diante omissione": pag:5 e 6 ed Hoegel:op.cit.

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 119

ridica sia dovuta ad un pazzo o ad un minore o invece a persona pienamente capace: l'essenziale è che sia "azione" cioè manifestazione di una volontà umana sia pure immatura o abnorme.

" L'ordinamento giuridico - scrive il DELITALA (1) - " prima valuta le azioni umane secondo la loro direzione " oggettiva, e considera sè contrastino o meno ai proprii " scopi, poi, sulla base di quella valutazione, impone ai " sudditi di comportarsi in un modo piuttosto che in un " altro. Ben lungi dal risultare dalla colpa, l'antigiu- " ridicità oggettiva dell'azione è un presupposto della " colpa. In tanto si può scendere ad indagare se un'azione sia colpevole o meno, in quanto si sia, precedentemente, affermato il suo carattere di azione antigiuridica."

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 21

C) Contrariamente a quanto afferma il CARNELUTTI, la possibilità di determinate conseguenze giuridiche derivanti dall'azione del penalmente incapace, depone a favore dell'impossibilità di equipararla all'operare di forze materiali; e, se sono intrinsecamente giuste, le osservazioni del ROCCO valgono soltanto a giustificare la non punibilità dell'incapace, non certo ad attestare che fra l'evento prodotto dall'azione di un fanciullo e quello derivante dalla forza turbinosa di un torrente non vi sia alcuna differenza.

Concludendo: eccetto quando si tratti di puri atti riflessi o di materiale costrizione, non è mai possibile negare la qualifica di "azione" all'opera dello uomo, anche se penalmente incapace. Dati i due momenti della norma, e l'indipendenza dell'antigiuridicità dalla colpevolezza è pienamente logico ritenere che

anche i realmente incapaci e in genere persone non imputabili possano compiere azioni oggettivamente antigiuridiche.

E se, infine, per l'ammissibilità e la punibilità della compartecipazione è sufficiente un fatto, cioè un'azione oggettivamente antigiuridica dell'autore principale, è logico che possa ritenersi esistente una compartecipazione in molti casi in cui, invece, comunemente si ricorre alla figura dell'autore mediato.

In base a questi principii passo ora ad esaminare i vari casi in cui si è ritiene esistente la figura dell'autore mediato. Seguirò lo stesso ordine, in base al quale li ho esposti nel terzo capitolo della prima parte.

3) I casi di autore mediato caratterizzati dallo strumen_
to meramente passivo.

I) Dopo quanto ho fin qui esposto, ritengo inutile spender altre parole per dimostrare quale debba essere, invece della qualità di autore mediato, il titolo di "responsabilità nei casi in cui la persona determinata o coadiuvata nella commissione di un reato sia penalmen_te incapace. In tutti i casi,invero,in cui un reato sia commesso da una persona priva della capacità di inten_dere o/di volere può aversi benissimo una compartecipa_zione.Sono presenti per questa sia l'elemento oggettivo, cioè un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale, sia l'elemento soggettivo consistente nella "consapevolezza d'esplicare un'azione atta al consegui_"mento di un fine in comune penalmente illecito" (1),

(1) Saltelli e Romano: op.cit. pag: 570 N.345

Consapevolezza qui estrinsecantesi nell'adesione psichica del soggetto pienamente responsabile al fatto dallo altro commesso.

Una siffatta soluzione del problema è stata ritenuta possibile e giusta anche dalla nostra giurisprudenza in lodevolissime sentenze.

" E' colpevole quale correo per determinazione - dice " una sentenza della Cassazione - chi, col promettere " di ritirare la refurtiva, fa attuare a due ragazzi " un disegno, già da essi formato, di commettere un " furto. (1) "

Con più ampie argomentazioni una sentenza del Tribunale di Lecce (2) dichiara: " non contrastare con al-

---

(1) Cassazione Penale: 7 Giugno 1929. In "Repertorio Generale della Giurisprudenza Italiana" 1929 - Pag: 115.

(2) " La Giustizia Penale "-1929 C. 1203. Confermata dalla Corte di Cassazione con sentenza 10-4-

" cuna disposizione del Codice Penale l'ipotesi della col_
" pevolezza e della punibilità di chi determina altri a
" commettere un reato e della non punibilità, per ragio_
" ni personali dell'esecutore materiale del reato stesso.
" Epperò colui che abbia determinato i suoi bambini, i
" quali guidavano le capre al pascolo, ad entrare nel fon_
" do altrui a danneggiarlo bene è condannato a norma de_
" gli articoli 63 cpv., 426 e 424 N.6, mentre i suoi fi_
" glioli sfuggono alla legge penale per ragioni di discer_
" nimento."

Il nostro Codice espressamente prevede nell'art:111 la determinazione di un "non imputabile" a commettere un reato; la pena viene aumentata fino ad un terzo (2).

1929 (In Rivista Italiana di Diritto Penale-Anno I - N.7 - Pag:570.)

(2) Manzini:"Trattato"-II Ed: - Pag:429.

Si discute sull'estensione del concetto di determina_
zione nell'art:111. Il VANNINI (1) ritiene che "determi_
" nare significhi provocare o contribuire a provocare la
" altrui decisione (di commettere il reato), significhie
" creare in altri il proposito di commettere il reato.
" Se il colpevole - egli aggiunge - anzichè "determina_
" re" si limitasse a rafforzare nella persona non impu_
" tabile o non punibile un già esistente proposito cri_
" minoso, o ad eccitarne l'attuazione, non sarebbe appli_
" cabile l'aumento di pena comminato dall'articolo in e_
" same": in questi casi, quindi, dovrebbero applicarsi
le altre norme sul concorso di persone nel reato. Riten_
go, però, inaccettabile questa interpretazione restrit_
tiva del VANNINI fondata sul valore etimologico della
parola determinare. " Il Nuovo Codice nel capo terzo del

---

(1) Vannini: "Il Codice": pag: 484

" titolo quarto adopera la medesima espressione per ri_
" ferirsi indifferentemente tanto all'istigazione pri_
" maria, quanto all'istigazione che il Codice abrogato
" considerava come secondaria" (1). Invero la norma del_
l'art:111 ha un valore comprensivo riguardo a tutte le
forme d'influenza psichica esercitata su persona non im_
putabile o non punibile: valore che è comprovato sia dal_
la considerazione della pericolosità, in ragione della
quale nell'articolo in questione è stabilito un aumento
di pena, sia dal sistema legislativo risultante dagli
artt: 48, 54, 86 del Codice messi in relazione con lo
art:111.

Va esaminata attentamente questa norma importantis_

---

(1) Saltelli e Romano: op. cit. pag: 563 N. 343 a pa-
gina 576 N. 343. Vedi anche: Manzini; " Trattato "
II Edizione - Pag: 428 e 429 con nota 3.

sima.

Nell'espressione "non imputabile" è evidentemente desi_
gnato il soggetto privo della capacità di intendere e di
volere. Questa incapacità può derivare da cause perma_
nenti o transitorie, ma sempre indipendenti dall'azione
del compartecipe. Ciò mette in rilevo la Relazione Mini_
steriale (1): " La disposizione dell'art:115 (ora 111)
" s'inquadra in tutto il sistema del Progetto riguardan_
" te la responsabilità di coloro, i quali determinano
" persone non imputabili o non punibili a commettere un
" reato....Giova qui ripetere che la disposizione dello
" art:116 (111) si distingue da tutte le precedenti per_
" chè in quelle si prevede il fatto di chi ha cagionato
" lo stato di non imputabilità o di non punibilità del_
" l'autore del reato, mentre l'art:115 (111) regola la

---

(1) Relazione Ministeriale: pag:166-167 N.135. E' con_
forme l'opinione del Vannini:"Il Codice":pag: 484.

" responsabilità di chi ha determinato a commettere un
" reato una persona che si trovi già nello stato di non
" imputabilità o non punibilità per cause estranee alla
" azione dell'istigatore."

Il Codice ha separatamente previsto nell'art:86 il caso in cui alcuno metta altri nello stato di incapacità d'intendere o di volere al fine di fargli commettere un reato. " Del reato commesso dalla persona resa inca-
" pace risponde chi ha cagionato lo stato d'incapacità".
E' spontaneo qui il sorgere del quesito: a quale tito-
lo?

Il VANNINI (1), che in relazione all'art:111 ricono-
sce esistente la compartecipazione, ritiene invece che l'art:86 costituisca un vero e proprio caso di autore mediato. Tanto vero che, prospettandosi l'ipotesi che

---

(1) Vannini: "Il Codice": pag: 328-329-330.

la persona resa incapace d'intendere o di volere commet_
ta un reato speciale egli scrive: " ..... perchè la leg_
" ge non dice che il colpevole risponde del "fatto" com_
" piuto dalla persona resa incapace come se lo avesse
" compiuto lui stesso, sibbene che il colpevole rispon_
" de del "reato" commesso dal non imputabile, dubbio
" non v'è che, ove il fatto costituisca un particolare
" titolo di reato (esempio: peculato), debba rispondere
" il colpevole. Lo stesso dicasi per il caso che la par_
" ticolare qualità personale trasformatrice del titolo
" del reato sia posseduta dal colpevole solo: infatti
" l'agente materiale altro non rappresenta che la "lon_
" ga manus" di costui".

Di questo particolare aspetto della questione trat_
terò fra poco in relazione ai reati propriè: qui sol_
tanto rilevo che è, a mio modo di vedere, poco logico
ammettere lo schema della compartecipazione quando si

determina una persona che sia già non imputabile e negar_
lo quando la determinazione si attua come produzione di
uno stato d'incapacità d'intendere o di volere. Per me
ritengo che il titolo di responsabilità di chi mette al_
tri nello stato d'incapacità 'intendere o di volere al
fine di fargli commettere un reato sia quello della com_
partecipazione. A meno che, in casi eccezionali, la in_
capacità d'intendere o di volere non si manifesti nello
esecutore in un semplice automatismo di atti riflessi,
i quali, come ho detto, escludono il concetto di "azio_
ne", nella generalità dei casi, invece, potrà sempre a_
versi un'azione oggettivamente antigiuridica dell'auto_
re principale, e con essa il presupposto fondamentale
per l'ammissibilità della compartecipazione3.

Senonchè si potrà qui dubitare che non vi sia da
parte della persona pienamente responsabile un'attivi_
tà ricondugibile entro lo schema della compartecipazio_

ne.

Per chiarire questo punto giova distinguere due ipote_
si:

A) Che alcuno metta un'altra persona nello stato di incapacità d'intendere o di volere (per es: ubriacandola) e successivamente la istighi, la persuada, la ecciti a commettere un reato. E' evidente che in questo caso si ha compartecipazione, configurandosi perfettamente una determinazione di persona non imputabile. Tanto è ciò vero che il MANZINI, sebbene da un diverso punto di vi_
sta, ricollega questa ipotesi a quella prevista nello art:111. " La stessa disposizione (art:111) - egli scri_
" ve (1) - si applica anche quando lo stato d'incapaci_
" tà d'intendere o di volere dell'esecutore sia stato
" cagionato da chi poi determinò o istigò l'esecutore

---

(1) Manzini: [illegible] pag: 428

" stesso a compiere il fatto, perchè la norma dell'ar_
" t. 86 non è incompatibile con quella dell'art:111 e
" perchè sarebbe contraddittorio, in questa ipotesi, che
" è evidentemente più grave, non applicare l'aggravamen_
" to. "

Dissento però dal MANZINI quanto all'applicabilità dell'aggravamento dell'art:111 nell'ipotesi prevista dall'art.86. Modestamente ritengo che ci si debba atte_nere al sistema del legislatore quale risulta esposto nel brano della Relazione Ministeriale, che ho prima riportato. L'art:111 prevede l'ipotesi della compartecipazione quando l'autore principale si trovi in istato di non imputabilità o non punibilità indipendentemente dall'opera del partecipe.

Invece gli artt:86,88,84 (anticipo alcune argomentazioni che svolgerò fra poco) prevedono casi di compartecipazione in cui l'opera stessa del partecipe genera nello

autore principale la non imputabilità o la non punibilità. Mi conforta in questa mia opinione la conoscenza del processo di creazione legislativa relativo a queste disposizioni, quale lo trovo esposto nel "Commento" di SALTELLI e ROMANO (1). Per i casi degli artt.198 (ora 111) e 82 (ora 86) del Progetto Preliminare era sancito l'aumento della pena. La Commissione Ministeriale espresse l'opinione che la pena dovesse essere aumentata anche nei casi contemplati negli attuali articoli 46, 48, e 54.

Il legislatore invece ritenne non doversi ad essi estendere l'aumento della pena, anzi l'abolì anche nell'art: 86 perchè la maggiore pericolosità dell'agente in tutte queste ipotesi trova adeguata punizione in base alle sanzioni degli artt: 611 e 613, che vanno

---

(1) Saltelli e Romano: op. cit. pag. 330

applicate insieme con quelle previste dal Codice per il reato commesso dalla persona minacciata o posta in stato d'incapacità d'intendere o di volere.

Quindi, nella presente ipotesi, il determinatore subirà la pena pel "reato commesso dalla persona resa incapace". E inoltre quella prevista dall'art.613 N.1: in questo modo la pericolosità di chi determina a delinquere una persona che ha ubriacata, così come quella di chi determina al reato una persona che già sia non imputabile per ubriachezza accidentale, risulta adeguatamente colpita dalla legge.

B) Che alcuno null'altro faccia fuorchè, in un qualunque modo, mettere un'altra persona in istato d'incapacità d'intendere o di volere al fine di farle commettere un reato. Si può ritenere che qui esista una compartecipazione? A me pare che la risposta debba essere affermativa.

Invero la determinazione, nel lato concetto che ne risulta accolto dal Codice, comprende ogni forma di attività psichica diretta a creare in altri il proposito delittuoso. Questa influenza sulla psiche dell'esecutore si ha benissimo nel caso in cui lo si metta nell'incapacità di intendere o di volere. In questo modo vengono ad essere fortemente rilassati o addirittura annullati nella sua persona i freni inibitori che, in istato normale, lo tratterrebbero dal reato. Quale differenza tra chi agisce positivamente con opera persuasiva, influenzatrice, per vincere questi freni e indurre una persona al reato, e chi agisce negativamente annullando la normalità dell'intelletto e del volere? E si noti ancora che l'art:86 parla di un"fine" di far commettere un reato: chi tal fine persegue agirà appunto in vista di esso ed è logico supporre che, se non ha istigato l'esecutore dopo averlo messo nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, ciò ha fatto

prevedendo che la semplice riduzione in quello stato d'incapa_
cità risulterebbe sufficiente per far commettere un rea_
to.

Il concetto di determinazione inteso genericamente cō_
me creazione in altri, con qualsiasi mezzo, di un propo_
sito criminoso, può ben comprendere il caso speciale del_
l'art:86. Ne risulta che anche qui è configurabile una
compartecipazione. A colui che ha posto altri nello sta_
to d'incapacità sarà inflitta la pena pel reato commesso
dalla persona resa incapace e inoltre quella prevista dal_
l'art:613 N.1.

S'intende che, per andare assolutamente esente da pena,
la persona resa incapace deve aver subita l'azione altrui
senza un precedente accordo, o, almeno, ignorando il fine
criminoso che l'altro si proponeva. Altrimenti anche es_
sa risponderà del reato commesso, in questo caso, mediān_
te "actio libera in causa", giusta il disposto dello ar_

ticolo 87 del Codice Penale (1) ".

Da quanto innanzi risulta pertanto dimostrata la inesistenza della qualità di autore mediato in ogni caso in cui l'esecutore del reato sia una persona priva della capacità d'intendere o di volere.

II) Si perviene agevolmente alla negazione dell'autore mediato nei casi in cui il presunto strumento agisce in stato di errore penalmente rilevante. L'errore, invero, esclude l'elemento psichico del reato, ma lascia intatta l'imputabilità dell'agente: se può compiere azioni oggettivamente antigiuridiche un non imputabile, a maggior ragione può compierle chi versa in errore. Si avrà quindi, un concorso di persone nel reato.

Nel rapportare questa soluzione teorica alla disciplina normativa del Codice, vanno considerati due or-

---

(1) Vannini: "Il Codice": pag: 328

tivoli: l'art.111 e l'art: 48.

Invero possono formularsi due ipotesi:

A) Che una persona già versante in errore venga determinata a commettere un reato. Qui il colpevole sfrutta una già esistente situazione di non punibilità: gli si applicherà la pena sancita pel reato a cui egli ha determinato l'altro, aumentata fino ad un terzo in base all'art:111.

B) Che l'errore nella persona agente venga originato dall'altrui inganno. Dispone l'art:48: " Le disposi_
" zioni dell'art: precedente si applicano anche se l'er&
" rore sul fatto che costituisce il reato è determinato
" dallo altrui inganno; ma,in tal caso,del fatto commes_
" so dalla persona ingannata risponde chi l'ha determi_
" nata a commetterlo."

" L' articolo in questione - scrive il LEVI (1) -

---

(1) Levi:"Commento ai titoli I,II,III del Libro I del

" come il corrispondente articolo 46, contribuisce alla
" compiuta disciplina dei vizii della volontà e regola
" la responsabilità dell'agente mediato che era stata,
" a vario titolo, riconosciuta dalla patria giurispru-
" denza, ma che non aveva trovato fin qui consacrazione
" legislativa. La disciplina è tanto più opportuna in
" quanto la dottrina che fa ricorso al concetto dello
" strumento materiale meglio si attaglia ad altri casi,
" considerati dal Codice stesso (artt.111,86) di deter-
" minazione al reato di persona non imputabile o non pu-
" nibile a cagione di una qualità personale, che non a
" quello in esame".

Ho riportato queste precise parole del commento del LEVI all'articolo 48 per far notare come lo si interpreti quale un caso di autore mediato.

(Cod.Pen. In "Il Codice Penale Illustrato articolo per articolo" sotto la direzione del Prof.Ugo Conti:pag. 213.

(1) Così anche: Saltelli e Romano:op.cit. pag.288 N.147

Invece ritengo, in base ai principii su esposti, che qui e_
sistano, sia l'elemento oggettivo, sia l'elemento sogget_
tivo per la compartecipazione. Senza dubbio anche la per_
sona ingannata compie un fatto oggettivamente antigiuri_
dico; inoltre nel concetto della determinazione rientra
benissimo quello della induzione in errore. Ciò ammette,
sebbene da un diverso punto di vista, il MANZINI (1):

" Si ha determinazione di un irresponsabile a commettere
" un fatto preveduto dalla legge come reato, anche quan_
" do l'esecutore sia stato "determinato dall'altrui in_
" ganno"; e però, mentre costui non è punibile, la respon_
" sabilità per il reato commesso spetta esclusivamente al_
" l'ingannatore a norma dell'art:48 Cod.Pen. con l'aggra_
" vamento stabilito nell'art:111".

Seguendo questa interpretazione, si eviterebbe la gra_

---

(1) Manzini: 2 Ediz.: pag: 429

ve incoerenza del Codice consistente nel punire con pe_
na aumentata chi determina a commettere un reato una per_
sona già versante in errore, e di punire invece con la
semplice pena prevista pel reato dall'errante commesso
chi, con l'inganno, creando in altri una situazione di
errore, ha determinato l'ingannato a commettere un ille_
cito penale.

Senonchè ritengo si oppongano a questa interpretazio_
ne sia la storia della creazione legislativa (a cui ho
già accennato sub I) , sia lo stesso sistema del Codice.

" Per l'ipotesi dell'art:48 - è chiarito nel commento
" di SALTELLI e ROMANO (1) - l'aumento della pena non fu
" ravvisato necessario perchè rispetto a questo caso non
" ricorre un congruo allarme sociale. Ciò spiega perchè
" non si trova nel Codice, accanto alle disposizione de_

---

(1) Saltelli e Romano: op.cit. Parte I - Vol.I - Pag.330

" gli artt. 611 e 613 una norma che punisca il fatto di
" chi con inganno abbia indotto altri a commettere un
" reato."

Inoltre nel sistema adottato dal legislatore è netta la distinzione tra il caso in cui lo stato di non imputabilità o di non punibilità dell'autore principale deriva da cause estranee all'opera dell'istigatore (art.111) e i casi in cui lo stesso compartecipe, inducendo l'autore principale alla commissione del reato, crea in lui lo stato di non imputabilità o di non punibilità. (art.88, 54,48) E' vero che da questa netta distinzione deriva, nella presente ipotesi dell'errore determinato dall'altrui inganno, una minor pena per l'ingannatore, ma essa permane qualunque valore venga dato all'art:48 e non può l'interprete, per evitarla, trasformare la lettera del Codice.

Alla evidente incoerenza in cui è incorso il legislatore

ovvierà il giudice nel graduare, com'è sua facoltà, la pena tra il massimo ed il minimo dalla legge fissati.

III) E' inutile ricorrere all'autore mediato nel caso in cui l'agente immediato risulta fisicamente coatto (vis absoluta corpori illata). Dispone l'art.46:

" Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi
" stato da altri costretto mediante violenza fisica
" alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi.
" In tal caso del fatto commesso dalla persona costret-
" ta risponde l'autore della violenza".

Il titolo di responsabilità è in questa fattispecie quello di autore unico,immediato. Invero,nel caso della costrizione fisica non sussiste più alcun barlume di volontà: ciò che il costretto fa non merita il nome di "azione".(1)

---

(1) Così anche l'Antolisei: op.cit. pag. 101

" Ove trattisi di violenza fisica esercitata allo scopo
" di far commettere un reato, colui che lo commette è
" strumento nelle mani di chi adopera la violenza. Egli
" è irresponsabile non perchè privo della capacità di
" volere, ma in quanto nè ha voluto il fatto, nè mate_
" rialmente può dirsi che l'abbia commesso." (1)

Perciò dissento dal MANZINI allorchè egli ritiene che nel caso di costringimento fisico "che determina
" anch'esso, e più energicamente, la volontà dell'ese_
" cutore, la responsabilità esclusiva del determinato_
" re è dichiarata nell'art: 46 ed anche in tal caso,
" poichè si tratta di una ipotesi più grave di deter_
" minazione, è applicabile l'aggravamento dell'art.111".(2)

---

(1) Iannitti-Pirovallo: Corso di diritto criminale - Roma 1932 - Pag: 227

(2) Manzini: [illegible]: pag: 429

L'illustre giurista è di questa opinione perchè sempre equipara l'esecutore del reato ad uno strumento sicchè "determinare" significa per lui: porre in azione uno strumento per la commissione di un reato. Ma chi, come me, nella determinazione vede, più giustamente, una influenza, in vario modo esercitata, sulla psiche dell'esecutore, deve escludere che nell'ipotesi di costringimento fisico si abbia una determinazione. L'art: 46, si noti, non contiene questa parola: invero il legislatore si è reso conto che la violenza materiale esclude totalmente la volontà sicchè davvero qui si ha uno "strumento" nelle mani altrui, un corpo che viene usato così come potrebbe essere usato un oggetto qualsiasi nell'esecuzione del piano criminoso.

Quindi si ha, nel caso di costringimento fisico, una semplice qualità di autore immediato ed unico del reato in colui che ha materialmente costretto. "Nel caso della vio-

" lenza fisica agisce soltanto colui che l'esercita; lo
" altro non agisce e non omette; non può addirittura fa-
" re nè l'una, nè l'altra cosa: o diventa uno strumento;
" o, nel caso dell'omissione, gli si impedisce di agire.
" Se uno lega l'addetto agli scambi e l'imprigiona e co-
" sì gl'impedisce di manovrare lo scambio, il ferroviere
" non compie nessuna omissione, ma l'altro produce la f
" falsa posizione dello scambio e la produce nella qua-
" lità di autore, non già di autore mediato e sopratut-
" to non come "ferroviere-mediato"." (1)

Si pensi anche al caso, possibile se pur molto raro, di una persona che venga materialmente costretta ad a apporre una falsa firma su di una cambiale. Essa è soltanto "strumento" così come una persona che venga da al-

---

(1) Hoegàl: op.cit.; vedi anche: Massari: "Momento esecu-
tivo": pag: 61,62,63; Castori: op.cit. pag: 641.

tri scagliata contro una vetrina allo scopo di frantumar_
la. Quindi l'art: 46 prevede una responsabilità a titolo
di unico autore. L'autore della violenza subirà la pena
pel reato commesso e inoltre quella prevista dallo art.611
del Cod.Pen.

Nell'art! 46 è prevista la violenza fisica "irresisti_
bile" che esclude del tutto la volontà; invero, "quando
" la coazione lascia/al soggetto passivo, sia pure con
" qualche sforzo o sacrificio, una possibilità di scel_
" ta tra più motivi (coazione relativa), si applica la
" massima che sintetizza una delle più acute e sapienti
" intuizioni giuridiche romane: "coactus, tamen voluit"
" e si fa luogo all'imputabilità dell'evento, salvo il
" dovere del giudice di tener conto nella latitudine del_
" la pena delle speciali circostanze in cui il fatto ven_
" ne commesso (art: 133 N.3) ".(1) E in questa ipotesi

---

(1) Manzini: 3 Ediz: pag: 13-14

nessuno dubiterà che vi possa essere compartecipazione.

IV) E' scritto nella Relazione Ministeriale (1): "La " violenza fisica annulla senz'altro la personalità del " costretto, il quale diventa "strumento materiale" di " chi lo costringe (agitur, non agit)....Ma diversa è " la condizione di chi opera nello stato di costrizione " morale perchè questa presenta gradi e stadii, che deb_ " bon esser presi in varia considerazione, e se, fino a " un certo punto può ammettersi il principio romanisti_ " co che "coacta voluntas est etiam voluntas", non si " può disconoscere che la costrizione può raggiungere " un'intensità tale e può verificarsi in condizioni ta_ " li da giustificare la irresponsabilità dell'agente".(2)

Questo raffronto fra l'una e l'altra forma di coazione ne mette giustamente in rilievo le diversità,che sono

---

(1) Relazione Ministeriale: I Pag: 37

riaffermate con esattezza della comune dottrina. " Non
" può chiamarsi azione - scrive ad esempio il DELITALA (1) -
" un movimento di ordine puramente fisiologico nè il ri_
" sultato di una violenza fisica esercitata sul sogget_
" to (vis absoluta). Per contro la "vis compulsiva" non
" elimina il concetto di azione: il legislatore,conside_
" rando unicamente il fatto,potrà lasciarlo impunito, se
" reputi che dall'agente, nelle circostanze concrete in
" cui ha agito, non si poteva ragionevolmente sperare
" un diverso comportamento; ma l'azione sussiste, perchè
" sussiste la volontà. La differenza fra le due ipotesi
" è dunque di intuitiva evidenza: nel primo caso fa di_
" fetto l'azione, nel secondo la colpa." Risulta quin_
di chiaro come, esistendo un'azione oggettivamente an_
tigiuridica, sia presente senz'altro, nell'ipotesi di

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 143-144.

costringimento fisico il presupposto fondamentale per la ammissibilità della compartecipazione. " Il costretto - " scrive l'HOEGEL (1) - è un autore impunibile: chi co_ " stringe va punito come determinatore e non quale auto_ " re mediato."

Della coazione psichica si occupa il Codice nell'ul_ timo capoverso dell'art: 54: " La disposizione della pri_ " ma parte di questo articolo si applica anche se lo sta_ " to di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, " in tal caso, del fatto commesso dalla persona minaccia_ " ta risponde chi l'ha costretta a commetterlo."

Dato che il legislatore ha compreso il caso della coazio_ ne morale entro la disciplina generale dello stato di ne_ cessità coloro che in questo vedono una circostanza di giustificazione del fatto negheranno che l'azione del psi_

---

(1) Hoegel: op. cit.

chicamente coartato possa dirsi oggettivamente antigiuri_
dica. Varrebbero, una volta accolta questa opinione, le
argomentazioni che fra poco svolgerò in relazione all'or_
dine dell'autorità; ma, nella presente ipotesi, ritengo
inutile il ricorso ad esse perchè è mio convincimento che
lo stato di necessità non renda lecita l'azione necessita_
ta. Come dice il DELITALA (1): " Prescindere dalla sanzio_
" ne penale, esimere l'azione necessitata dall'applicazio_
" ne della pena non significa affatto ritenerla un'azione
" lecita".

Per me credo che lo stato di necessità sia soltanto una ragione di esclusione della colpevolezza.

Lungi dal pretendere di risolvere (per incidens) l'ar_
dua questione del valore giuridico dello stato di neces_
sità, addurrò qui alcune argomentazioni che mi pare possa_

---

(1) Delitala: "~~Un problema~~ Le dottrine generali": pag: 87

no validamente sostenere la mia opinione.

Anzitutto, come ben scrive il CIVOLI (1): " L'obbe_
" dienza che si deve prestare ai precetti del legisla_
" tore non è punto subordinata alla condizione che ta_
" le ossequio sia conciliabile con la conservazione del_
" la vita.... Oggettivamente l'azione di chi precipita
" in mare il compagno per non affondare insieme con lui
" è altrettanto ingiusta quanto quella che si commette
" da chi getta nell'acqua colui, del quale vuole la mor_
" te, non per salvare la vita propria, ma per soddisfa_
" re l'odio concepito contro di esso. La differenza gran_
" dissima che intercede tra queste due azioni non riguar_
" da che la loro parte soggettiva.... Però il carattere
" dell'ingiustizia impresso in un fatto dalla sua contra_
" rietà all'ordine giuridico non è punto cancellato dalla

---

(1) Civoli: op. cit. pag: 486

" sua attitudine a far sfuggire ad un pericolo mortale."
Si rifletta inoltre alla differenza tra lo stato di ne_
cessità e la legittima difesa, che è, senza discussione,
una circostanza di giustificazione del fatto. In ambedue
manca la pena (l'antigiuridicità penale - dice il DELITA_
LA -); in ambedue sono presenti tutti gli elementi og_
gettivi del reato (azione, nesso di causalità, evento).
Ma nella legittima difesa manca l'antigiuridicità ogget_
tiva del fatto "o, in altre parole, la lesione di un in_
" teresse altrui giuridicamente ed attualmente protetto" (1).
Nel momento stesso in cui aggredisce un'altra persona,in
cui cioè, commette l'offesa ingiusta" di cui parla l'ar_
t: 52, colui, contro il quale si attua la legittima dife_
sa, rimane privo pel suo interesse della tutela del dirit_
to. Può dirsi lo stesso per lo stato di necessità in cui

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 25

il leso non è certo un offensore?

Però se si sostiene che lo stato di necessità costi_
tuisce una ragione di esclusione della colpevolezza per_
chè chi agisce necessitato versa in uno stato di grave
perturbamento fisi psicologico, si urta contro la decisi_
va osservazione contraria del MASSARI (1): " che la leg_
" ge impone all'individuo che agisce in stato di neces_
" sità la esatta valutazione dei propri atti come per
" la legittima difesa tanto da punire ogni eccesso nel_
" l'azione necessitata; e tale dovere di valutazione e_
" solude che l'atto necessitato trovi la sua giustifica_
" zione nel turbamento psicologico." Inoltre, com e si
potrebbe sostenere l'esistenza di tale turbamento nel
terzo che è fuori dello stato di necessità e commette
l'illecito per salvare un altro? Si ammetterà, invece

---

(1) Massari: "La dottrina gen.": pag: 88

senz'altro che si tratti di una ragione di esclusione del_
la colpevolezza, ove si ritenga: " che il concetto di col_
" pa implichi, accanto al momento psicologico, sempre e
" necessariamente, un giudizio di riprovazione giuridica
" dell'agente e, con ciò, l'obbligo che l'agente agisca
" in modo diverso da come ha agito". La considerazione
del momento normativo della colpevolezza permette di con_
siderare lo stato di necessità come una causa di esclusio_
ne della colpa: (Schuldausschliessungsgrund, secondo la
terminologia tedesca): " poichè il legislatore, nonostan_
" te l'antigiuridicità oggettiva del fatto, valutando u_
" manamente tutte le circostanze del caso, ha rinunziato
" a pretendere che l'agente si astenesse dall'azione." (1)

Quindi nell'ipotesi prevista dall'ultimo capoverso
dell'art: 54 esiste il presupposto fondamentale per la

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 22, 23

ammissibilità della compartecipazione: un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

Per la compartecipazione esiste anche l'elemento psichico: la minaccia, invero, non è che una forma di determinazione del resto. (1) Sarebbe assurdo, una volta negata l'equiparazione della persona psichicamente coartata ad uno strumento, non ravvisare nell'ultimo capov. dello art: 54 una responsabilità per compartecipazione.

Mi è di sostegno in questa opinione, la differenza che in dottrina comunemente si rileva tra l'art: 46 e lo art: 54 ult.capov. Mentre nel primo, una volta accertata la violenza fisica, è senz'altro esente da responsabilità chi la subisce senza alcuna limitazione, nell'ipotesi dell'art: 54 ultimo capov.la irresponsabilità del minacciato è subordinata a tutte le limitazioni fissa-

---

(1) Vedi: Nocito: op.cit. pag: 343

te per lo stato di necessità. Ciò perchè nell'art: 46 è senz'altro stabilita la qualità di unico autore in chi usa la violenza, mentre nell'altro articolo havvi compartecipazione e il legislatore ha voluto minutamente precisare quali requisiti deve avere la minaccia perchè il determinato da essa al reato possa non essere punito. Perciò ha stabilito che discrimina non ogni minaccia, ma solo quella per cui " si realizza quella " necessitas cogens che è il fondamento stesso dello " stato di necessità. " (1)

Nei casi di coazione psichica, adunque, non è a parlare di autore mediato: il minacciante subirà, come partecipe principale, la pena relativa al reato che il minacciato ha commesso ed inoltre quella prevista dall'art: 611 perchè il suo modo di determinazione

---

(1) Iannitti-Piromallo: op. cit. pag: 228

costituisce già in sè un particolare reato.

Anche nella presente ipotesi il MANZINI (1) ritiene che si possa applicare, accanto all'art: 54 ultimo capov. l'art: 111 con la sua aggravante. Non starò a ripetere le ragioni per cui ritengo di non poter in proposito consentire con l'illustre penalista.

V) Vengono prospettati anche casi di autore mediato - come ho avuto modo di esporre nella prima parte (pag.42) - in relazione allo stato di necessità.

Chi mette altri in stato di necessità al fine di fargli commettere un reato, o comunque, per lo stesso fine, di uno stato di necessità già esistente si vale, viene chiamato a rispondere quale autore mediato del reato commesso dalla persona necessitata.

---

(1) Manzini: [illegible]: pag: 429

Teoricamente si può senz'altro anche qui negare la necessità di ricorrere alla figura dell'autore mediato, dato che, come ho dimostrato sub IV, anche una persona che agisca in stato di necessità può compiere azioni oggettivamente antigiuridiche.

Tuttavia, in rapporto alle disposizioni del diritto positivo è opportuno esaminare partitamente le varie ipotesi possibili. Se ne presentano fondamentalmente due:

a) che alcuno sfrutti, al fine di far commettere un reato, lo stato di necessità in cui altri si trova. Rientrano in questa ipotesi: il caso in cui il colpevole, mentre il necessitato non ci penserebbe nemmeno, lo determini a commettere un reato per salvarsi: egli risponderà del reato voluto in base all'art:111; il caso in cui il colpevole a chi si trova in pericolo attuale di un danno grave alla persona faccia credere che l'unica via di scampo è il reato, mentre invece potrebbe benis-

simo il necessitato, se non fosse tratto in errore, altri_
menti salvarsi: si applicheranno i principii relativi al_
l'art: 48.

b) che alcuno produca un pericolo, crei in altri lo stato di necessità, al fine di fargli commettere il reato. In questa ipotesi dovranno applicarsi i principii già messi in luce sub IV perchè, come dichiara il MANZINI, soltanto il caso della minaccia può venire in considera_zione quando si consideri il pericolo necessitante prodotto dall'opera di una persona diversa dal salvatore o dal salvato. E' escluso invero che, in relazione alla presente ipotesi, possa trattarsi di pericolo involontariamente o colposamente prodotto. D'altra parte: se dal pericolo deriva una coazione fisica assoluta, si rientra nell'orbita di applicazione dell'art: 46; mentre se ne deriva uno stato d'incapacità d'intendere o di volere, si applicherà l'art: 88; in ambedue i casi non si dovrà parlare

di stato di necessità perchè questo, come dice lo stes_
so MANZINI (1), " si ha quando chi subisce l'azione al_
" trui non viene a trovarsi in condizione di coazione
" assoluta o di incapacità d'intendere o di volere, ma si
" trova soltanto ristretto nella sua libertà psichica
" di determinazione, come è appunto nel caso della mi_
" naccia."

La precisazione dei vari articoli del Codice a cui possono riferirsi i particolari aspetti di questa parte della questione è implicita indicazione delle soluzio_ni che per essi credo si possano dare. Dopo quanto ho scritto nei numeri precedenti è inutile che io qui più oltre mi indugi.

VI) Si ritiene autore mediato del reato compiuto

---

(1) Manzini: [illegible]: pag: 340

dal subordinato, il superiore che tale illecito faccia commettere mediante l'emanazione di un ordine illegittimo vincolante.

Credo che, anche su questo punto, si possa dissentire dalla dottrina dell'autore mediato: all'uopo va esaminata la disciplina giuridica data dal legislatore all'ordine dell'autorità. L'art: 51 del Codice stabilisce in ogni caso la responsabilità del superiore che abbia impartito un ordine illegittimo; mentre dichiara che lo inferiore non è punibile qualora abbia eseguito tale ordine in seguito ad errore di fatto sulla sua legittimità, o nel caso che lo abbia eseguito poichè la legge non gli consentiva alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine ricevuto.

Lasciando da parte il caso dell'errore sulla legittimità per il quale valgono i principii fissati nell'art:47, si presentano due ipotesi fondamentali: che si tratti di

ordine illegittimo vincolante o che si tratti di ordine illegittimo non vincolante.

L'indagine dev'essere rivolta a stabilire quale sia il titolo di responsabilità del superiore nell'una e nella altra ipotesi; e quale il titolo giuridico in base a cui si punisce l'inferiore nel caso dell'ordine illegittimo non vincolante.

Per quanto riguarda il superiore, il MANZINI (1) scrive: " Si tratta di imputabilità e responsabilità dirette " e principali per un reato commesso col mezzo di un'al- " tra persona. Il pubblico ufficiale che ha ordinato il " reato è punibile "sempre", cioè tanto nel caso che il " subordinato avesse il diritto-dovere di sindacare la " legittimità dell'ordine, quanto se non l'avesse, e " così nell'ipotesi in cui il dipendente abbia errato

---

(1) Manzini: [illegible]: pag: 271

" circa l'obbligo di obbedire, come in quella in cui tale
" errore non sia sussistito." Analogamente il LEVI (1)
dichiara: " Contro alla persona che diede l'ordine, lo
" art: 51 contiene una disposizione sull'agente media_
" to, che è l'applicazione dei principii accolti dagli
" artt: 46,48 ecc. La legge dice che del reato rispon_
" de "sempre" il pubblico ufficiale che ha dato l'ordi_
" ne illegittimo, nel senso che la punibilità o non pu_
" nibilità dell'agente materiale è a tal riguardo indif_
" ferente."

Per me ritengo che vadano esaminate distintamente le due ipotesi innanzi prospettate.

a) Nel caso che l'inferiore abbia eseguito un ordi_ne illegittimo non vincolante (esclusa l'ipotesi che ciò abbia fatto perchè versante in errore), si instaura una compartecipazione: l'inferiore risponde come autore prin_

---

(1) Levi: "Il Codice Penale Ill." : pag: 229

cipale, il superiore come compartecipe.

Alcuni autori ritengono incompatibile l'ordine con la compartecipazione, in quanto nell'ordine l'elemento subiettivo tra i due soggetti si configura come subordinazione e dal dovere di obbedienza sarebbe la volontà dell'inferiore costretta ad accettare l'istigazione delittuosa. Questa opinione è errata. " Il nostro Codice, " quando parla del concorso di più persone ad un reato, " non fa alcuna menzione della loro posizione rispettiva o dei mezzi usati dall'istigatore per spingere lo " istigato al delitto.... Alla partecipazione è essenziale che alla realizzazione dell'evento lesivo intrapresa dall'autore principale acceda consapevolmente l'azione del partecipe per suscitare o favorire la " realizzazione medesima." (1) Indubbiamente l'azione

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 102-103

del superiore ha l'efficacia di determinare il subordina_
to all'esecuzione del reato. Dato che l'ordine non è vin_
colante, il subordinato è tenuto a rispondere del reato
commesso. Il superiore va punito come compartecipe a nor_
ma dell'art:110 e gli si applicherà l'aggravante pre_
vista dall'art:112 N.3.

Su questo punto è d'accordo il MANZINI (1): " Allorchè
" il dipendente è egli pure punibile, per il superiore
" ricorre in ogni caso l'aggravante preveduta nell'ar_
" t:112 N.3, la quale comprende in sè, e quindi esclu_
" de, l'aggravante di cui all'art: 61 N.9 . "

b) Nel caso che l'inferiore abbia eseguito un ordi_
ne illegittimo vincolante, si ritiene che il superiore
debba rispondere come autore mediato. Sono di questa opi_
nione ni a coloro che credono che l'ordine escluda solter_

---

(1) Manzini: [illegible].: pag: 271

to la colpevolezza dell'inferiore, sia coloro che danno all'ordine il valore di giustificazione dell'operato dell'esecutore. Quindi bisogna affrontare il problema del valore giuridico da riconoscere all'ordine vincolante dell'autorità.

Si ritiene da taluno che esso costituisca una mera circostanza di non punibilità del subordinato: pur agendo antigiuridicamente e colpevolmente, egli non sarebbe punito, perchè il legislatore, per ragioni di opportunità, rinuncia all'applicazione della sanzione.

Invece un gran numero di giuristi, specie d'oltralpe, ritiene che l'ordine sia una circostanza di esclusione della colpevolezza.

L'azione del subordinato sarebbe sempre un'azione illecita perchè produttiva di un evento illecito, a causa del quale il superiore è punito, ma sarebbe esente da pena secondo alcuni, per avere il subordinato agito in

uno stato di costrizione psichica (1); secondo altri, per avere egli eseguito l'ordine versando in errore sul suo dovere di obbedire, in quanto ad un ordine illegittimo sarebbe assurdo ritenere dovuta l'obbedienza.

Meglio si ritiene dalla più moderna dottrina che lo ordine vincolante costituisca una circostanza di giustificazione a favore del subordinato. Che questa concezione dell'ordine sia l'unica giusta, lo ha esaurientemente dimostrato il BETTIOL (2): " L'azione dell'inferiore che " realizza il contenuto dell'ordine è lecita perchè es- " sa è richiesta dall'ordinamento giuridico come parti- " colare dovere. L'esecuzione dell'ordine si riconduce " così ad un principio informatore delle circostanze di " liceità: l'adempimento di un dovere imposto dal dirit-

---

(1) Ciò ritiene, per esempio, il Nocito: op. cit. pag: 338

(2) Bettiol: "Ordine": pag: 71 e segg.

" to non può essere illecito, perchè una contraddizione in
" seno al diritto non è concepibile.... Bisogna tenere
" sempre distinta l'azione del superiore che consiste
" nell'emissione dell'ordine, dell'azione del subordina_
" to che si estrinseca nell'esecuzione dell'ordine stes_
" so: quella del superiore è azione illecita perchè in
" collisione con la norma che gli vieta di emanare l'or_
" dine, quella del subordinato è azione lecita in quanto
" rappresenta l'adempimento del dovere di obbedienza."

Questo concetto esprime anche il DELITALA criticando la teoria del BINDING, il quale considera tutti i problemi dal punto di vista della contraddittorietà alla norma e finisce col negare all'attività del subordinato il carattere di azione. Il DELITALA (1) appunto scrive: "Lo
" esecutore di un ordine antigiuridico obbligatorio com_

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 118

" pie indubbiamente un'azione, ma la sua azione non è
" disapprovata dall'ordinamento giuridico poichè, fra le
" due leggi, una delle quali incrimina genericamente il
" fatto da lui commesso, laddove l'altra gl'impone l'ese_
" cuzione dell'ordine, quest'ultima ha la prevalenza po_
" sto che l'ordine sia veramente obbligatorio. E' questa,
" in definitiva, l'unica norma del caso in esame". La sua
" azione non può quindi considerarsi illecita, poichè la
" regola giuridica che incrimina genericamente il fatto
" da lui commesso non ha in questo alcuna efficacia."

Se, adunque, l'ordine vincolante è una circostanza di giustificazione pel subordinato, si avrebbe, accogliendo l'opinione che qui il superiore sia autore mediato, uno di quei casi in cui lo "strumento" agisce non antigiuridicamente. Casi molto discussi, come si è visto.

Non bisogna, però, ricorrere alla costruzione dell'autore mediato. Essendo ormai dimostrato che solo in casi di

coazione fisica assoluta o di un agire puramente riflesso l'uomo può equipararsi ad uno strumento, è quasi superfluo dichiarare che l'esecutore dell'ordine vincolante non può essere considerato uno strumento nelle mani del superiore. Questi, perciò, non può essere autore mediato del reato commesso dal suo dipendente in esecuzione di un ordine illegittimo vincolante impartitogli.

Ritengo col BETTIOL che anche nel presente caso, come già in quello prospettato sub a, possa benissimo ritenersi esistente una compartecipazione: autore del reato il subordinato, compartecipe per determinazione, il superiore.

Quindi consento col MANZINI (1) nel ritenere che " la " dichiarazione dell'art: 51 primo capov. non è che una " applicazione particolare della regola generale stabi-

---

(1) Manzini: ~~2- Edizione~~: pag: 371

" lita nell'art.111 (determinazione a reato di persona
" non punibile)", ma solo in quanto considero, come ho
già detto, i casi previsti dall'art.111 come veri e pro_
prii casi di compartecipazione.

Nell'ipotesi dell'ordine illegittimo vincolante, il superiore subirà la pena che spetterebbe al subordina_to pel delitto commesso aumentata fino ad un terzo.
Si potrebbe però obbiettare che, siccome l'azione del subordinato è lecita, manca nella presente ipotesi il presupposto indispensabile per l'ammissibilità della compartecipazione: un fatto oggettivamente antigiuri_dico dell'autore principale?.
In risposta a questa possibile osservazione, ricorderò quanto già ho detto a pag:133 riportando le parole del MASSARI cioè che il concetto di"fatto" comprende in sè l'azione e l'evento, la condotta e il risultato. E qui l'azione e l'evento, la condotta e il risultato devono

essere distintamente considerati.

In altre branche del diritto non è raro il fenomeno che da un'azione lecita scaturisca un evento illecito o che si verifichi il contrario. Invece questo fenomeno non si ha nel campo del diritto penale, dato che in caso lo evento ha fondamentale importanza sì che dalla sua valutazione come antigiuridico deriva il carattere di antigiuridicità nell'azione che lo ha prodotto.

L'unico esempio di azione lecita che produce un evento antigiuridico è costituito - come dice il BETTIOL (1) - dall'esecuzione dell'ordine illegittimo vincolante. In vero "la realizzazione dell'evento non è per il subordi-
" nato illecita perchè il diritto gli impone di agire in
" conformità dell'ordine. L'adempimento di un dovere, an-
" che se porta alla lesione di un interesse protetto, non

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 77-78

" può essere illecito, perchè il legislatore ha previsto
" questo conflitto di interessi ed ha imposto ad un sog_
" getto di agire in modo da tutelare l'interesse pre_
" valente che, in questo caso, è l'interesse dello Sta_
" to ad una rapida esecuzione degli ordini impartiti dai
" suoi organi. L'ordine non ha la virtù di rendere leci_
" to l'evento, ma solo quella di giustificare l'azione
" del subordinato e di esimere costui da responsabilità
" penale. (k) "

Esiste, quindi, un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale anche se solo l'evento, solo il risultato della condotta è illecito, mentre eccezionalmen_te, per una situazione giuridica particolare, è lecita la condotta che lo ha prodotto. " Ai fini dell'ammissi_
" bilità della partecipazione - scrive ancora il BET _

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 33

TIOL (1) - il carattere giuridico delle azioni dei par_
" tecipi non entra in considerazione: il legislatore può
" addirittura comandare l'azione dell'autore autore prin_
" cipale e considerare tuttavia illecito l'evento cagio_
" nato. La partecipazione deve ritenersi ammissibile pur_
" chè l'evento corrisponda ad una situazione giuridicamen_
" te riprovevole ipotizzata in una fattispecie delittuosa."

Nulla, quindi, vieta di ammettere che vi sia partecipazione anche quando l'inferiore agisca obbedendo ad un ordine antigiuridico vincolante.

VII) Bisogna ora esaminare i casi di autore mediato in cui la persona usata quale strumento è contemporaneamente quella che subisce le conseguenze nocive del fatto. (Vedi pagg: 48 e 49) E' bene ricordare alcuni esempi

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 121-122

che frequentemente sono addotti negli studi sull'autore mediato: 1°) A determina B , il quale erroneamente crede che un oggetto suo proprio sia invece una "res nullius", a distruggerlo. Si ritiene essere A autore mediato del danneggiamento, in relazione al quale B è, nello stesso tempo, strumento e soggetto passivo. 2°) A istiga al suicidio B infermo di mente? Si ritiene essere A autore mediato dell'omicidio di B, strumento e vittima insieme. 3°) A consiglia a B di toccare un cavo di rame. Egli sa che in quel conduttore elettrico passa la corrente di altissima tensione. B , invece, ciò ignora e perciò, lasciandosi indurre dall'altrui consiglio, tocca il cavo elettrico e ne rimane fulminato. Anche qui A sarebbe autore mediato dell'uccisione di B.

In relazione a siffatte ipotesi va ricordato quanto scrive il VANNINI (1): " Il fatto corrispondente per-

---

(1) Vannini: "Concetto e contenuto": pag: 79-80

" fettamente all'ipotesi prevista nel precetto principa_
" le non è reato se nella stessa persona viene ad unifi_
" carsi la soggettività attiva e la soggettività passi_
" va del fatto stesso.... Se al fatto in cui soggetto
" attivo e soggetto passivo vengono a confondersi nella
" stessa persona altri concorre, sarà quel fatto per il
" concorrente un reato, ove per la incapacità psichica
" della persona ridetta la soggettività attiva giuridi_
" camente rilevante trapassi al terzo, il quale diviene,
" perciò, autore del reato. Pertanto risponde di danneg_
" giamento colui che istiga il pazzo a distruggere i
" proprii oggetti, di omicidio chi istiga il pazzo a sui_
" cidarsi."

Pur concordando sostanzialmente con quanto afferma il VANNINI, ritengo che diversa sia la ragione alla quale bisogna riferirsi per dare agli esempii suddetti una di_

sciplina giuridica conveniente senza il giro vizioso at_
traverso la costruzione dell'autore mediato.
In siffatti casi non si può far ricorso allo schema giu_
ridico della compartecipazione perchè manca un fatto og_
gettivamente antigiuridico dell'autore principale. Il col_
pevole deve rispondere quale autore unico della distru_
zione delle cose di B o della morte dello stesso. Però
la giustificazione che di ciò dà il VANNINI non può reg_
gersi nella formulazione che egli le ha data. Limitarla
alla "incapacità psichica" del soggetto passivo significa lasciar fuori molteplici casi in cui si avrebbe una ingiusta impunità. Inoltre se l'ultimo capoverso dello art: 580 può lasciar adito a ritenere che risponda di omicidio chi istiga un pazzo al suicidio, non è alcuna norma che permetta di dare la stessa soluzione al caso del danneggiato, in quanto non ha base nel codice

quel "trapasso di terzo della soggettività attiva giuridicamente rilevante", di cui parla il VANNINI.

Modestamente ritengo che la giustificazione della qualità di autore in siffatti casi sia da trovare nella considerazione del processo di esecuzione del reato. Quando A ha indotto B a porre la mano sul cavo elettrico pericolosissimo, ha esaurito il processo esecutivo del reato, in quanto l'opera di B non è che il naturale completamento di esso: completamento nel quale B non è strumento per la commissione di un reato a proprio danno, ma unicamente vittima dell'altrui crimine. E rimane soltanto vittima anche se compie atti della massima importanza in relazione al conseguimento dell'altrui fine criminoso. Sostiene benissimo questa mia opinione il raffronto con il seguente esempio: Tizio, volendo uccidere Caio, ha trovato modo di versare un veleno nella sua minestra. Caio, di ciò in-

conscio, introduce a cucchiaiate nel proprio corpo la so_
stanza letale: si vorrà dire che Caio sia strumento e Ti_
zio autore mediato in questo omicidio?

Nel caso in cui sia determinato a suicidio un minore degli anni quattordici o un soggetto comunque privo della capacità d'intendere o di volere, considerando la sua pres_soché nulla resistenza all'azione determinatrice del col_pevole, il Codice sancisce (ultimo capov. dell'art:580) che "si applicano le disposizioni relative all'omicidio". Così il legislatore ha inteso togliere ogni possibilità di dubitare se si abbia il processo di esecuzione di un omicidio o invece un'azione influenzatrice della abnorme o immatura volontà dell'incapace al fine di creare in es_sa il proposito di sopprimersi.

VIII) Si ritiene esistente la qualità di autore media_to anche quando il presunto strumento non è del tutto in_

colpevole. Ricordo qui l'esempio già addotto (pg.60): ri_
sponde come autore mediato di omicidio colui che dolosa_
mente fa dall'infermiere propinare al malato una soluzio_
ne di sublimato al posto del farmaco ordinato dal medico;
e ciò anche se l'infermo agisce negligentemente e va pu_
nito, per omicidio colposo. Ricordo anche che il von HIP_
PEL ritiene si abbia qualità di autore mediato anche se
la persona usata quale strumento è punibile per commis_
sione dolosa di un reato minore, o se, pur essendo il
suo dolo diretto al reato di cui si tratta, quello del_
l'autore mediato è rivolto d un evento penalmente più
grave.

Dopo tutto quanto ho fin qui detto non ritengo ne_
cessario aggiunger parola per dimostrare che in siffat_
ti casi va senz'altro esclusa la responsabilità a tito_
lo di autore mediato.

Rimane da esaminare, perciò, quale debba essere in_

vece la disciplina giuridica.

Nelle ipotesi prospettate dal von HIPPEL non vi è dubbio che possa aversi compartecipazione: si applicheranno le comuni norme sul concorso di persone nel reato.

Ma potrà aversi compartecipazione anche nel caso in cui l'autore principale debba risponderе per colpa e lo altro, il presunto autore mediato, per dolo?

In relazione all'ordine dell'autorità, nell'ipotesi che il superiore emani un ordine illegittimo per errore determinato da colpa, mentre il subordinato lo stesso ordine dolosamente esegua, il BATTENBERG (1) ritiene che il superiore non possa essere punito nè come autore mediato perchè il subordinato agisce con dolo, nè come compartecipe per determinazione (Anstifter) perchè il nesso causale tra la sua azione colposa e l'evento viene ad es-

---

(1) Battenberg: op.cit. pag: 106-107

sere spezzato dall'agire doloso dell'inferiore. Il superiore dovrebbe andare impunito o subire altre sanzioni non penali.

Critica il BETTIOL (1) questa opinione e dichiara:

" Noi propendiamo a ritenere che il superiore debba rispondere del fatto illecito a titolo di partecipazione colposa a delitto doloso: non vediamo perchè, in base alla falsa affermazione dell'interruzione del nesso causale, si debba creare nei riguardi del superiore una situazione di favore mentre egli ha cooperato colposamente alla realizzazione di una fattispecie delittuosa".

Condivido l'opinione del BETTIOL per quanto riguarda la negazione della presunta interruzione del nesso causale e ritengo perciò che anche il superiore vada punito

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 123

per delitto colposo se la legge come tale prevede il reato commesso in esecuzione dell'ordine illegittimo. Modestamente, però, credo di dover dissentire per quel che riguarda la possibilità di una partecipazione colposa a delitto doloso.

L'ammette il BETTIOL in base alla giusta opinione che, per l'ammissibilità della compartecipazione, basti un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale: una volta esistente questo, nulla vieterebbe che debba un concorrente risponderne per colpa, un altro per dolo. Ma bisogna considerare, invece, che qui non più soltanto dell'esistenza di un'azione oggettivamente antigiuridica dell'autore principale si tratta, poichè questa si sustanzia dell'elemento psichico soggettivo dell'autore principale stesso sì da costituire un reato completo. E quando, per questo elemento psichico, si ha un reato colposo, non è possibile che il compartecipe

debba, dello stesso, rispondere per dolo. Ne sarebbe me_
nomato il carattere unitario del reato concorsuale: in
questo senso va ulteriormente interpretata la medesimez_
za del reato di cui è parola nell'art:110 del Codice.(1)

Con specifico riferimento all'ipotesi qui in esame,
nella quale dovrebbe ammettersi un concorso doloso in
delitto colposo, giova ricordare le precise parole del
Commento di SALTELLI e ROMANO (2): " Poichè nella coo_
" perazione colposa nessuno dei partecipanti deve aver
" voluto l'evento, ne consegue che non può esservi par_
" tecipazione dolosa in delitto colposo. Ciò però non e_

---

(1) La prevalente dottrina, in relazione al vigente Co_
dice come già sulla base del Codice Zanardelli, ri_
tiene inammissibile un concorso doloso in delitto
colposo e viceversa. Vedi: Massari:"Momento":pag:163;
Massari:"Le dottrine gen.": pag:1[illegible]; Vannini: "Il
Cod.Pen.Ital.": pag:449-450; Manzini: [illegible]:pag:445.
Inoltre: Relazione Ministeriale: I - Pag: 170

(2) Saltelli e Romano: op.cit. pag: 587 N. 360

"solude che ciascuno dei partecipanti risponda distintamen_
"te della propria azione dolosa o colposa.
"Così per esempio, se una persona, al fine di uccidere,
"consegni ad altra una rivoltella che sappia essere ca_
"rica assicurandola che sia scarica e incitandola a spa_
"rare contro una terza persona per ischerzo, e la perso_
"incitata, ritenendo che l'arma sia scarica, spari im_
"prudentemente ed uccida, l'esecutore risponderà di omi_
"cidio colposo e l'incitatore di omicidio volontario."

Concludendo: nel caso consimile dell'avvelenamento, che si adduce come esempio, non si ricorrerà certo alla qualità di autore mediato, ma neppure si avrà compar_tecipazione: ciascuno, indipendentemente, risponderà pel reato commesso.

4) I casi di autore mediato caratterizzati dallo strumento doloso.

Siccome il vigente Codice non distingue la correità dalla complicità, ed appaiono, perciò, superate senz'altro le disputa fra la teoria soggettiva e la oggettiva intorno al criterio in base al cui distinguere tali forme di compartecipazione, non mi fermerò a considerare quel caso di autore mediato con strumento doloso che, come ho scritto a pag: 54, risulta elaborato dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo Germanico.

Presenta un maggiore interesse per lo studioso italiano l'esame critico degli altri casi in cui la qualità di autore mediato è caratterizzata dall'esistenza di uno strumento doloso.

I) In relazione ai reati proprii (Sonderdelikte) si presentano casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato sia con strumento passivo

(per esempio se un estraneo determina un pubblico uffi_
ciale infermo di mente a commettere un peculato); sia
con strumento doloso (per esempio se un impiegato de_
termina un estraneo alla commissione di un delitto di
ufficio).

Nell'una come nell'altra serie di casi, i principii fin
qui esposti e le norme del diritto positivo permettono
di respingere la costruzione giuridica dell'autore me_
diato.

Per una chiara trattazione della questione è bene
separatamente studiare le seguenti ipotesi:

A) Un estraneo determina un intraneo alla commis_
sione di un reato proprio: non vi è dubbio che egli deb_
ba esser punito come compartecipe in tal reato. " In re_
" lazione a quei reati che richiedono nel soggetto stti_
" vo indicato nella nozione del reato una determina qua
" lità personale (esempio: pubblico ufficiale nel pecu_

lato) ovvero condizioni o rapporti personali, sociali (esempio coniuge) o naturali (esempio maschi nei reati militari), i compartecipi che la detta qualità,ecc? non hanno sono nondimeno imputabili e punibili per il medesimo titolo di reato di chi invece tale qualità possiede, perchè essi, volendo partecipare a quel reato, hanno voluto tale reato in tutti i suoi elementi. (1) "

---

(1) Manzini II pag: 445,446. Vedianche per es: Vannini: "Il Cod.Pen.Ill." Pag: 454.

Opinione accolta anche dalla giurisprudenza. Es.: " Il privato che determina un pubblico ufficiale a " commettere una falsità in atto pubblico, risponde " di correità nel delitto alla stessa stregua del " pubblico ufficiale esecutore del medesimo e non " già del minor titolo di falsità in atto pubblico " commessa da persona privata". (Cass.Pen.4-6-1923- In Repertorio Gen.Giur.It. 1923) " Non occorre avere la qualità di pubblico ufficiale per essere responsabile di correità in peculato commesso da al-

Teoricamente può dirsi, a sostegno di questa opinione, che se l'estraneo, per mancanza del requisito personale richiesto dalla norma che configura un reato proprio, non può ledere il particolare interesse che essa protegge, può d'altra parte benissimo dare opera a suscitare o agevolare la lesione di esso; onde è che: " se " l'estraneo non può essere punito come autore del rea- " to proprio, può invece punirsi come partecipe per la " realizzazione del medesimo qualora egli acceda alla " azione dell'intraneo, perchè in tal caso egli ha in- " franto il dovere di rispetto verso interessi giuridi- " camente tutelati. (1) "

" tri avente la suddetta qualità, bastando che tale " circostanze speciale, ancorchè faccia mutare il " titolo del reato, sia a conoscenza del correo nel " momento della sua attività delittuosa". (Cass.Pen. 22-11-1926. In Giustizia Penale 1928)

(1) Battiol: "Ordine": pag: 112

B) Un estraneo determina alla commissione di un rea_
to proprio un intraneo non imputabile o non punibile. In
siffatta ipotesi una parte della dottrina, ritiene esclu_
sa la compartecipazione e, d'altra parte, anche inammissi_
bile la qualità di autore mediato nell'estraneo perchè
un non qualificato non può commettere un reato proprio
nemmeno come autore mediato. L'estraneo rimarrebbe impu_
nito. Altri autori, invece, ritenendo l'intraneo uno stru_
mento nelle mani dell'estraneo, ammettono che quest'ulti_
mo possa rispondere del delictum proprium che ha fatto
commettere. Scrive il MANZINI (1): ".... L'individuo e
" fornito della qualità personale e non imputabile o
" non punibile è stato un mezzo posto in opera dal col_
" pevole per commettere quel fatto che lede o espone a
" pericolo il particolare interesse che la legge penale

---

(1) Manzini: II - Pag: 447. Vedi anche: Vannini: " Il Cod. Pen. Ill." Pag: 329 e 487.

" tutela, che costituisce perciò l'oggettività giuridica
" del reato e che quindi attribuisce al fatto quel ti-
" tolo delittuoso che gli proviene dalla qualità dello
" esecutore del fatto stesso, quantunque tale esecuto-
" re non sia imputabile o non sia punibile."

Qualora si consideri invece la presente ipotesi in base ai principii fin qui affermati, cadono tutti gli ostacoli per l'ammissibilità della compartecipazione. Tanto se l'intraneo non è imputabile perchè , ad esempio, infermo di mente, quanto se non è punibile, perchè ad esempio psichicamente coartato mediante una vis compulsiva che permetta di applicare l'ultimo capov dell'art. 54, sempre l'intraneo compie un fatto oggettivamente antigiuridico che presenta le caratteristiche di un reato proprio. L'estraneo, perciò, potrà essere punito come compartecipe: egli subirà la pena del reato proprio, aumentata, ad esempio fino ad un terzo nel

caso che abbia determinato un intraneo infermo di mente (art:111).

Così, per tener presente uno fra gli esempi tormentati della dottrina dell'autore mediato, colui che determina un pazzo a violentare la sorella (del pazzo) sarà punito non già come autore mediato dell'incesto commesso dal pazzo ma come compartecipe per determinazione. "Quindi, tanto nel caso in cui l'autore principale sia un " intraneo capace, come nel caso in cui egli sia un in- " traneo incapace, l'estraneo che partecipa al fat- " to dal primo compiuto è da punirsi a titolo di parte- " cipazione delittuosa anche quando egli ignori la con- " dizione o qualità personale del colpevole. (1) "

6) Va considerata in terzo luogo l'ipotesi che un intraneo voglia valersi di un estraneo per la commissio-

---

(1) Bettiol: "Ordine": pag: 113

ne di un reato proprio.

Si ritiene, in casi di questa specie, che l'intraneo debba essere punito quale autore mediato del reato proprio perpetrato valendosi di uno strumento doloso non qualificato (1). L'impossibilità, già ampiamente messa in luce, di equiparare un uomo ad uno strumento anche nei casi estremi della minore età o dell'infermità di mente è già valido argomento contro l'ammissibilità dell'autore mediato quando il presunto strumento è persona pienamente capace. Ed è forse necessario che io qui ripeta le critiche contro lo strumento doloso alle quali ho largamente accennato nella parte prima?

L'esame della presente ipotesi porta, però, alla negazione non solo della figura dell'autore mediato ma anche della compartecipazione in relazione ad un reato pro-

---

(1) Questa era anche l'opinione del Manzini nella Seconda Edizione 1926 del suo "Trattato": Vol.II Pag:329

Invero l'estraneo agente non può mai commettere un reato proprio perchè gli manca la particolare qualità personale richiesta dalla norma che tal reato ipotizza. Si pensi al caso di un padre snaturato che induca un terzo ad illeciti rapporti con sua figlia: potrà dirsi che il terzo commetta un incesto del quale l'immorale genitore debba rispondere la pena quale compartecipe per determinazione?

Giustamente scrive il BETTIOL (1): "....l'obbligo " di compiere o di astenersi da certe azioni, che il " legislatore impone a una determinata cerchia di per- " sone, non si estende alle persone che si trovano fuo- " ri della cerchia medesima. Gli estranei non possono nè " realizzare la fattispecie delittuosa e ledere l'inte- " resse protetto, nè operare colpevolmente, vale a dire

---

(1) Bettiol: "Ordin": pag: 114

" in opposizione all'imperativo giuridico.... L'estraneo
" non può mai realizzare la fattispecie di un delitto pro_
" prio e la sua azione non può conseguentemente servire
" di appoggio alla figura dell'autore mediato o a quella
" della partecipazione."

Quindi l'intraneo, che ha determinato un estraneo a com_
mettere un fatto che costituirebbe un reato proprio se lo
agente fosse fornito della necessaria qualificazione per_
sonale, non può essere nè autore mediato nè tampoco com_
partecipe per determinazione nel reato proprio: egli rispon_
derà come determinatore del reato che l'estraneo, come
tale, abbia eventualmente commesso o addirittura andrà
impunito se l'estraneo, perchè tale, non ha commesso al_
cun reato.

Senonchè può dare adito a dubbi il dettato dell'ar_
t.117: " Se, per le condizioni o le qualità personali
" del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e

" l'offeso, tutta il titolo del reato per taluno di colo_

" ro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono del_

" lo stesso reato."

In qual senso dev'essere qui intesa la volontà del le_

gislatore? Deve ritenersi che, per esempio, nel caso del_

la determinazione, se la qualità personale ~~che~~ esiste nel

determinatore e non nell'esecutore si possa tuttavia ave_

re un concorso in reato proprio?

Il SALTELLI e il ROMANO (1) distinguono le circostan_

ze soggettive essenziali del reato in due gruppi: da una

parte quelle 'proprie di taluno dei concorrenti o tali

"che gli altri concorrenti non avrebbero potuto commette_

" re il reato senza il concorso della circostanza essen_

" ziale che è propria di taluno fra essi" (per esempio

qualità di coniuge nell'adulterio); e dall'altra quel_

---

(1) Saltelli e Romano: op. cit. pag: 899 e segg. Art:117

le, ugualmente proprie, di taluno dei concorrenti, "ma " tali che gli altri concorrenti, anche senza di esse, " avrebbero potuto ugualmente commettere un reato" (esempio qualità di pubblico ufficiale nel peculato).Questa distinzione sembrerebbe atta ad aprire la via ad una risposta affermativa al quesito ora posto, ma da tutto il commento dell'art:117 e dagli esempi addotti, risulta invece che il SALTELLI e il ROCCO interpretano la norma in esame nel senso che solo la qualità personale esistente nell'autore principale riverbera sui compartecipi tutto il mutamento del titolo del reato, anche se essi tale qualità ignorano. Quindi nell'art:117 non si avrebbe che la disciplina legislativa del caso di cui sub A .

In ciò pienamente consento. Invero, se il dettato dell' art: 117 è generico, tuttavia i dubbi che esso genera sono facilmente superabili. Si tratta in so_

stanza di accertare se un reato proprio risulti commesso: e ciò non può dirsi quando nell'autore principale non siano presenti e l'azione commissiva e la qualificazione personale richiesta come elemento costitutivo del reato proprio di cui si tratta.

Si pensi ad un esempio molto comune: che, cioè, un pubblico ufficiale determini un estraneo ad appropriarsi di cose della pubblica amministrazione. Che si ~~rispenderà~~ abbia qui un peculatore certamente no: sia perchè l'estraneo agente, anche se in possesso di cose della pubblica amministrazione, tuttavia non le possiede "per ragione del suo ufficio o servizio" (art. 314 Cod.Pen.); sia perchè egli non lede quell'interesse particolare della pubblica amministrazione alla onesta gestione dei suoi beni da parte dei suoi funzionari, che è appunto l'interesse che caratterizza il peculato come "delitto del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione". (Sull'argomen-

to vedi: Delitala: "Il fatto": pag: 204-206.)

Onde a me pare che l'intraneo che determina l'estraneo non possa mai essere compartecipe in reato proprio: e ciò anche in relazione all'art:117.

D) Infine dovrebbe considerarsi l'ipotesi in cui un intraneo determina alla commissione di un reato proprio un estraneo non imputabile o non punibile. Ritengo, però di non dovermi soffermare su questa ipotesi perchè, essendo la condizione di non imputabile o di non punibile nell'estraneo secondaria difronte alla sua qualità di "estraneo", la soluzione di questo particolare aspetto del problema non può non essere analoga a quella della ipotesi prospettata sub C .

II) Non presenta particolari difficoltà l'esame critico del caso di autore mediato nei reati che richiedono un dolo specifico. Ricordo che, se chi agisce ha

la generica previsione e volontarietà dell'evento, ma non la particolare intenzione, il fine, lo scopo necessario per integrare un dato tipo di reato, lo si ritiene strumento doloso non intenzionale nelle mani di chi, avendo questo dolo specifico, lo abbia determinato alla commissione del reato. E quest'ultimo vien considerato autore mediato. (Vedi pagg: 63,64,65).

In siffatti casi non si può dubitare che debba aversi compartecipazione.

Il DELITALA ha dimostrato (1) che la particolare intenzione, lo scopo, ecc. non sono già elementi soggettivi del fatto, come alcuni autori credono, ma si riferiscono sempre al momento della colpevolezza. Cosicchè chi del dolo specifico, richiesto nella fattispecie astratta di un reato, risulti sprovvisto, può benis-

---

(1) Delitala: "Il fatto": pag: 125,126,127

simo compiere un fatto oggettivamente antigiuridico che perfettamente corrisponde alla parte oggettiv di esso. Con ciò è dato il presupposto fondamentale per l'ammissibilità del concorso e può esser punito come partecipe chi, avendo il dolo specifico, si sia reso colpevole di determinazione al reato, anche se l'autore principale debba andare impunito per mancanza della particolare intenzione, dello scopo, del fine particolarmente richiesti dalla legge.

III) Ho già scritto che solo alcuni autori ritengono si abbia la qualità di autore mediato quando il presunto strumento sia persona non punibile in virtù di qualità personali che la esimono da pena. (Es: Art: 649 C.P.) La prevalente dottrina (1), specie in Italia, non ha pe-

---

(1) Così ad esempio: Castori: op.cit. pag: 670 ; Maino: op. cit. pag: 224 N. 360 ; Nocito : op. cit. pag:387 ;

rò, mai negato che possa punirsi come partecipe chi, ad esempio, determina o coadiuva il figlio nel commettere il furto in danno di suo padre.

E' famoso l'insegnamento del Diritto Romano: " Si quis " uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve acco_ " modaverit, furti tenebitur. Sed etsi furtum cum ea " fecit, tenebitur furti cum ipsa non tenetur." (Di_ gesto " De furtis " fr. 52 pr. e § 1)

In relazione al vigente Codice, risulta espressa_ mente prevista la partecipazione psichica al reato di persona non punibile per qualità personali: il le_ gislatore l'ha severamente considerata in quanto san_ cisce per essa l'aumento della pena fino ad un terzo. (Art: 111). Alle altre forme di compartecipazione al reato del non punibile vanno applicate le comuni norme sul concorso.

CONCLUSIONE

I risultati della intera trattazione dell'autore mediato, a me pare possano essere così riassunti:

1°) E' da respingere la figura dell'autore mediato, si perchè fondata su presupposti inaccettabili, sia perchè apportatrice di gravi inconvenienti nei molteplici casi in cui ad essa si fa ricorso.

2°) La figura dell'autore mediato appare inutile quando la si rapporti alla nostra vigente legislazione penale. Invero in questa sono con scrupolosa minuzia disciplinati tutti i vari casi in cui eventuali lacune avrebbero potuto rendere necessaria la costruzione giuridica dell'autore mediato.

3°) Dall'esame, infine, delle norme del Codice si

può chiaramente rilevare il rigore della sistemazione giuridica. Invero, senza ibride figure intermedie, al reato avente un unico autore si contrappone il reato in cui più soggetti concorrono.

Ond'è che da quella che, in certi casi, potrebbe sembrare una semplice questione di terminologia, si assurge alla precisazione di una ineccepibile costruzione giuridica, che è senza dubbio pregio non ultimo dell'opera compiuta dal nostro legislatore.

I N D I C E

Introduzione .....Pag. I

Parte Prima

L'autore mediato nella dottrina penalistica tedesca

Cap.I - Come sorge il concetto dell'autore media_
to. .....Pag. 6

§ I Disciplina del concorso nel Cod.Penale
Tedesco. .....Pag. ivi

§II Il presupposto per l'instaurarsi di una
compartecipazione secondo il Cod.Pen.Ted.Pag. 7

§IIIConseguenze: la responsabilità a titolo
di autore mediato. ..... Pag. 10

§IV L'autore mediato nei Progetti di Riforma
del Codice Penale Tedesco. ..... Pag. 12

Cap.II- Precisazione del concetto di autore me_
diato. ..... Pag. 14

§ I -Tentativi di giustificazione. Defini_
zione. ..... Pag. ivi

§II Qualità di autore mediato nella "coadiuvazione" dello strumento. .....Pag. 21

§III Errore sui presupposti della qualità di autore mediato. .....Pag. 25

§IV Se l'attività dell'autore mediato possa configurarsi senz'altro come tentativo. .....Pag. 28

§ V Conseguenze della particolare struttura dell'autore mediato. .....Pag. 30

Cap.III-Casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato. .....Pag. 33

§ I Raggruppamento dei varii casi. .....Pag. ivi

§II L'autore mediato quando l'agente immediato è uno strumento meramente passivo.....Pag. 36

§III L'autore mediato quando l'agente immediato è uno strumento doloso. .....Pag. 52

§IV Limiti all'ammissibilità dell'autore mediato. .....Pag. 70

Parte Seconda

Negazione dell'autore mediato.

Cap.I - Critica della dottrina dell'autore mediato. .....Pag. 88

Cap.II- Il problema della natura accessoria del con_
corso criminoso. .....Pag. 108

§ I-Concetto della accessorietà della comparte_
cipazione. .....Pag. ivi

§II-Limiti che concettualmente possono darsi a
la accessorietà. .....Pag. 120

§III Quale forma di accessorietà risulti accol_
ta dal vigente Codice. .....Pag. 140

Cap.III-Esame critico dei casi in cui si ritiene e_
sistente la figura dell'autore mediato.....Pag. 153

§ I-Sguardo d'insieme sulle opinioni dei giuri_
sti italiani. .....Pag. ivi

§II-Negazione della possibilità di equiparare
l'uomo ad uno strumentp. .....Pag. 168

§III I casi di autore mediato caratterizzati da
lo strumento meramente passivo. .....Pag. 18

§IV-I casi di autore mediato caratterizzati da
lo strumento doloso. .....Pag. 248

Conclusione .....Pag. 265

==========

.....

Biblioteca III vol. fg. 311, 2 III

Leggere Griespiegel -

« L'inferno altro non è che la sofferenza
di chi non può amare ; e dagli uomini
meno odiosa comprendere questa verità.
Ecco la terra sarebbe il primo sabato
del paradiso » -

Dostojewski

P A R T I T O N A Z I O N A L E F A S C I S T A

Gruppo Universitario Fascista

B A R I

Al Fascista

...G. Favelli Michele...

...Bari...

Caro Camerata,

ti comunico che il giorno...20...alle ore...16...

sarà tenuto in questa sede il Convegno di...dottrina del fascismo...

...Caratteri generali economia corporativa...

Relatore:...Prof. Fossati...

Ti prego di non mancare.

IL SEGRETARIO DEL GUF

(Dr. Vito Brandonisio)

dott. Vito Brandonisio

PARTITO NAZIONALE FASCISTA

Gruppo Universitario Fascista

BARI

Al Fascista

Cifarelli ... Michele

M. D. Assegnato .. 3

Bari

Caro Camerata,

ti comunico che il giorno ..... 21 ..... alle ore 12

sarà tenuto in questa sede il Convegno di .. Dottrina del fascismo

La ... Riforma ... della ... Rappresentanza .....

Relatore: ..... Prof. ... De ... Pisa .....

Ti prego di non mancare.

IL SEGRETARIO DEL GUF

(Dr. Vito Brandonisio)

Dott. Vito Brandonisio

TESI DI LAUREA 1934

~~CONCORSO MAGISTRATURA 1938~~

Corrispondenza sulla Tesi
Petrocelli a MC dopo la laurea (1935)

34 Tesi 3

Bettiol

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI URBINO

Facoltà di Giurisprudenza

Urbino, 19/2-1954

Caro Cifarelli,

volentieri rispondo alla Sua
gentile lettera che ho trovato in Istituto al
mio ritorno dopo una lunga parentesi civile =
mese.

Non le consiglio di prendere in esame il
tema sull'ordine; è meglio che Lei svilupp uno
dei punti che maggiormente La interessano.
Gradirei non lasciare nulla sull'ordine ogni ordine
dell'autorità?; poi avrebbe molto a parlare della
legittima difesa. Ogni tema! Le consiglio che
scriva un ampio volume in materia, volume
che spiè anticipato per le Tesi in esame.
Anche il concetto del dovere di obbedienza merita
l'attenzione degli studiosi. Ogni giorno però, nel
campo del diritto amministrativo. È necessario
che Lei vada tutta quanta la bibliografia italiana

citato nel mio libro. Quelle straniere le più
spaventose, limitandomi a riportare le citazioni.

Gli esplosivi non si fanno due tanti come
una buona litigata. Non erano quelle i
fatti.

Ma del tanto che ho fatto finora
è quello dell'Ottone arrabbiato. A questa figura
ho accennato qua e là nei miei scritti, ma nella
vostra letteratura manca ancora una trattazione
completa. Le mancano persino particolari aspetti fisici
(peraltro di altre arrabbiati famosi quello dell'arrabbiato è uno
sviluppo? uno sviluppo che sono in grado? una persona
che assume di arrabbiati consapevolmente deve uno
fare? nel caso si possono riconoscere di più persone con uno
stesso proprio? nel caso si riconosce dell'ottone
l'illegittimo arrabbiante? Questi domande potrebbero
costituire almeno capitoli della tua tesi di laurea!
Se poi ti fa piacere di parlarne di persona scrivimi.

Ho letto pochissimo di Enzo Mandelli
Nicolò. Non sono poi così cattivo!

Cordialmente Tuo Piero

ASSOCIAZIONE NAZIONALE
PER GLI
INTERESSI DEL MEZZOGIORNO D'ITALIA
ENTE MORALE - R.D. 5 MARZO 1911, N. 218

00186 ROMA - VIA DI MONTE GIORDANO, 36 (PALAZZO TAVERNA)
TEL. 066833784 - FAX 0668300562

LIBRETTO UNIVERSITARIO



ASSOR



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

N. DI MATRICOLA 969 5

TESSERA DI RICONOSCIMENTO

del Sig. Cifarelli Michele

figlio di Domenico

nato a Bari

è stato immatricolato nella R. Università di BARI

al primo anno di corso della

Facoltà di Giurisprudenza

Firma dell'Immatricolato

MCifarelli

Il Direttore della Segreteria

Bizzarro

IL RETTORE

(Mariani Giuseppe)

ASSOR Archivio Storico della Repubblica

Bolli degli anni scolastici con la firma del Segretario del Ramo.



VARIAZIONI

L. & G. FAVIA – BARI

N. di matricola 969

6

R. Università degli Studi di Bari

Facoltà di GIURISPRUDENZA

LIBRETTO D'ISCRIZIONE

dello studente Cinarelli Michele

CRESSATI - BARI

ASSR

N. di matricola 969

R. Università degli Studi di Bari

Facoltà di MEDICINA e CHIRURGIA

GIURISPRUDENZA

LIBRETTO D'ISCRIZIONE

Lo studente Cifarelli Michele

figlio di Domenico nativo di Bari

Bari, 10 Ottobre 1920 - VIII -

IL RETTORE
(Vincenzo Chiappelli)

Firma dell'iscritto

Il Capo della Segreteria
(Giuseppe Quaranta)

Le indicazioni sopra richieste debbono essere completamente scritte dal Segretario, il quale curerà altresì che lo studente apponga la sua firma sul libretto.

ASSR

Lo studente D'Ambrosi Michele

ha superato l'esame di matematiche elementari

nel R. Liceo Ginnasio Orazio

di Bari nel mese di luglio 1930

Lo studente _____

proviene dall'Università di _____ dove ha

seguito _____ anni di corso _____

Università di Bari

(*) Cifarelli Michele

N. di matricola 969

(*) Anno scolastico 1930-31 (*) Anno di corso primo

	INDICAZIONE DEI CORSI	Numero della tassa scolastica	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1°	Istituz. e Storia del Dir. Romano		Maestro		[signature]	dal 23-9-930 Boll. N. 83
2°	Istituzioni di Dir. Privato		Maestro		[signature]	dal 23-9-930 Boll. N. 684
3°	Economia Politica		Fragapane		[signature]	dal [illegible] Boll. N. [illegible]
4°	Statistica		Reposi		[signature]	dal [illegible] Boll. N. [illegible]
5°	Filosofia del Diritto		Barillari		[signature]	dal [illegible] Boll. N. [illegible]
6°	Diritto costituzionale		Barillari		[signature]	dal [illegible] Boll. N. [illegible]
7°	Diritto e procedura penale		De Marsico		[signature]	dal [illegible] Boll. N. [illegible]
8°	[signature]					
9°						
10°						
1°						
2°						
3°						
4°						
5°						
6°						
7°						

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

Tassa d'immatricolazione . . .	L. 300	
Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata	» 75,—	
2. rata	» 75,—	
Idem	» 150,—	
Tassa d'iscrizione - 1. rata . . .	» 131,50	
Idem 2. rata . . .	» 131,50	
Idem 3. rata . . .	» 131,50	
Idem 4. rata . . .	» 131,50	
Sopratassa per gli esami di laurea . . .	» 75,—	Boll. N. del
Tassa di laurea	» 300,—	Boll. N. del

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti dal Segretario. Ciascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. Gli esami, dopo i corsi obbligatori e liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde evitare che si aggiungano ulteriormente altri corsi. L'attestazione di pagamento o di dispensa dalle tasse deve essere fatta dal Segretario.

Università di Bari

(*) Gifarelli Michele

N. di matricola 969

(*) Anno scolastico 1921-22 (*) Anno di corso Secondo

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

	INDICAZIONE DEI CORSI	Numero delle settimane	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1°	Dir. e Procedura penale					
2°	Diritto Internazionale					
3°	Diritto Ecclesiastico					
4°	Dir. Amministrativo					
5°	Dir. Romano					
6°	Dir. Civile					
7°	Storia del Dir. Ital.					
8°	Scienza delle Finanze					
9°	Medicina legale					
10°	Diritto Commerciale					
1°						
2°						
3°						
4°						
5°						
6°						
7°						

Tasse scolastiche			
Sopratassa per gli esami di profitto	1. rata		
	2. rata		
	idem		
Tassa d'iscrizione	1. rata	+ 187,50	Ricev. N. 434 del 11. VII. 921
	idem 2. rata	+ 187,50	Ricev. N. 110 del 11. XI. 921
	idem 3. rata	+ 187,50	Ricev. N. 193 del 23. I. 922
	idem 4. rata	+ 187,50	Ricev. N. del 23. I. 922
Sopratassa per gli esami di laurea		+ 75,—	Ricev. N. del
Tassa di laurea		+ 300,—	Ricev. N. del

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti dal Segretario.

Clascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. Immediatamente dopo i corsi obbligatori e liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde evitare che si aggiungano ulteriormente altri corsi. L'attestazione di pagamento o di dispensa dalle tasse deve essere fatta dal Segretario.

Università di Bari

(*) Rafaelli Michele

N. di matricola 769

(*) Anno scolastico 1932-33 (*) Anno di corso 4°

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti.

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esame, a qualunque titolo siano impartiti.

INDICAZIONE DEI CORSI	Numero delle ore settimanali	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1° Diritto Romano	6	Della Rocca		[illegible]	del 3-11-1932 Boll. N. 9350
2° " Civile	4	Grassani		[illegible]	del 3-11-1932 Boll. N. 9342
3° " Romano	2	Della Monaca		[illegible]	del 16-11-1932 Boll. N. 9355
4° Storia del Dir. Italiano	2	Monti		[illegible]	del 16-11-1932 Boll. N. 9343
5° Procedura Pen.	2	Bettiani		[illegible]	del 16-11-1932 Boll. N. 9359
6°					del Boll. N.
7°					del Boll. N.
8°					del Boll. N.
9°					del Boll. N.
10°					del Boll. N.
1°					del Boll. N.
2°					del Boll. N.
3°					del Boll. N.
4°					del Boll. N.
5°					del Boll. N.
6°					del Boll. N.
7°					del Boll. N.

Tassa di immatricolazione . . . . . L. 24
Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata . L. 75
idem 2. rata . . . L. 75
Tassa d'iscrizione - 1. rata . . . . L. 187,50
idem 2. rata . . . . L. 187,50
idem 3. rata . . . . L. 187,50
idem 4. rata . . . . L. 187,50
Sopratasse per gli esami di laurea . . . L. 75,—
Tassa di laurea . . . . . L. 300,—

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti dal Segretario. Ciascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. Immediatamente dopo i corsi obbligatori e liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde evitare che si aggiungano ulteriormente altri corsi. L'attestazione di pagamento o di dispensa dalle tasse deve essere fatta dal Segretario.

Università di Bari

(*) Cifarelli Michele

N. di matricola 969

(*) Anno scolastico 1933-34 (*) Anno di corso quarto

N.	INDICAZIONE DEI CORSI	Firma dello studente	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1	~~Diritto fallim. e~~					
2	Diritto corporativo e Legislaz. del Lavoro		De Semo			dal 24-11-933 Boll. N.
3	Diritto dell'aviazione civile		Jannuzzi			dal 4-3-934 Boll. N.
4	Diritto amm. fin. e sc.		Stella Maranca			dal 14-11-933 Boll. N.
5						dal 30-1-934 Boll. N.
6						dal 3-5-934 Boll. N.
7						dal 30-6-934 Boll. N.
8						dal 10-7-934 Boll. N.
9						dal 10-7-934 Boll. N.
10						
1						
2	Diritto fallimentare	Nisio -				
3						
4						
5						
6						
7						

Soprattassa per gli esami di profitto - 1. rata . . . . . = 187,50
idem 2. rata . . . . . = 187,50
Tassa d'iscrizione - 1. rata . . . . . = 187,50
idem 2. rata . . . . . = 187,50
idem 3. rata . . . . . = 187,50
idem 4. rata . . . . . = 187,50
Soprattassa per gli esami di laurea . . . . . = 75,—
Tassa di laurea . . . . . = 300,—

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esame, a qualunque titolo siano impartiti).

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti dal Segretario. Ciascun corso deve essere segnato in una linea a cominciare dalla prima. Immediatamente dopo i corsi obbligatori e liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde evitare che si aggiungano ulteriormente altri corsi. L'attestazione di pagamento o di dispensa dalle tasse deve essere fatta dal Segretario.

Università di _____ N. di matricola _____

(*) _____ (*) *Anno scolastico* _____ (*) *Anno di corso* _____

INDICAZIONE DEI CORSI	Numero delle ore settimanali	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1°					
2°					
3°					
4°					
5°					
6°					
7°					
8°					
9°					
10°					
1°					
2°					
3°					
4°					
5°					
6°					
7°					

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano impartiti).

Tassa d'immatricolazione . . . . L. 300 — Bull. N. ____ del ____
Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata . » 75 — Bull. N. ____ del ____
idem 2. rata . » 75 — Bull. N. ____ del ____
Tasse d'iscrizione - 1. rata . . . » 187,50 Bull. N. ____ del ____
idem 2. rata . . . » 187,50 Bull. N. ____ del ____
idem 3. rata . . . » 187,50 Bull. N. ____ del ____
idem 4. rata . . . » 187,50 Bull. N. ____ del ____
Sopratassa per gli esami di laurea . . » 75,— Bull. N. ____ del ____
Tasse di laurea . . . . . » 300,— Bull. N. ____ del ____

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti dal Segretario.
Ciascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. Immediatamente dopo i corsi obbligatori e liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde evitare che si aggiungano ulteriormente altri corsi. L'attestazione di pagamento o di dispensa dalle tasse deve essere fatta dal Segretario.

INDICAZIONE DEGLI ESAMI	DATA	ESITO	FIRMA DEL PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE
Storia del diritto italiano	27. VI. 33	trenta e Lode	
Medicina legale	8 - VII - 33	trenta e lode	
Diritto e procedura penale	22. X. 1933	trenta e lode	
Diritto amministrativo	9. XI. 1933	trenta	
Diritto romano	15. VI. 34	trenta e lode	
Diritto processuale civile	26. V. 1934	trenta e lode	
Diritto Costituzionale	26. VI. 34	trenta e Lode	
Istituzioni e Storia del Diritto Romano		trenta e Lode	
Statistica		ventitrè	
Economia Politica		trenta	
		trenta e Lode	

INDICAZIONE DEGLI ESAMI	DATA	ESITO	FIRMA DEL PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE
Istituzioni di Diritto Civile		trenta	
Filosofia del Diritto		trenta e lode	
Diritto Commerciale		trenta e lode	
Diritto Internazionale		trenta e lode	
Diritto ecclesiastico		trenta e lode	
Scienza delle Finanze		trenta e lode	

001/3

TESSERE DEL G.U.F.



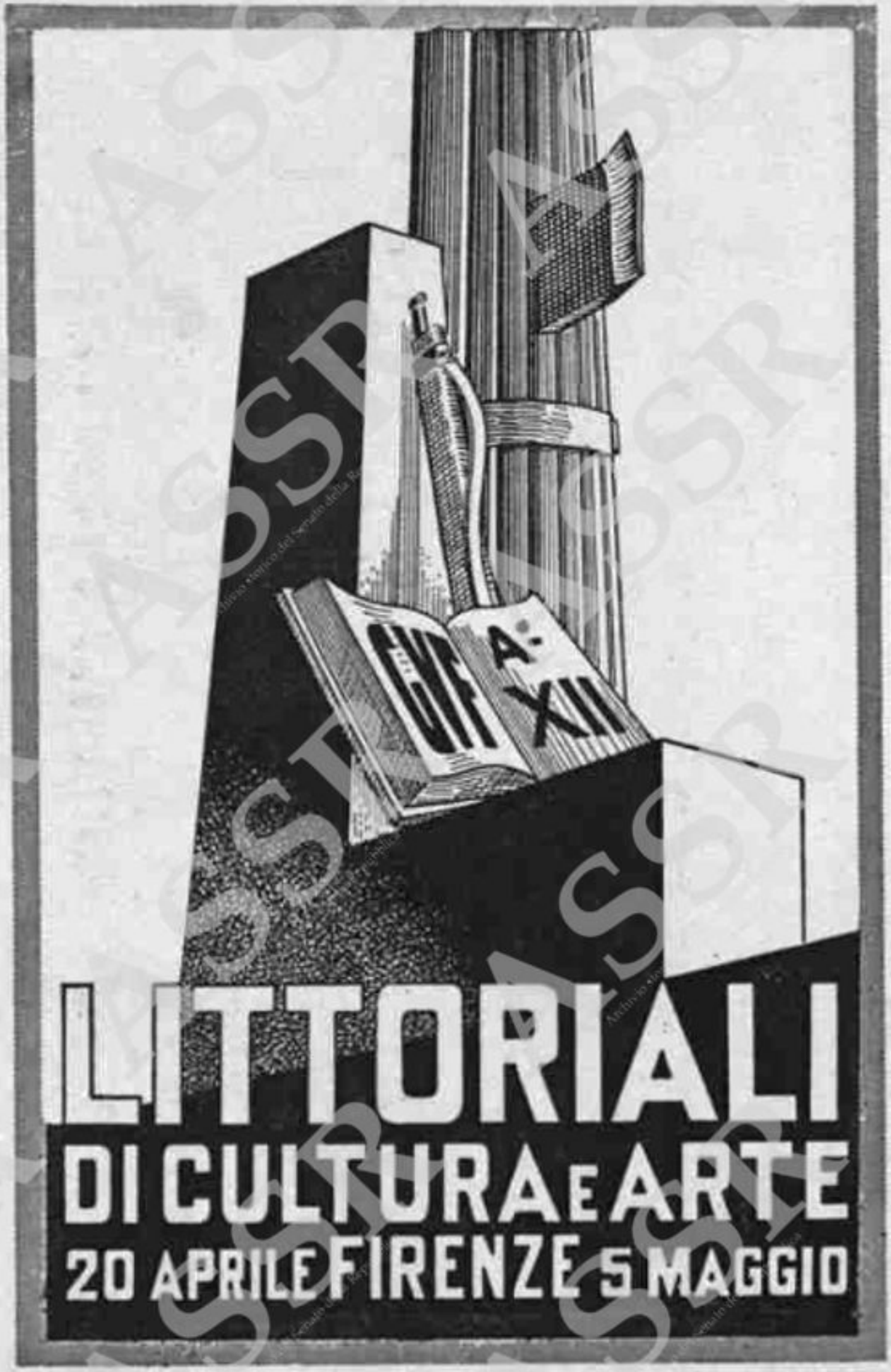
30049 *



G. U. F. di BARI

Il Segretario del Gruppo

Il Sig. Cifarelli
Michele
Domenico
abitante in Bari
S. Orsola 3
studente della facoltà di Legge
è iscritto
al G. U. F. dal 4-11-30
al P. N. F. dal
ai F. G. C. dal 4-11-30


E.A. XII
LITTORIALI
DI CULTURA E ARTE
20 APRILE FIRENZE 5 MAGGIO

LITTORIALI DELLA CULTURA E DELL'ARTE

20 APRILE — FIRENZE — 5 MAGGIO

TESSERA

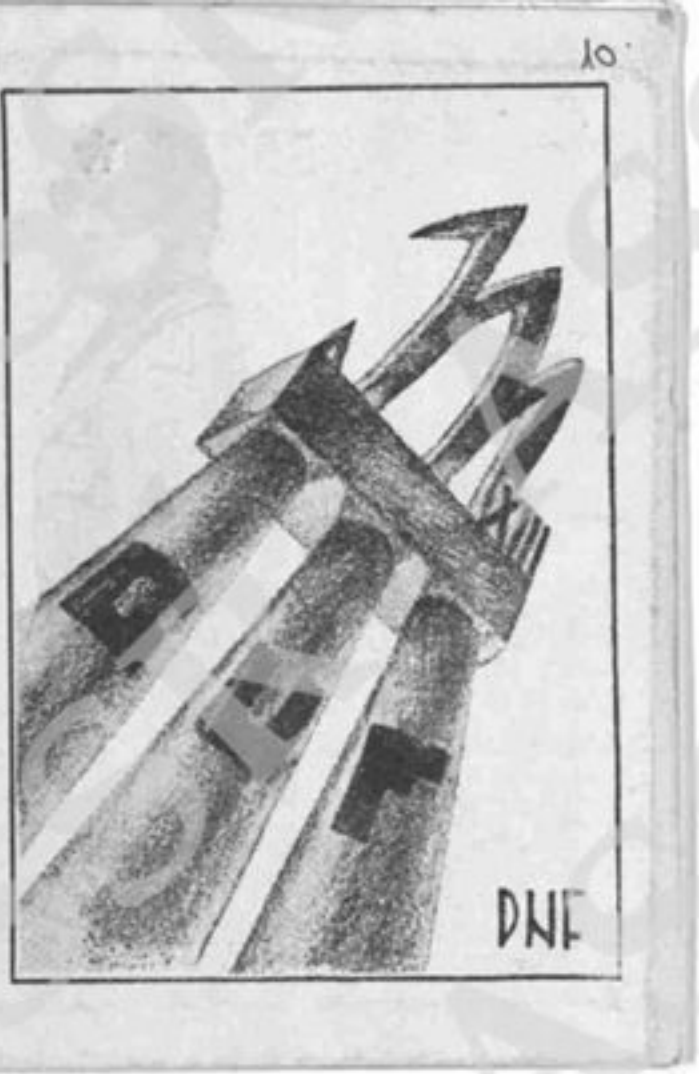
rilasciata all'Universitario Fascista

Cifarelli Michele

del Guf di Bari

iscritto al

IL COMITATO



TESSERA N. 55350

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA - PARTITO NAZIONALE FASCISTA

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di Bari

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante Bari

M. D'Azeglio 1

studente della facoltà di

Lavoro

è iscritto al G.U.F. dal 4-11-20

è iscritto al P.N.F. dal

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

NOV.	DIC.	GEN.
FEB.	MAR.	APR.
MAG.	GIU.	LUG.
AGO.	SETT.	OTT.

FRATELLI PALOMBI - ROMA



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

TESSERA N. 61694

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI

Ciafarelli

Michele

di Domenico

abitante Bari

Via M. Dazeglio 3

studente della facoltà di

Laureato

è iscritto al G.U.F. dal 4-11-30

è iscritto al P.N.F. dal

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

NOV.	DIC.	GEN.
FEB.	MAR.	APR.
MAG.	GIU.	LUG.
AGO.	SETT.	OTT.

ANNO XIV

FRATELLI PALOMBI - ROMA

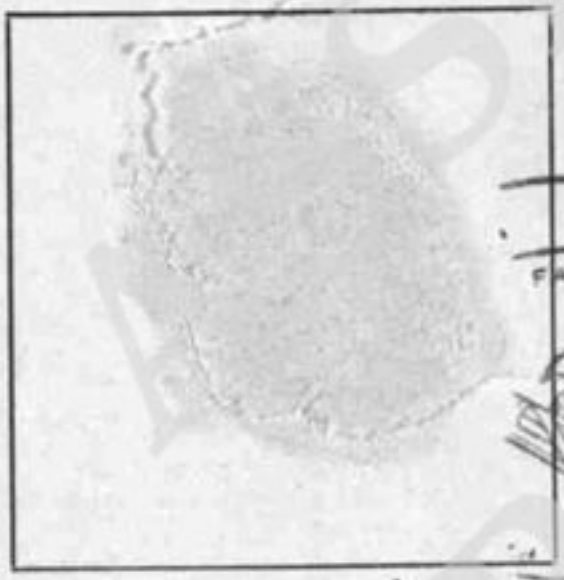
ANNO XV

12



III DELL'IMPERO

TESSERA N. 2739



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI

CIFARELLI

MICHELE

di Domenico

abitante Bari

Via D'Azeglio 3

studente della facoltà di

Laureato

è iscritto al G.U.F. dal 4-II-930

è iscritto al P.N.F. dal

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

ANNO XV



Nº 255404

FASCIO DI COMBATTIMENTO (89

DI 13

"Nel nome di Dio e dell'Italia giuro di eseguire gli ordini del Duce e di servire con tutte le mie forze e, se è necessario, col mio sangue, la causa della Rivoluzione Fascista".

IL FASCISTA

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante D'Azeglio 3

di professione Dottore in legge

è iscritto al Partito dal giorno 24

Maggio 1935

IL SEGRETARIO POLITICO
DEL FASCIO DI COMBATTIMENTO

PARTITO NAZIONALE FASCISTA • FEDERAZIONE DI BARI

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

STAB. POLIGRAFICI I.S. DE "IL RESTO DEL CARLINO" - BOLOGNA

GRUPPO UNIVERSITARIO ASSOCIATO

16



54818 *



FASCISTI - BARI

BARI

G. U. F. di .....

Il Segretario del Gruppo

.....

Il Sig. Cibarelli .....

Michele .....

di Domenico .....

abitante in Bari .....

d'Azeglio 3 .....

studente della facoltà di .....

Giurisprudenza .....

è iscritto

al G. U. F. dal 4-11-20

al P. N. F. dal .....

al F. G. C. dal .....

NOVEMBRE	DICEMBRE	GENNAIO
FEBBRAIO	MARZO	APRILE
MAGGIO	GIUGNO	LUGLIO
AGOSTO	SETTEMBRE	OTTOBRE

F.LLI PALOMBI - ROMA

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

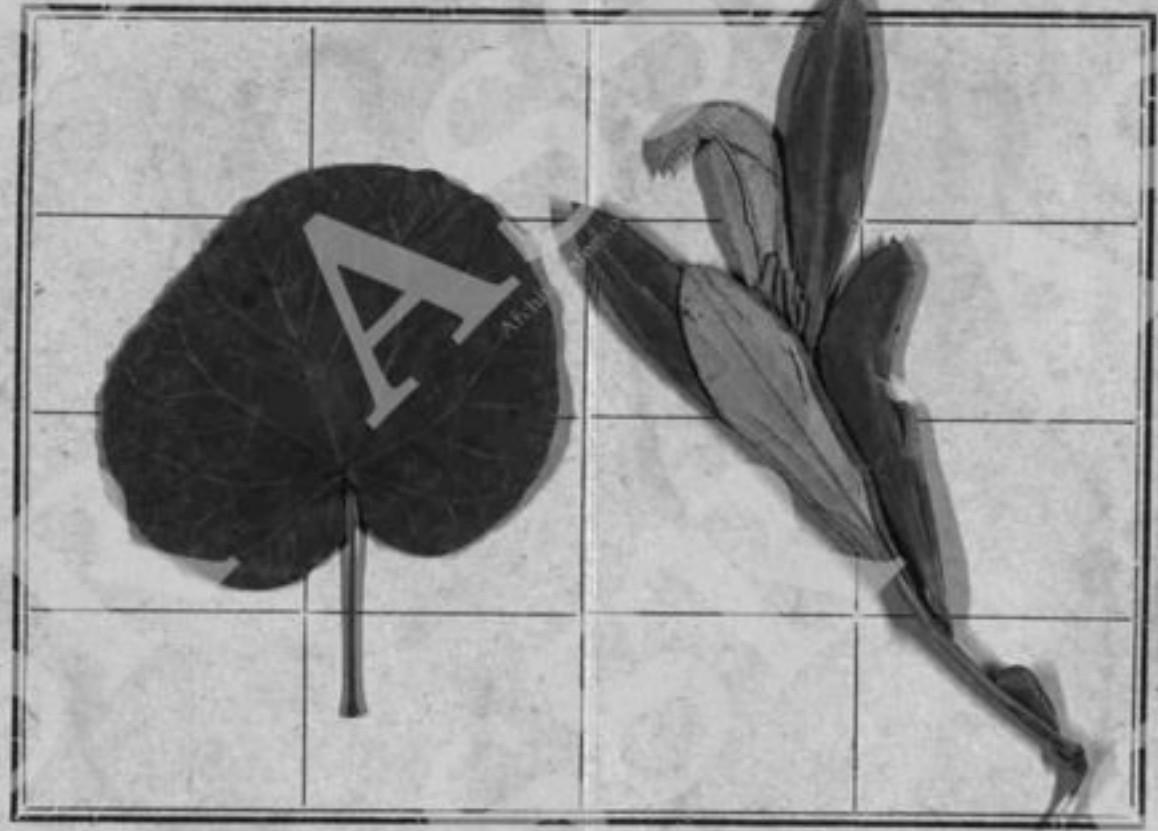


TESSERA Nº 86484



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI



TESSERA N° 86484



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI

Cifarelli

Michele

di Domenico

e di Ottomano Elvira

abitante Bari

studente della facoltà di

diplomato in

laureato in Legge

iscritto { al G.U.F. dal 11-11-930

al P.N.F. dal

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

C.U.F. ANNO X·VII

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

STAB. POLIGRAFICI EDITORIALI "IL RESTO DEL CARLINO" - BOLOGNA

16

CUF

A XVI

PNF



TESSERA N° 2195



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante Bari

Via D'Azeglio 3

studente della facoltà di

diplomato in

laureato in Legge

è iscritto al G.U.F. dal 4. 11. 30

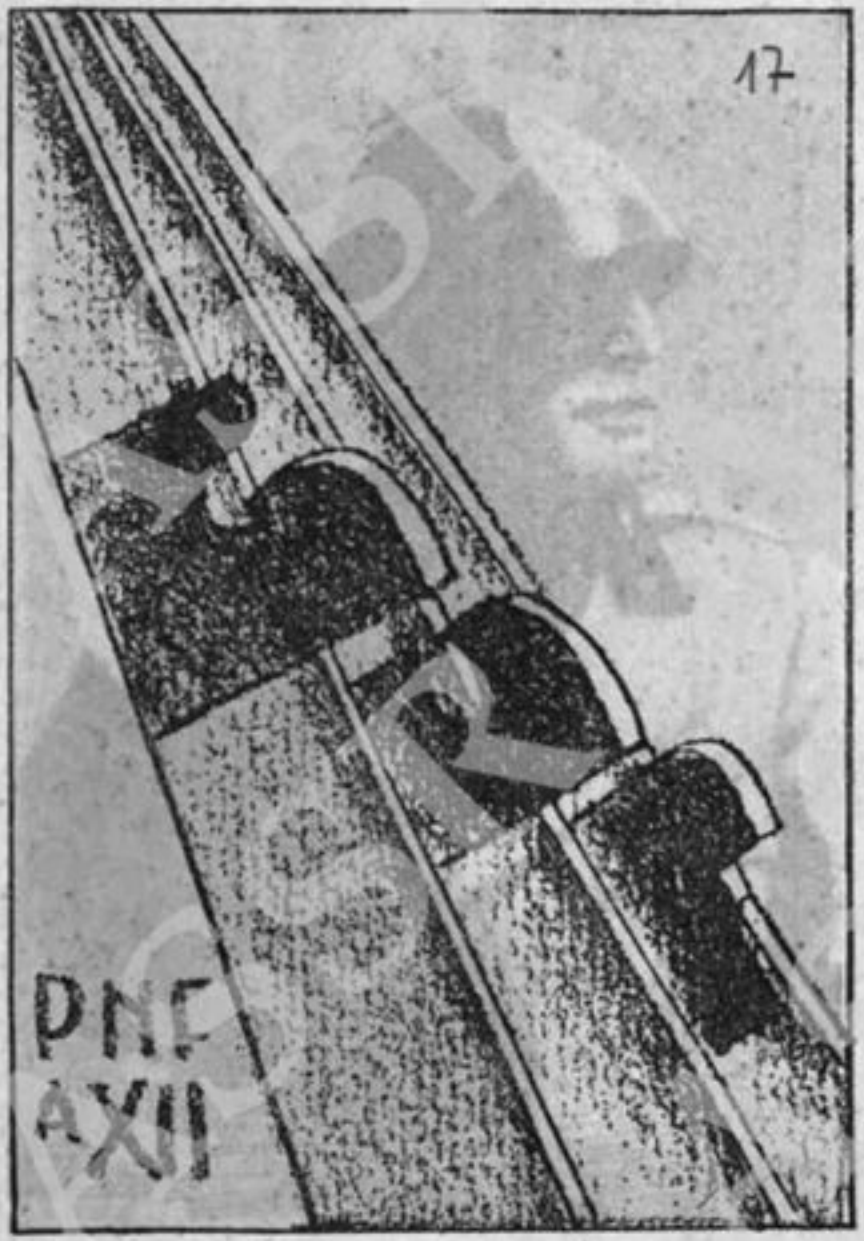
è iscritto al P.N.F. dal 24. 5. 35

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA
G.U.F. ANNO XII

STAB. POLIGRAFICO [illegible] BOLOGNA



TESSERA N. 54745 *



GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di BARI

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante in Bari

Via D'Azeglio 3

studente della facoltà di

legge

è iscritto { al G.U.F. dal 4-11-30

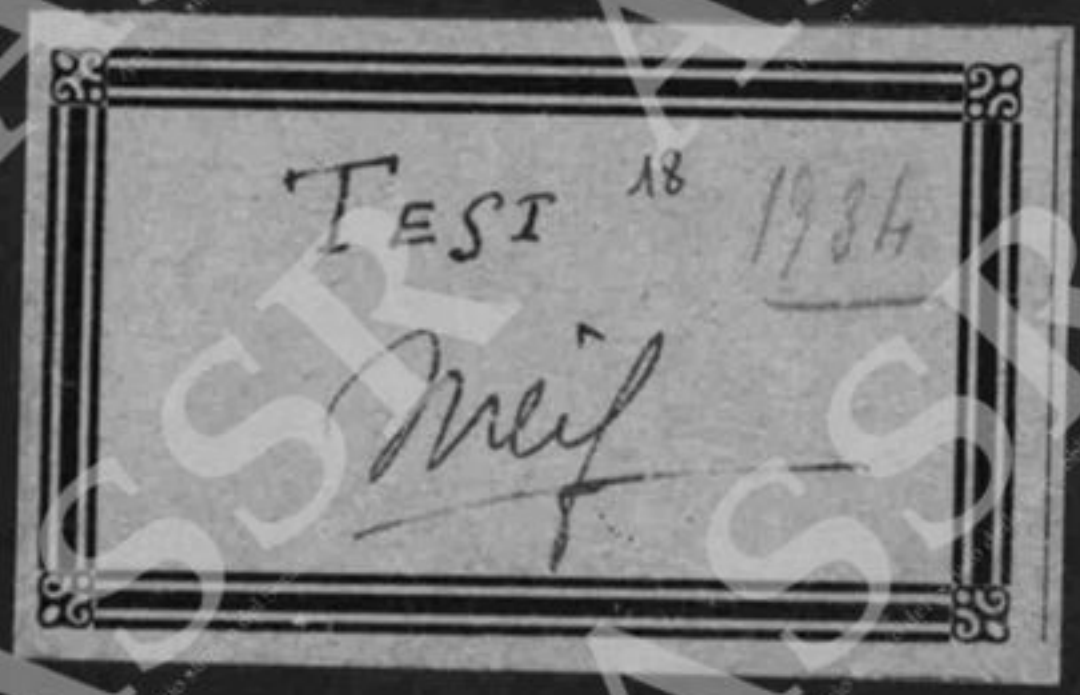
al P.N.F. dal .....

Il Segretario del Gruppo

NOVEMBRE	DICEMBRE	GENNAIO
FEBBRAIO	MARZO	APRILE
MAGGIO	GIUGNO	LUGLIO
AGOSTO	SETTEMBRE	OTTOBRE

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

FRATELLI PALOMBI·ROMA


Tesi 18
1934
Meif

pag. 61 -

Elementi del reato
- essenziali
  - presupposti + elem. costitutivi + condizioni del reato + condizioni di punibilità (es. querela)
  - accidentali: circostanze
- + presupposti generali
  - esistenza del fatto
  - " della sanzione
- + presupposti speciali es. legittima -

pag. 65

Elementi costitutivi
- Volontà criminosa
- Condotta criminosa (fatto)
- Evento dannoso o pericoloso -
- Nesso causale -

pag. 70-71 -
pag. 81, 82, 83 -; 89-90 -

« L'evento, ossia la violazione del bene ed interesse « giuridico protetto dalla norma penale, non deve « potere in nessuna guisa giuridicamente giustificato, « ogni causa che eccezionalmente agisca la produ « zione dell'evento, costituisce elemento negativo del « reato. » ——— (Vannini: Fatto e ... pag.)

Codice Penale art. 54
Codice Francese art. 64

Castori 22-T-25

Ricordare l'art. 266 -
Istigazione di militare

Negli scritti in merito di Ug. Conti,
vien sull'agente provocatore ol.
Le Rubrij

— L'autore mediato nel Diritto Penale —

1°) Cenni generali sulla partecipazione -

2°) ~~Dottrina~~ generale dell'autore mediato.

3°) L'Autore mediato quando la persona che immediatamente agisce è uno strumento innocentemente passivo.

4°) L'autore mediato quando la persona che immediatamente agisce è uno strumento dolso.

5°) Conclusione -

3° [illegible]

Mare 42 40
25 50
12,50 50
86,50 50
4
346,50

Codice
Vedere i seguenti articoli
302 ; 303 ; 328 ;
414 ; 415 ; 531 ; 532 ;
568 ; 580 ; 624 ;
601 ; 553 ; 556

La teoria economica e le corporazioni –

Sul metodo della scienza economica – febbraio 1933 –
Majer: Leggi cattive di teoria e metodologia economica
Catania 1934 –

Demaria: Le basi logiche dell'economia dinamica nel primo ventennio del "Riv. internazionale di Scienze Sociali" 1934

G. Bettiol

"L'ordine dell'autorità" nel diritto penale –

I

1°) Le norme generali sulla partecipazione di più persone al medesimo reato sono norme complementari estensive: è opinione comune che le singole fattispecie delittuose possano di regola realizzarsi da colui che si trovasse con questa realizzazione in un rapporto causale (es. omicida – chi colpisce la vittima col fuoco. Non è tale chi porge l'arma: quest'azione ha importanza causale in relazione al fatto delittuoso ma non ricentra nella zona dell'illecito segnata rigidamente dalla norma principale" non commettere reato").

2°) L'agente di chi porge l'arma pel misfatto assume una rilevanza giuridico penale in virtù delle norme sulla compartecipazione. Dice il Venzini che queste norme "fanno assurgere a fatto penalmente illecito un fatto che tale non potrebbe considerarsi in base alla sola norma principale perché qualitativamente e quantitativamente differente da quello definito nella norma principale stessa". Il Majer, a designare le norme sulla partecipazione parla appunto di "Strafausdehnungsgründe = fondamenti della estensione della pena".

3°) Perché vengano applicate le norme sulla partecipazione è necessario che sia la norma principale sia violata perché l'illiceità della

azione del partecipe è subordinata all'illiceità dell'azione dell'autore principale. Non è più ripetibile per altre partecipazioni un fatto non disapprovato dal diritto. Se il fatto principale è lecito deve esserlo "a fortiori" l'attività delle persone che partecipano alla sua produzione.

b) Ma non basta. La dottrina prevalente in Italia e in Germania richiede che l'autore principale abbia realizzato l'evento colpevolmente. Se manca un'azione principale illecita e colpevole non può ammettersi una partecipazione.

(Questa opinione dovrebbe essere sostenuta da coloro che seguono una concezione imperativistica del diritto; ma è anche seguita da alcuni fra coloro che separano l'illiceità di un comportamento dalla colpevolezza del medesimo e ricongiungono l'esistenza di un torto punibile.)

II

5) Scrive il Zahn: "L'autore mediato riempie le forme della partecipazione, la partecipazione quelle che presenta la qualità di autore."

Il Binding categoricamente afferma... "nulla di più in fatto si vuole attribuire all'autore d'oggi l'antico requisito della azione compiuta con le proprie mani". È una qualità "mediata" d'autore in contrasto con quella immediata. Che l'autore per la realizzazione della propria volontà d'autore si possa servire di uno strumento umano cosciente o incosciente è innegabile; questo autore mediato esige categoricamente l'obbligo rispondimento...

6) Vi sono casi in cui a configurare e quindi punire un determinato comportamento non basta la chiara gravidanza della partecipazione. Allora sorregge nella dottrina la figura dell'autore mediato.

Si fa ricorso a questa finzione per stabilire un titolo di responsabilità a carico di determinati soggetti in due ordini di casi:

a) quando la persona che immediatamente agisce sia un minore, un incapace, un soggetto che versa in errore.

b) quando la persona che immediatamente agisce non abbia una qualità personale considerata dalla legge come presupposto di un reato ("reati propri") o manchi di una particolare intenzione necessaria ad integrare il tipo di un reato (es: reati intenzionali che richiedono il dolo specifico).

7) Nei casi sub a) la persona che immediatamente agisce deve considerarsi come uno strumento meramente passivo; nei casi sub b) deve considerarsi come uno strumento doloso. (Es.: Tizio, pubblico ufficiale, istiga Caio a commettere un reato proprio - Tizio istiga Caio ad impossessarsi di una cosa mobile altrui senza fine di trarne profitto. In ambedue i casi Tizio è autore mediato; Caio strumento doloso/non doloso/)

3) Innanzi tutto la questione verte sugli "Strumenti dolosi". Il Hegenheimer distingue uno "strumento doloso privo di intenzione" quando fa all'agente difetto l'intenzione richiesta dalla legge e uno "strumento doloso privo di qualificazione" quando manca la particolare qualità personale.

Il Warbenfeld si oppone alla equiparazione di individui penalmente capaci a semplici strumenti dolosi. Questi individui agiscono con coscienza e libertà e determinano spontaneamente il corso degli avvenimenti. L'uomo può essere considerato strumento solo quando cessi di esistere come persona per divenire una cosa interamente posta nelle mani altrui (così nel caso del minore o dell'incapace). Rifugna invece alla coscienza giuridica moderna considerare come strumenti delle persone che liberamente agiscono: i presunti "strumenti dolosi" quando accettano liberamente l'incarico delittuoso spezzano il nesso causale tra l'autore mediato e l'evento e divengono essi o signori del nesso medesimo: la catena causale si deve, invero, ritenere irreparabilmente spezzata quando tra l'azione di un soggetto e l'evento si inserisce la dolosa attività di una terza persona. Non esiste quindi ammissibile l'autore mediato con strumento doloso. Il titolo giuridico della responsabilità del preteso autore mediato è invece quello della partecipazione nella forma dell'istigazione.

L'Antolisei segue l'opposizione del Warbenfeld alla figura dello strumento doloso: "quando l'uomo che serve di strumento alla volontà altrui agisce liberamente e consapevolmente la dottrina dominante ritiene che egli non possa considerarsi come mezzo: egli è una delle persone concorrenti nel reato, ne è e risponde sotto l'una o l'altra delle figure previste nelle apposite disposizioni di legge. ..

Il Delino si schiera contro la figura dello strumento doloso.
a) egli ritiene l'ipotesi che ritiene spezzato il nesso causale per la libera accettazione dell'incarico delittuoso da parte dell'istigato
b) se non si può ricorrere all'autore mediato con strumento doloso, non si può nemmeno ricorrere allo schema della partecipazione quando si tratta della perpetrazione di un reato istantaneo. Che chi s'impossessa di una cosa mobile altrui senza fare di trarne profitto: - autore immediato; ma che altro non compie se non spingere il primo alla contravvenzione - autore mediato per realizzare la fattispecie del furto. Fatti devono quindi andare prosciolti.) Non è vero, infatti, che il non soggetto non può essere considerato autore di un fatto determinato debba essere ritenuto partecipe nella realizzazione del fatto medesimo, e viceversa. Si cadrebbe in un circolo vizioso: non si dimostra come dalla qualità di partecipe si passi a quella di autore e come da quella di autore si passi a quella di partecipe.

lo Schmidt si oppone alla affermazione del Wachenfeld che non siano concepibili gli strumenti dolosi. Egli afferma che non si tratta di "strumenti dolosi", bensì di semplici strumenti come mezzi su cui egli può parzialmente manifestare. Infatti nel concetto di dolo non basta la previsione e la volontarietà dell'evento (concezione psicologica) ma occorre anche la contrarietà tra la volontà del soggetto agente e la norma che lo obbligava ad agire diversamente (concezione normativa). Se per es. nell'agente agente manca la determinata qualità richiesta dalla legge, non è possibile parlare di realizzazione dolosa perché la norma che vieta quel comportamento non è stata violata. Se non c'è uno strumento doloso, conclude lo Schmidt, cade la obiezione del Wachenfeld ed è applicabile in tutti i casi la figura dell'autore mediato.

9) Lo Schmidt ammette che tutti i reati possano essere mediatamente realizzati. Anche i reati di pura attività nei quali il legislatore dà particolare rilievo alle caratteristiche dell'agire umano. Su ciò lo Schmidt va contro l'opinione comune la quale ritiene che i reati di pura attività siano reati formali (per es. certi reati contro il buon costume e l'ordine della famiglia) non possano essere mediatamente realizzati. Per sostenere la sua larga ammissibilità dell'autore mediato lo Schmidt interpreta le singole fattispecie delittuose alla luce della dottrina dell'illecito materiale e sostiene che al legislatore più che le caratteristiche e le modalità dell'agire umano interessa il danno sociale che dalla perpetrazione di un reato si può verificare. Il legislatore dispone le fattispecie per esprimere giudizi di valore sulla lesione di interessi giuridicamente protetti. Su base a questa interpretazione normativa della fattispecie egli considera autore immediato o mediato di un reato ogni soggetto nel cui fare può essere riferita la tipica lesione di un interesse, anche se il suo agire non si adegua perfettamente ad un tipo astratto di reato. (È, per es., autore mediato del delitto di incesto chi abbia spinto un estraneo a commettere la donna della sorella il fatto previsto dall'art. 564 C.P.)

Critica del Bettiol all'opinione dello Schmidt sulla larga ammissibilità dell'autore mediato. Se si segue il pensiero dello Schmidt si giunge ad un frantumamento delle singole fattispecie delittuose con l'accordare al giudice un potere discrezionale troppo ampio quanto all'apprezzare comportamenti umani rispetto agli astratti modelli di legge. È giusto affermare che al legislatore preme che siano evitati perturbamenti della vita in comune: proprio al fine di evitare questi danni sociali egli istituisce come reati quelle azioni od omissioni che normalmente li cagionano. Ma con ciò toglie al giudice ogni facoltà di prendere in considerazione l'antisocialità di una condotta non

ma che non si adegua perfettamente a un tipo legale, perché altrimenti si violerebbe la mania il principio cardine: "nullum crimen sine lege". b) Al legislatore preme l'evento. È vero. Non siamo di avviso che esso abbia una parte preponderante nel campo penale. Ma nei reati formali il legislatore prende in considerazione l'azione, in quanto non può essere considerata autore, chi pure meritato un soggetto che non spieghi l'attività particolarmente sfavorita dalla legge. c) La costruzione dello Schmidt è destinata a naufragare perché rappresenta un tentativo di sfuggire il principio "nullum crimen sine lege" in base alla dottrina dell'illecito materiale. d) Il Bettiol accoglie le osservazioni dello Schmidt quanto agli strumenti dolosi.

IV

Esaminiamo la questione del concorso di più persone nei reati propri, considerando il caso particolare che alcuni concorrenti rivestano la qualità richiesta dalla legge (intranei) mentre altri ne siano privi (estranei).

Un primo problema: Esistono i cosiddetti "reati misti", che potrebbero essere commessi da soggetti tanto forniti quanto sprovvisti della particolare qualità richiesta dalla legge? Esempio tipico: appropriazione indebita e peculato. Il fatto in entrambe le ipotesi sarebbe identico mentre varierebbe unicamente la sua denominazione giuridica. Senonché: a) Oggetto specifico dei due reati è diverso. b) la qualità particolare richiesta dalla legge è un elemento che sta fuori del reato, ma ne è parte costitutiva. Se difetta manca anche il fatto così come è ipotizzato dalla norma penale. c) Il Delitala nulla che se identico è in un certo senso l'azione, diverso è senza dubbio l'evento, perché la appropriazione indebita è semplicemente lesione di un interesse patrimoniale privato, mentre nel peculato, accanto a questa lesione, ne vi è un'altra in base alla quale lo si annovera tra i delitti contro la pubblica amministrazione. d) Inoltre il Delitala afferma che a norme penali diverse non possono corrispondere se non fatti penali diversi, perché è inconcepibile che un fatto identico sia contemporaneamente previsto da due norme.

La categoria dei reati misti non ha dunque ragione di esistere; o ci troviamo di fronte a un reato proprio, o di fronte a un reato comune la cui realizzazione è per il pubblico ufficiale aggravata penalmente. —

Un estraneo non può commettere un delitto proprio perché gli manca la particolare qualità richiesta dalla legge quale una causa rappresenta un ostacolo alla lesione dell'interesse dalla medesima protetto.

Contemporaneamente l'estraneo deve astenersi da ogni azione che possa indirettamente condurre alla lesione di quel particolare

se interesse perché ~~esso può~~ - come si Maghe dice - il bene o interesse giuridico può esser leso dall'estraneo a non principalmente almeno secondariamente realizzando una condizione favorevole alla lesione o al pericolo di lesione del bene o interesse tutelato. Se l'estraneo non può essere punito come autore del reato proprio, può invece punirsi come partecipe per la realizzazione del medesimo qualora egli: accede all'azione dell'intraneo, per chè in tal caso egli ha infranto il dovere di rispetto verso interessi giuridicamente tutelati. Questa è dottrina dominante.

Un secondo problema: L'intraneo, autore principale di un reato proprio, è un soggetto incapace. Si afferma (per es.: Pisapia) che in questa ipotesi non può applicarsi la figura dell'autore mediato perché un estraneo non può mai considerarsi autore, ma pure mediato, di un reato proprio. L'estraneo in questo caso ~~non~~ non risponderebbe a un precetto morale e non ha violato alcun precetto giuridico: e deve andare impunito. --- Battiol: Anche in questo caso si rispecchia l'errata soluzione che viene data normalmente al problema della natura accessoria della partecipazione. Qualora però si faccia dipendere la punibilità della partecipazione dalla esistenza di un'azione principale oggettivamente illecita, l'estraneo che partecipa al fatto compiuto da un intraneo incapace deve essere punito a titolo di partecipazione. L'azione dell'incapace ~~può~~ deve essere presunta sotto la figura tipica di un reato proprio ed è illecita perché lede un interesse penalmente protetto. Se l'estraneo non può essere chiamato a rispondere come autore mediato, è giusto però punirlo come partecipe perché di fronte ad una diversa relazione causale con la lesione di un interesse protetto.

Quindi tanto con intraneo capace quanto con intraneo incapace, l'estraneo che partecipa al fatto del primo compiuto va punito come partecipe anche quando ignori la condizione o qualità personale del colpevole.

Un terzo problema: Un intraneo può perpetrare un delitto proprio per mezzo di un soggetto estraneo. a) Alcuni autori ammettono che l'intraneo debba rispondere come autore mediato perché una sua impunità contrasterebbe con il principio che vuole punita ogni lesione di un interesse penalmente protetto. Ragione formale tipica. b) Lista-Schmidt e Hippel dicono essere uno dei casi tipici dell'autore mediato quando un intraneo sfrutta un estraneo, capace o incapace che sia, e realizzare la fattispecie di un reato proprio. --- Battiol ritiene che la soluzione del problema sia diversa: perché l'obbligo di compiere o di astenersi da certe azioni, che il legislatore impone a una determinata cerchia di persone non si estende alle persone che si trovano fuori della cerchia medesima. Gli estranei non possono né realizzare la fattispecie delittuosa e ledere l'interesse pro-

tello, né operare colpevolmente, così in opposizione all'ordinamento giuridico. La lesione di un interesse che non trovi la sua espressione in un fatto tipico non può considerarsi penalmente rilevante e non può radicare alcuna responsabilità neppure come autore mediato. L'estraneo non può mai realizzare un delitto proprio e la sua azione non può basare né responsabilità come autore mediato né come partecipe. L'estraneo deve andare impunito tra che l'estraneo abbia agito colpevolmente o incolpevolmente.

II) L'autore mediato in relazione all'esecuzione dell'ordine illegittimo.

Il problema che si presenta è quello del titolo giuridico della responsabilità del superiore che ha impartito un ordine illegittimo. Risponde egli come partecipe, come autore ~~principale~~ immediato o come autore mediato?

Il problema si bipartisce:

I) Il superiore ha emanato un ordine che per il subordinato non è vincolante. "Ordine illegittimo non non vincolante". Questo caso non presenta alcuna difficoltà di soluzione: si tratta di una forma di partecipazione pura e semplice. L'inferiore risponde come autore, il superiore come partecipe principale del fatto commesso. Non c'è opposizione alcuna tra la nozione di partecipazione e quella di ordine.

Secondo una teoria (per es.: Bettiol) tra partecipazione ed esecuzione di un ordine illegittimo il criterio distintivo dovrebbe ricercarsi nell'elemento soggettivo che avviene i soggetti operanti: nella partecipazione la volontà dell'istigato è libera di accettare l'istigazione delittuosa, nell'ordine la volontà del subordinato è invece necessitata a conformarsi a quella del superiore in virtù del vincolo di obbedienza. Per il Bettiol questa teoria è errata: l'ordine impartito dal superiore all'inferiore non altera l'elemento soggettivo della partecipazione che si instaura tra i due soggetti. Il nostro codice quando parla del concorso di più persone ad un reato non fa alcuna menzione della loro posizione reciproca o dei mezzi usati dall'istigatore per spingere l'istigato al delitto, dei quali invece fa menzione espressamente il Codice Penale Tedesco. Sempre che ci siano due soggetti a perpetrare un reato esiste tra loro partecipazione, purché si configuri no l'elemento soggettivo e quello oggettivo necessari per dar vita alla medesima. Non è di ostacolo un rapporto di subordinazione per il quale è uno dei due soggetti è tenuto normalmente ad eseguire i comandi dell'altro. Alla partecipazione è essenziale che alla realizzazione dell'evento lesivo intraprenda dell'autore principale escuda consapevolmente l'azione del partecipe per agevolare o favorire la realizzazione medesima. Ora, se il superiore tende con la emanazione dell'ordine alla perpetra-

stesso di un reato, la sua azione ha in sé l'efficacia di sfuggire all'subordinato all'esecuzione del reato stesso. L'azione del subordinato, non coperta dal dovere di obbedienza perché la legge gli accordava il fondamento sulla legittimità anche intrinseca dello ordine, è un'azione illecita la quale produce una modificazione del mondo esteriore che il diritto non tollera favorevolmente. Di questo avviso risfondono subordinato e superiore: il primo è un autore, il secondo come partecipe principale. Tale soluzione del problema rende anche possibile l'applicazione dell'aggravante prevista dall'art. 112 N° 3. —

Su questa soluzione concorda la maggior parte degli scrittori.

II) Non è facile il problema della responsabilità del superiore nel caso in cui l'ordine sia per l'inferiore innocente. Il subordinato in questo caso non risponde perché l'ufficio sarebbe per lo meno assai arduo una pretesa punitiva quando l'ordinamento giuridico gli fa imposto di agire secondo l'ordine ricevuto.

(Per il Battaglini l'ordine è: "l'esecuzione dell'ordine illegittimo innocente costituisce una circostanza di liceità per l'azione del subordinato. L'azione dell'inferiore che realizza il contenuto dell'ordine è lecita perché essa è richiesta dall'ordinamento giuridico come particolare dovere. L'esecuzione dell'ordine si risolve così ad un principio informatore della circostanza di liceità: l'adempimento di un dovere imposto dal diritto non può essere illecito perché una contraddizione in seno al diritto non è concepibile. La norma che impone al subordinato il dovere di obbedienza rappresenta un'eccezione alla norma che tutela l'interesse violato dall'azione del subordinato: l'azione di costui non può considerarsi illecita in quanto «la regola giuridica che incrimina genericamente il fatto da lui commesso non ha, in questo caso, alcuna efficacia» [Delitala]")

Ma in base a quale titolo sarà il superiore chiamato a rispondere?

Il Manzini, riferendosi anche al caso dell'ordine illegittimo innocente, scrive: "si tratta pertanto di imputabilità e responsabilità diretta e principale di un reato commesso col mezzo di un'altra persona. Il pubblico ufficiale è punibile sia quando l'inferiore ha eseguito da pena, sia allorché costui viene condannato per avere eseguito l'ordine senza delitto, applicandosi in quest'ultimo caso la norma concernente la imputabilità e la responsabilità del mandante. ..."

L'opinione comune, nel caso dell'ordine illegittimo innocente, ritiene il superiore responsabile come autore mediato dell'evento illegittimo realizzato dall'inferiore.

Accolgono questa tesi tanto coloro che ritengono essere l'ordine illegittimo innocente una circostanza di liceità, quanto coloro che ritengono trattarsi invece di una circostanza di colpevolezza. (Es. Battaglini).

Il Battaglini, anzi, si vale questa questione del titolo di responsabilità del superiore come autore mediato per sostenere e confermare la sua tesi essere l'ordine una circostanza di esclusione della colpevolezza. Come si potrebbe ricondurre la qualità di autore mediato di un fatto realizzato direttamente dall'autore immediato? Solo se l'autore immediato, cioè il subordinato, commette un'azione illecita sebbene, per mancanza di dolo, non colpevole (dottrina dell'ordine come esclusione della colpevolezza), può ritenersi a rispondere il superiore in qualità di autore mediato. — Esaminiamo il problema.

In tutti i casi precedentemente prospettati di responsabilità a titolo di autore mediato l'azione del soggetto che immediatamente agisce ha carattere illecito. E, invero, soliamo applicare la figura dell'autore mediato al superiore che ha impartito un ordine illegittimo; giustamente dobbiamo ammettere la possibilità che una fattispecie delittuosa venga mediatamente realizzata da un soggetto per mezzo di un'azione lecita altrui. (L'azione del subordinato secondo l'opinione del Battaglini è lecita).

Molti autori negano che si possa parlare di autore mediato quando l'azione dell'autore immediato è giuridicamente lecita (per es. Hegler).

Il von Ammon supera implicitamente questo ostacolo. Egli ritiene possa parlarsi di autore mediato sempre che all'azione oggettiva dell'autore immediato manchi un personale substrato volontario, di modo che l'azione non possa venire direttamente riferita a colui che alla sua estrinsecazione ha dato causa. Questo substrato volontario, questa personale responsabilità dell'azione fa difetto non solo quando il soggetto immediato agisce non dolosamente, ma anche quando egli è giuridicamente obbligato ad agire in virtù di un ordine giurisdizionale. È questo (dell'ordine) un caso tipico di responsabilità a titolo d'autore mediato, il quale deve collocarsi insieme ai tradizionali perchè comune in ciò: principio ispiratore. Non viene così richiesta la mancanza di dolo nel soggetto che agisce immediatamente (ciò che postulano un'azione illecita sebbene non colpevole) perchè la natura giuridica dell'azione può venire presa in considerazione.

Lo Hegler ha tentato un'ampia dimostrazione della possibilità di considerare la figura dell'autore mediato anche quando l'azione dell'autore immediato sia giuridicamente lecita. (Lo scrittore non si fece il problema quanto all'ordine perchè lo comprende una circostanza di esclusione della colpevolezza.) Lo Hegler prende le mosse da un pensiero che, a suo avviso, deve stare alla base non solo della dottrina dell'autore mediato ma anche di tutta la dottrina della partecipazione e del problema dell'interruzione del nesso causale, pensiero che ha una importanza sempre che si tratti di valutare l'efficienza di un comportamento quando più persone concorrono alla pro-

frazione di un reato. Esso si concreta nel "prevalere della prevalenza" (Uebergewicht) di un soggetto su di un altro in riferimento alla realizzazione di una fattispecie delittuosa. Questa prevalenza può verificarsi non solo nel campo della colpevolezza ma pure in quello dell'illecità: una persona può essere considerata autrice mediata di un fatto delittuoso perché esplica realtà ciò che è decisivo a determinare la colpevolezza o la illiceità del fatto. ~~Sui reati internazionali~~

Esempi: 1°) Nei reati internazionali il momento decisivo per la sussistenza della illiceità è dato dalla particolare intenzione presente in colui che ha spinto altri al fatto, la quale intenzione fa sì che egli si trovi in una situazione di prevalenza nei confronti del soggetto che agisce senza dolo specifico. 2°) Nei reati propri che riveste la qualità richiesta dalla legge è autore mediato perché egli, non è estraneo che immediatamente agisca, decide della illiceità del fatto consumato. 3°) Nel caso in cui Tizio, che ha sempre avuto odio per Sempronio, istiga Caio ad ucciderlo con un coltello affermando Sempronio in istato di legittima difesa lo minaccia: l'azione di Sempronio è lecita, ma Tizio deve rispondere come autore mediato dell'uccisione di Caio. –

Nei casi contemplati si trovano per colui che ha dato causa al fatto di fronte ad un'azione tipica e illecita (!) (ed ha posto una condizione per la perpetrazione di un reato senza che a suo favore operi una circostanza di liceità) mentre l'azione della "Mittelsperson" non è illecita perché giustificata da una particolare circostanza (legittima difesa) o perché essa non realizza completamente una fattispecie delittuosa per mancanza di una intenzione o di una qualità personale espressamente richiesta. L'autore mediato è raffigurabile addirittura quando l'azione dell'autore immediato è lo stesso azione tipica, in quanto non si adegua in tutti i suoi estremi a un tipo astratto di reato.

Il Knoller estende la teoria della prevalenza nel caso che l'azione della Mittelsperson debba essere considerata come parte integrante dell'azione del dante causa. – Si giunge così a negare la qualifica di azione ad un volontario movimento muscolare del perché esso non ha rilevanza giuridica mettendosi nella corrente Binding che nega qualsiasi significato a concetti naturalistici nel campo del diritto penale. È sempre inteso distinguere le due azioni perché ha naturalisticamente sia giuridicamente è ingiusto voler amalgamare due fenomeni che, sebbene condizionati, sono realmente distinti.

Il Bettiol ritiene che la teoria dello Hegler valga solo a complicare la questione dell'autore mediato. Gli esempi addotti rivelano la loro fragilità. Nel 1° la prevalenza non esiste; il dante causa non decide della illiceità dell'evento perché la particolare intenzione richiesta dalla legge non è un elemento da cui dipende l'illiceità di un fatto, ma solo la colpevolezza del medesimo. Il fatto con

punto è oggettivamente un fatto disapprovato dall'ordinamento giuridico, ma non può ritenersi un fatto colposo a meno che l'animo dell'autore la particolare intenzione richiesta dalla Legge. L'autore immediato compie azione illecita ma non colposa; si rebbe applicabile la tradizionale figura dell'autore mediato. "Per dare poi di un fatto imperfettamente realizzato dal soggetto che agisce immediatamente, una tale battuta da fondare la responsabilità come autore mediato, è assumere un principio del tutto insostenibile perché in irreducibile contrasto con quello enunciato nell'art. 1 del C.P. ... Nell'esempio N.2 al fatto compiuto dall'estraneo manca non solo l'illiceità, ma anche la qualifica di fatto, in relazione al tipo di un reato proprio; l'estraneo non può aversi responsabilità né come autore immediato né come autore mediato. Nell'esempio 3° Tizio non può essere chiamato a rispondere come autore mediato dell'omissione di Caio, ma deve rispondere solo di istigazione a tentato omicidio. Perché Tizio ha realmente voluto e ragionato è la violenza ingiusta su danno di Sempronio, non la volontà di Caio che, nella desiderata, giace fuori dell'efficienza causale dell'atto di istigazione indirizzato a far sorgere in Caio la decisione di agire ingiustamente fino in fondo.

Il Bruns ha criticato la dottrina della Hegler. Dice: Il principio della fatalmente non può essere accettato perché non si tratta di una partecipazione di più persone a un delitto, ma unicamente della questione se è stata posta una condizione per la realizzazione di un delitto. Se l'azione però non è illecita, l'illiceità causazione di essa non può essere fornita una causazione di un'azione illecita.

Il Bettiol riconosce a questo autore di ritenere possibile la partecipazione ad un'azione illecita non del tutto tipica quando si tratta di elementi soggettivi dell'illiceità. Invero in Dir. Pen. la tipicità del fatto è il primo costituente della figura del reato.

Se fare alla soluzione negativa che dà al problema dell'autore mediato il Bettiol ritiene che il titolo giuridico di responsabilità del superiore nel caso di ordine illegittimo vincolante, sia quello della partecipazione. "Il superiore che ha impartito l'ordine illegittimo, qualora l'ordine sia stato eseguito e la sua esecuzione iniziata, risponde come partecipe principale del fatto eseguito dall'inferiore." (così il Van Calker, il Birkmeyer e lo Eichmann sebbene partano da premesse diverse.)

V

Conclusione del Bettiol:

Il vizio principale che investe la figura dell'autore mediato consiste nell'opera essa una finzione giuridica vietata per colmare la presunta lacuna dell'istituto della partecipazione. Gli stessi autori i quali ammettono questa forma di responsabilità ebbe

loro come sia meglio abbandonare la dimostrazione di autore mediato perché essa fuorvia dar luogo a fraintendimenti, parlando di "qualità d'autore". Perché con la prima espressione si potrebbe l'esistenza di un autore immediato e tale non può essere la persona che agisce come uno strumento.

"È caratteristica di questa forma di responsabilità - osserva Bolling - la circostanza che la persona del presunto autore immediato cessa di esistere come tale e in certo qual modo si immedesima con la persona del dante causa, il quale è autore del reato compiuto."

II) "La più grave obiezione contro la dottrina dell'autore mediato riguarda il fatto che essa considera una persona umana come mero strumento nelle mani di un'altra ed identifica così l'energia che scaturisce dal suo operare alla stessa stregua della energia che deriva da una forza bruta qualunque."

Si dà così per dimostrata una verità che ha bisogno di dimostrazione. Invero, si può ritenere che i movimenti puramente riflessi non siano azioni suscettibili di valutazione giuridica, ma da questa constatazione non può concludersi che le azioni degli incapaci siano giuridicamente nulle, significando affermare un principio che non è contenuto nelle premesse, se il diritto consta di imperativi che si dirigono alla volontà dei coscienti, non è detto ancora che le azioni dei soggetti incapaci a determinarsi secondo l'imperativo della norma siano già

giuridicamente irrilevanti, perché l'imperatività della norma precede quello valutativo, cui soggiacciono anche le azioni delle persone incapaci. Il legislatore esprime degli imperativi come mezzo ad evitare la realizzazione di eventi socialmente dannosi. Gli elementi di una rigida concezione imperativistica non si ravvisano tra l'evento dannoso cagionato da una persona umana sia pure incapace e quello prodotto da una forza cieca, per cui il Rocco scrive che mentre l'azione del soggetto incapace è tale realmente dal carattere e come unità psichica della persona della personalità, come autonoma forza di pensiero, di discernimento e di volontà, e di una personalità voluta alla difesa giuridica della vita sociale, l'altra (quella della persona incapace) attesta soltanto l'esistenza di una causa fisica (e non già psichica) di danni verso la società né più né meno che il morso velenoso dell'animale, la rovina di una frana, la caduta di un fulmine, lo straripamento di un torrente, non sono soltanto danni, ma stanno lì ad attestare permanenti cause di danni individuali e sociali."

Noi riteniamo invece che diversa sia la caratteristica dell'azione di forze bruta dall'operare di forze umane, sia pure non coscienti: basta pensare alle conseguenze giuridiche che trae seco l'azione compiuta da un soggetto incapace (minore di età, ecc.) mentre nessuna reazione di carattere giuridico

è concepibile contro l'evento cagionato da una forza irresistibile.
L'esistenza di un torto doloso è oggi generalmente riconosciuta dalla dottrina, anche da quella che ammette la figura dell'autore mediato e nega il carattere di azione all'operare di un soggetto incapace, mentre soffre in base all'ammissibilità di una illiceità dolosa si ritiene facilmente della figura dell'autore mediato che dà luogo a complicazioni inutili ..."

III) La questione dell'autore mediato è fortemente collegata con quella della natura accessoria della partecipazione delittuosa: si postula assiomaticamente che ad ammettere la schema della partecipazione sia necessaria la presenza di un'azione principale illecita e colpevole. Alcuni scrittori, anzi, giungono a richiedere un'azione principale punibile in concreto. Se, quindi, manca la colpevolezza o la punibilità dell'azione principale non si ravvisa anche il fondamento medesimo della partecipazione e, per ottenere all'inconveniente di mandare assolto il partecipe, si sforza la realtà delle cose per considerarlo autore mediato del reato compiuto. " Soluzione erronea: la partecipazione richiede la presenza di un'azione oggettivamente illecita dell'autore principale, perché (art. 119 C. P.) "le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che concorsero nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono ... La figura dell'autore mediato viene così a perdere la sua ragion d'essere e l'istituto della partecipazione riacquista la sfera di applicazione che gli compete in base allo spirito della legislazione e in base ad un'alta ragione di giustizia, perché è con la finzione dell'autore mediato (delittuale) nella ipotesi di partecipazione principale si può giungere a risultati eccettabili, in quanto l'atto del correo è, di per sé, causalmente efficiente, quando si tratti, per contro, di partecipazione secondaria, o si è costretti a lasciare che il complice vada impunito, ovvero si è costretti a sostenere che il complice di un soggetto non imputabile deve rispondere del reato come se fosse il vero autore principale, nonostante che la sua azione, in sé considerata, non possa ritenersi causa, efficiente o adeguata, del reato commesso ". —

IV) Ma si può giungere ad un'ulteriore conclusione. Abbiamo detto che la partecipazione richiede la presenza di un'azione oggettivamente illecita dell'autore principale. Ma l'azione non ha, nel Dir. Pen., una rilevanza giuridica in sé e per sé: essa acquista questa rilevanza, positiva o negativa, solo dallo stato che il soggetto attivo la cagionato. L'evento è il fulcro del diritto penale in quanto normalmente il legislatore descrive e vieta fattispecie degli eventi che persone umane realizzano con le proprie azioni. (Es: l'omicidio può essere realizzato in molti modi. La legge non stabilisce particolari modalità per l'azione che produce la morte di un uomo, salvo che essa si riferisca ad un

menti di aggravamento o di attenuazione.) Se l'evento è illecito l'azione è illecita, se lecito, lecita: il carattere giuridico penale di un'azione è quindi il risultato di un giudizio a posteriori (così ritiene anche lo Zimmerl). Non basta, come da alcuno si opina, una semplice tendenza all'evento per qualificare illecita l'azione, perché si verrebbe con ciò ad attribuire alla causa giuridico-penale ad azioni che debbono considerarsi giuridicamente indifferenti. Le azioni meramente preparatorie sfuggono, invero, ad ogni valutazione per la loro equivocità, perché non si può sapere se delle medesime scaturiranno per l'aggregato sociale eventi dannosi piuttosto che utili.

Per la partecipazione il carattere giuridico delle azioni di fatto non entra in considerazione: "Il legislatore può addirittura comandare l'azione dell'autore principale e considerare tuttavia illecito l'evento cagionato. La partecipazione deve ritenersi punibile perché l'evento corrisponda ad una situazione giuridicamente riprovevole ifatti in una fattispecie delittuosa. Quando si afferma che la partecipazione è condizionata dalla presenza di un'azione oggettivamente illecita dell'autore principale non si deve quindi aver presente il volontario movimento muscolare nel quale l'azione si fortifica, ma la modificazione nel mondo esteriore, che ne scaturisce. Può darsi quindi che l'azione dell'autore principale sia lecita perché rientrata dall'ordinamento giuridico, anche se tuttavia venga meno la possibilità di ammettere il concorso di più persone in un reato: questo è proprio il caso che si verifica nell'omissione di un ordine illegittimo vincolante.

Dokt. von Höpfner –
(Gottingen).

Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft.

Zeit. Bd. 22 pag. 205-217.

Die nachfolgenden Zeilen wollen nicht sämtliche Zweifelsfragen, zu denen die Lehre von der mittelbaren Thäterschaft Anlaß gibt, zur Sprache bringen. Beabsichtigt ist vielmehr nur eine kurze Erörterung der Streitfrage, ob mittelbare Thäterschaft begrifflich bei allen Verbrechensarten möglich ist, oder ob der Begriff mancher Verbrechen die Begehung durch eine Hilfsperson ausschließt.

Eine verbreitete Meinung nimmt das letztere an, und zwar in ziemlich weitem Umfange. So hält Olshausen mittelbare Thäterschaft überall da für ausgeschlossen, „wo der intellektuelle Urheber den Tatbestand nicht selbst unmittelbar ausführen konnte, d. h. bei den „delicta propria", insofern die erforderlichen Eigenschaften oder Verhältnisse bei jenem nicht vorliegen, wie z. B. die Eigenschaft des Täters als Mannsperson bei dem Verbrechen der Blutschändung, oder als Beamten bei den Amtsdelikten, bezw. das Verhältniß des Täters zu der verhandelten Rechtssache als Partei oder Zeuge bei den Meineidsdelikten."

Frank vertritt die Ansicht, daß mittelbare Täterschaft auf seiten solcher Personen, die unmittelbare Täter nicht sein könnten, da unmöglich sei, wo ~~nur~~ unmittelbare Täterschaft aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen sei, wie bei den Amtsdelikten, hingegen da nicht, wo nur physische, insbesondere im Geschlecht begründete Umstände der unmittelbaren Täterschaft entgegenstünden, und zwar deshalb, weil die ihnen und ihre hindernde Kraft für beide Geschlechter dieselbe sei.

Auf wieder einem anderen Standpunkt steht Hugo Meyer. Er beantwortet die Frage, ob die Möglichkeit einer mittelbaren Verübung bei allen Deliktsarten vorliege, oder ob dieselbe nicht da eine Ausnahme erlide, wo vom Gesetze eine bestimmte Art des persönlichen Verhaltens verlangt werde, wie z. B. bei Meineid und den Sittlichkeitsdelikten, dahin, daß letzteres vom allgemeinen Standpunkt in größerem Umfange zu bejahen wäre, vom geltenden

Recht aber nur in Beziehung auf den Meineid bejaht werde. Dieser Ansicht steht jedenfalls entgegen, daß es mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes als gewiß angesehen werden kann, daß bei Aufstellung des § 160 Cod. Pen. die Ansicht maßgebend war, daß ohne besondere Bestimmung hier keine strafbare Handlung, also mittelbare Täterschaft des Meineids nicht angenommen werden könne, nicht hingegen die Meinung daß das Gesetz ohne solche nötigen würde, Meineid anzunehmen, die Meineidsstrafe aber bei der eigenartigen Sachlage zu streng sei.

An den Widerspruch gegen die Bestrafung dieses Strafgesetzes knüpfen mehrfach diejenigen Schriftsteller an, die behaupten, daß mittelbare Täterschaft bei allen Deliktsarten möglich sei. Hauptvertreter dieser Ansicht ist von Liszt, in seinem Lehrbuch, und schon früher, in seiner Schrift über die falsche Aussage (Gras. 1877).

Von Liszt erklärt schlechterdings für den Begriff der Täterschaft, als der Verursachung des strafrechtlich relevanten Erfolges, es für gleichgiltig, ob man den Erfolg mittels eigner körperlicher Tätigkeit, oder mittels eines Werkzeuges oder eines Tieres oder eines andern Menschen herbeiführe. Die allgemeine Möglichkeit mittelbarer Täterschaft wird auch behauptet von Finger, ferner in der Hallenser Doktordissertation « De mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide » von Hellendorff und in einer ausschließlich der mittelbaren Täterschaft gewidmeten Schrift von Meßmer.

Bei diesem Schriftsteller basiert die Annahme, daß alle Delikte mittelbare Täterschaft zulassen, auf der Annahme, daß, wenn das Handeln des physischen Täters nur ein rein äußerliches, die leitende Triebfeder hingegen in einem andern Individuum zu finden ist, nur scheinbar eine Zweiheit der Personen entstehe, in der That nur eine Verbrechensperson vorhanden sei. Insofern, als wenig der Täter, der sich zur Ausführung der That einer Flinte oder eines Hundes bedient, zusammen mit der Flinte oder dem Hunde eine Verbrechensperson bildet, ebenso wenig bildet der intellektuelle Urheber zusammen mit dem physischen Täter eine einzige Person.

Nach meiner Meinung sind die von Ahlhausen,

Borchert und anderen hinsichtlich der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft gemachten Annahmen durchaus zutreffend. Es dürfte aber von Wert sein, die Sache etwas näher darzulegen. Die Klarlegung der Gründe, aus denen sich m. E. vielfach die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft ~~ergibt~~ ergibt, wird zwar schwerlich imstande sein, Übereinstimmung der Ansichten hinsichtlich der einzelnen in Betracht kommenden Verbrechensarten zu begründen, wohl aber, wie ich hoffe, dazu, zu erweisen, was bei den einschlägigen Erörterungen den Streitgegenstand bilden darf und muß.

Die Grenzen, die der mittelbaren Täterschaft durch die gesetzlichen Verbrechenstatbestände gezogen sind, ergeben sich m. E. ganz von selbst, sobald man den Begriff der Täterschaft richtig bestimmt. Es ~~ist~~ ergibt: Natürlich ergibt sich, wenn man die Frage nach der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft für eine einzelne Verbrechensart aufwirft, die Antwort erst dann von selbst, wenn ~~feststeht~~ feststeht, worin der gesetzliche Tatbestand jenes Verbrechens besteht, was durch Interpretation des betreffenden Strafgesetzes festzustellen ist. Jene Frage ist ja in Wahrheit nichts anderes, als die Frage, ob bei einem gewissen vorgestellten Tatbestande der Handelnde als Täter eines bestimmten Verbrechens angesehen werden kann; es ist aber klar, daß z. B. die Frage, ob jemand bei einer gewissen Sachlage Täter eines Mordes ist, nicht nur die Kenntnis des allgemeinen Begriffs „Täterschaft", sondern auch die Kenntnis des Verbrechensbegriffs „Mord" voraussetzt. Man kann bei gleichem prinzipiellen Standpunkt doch hinsichtlich der einzelnen Verbrechensarten zu verschiedenen Resultaten kommen.

Täter, sagt Adolf Merkel, wie ich glaube zutreffend, ist derjenige, der sich mit seinem ~~Thun~~ Thun oder Lassen der gesetzlichen Definition einer Deliktsart unmittelbar subsumieren läßt. Hingegen „ist derjenige nicht Täter, in dessen Person oder Handlung die gesetzlichen Merkmale fehlen." Es ergibt sich aus dieser Begriffsbestimmung, daß der Begriff der Täterschaft des Verbrechens erfordert, daß der Täter durch sein Thun oder Lassen zu einem rechtlichen Verbote oder Gebote sich in Widerspruch setzt.

Insofern, aber auch nur insofern, bedarf die Merkelsche Definition einer Ergänzung oder wenigstens näheren Klarstellung, als zu sagen ist, daß außer der Begehung des Unrechts auch die etwaigen sonstigen, von den einzelnen Strafgesetzen für die Strafbarkeit des Unrechts Thuenden aufgestellten Bedingungen erfüllt sein müssen, wenn derselbe als Täter des in dem betreffenden Strafgesetze bedrohten Verbrechens soll bezeichnet werden können.

Abgelehnt wird hier die Definition der Täterschaft als Verursachung des strafrechtlich relevanten Erfolges. Diese Definition ist m. E. zu weit (Note: Von einem andern Bedenken sehe ich hier ab.); sie ist zugeschnitten auf schlichte Verursachungsdelikte, wie Tötung; aber sie trägt der Komplikationen vieler Verbrechenstatbestände nicht Rechnung. Es wird sich zeigen, daß in den sogleich zu erörternden Fällen, obschon jemand den sogenannten rechtswidrigen Erfolg verursacht, er dennoch keine rechtliche Vorschrift zuwiderhandelt (Note: Vorausgesetzt, daß ich aus den betreffenden Strafgesetzen die rechtliche Vorschrift richtig ableite), er also auch kein Verbrechen begeht, folglich nicht Täter überhaupt, also auch nicht mittelbarer Täter eines Verbrechens ist. (Note: Ich gehe davon aus, daß die mittelbare Täterschaft, die allerdings auch „fingierte Täterschaft" genannt wird, wirkliche Täterschaft ist. Täterschaft zu fingieren, wo sie nicht vorliegt, liegt weder ein vernünftiger Grund vor, noch ist es durch das Gesetz gestattet. Der Begriff „fingierte Täterschaft" ist daher unbedingt abzulehnen.).

Wir bauen auf festem Grunde, wenn wir von dem Satze ausgehen: Täter eines Verbrechens, also auch mittelbarer Täter, ist nur, wer Unrecht thut. Aus diesem Satze folgt unwiderleglich, daß Täter eines Verbrechens nicht ist, wer etwas thut, was nicht ihm, sondern nur einem andern verboten ist. Das ist der Fall, wenn gewisse Rechtsnormen sich nur an einen beschränkten Personenkreis wenden, dem der Handelnde nicht angehört. So liegt die Sache (vielfach mindestens) bei den reinen Amtsdelikten. Diese Sachlage zugegeben, ist, wenn beispielsweise der handelnde Nichtbeamte einen unzurechnungsfähigen Beamten bestimmt, eine dem Beamten verbotene Handlung vorzunehmen, nicht ersichtlich, wieso die

dem handelnden Nichtbeamten an sich unrechtmäßige Handlung dadurch, daß er sich zu ihrer Ausführung eines bestimmten Mittels, jenes Beamten nämlich, bedient, für ihn zu einer verbotenen werden könnte, ohne einen ausdrücklich dahin gehenden Rechtssatz, also einen Rechtssatz, der jene Handlung auch dem Nichtbeamten für den Fall, daß ein Beamter als Mittel der Ausführung benutzt wird, verbietet. Nota: Die Betrachtungsweise des Textes ist nicht die einzige, die zur Verneinung mittelbarer Amtsdelikte führt. Es wird sich nicht rütteln lassen an der Wahrheit der Worte Merkels (Lehrbuch pag. 160): „Unter die Bestimmung ... daß ein Beamter, der sich einer vorsätzlichen Rechtsbeugung schuldig mache, mit Zuchthaus zu bestrafen sei, läßt sich ein Nichtbeamter ebenso wenig subsumieren, wie ein Beamter, der das Recht nicht verletzt oder nicht vorsätzlich gehandelt hat." Freilich, wenn man aus jenem Strafgesetz, das dem Beamten Strafe droht, zu folgern hat, daß auch dem Nichtbeamten bei gleicher Tat unter gewissen Voraussetzungen vom Gesetz Strafe gedroht sei – die Beweislast trifft den Behauptenden, der zunächst den Wortlaut wider sich hat-

to kann der Nichtbeamte unter dieses begrifflich von jenem verschiedene Strafgesetz subsumiert werden. Dann läßt sich seine Tat aber, wenn man es genau nimmt, auch immer nicht als mittelbare Täterschaft des in jenem Strafgesetz bedrohten Verbrechens bezeichnen. Daher ist die Bestimmung des § 271 Cod. Pen. über sogenannte intellektuelle Urkundenfälschung, aus der sich das Verbot der Bewirkung einer objektiv falschen amtlichen Beurkundung durch Täuschung des Beamten ergibt, durchaus nicht überflüssig; es könnte vielmehr ohne dasselbe von Strafbarkeit aus dem Gesichtspunkte mittelbarer amtlicher Falschbeurkundung keine Rede sein.

Ganz ähnlich, wie in den eben hervorgehobenen Fällen, liegt es, wenn sich die Rechtsnorm „Jahre" in abstracto „an jedermann wendet, aber nur, falls gewisse Voraussetzungen in den persönlichen Verhältnissen vorliegen, ein gewisses Handeln beansprucht. Derjenige in dessen Person diese Voraussetzungen in concreto nicht vorliegen, ist in concreto durch diese Norm nicht gebunden, und kann daher nicht Täter des Verbrechens sein, das in der Übertretung dieser Norm

besteht. So setzt, um einige Beispiele zu geben, das Verbot des Meineids, ich meine das rechtliche, voraus, daß der den Meineid schwörende Zeuge oder Sachverständiger ist, d. h. von maßgebender Stelle zur Zeugnisablegung oder Erstattung des Gutachtens aufgefordert ist, oder daß ihm der Eid zugeschoben, zurückgeschoben oder auferlegt ist; es trifft also nicht den Dritten, der dem Zeugen oder der Partei die falsche eidliche Aussage suggeriert. Das Delikt des Aufkaufs setzt voraus, daß der Delinquent einer der versammelten ist, die aufgefordert worden sind, sich zu entfernen, der Hausfriedensbruch durch Verweilen, daß an den Verweilenden die Aufforderung des Berechtigten ergangen ist, sich zu entfernen. Wollte man mittelbare Täterschaft bei diesen Delikten annehmen [wenn ein als Zeuge Vorgeladener zu einer objektiv falschen Aussage gebracht, oder ein Unzurechnungsfähiger bestimmt wird, bei einem Auflauf oder rechtlosen Verweilen in fremden Räumen trotz der entsprechenden Aufforderung sich nicht zu entfernen] so müßte der angebliche mittelbare Täter den jenen Verbrechen entsprechenden Rechtsnormen zuwiderhandeln; das ist aber nicht der Fall, da er nicht zur Zeugnisablegung oder zum Weggehen aufgefordert, er als solch "in concreto" nicht durch die den Meineid beziehungsweise das unbefugte Verweilen verbietende Rechtsnorm betroffen ist. (Note: Man kann sich dieser Schlußfolgerung nur entziehen, wenn man bestreitet, daß hier aus dem Gesetz die Normen richtig abgeleitet sind. Man denke ferner an die Verbrechen der Vorschützung unwahrer Tatsachen seitens als Zeuge, Geschworener, sonstige Berufener Personen, der Zuwiderhandlung gegen ein in einem öffentlichen Versprechen gegebenes Versprechen, der Verleitung zur Eheschließung durch solche Täuschung, die dem anderen Teil das Anfechtungsrecht der Ehe berechtigen würde, der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 und andere.) Hingegen steht der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft an sich nichts entgegen, wo der zur Ausführung eines Verhaltens eines Mittelsperson sich Bedienende selbst von der Rechtsnorm betroffen wird. ist. (Note: Man kann sich dieser Schlußfolgerung nur entziehen, wenn man bestreitet, daß hier aus dem Gesetz die Normen richtig abgeleitet sind. Man denke ferner an die Verbrechen der Vorschützung unwahrer Tatsachen seitens als Zeuge,

Man denke z. B., es bestehe die Pflicht, bezüglich irgend welcher Angelegenheiten auf Anfrage der Behörden wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen, die Erteilung der Auskunft sei aber durch Vertreter zulässig. Gesetzt, es sei hier die unwahre Auskunftserteilung mit Strafe bedroht, so würde mittelbare Täterschaft dieser Verbrechung zweifellos vorliegen, wenn A. von der Behörde befragt, vermittelst des gutgläubigen B. falsche Auskunft erteilt.

Ganz mit Recht werden zu denjenigen Verbrechen, die mit Rücksicht auf das Erfordernis gewisser, die Person des Täters betreffender Verhältnisse die mittelbare Täterschaft ausschließen, von Binding die Omissivdelikte gerechnet, indem die Gebote immer an gewisse, tatsächliche, die Person angehende Voraussetzungen anknüpfen. Ein bei einer gewissen Sachlage sich für den A. ergebendes Gebot wird dadurch, daß B. den A. bestimmt dem Gebot nicht nachzukommen, nicht zum Gebot für den B., und liegt daher auch kein Verstoß des B. vor, wenn er nicht thut was dem A. geboten ist. Selbstverständlich hingegen kann Täterschaft, die man mittelbare nennen kann, angenommen werden, wenn etwa der Wärter vorsätzlich dem Geisteskranken seine Hand leiht, einen Menschen zu töten; denn hier besteht das Gebot den Hindernden nicht für den physisch Tätigen (den Geisteskranken), sondern für den Wärter.

Die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft des Verbrechens, als Konsequenz der mangelnden Realität des Thuns des vermeintlich mittelbaren Täters ergibt sich vielfach auch aus dem Begriff der verbotenen Handlung, indem dieser von solcher Beschaffenheit ist, daß in Fällen, wo der geistige Urheber und der physische Ausführer verschiedene Personen sind, das Thun des geistigen Urhebers, obschon es Verursachung des durch das Verbot gekennzeichneten Erfolges ist, doch sich nicht unter den Begriff der von dem Verbote verbotenen Handlung subsumieren läßt.

Die Zweiheit der Personen führt zunächst dort dazu, die Verwirklichung eines bestimmten in Betracht kommenden Handlungsbegriffs durch den geistigen Urheber und somit auch die Täterschaft desselben zu verneinen, wo der Erfolg, als

dessen Herbeiführung die fragliche Handlung begrifflich sich darstellt, in der Herstellung einer Beziehung, insbesondere einer Berührung, zwischen dem Handelnden und einer anderen Person oder Sache besteht, dann nämlich, wenn diese Beziehung hergestellt wird zwischen dem physisch Tätigen und der fremden Person oder Sache, nicht aber zwischen dieser und dem Handelnden, d. h. dem geistigen Urheber. Ein Verbot des Anfassens eines Gegenstandes z. B. (Anfassen ist begrifflich etwas anderes, als bewirken, daß etwas angefasst wird)

Nota: Ich betone: ob aus der Existenz eines Verbotes des Anfassens auf die Existenz eines weiteren Verbotes, des Verbotes, das Anfassen des Gegenstandes durch andere zu veranlassen, geschlossen werden kann, ist eine Frage für sich, die mich hier nicht beschäftigt.) Könnte man daher nur in der Weise überhaupt, daß man den durch den Begriff des Anfassens bezeichneten Erfolg der Berührung eines Gegenstandes mit den eigenen Fingern herstellt, nicht aber durch Herbeiführung der Berührung eines Gegenstandes von fremden Fingern. Es gäbe daher gegenüber einem Verbote des Anfassens keine Täterschaft durch

Bestimmung eines anderen zum Anfassen. Zu der fraglichen Gruppe von Handlungen gehört m. E. die Mehrzahl der Blutschandedelikte, innerhalb deren allerdings vielleicht gerade die Notzucht nach Deutschem Reichsrecht zufolge des Wortlautes „von einer Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nötigt" eine Ausnahme macht. (Der Wortlaut gestattet die Annahme eines Nötigenden, der selbst nicht den Beischlaf ausübt. Anders nach österreichischem Recht vgl. § 125 Crd. Pen.). Beispielshalber möchte ich hier ferner nennen das „Kriegsdienste nehmen" bei einer fremden Macht, das „Teilnehmen an einer Zusammenrottung", das „Eindringen in fremde Räume", die „Teilnahme an einer Verbindung".

Ferner kommen hier diejenigen Handlungen in Betracht, bei denen die Tätigkeit eine Erklärung über ein eigenes Thun oder sonst etwas die Person des Erklärenden selbst Betreffendes enthält. Derjenige nämlich, der einen anderen zu einer derartigen Erklärung über das physisch Erklärenden Thun usw. bestimmt, nimmt, wenn auch zufolge seiner geistigen Urheberschaft zu sagen sein

möchte, er selbst habe eine Erklärung abgegeben, doch nicht eine solche Handlung vor, die unter den fraglichen Handlungsbegriff subsumiert werden könnte, weil die durch ihn verursachte Erklärung (nennen wir sie selbst «seine» Erklärung) nicht eine Erklärung über sein Thun enthält. Auch aus diesem Grunde entfällt bei dem Eide die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft; der schwörende Erklärt, daß er schwöre; sagt daher A. «ich schwöre», so heißt das: A. schwört, und daher kann dies, auch wenn darin eine mittelbare Handlung des B. zu erblicken ist, nicht als Eid des B. angesehen werden, weil der Begriff eines Eides des B. die Erklärung des B. fordert, daß er, B., schwöre.

Sodann gehören hierher die Handlungen, die eine bestimmte physische Beschaffenheit in der Person des Handelnden voraussetzen. Daher können die Handlungen, die unmittelbar nur von einem Mann vorgenommen werden können, nicht durch eine Frau verursacht, aber nicht mittelbar von ihr vorgenommen werden. Es ist kein mittelbares Sehen des Blinden, Sprechen des Stummen, Hören des Tauben, wenn er einen anderen bestimmt, etwas anzusehen, zu sprechen oder anzuhören. Es ist mir nicht recht verständlich, wie Frank die Meinung, daß mittelbare Täterschaft da möglich sei, wo nur physische, insbesondere im Geschlecht begründete Umstände die unmittelbare Täterschaft ausschließen, damit begründen kann, daß die Norm und ihre bindende Kraft für beide Geschlechter dieselbe sei. Denn die Begehung eines Verbrechens hat zur Voraussetzung nicht nur, daß die Norm jemanden verbindet, sondern auch, daß dieser jemand die dieser Norm widersprechende Handlung vornimmt; es ist unerklärlich, wieso dieses zweite Moment entfallen könnte, wenn die Vornahme der Handlung seitens des durch die Norm Gebundenen aus physischen Gründen unmöglich ist. [Nota: Eine Frau kann also nicht (mittelbare) Täterin des Verbrechens der Päderastie [Cart 175 Cod. Pen.] sein. Freilich kann auch ein Mann nicht mittelbarer Täter dieses Verbrechens sein; denn die Handlung besteht hier in der Herstellung einer Berührung zwischen dem Handelnden und einem andern. Die Frau kann

also aus mehreren Gründen nicht mittelbare Täterin des fraglichen Vergehens sein.)

Endlich ergibt sich aus dem Begriff der Handlung die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft überall da, wo der betreffende Handlungsbegriff zu den konkreten Begriffen gehört, d.h. zu den Begriffen, bei denen die repräsentative Vorstellung nicht bloß in dem Wort, sondern außerdem noch in einer sinnlichen Anschauung ~~besteht~~ besteht, in welcher die wesentlichen Elemente des Begriffs verwirklicht sind, und wo nun Objekt dieser sinnlichen Anschauung der Handelnde selbst ist in seiner Aktion, bei der Tätigkeit und Erfolg für die sinnliche Anschauung ungeschieden zusammenfließen. Handlungsbegriffe dieser Art sind z. B. Sprechen, Schreiben, Reiten, Einsteigen. Wenn der von einem andern dazu bestimmte Unzurechnungsfähige übermäßig schnell reitet, so sitzt, ~~hat~~ obschon er das schnelle Reiten des andern ~~war~~ verursacht hat, dadurch nicht der geistige Urheber zu Pferde, reitet also auch weder schnell, noch überhaupt. Er übertritt also auch nicht das Verbot des schnellen Reitens, kann daher nicht Täter, also auch nicht mittelbarer Täter dieses Verbrechens sein. Es ist nicht zu verkennen, daß da, wo die mittelbare Täterschaft nur infolge der konkreten Natur des Begriffs der verbotenen Handlung ausgeschlossen ist, die Entscheidung besonders zweifelhaft sein kann, da nicht vorausgesetzt werden kann, daß der dem alltäglichen folgende juristische Sprachgebrauch stets die feineren Nuancen einer gezählten Sprache berücksichtigt. Obwohl solche bestehen, wird man z. B. für den juristischen Sprachgebrauch „töten" und „den Tod verursachen" gleich setzen müssen. Zweifelhaft scheint mir hingegen beispielsweise, wie man das Fischen bei dem für Ausländer bestehenden Verbot des Fischens in deutschen Küstengewässern auffassen hat. Unbedenklich würde ich hingegen die bezeichnete konkrete Natur der Handlungsbegriffe verneinen, also die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bejahen, bei Handlungsbegriffen, wie Verschuldeten, Nachteil zufügen, unternehmen ein Parlament zu sprengen, herbeiführen, beiseite schaffen, beschädigen, vereiteln

deren.

Möglich ist mittelbare Täterschaft bei den Handlungen, deren Erfolg in der Herstellung einer Beziehung zwischen dem Handelnden und einer anderen Person oder Sache besteht, sofern durch die Mittelsperson hier der Eintritt der Beziehung zwischen der Person des geistigen Urhebers und einer anderen Person oder Sache vermittelt werden kann. Beim Diebstahl also ist mittelbare Täterschaft des vollendeten Verbrechens zwar nicht schon dann möglich, wenn die Mittelsperson die Sache, die sie wegnimmt, bloß in ihren eigenen Gewahrsam bringt, wohl aber dann denkbar, wenn sie die Sache in den Gewahrsam des geistigen Urhebers bringt.

Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft ist aber beim Diebstahl, und damit komme ich auf einen weiteren zu beachtenden Punkt, daß die Absicht der rechtswidrigen Zueignung, wenn der geistige Urheber mittelbarer Täter sein soll, bei ihm bestehen muß. Das entsprechende gilt natürlich überall, wo zum gesetzlichen Verbrechenstatbestand eine bestimmte Absicht gehört; ebenso, wo ein bestimmtes Motiv vorausgesetzt wird, wie Eigennutz, oder Kenntnis gewisser Umstände, wie z. B. Kenntnis des Sachverhalts bei Betrug und Weiterveräußerung einer sicherlichen ~~Folgerung~~ Forderung. Wo diese Voraussetzungen nur bei der Mittelsperson erfüllt wären, würde der geistige Urheber, oder vielmehr sein Handeln nicht mehr unter die gesetzliche Verbrechensdefinition fallen, der geistige Urheber also nicht Täter sein. (Nota: Vgl. Mezger. Lehrbuch pag. 140). Es bedarf wohl kaum besonderer Erwähnung, daß da, wo derartige oder auch andere Umstände nur Qualifikationsmomente sind, ihr Fehlen in der Person des geistigen Urhebers nicht die Täterschaft des einfachen, sondern nur die des qualifizierten Verbrechens ausschließt.

Endlich kann eine Handlung, die «einen anderen» als Angriffsobjekt erfordert, mittelbar begangen werden zwar in der Weise, daß der physische Täter selbst zugleich das Angriffsobjekt ist, nicht aber in der Weise, daß der geistige Urheber Gegenstand des Angriffs ist; es kann eine Handlung, die in einer Aufforderung zum Thun gegenüber dem Handelnden besteht, durch eine Mittelsperson dann begangen werden, wenn diese zum Thun gegenüber

dem geistigen Urheber, nicht wenn sie zum Thun gegenüber ihr selbst auffordert. Daher kann die Herausforderung zum Zweikampf in mittelbarer Täterschaft nicht dadurch begangen werden, daß jemand bestimmt wird, einen Dritten zum Zweikampf mit ihm herauszufordern.

Da wo etwa eine Rechtsnorm sich zwar an jedermann wendet, ihre Übertretung aber nur bei bestimmten Personenkreisen mit Strafe bedroht ist, würde wohl mittelbare Begehung des Unrechts, aber nicht mittelbare Täterschaft des Verbrechens auf seiten solcher Personen, die diesem Kreise nicht zugehören, denkbar sein.

Ich gebe mich nicht der Erwartung hin, durch vorstehende Ausführungen diejenigen, die die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bei allen Delikten behaupten, von der Richtigkeit der hier im einzelnen gemachten «Ausnahmen» zu überzeugen.

Nota: Von meinem Standpunkt aus handelt es sich keineswegs um Ausnahmen (sondern höchstens bilden die Verbrechen, die mittelbare Täterschaft nicht zulassen, die Minderzahl). Vielmehr handelt es sich nur lediglich um

Konsequenz der allgemeinen Einsicht: einerseits die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft zu verneinen, wo ich bei Benutzung einer Mittelsperson nicht Täterschaft feststellen kann, und Täterschaft nicht festzustellen, wo ich den geistigen Urheber nicht unter die gesetzliche Verbrechensdefinition subsumieren kann, andererseits die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft zu bejahen, wo ich auch bei Benutzung einer Mittelsperson den geistigen Urheber unter die gesetzliche Verbrechensdefinition subsumieren, also Täterschaft feststellen kann.

Aber vielleicht tragen sie doch zur Klärung der Streitfrage bei. Denn das dürfte allerdings durch sie dargethan sein, daß die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft ausgeschlossen ist, wenn die von mir generell formulierten Voraussetzungen wirklich vorliegen, und daß Streit eigentlich nur darüber möglich ist, ob die angeführten Beispiele passen – was davon abhängt, ob die betreffenden Gesetzesbestimmungen richtig interpretiert, die Normen aus ihnen richtig abgeleitet sind, und im Fall der Verneinung, ob aus dem positiven Recht sich überhaupt passende Beispiele zu meinen generellen

Formulierungen finden lassen die ob es solche nicht gibt. Wird aber anerkannt, daß Meinungsverschiedenheiten über die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft nur in Meinungsverschiedenheiten über das, was die speziellen Strafgesetze wollen, einen zureichenden Grund haben, so muß fortan sich die Erörterung [wenn die Frage nach der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bei einem bestimmten Delikt aufgeworfen wird] auf die Auslegung des betreffenden Strafgesetzes beschränken, festgestellt werden, ob das Gesetz mehr unter Strafe stellt, als der Wortlaut sagt - und es kann der unrichtige Gedanke nicht aufkommen, als ob auf der Entdeckung des Begriffs mittelbare Täterschaft sich die Möglichkeit ergäbe, Täterschaft eines Verbrechens anzunehmen, wo sie andernfalls nicht anzunehmen wäre. Denn, wenn die Frage nach der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft, soweit sie überhaupt zweifelhaft sein kann, eine Frage der Auslegung der einzelnen Strafgesetze ist, so ist es nicht möglich, daß sich ein allgemeiner Satz, daß bei allen Verbrechen mittelbare Täterschaft möglich sei, "a priori" aufstellen läßt. Oder, es müßte sich "a priori" sagen lassen: Stellt ein Gesetz ausdrücklich eine gewisse Handlung, durch deren Verbot es einen bestimmten Erfolg verhüten will, unter Strafe, so stellt es stillschweigend jede Handlung unter gleiche Strafe, die die Herbeiführung jenes Erfolges bezweckt. Ich bezweifle, daß dieser Satz in dieser Allgemeinheit vertreten, und halte es für ausgeschlossen, daß er bewiesen werden wird. Mir scheint, daß die Bestrebungen, den Zweck des Gesetzes zu sichern, vielfach angesichts des Wortlauts der Bestimmungen an dem § 2 Cod. Pen., der auch die "de lege ferenda" gerechtfertigteste Ausdehnung der Strafbarkeit hindert, scheitern muß; die Möglichkeit des Zweifels bei manchen Bestimmungen erkenne ich unumwunden an.

Daß die Bestimmung eines Unzurechnungsfähigen zu unerlaubt schnellem Reiten oder einem verbotenen Verweilen in fremden Haus nicht minder strafwürdig ist, als das schnelle Reiten oder das Verweilen selbst, ist zuzugeben. Stellt man aber generell die Fälle der unmittelbaren Täterschaft und die, für die hier die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft geleugnet wird, hinsichtlich der Strafbarkeit gleich, so wird man schwerlich den Verfass-

nissen gerecht. So z.B. bei Gleichstellung von Meineid und Verleitung zum Falscheid. Freilich kann der Schaden, der sich "in concreto" daraus ergibt, dass dem falschen Eid Glauben geschenkt wird, ebenso gross sein, wenn der Eid gutgläubig, wie wenn er von dem schwörenden wissentlich falsch geleistet wird. Aber der nicht mit Händen zu greifende Schaden, der dadurch entsteht, dass jemand bei dem Heiligsten die Wahrheit seiner Behauptung betheuert und doch wissentlich die Unwahrheit sagt, der entsteht bei der Verleitung zum Falscheid nicht so weil dies nicht geschieht. Und dass jeder Beliebige, der von Amtspflicht und Beamtenpflichten keine Ahnung hat und haben kann, ebenso strafbar sein soll, wie ein Beamter, wenn er vermittelst eines solchen eine Handlung begeht, die vom Beamten begangen Amtsdelikt ist, leuchtet ebenso wenig ein. Zum mindesten ist zuzugeben, dass die Gleichwertigkeit in Ansehung der Bestrafung in diesen Fällen diskutabel ist. Dann kann aber auch – es sei denn als Ergebnis zahlloser Einzeluntersuchungen – nicht allgemein die gleiche Strafwürdigkeit des unmittelbaren Täters und des angeblichen mittelbaren Täters behauptet werden, und hiermit wiederum ist dem Bestreben, die Strafgesetze unbekümmert um den Wortlaut so auszulegen, dass jeder Delikt "mittelbare Täterschaft" zulässt, die wichtigste Stütze entzogen.

Meiserlich
Roma, 26 - 4 - 1934
ore 16

pag. 89

La compartecipazione accessoria -

§ 76 A. La natura della compartecipazione accessoria.

I/ Che la legge ha creato il concetto del mandato e della complicità è fondato sul fatto che ogni fattispecie legale è applicabile soltanto a quella persona che ha posto in essere tutto ciò che corrisponde al fattispecie (del quale non si può dire che la realizza un uomo, non è addirittura punibile secondo gli artt. 211 e segg.); ma però azioni di preparazione e azioni secondarie dovevano essere regolate penalmente in relazione alla realizzazione di un fattispecie da parte di un altro. Questo concetto ha avuto quindi un contrasto acuto col concetto della qualità di autore (influenza la qualità di autore mediata); poiché per il concetto di responsabilità alla qualità d'autore (nei fattispecie legali che la caratterizzano), tutto quindi ciò che è azione riguardo alla qualità d'autore. Secondo la legge una punibilità per il mandante e il complice, la quale entrerà in un senso ampliato della parola, è il concetto più derivante degli autori nel senso più ampio di tutte le persone che in qualità di autore propriamente detto e in compartecipazione.

E. Dominedò a Middl

II/

pag 90

Il concetto dirigente dominante la dipendenza concettuale astratta della compartecipazione dal fattispecie legale della azione dipendenza dalla presenza dell'azione punibile di un altro, cioè ad una dipendenza da un fatto principale (artt. 48, 49). Se di ciò dipendenza se una persona punibile come mandante o complice, ciò si può fare soltanto riguardo ad una azione di un altro determinata, che porta in sé il contrassegno di un'azione punibile. Perciò mandato e complicità sono inconcepibili:

1°/ Dove non c'è una azione di esecuzione che attui il fattispecie almeno nella forma del tentativo. Non è sufficiente che una tale azione debba verificarsi (mandato e complicità quindi si possono pensare soltanto come azioni compiute mediante lo svolgimento del fatto principale); mandato e complicità restano generalmente non possibili). Ugualmente non è sufficiente l'azione di un altro che non attui un fattispecie legale (quindi per es. non c'è mandato e complicità nel suicidio.).

2°/ Compartecipazione penale è inoltre inconcepibile per un fatto principale non illecito.

3°/ Lo stesso vale per un fatto principale non colpevole.

Difficoltà di presentarsi, al quarto riguardo, contro alla Legge sulla Gioventù, art. 4. Ricerca di cosa la istanza ha giudicato una violazione che l'adulto che produceva l'effetto di un fanciullo o di un giovane non finalmente responsabile era autore eccitato, che si servito del fanciullo o del giovane come strumento, poiché ad esso mancava la responsabilità. La legge avrebbe potuto disporre che d'allora in poi mandato e complicità dovessero ricevere esattamente quei fatti principali senza colpa, che cioè, in questo modo il concetto della qualità di autore mediato fosse redatto. Così non è stato (ciò adesso come prima non c'è compartecipazione ai fatti dei fanciulli). La Legge sulla gioventù dice soltanto: la punibilità del mandante e del complice secondo le norme degli artt. 48 e 49 - che disciplinano la responsabilità - non è toccata. Con ciò è detto che un nuovo regolamento non dovrebbe esserci. Il commento ufficiale mostra di che si voleva evitare alla compartecipazione a fatti di fanciulli e di giovani non responsabili. Questo pericolo non è eliminato. Indubbiamente non si voleva diminuire la punibilità dell'adulto che collabora nella attuazione del Tatbestand dell'azione esattamente punita. Però [illegible] la applicazione della compartecipazione a fatti di non responsabili è

figura della "compartecipazione"; così per es. la madre che ha dato alla figlia l'arma per colpire un terzo non sarebbe punibile come autrice mediata, ma soltanto come complice, cioè molto meno gravemente. La intenzione del commento ufficiale [illegible] quindi contraddittoria in se stessa. Quindi si deve lasciare intatto ciò che dice la Legge sulla gioventù (art. 4), e questo testo contiene soltanto una norma in bianco; cioè una norma generale riguardante il mandato e la complicità nei fatti di non responsabili non vengono toccate. Poi chè il Cod. Pen. non conosce una tale compartecipazione, l'art. 4 della Legge sulla Gioventù attualmente è senza applicazione.

pag. 91

4°) Una compartecipazione non è possibile a fatti principali, in cui la colpa dell'autore non è [illegible] che il fatto sia sanzionato con una minaccia penale adatta. (Per es. non c'è compartecipazione al danneggiamento colposo).

5°) Ugualmente non c'è [illegible] fatti principali che sono impunibili per mancanza di presupposti per la sanzione penale (Strafbedingungen). Per es. una rissa in cui anche accetto le conseguenze gravi indicate nell'art. 227.

[illegible] è però indifferente se all'autore principale [illegible]

attribuire una ragione propria di esclusione della pena e specialmente non ha influenza il fatto e sono presenti fatti i presupposti personali per la punibilità del fatto principale —

III) Il compartecipe accessorio non deve conoscere gli elementi del Tatbestand legale; specialmente elementi soprattutto personali di cui non deve essere a conoscenza (soltanto dell'autore principale devono essere). Perciò anche per es. un non impiegato che determina un impiegato alla corruzione (art. 332) è punibile come mandante secondo gli art. 332 e 48 (compartecipazione ad un delitto proprio).

IV) L'antica dottrina usava per distinguere gli autori dai semplici partecipi, i concetti della qualità di causatore intellettuale e fisico. Fisico deve essere il fondamento materiale, intellettuale la manifestazione di pensiero, di idee. La qualità di causatore intellettuale si combina col mandato. Questa distinzione in ogni caso non è fondamentale. La qualità di causatore intellettuale può essere tanto qualità di autore mediato [illegible] corrispondente ad un fatto, quanto mandato o (per es. dando una informazione quando se ne è richiesti)

complicità.

V) Non una forma della compartecipazione è oggi il favoreggiamento e ricettazione artt. 257 e segg. 257 Cod. delitti indipendenti. b) esecuzione e approvazione di delinquere.

Nell'ambito della compartecipazione accessoria trova [illegible] tanto mandato e complicità. —

pag. 91

§ 77 Le [illegible] del mandato e della complicità

II 3. gruppo di [illegible] pag. 92 © [illegible]

La soluzione del problema della distinzione tra qualità di autore e mandato vediamo nel fatto che non ogni che ha posto una causa per l'evento con ciò è già autore, ma per incorre per la qualità di autore è decisiva la considerazione generale dataci dal Tatbestand legale riflettuoso. Con ciò è stabilito anche specialmente la differenza fra mandante e autore mediato; del mediante non si può dire: «egli ha ucciso X» mentre questo è [illegible] per l'autore ed anche per l'autore mediato.

. . . . . .

La differenza fra complice e autore è oggettiva (da ciò segue che anche il dolus dell'autore e quello del complice sono differenti). Così anche la dottrina dominante nell'ambito della cosiddetta teoria oggettiva, la teoria formale-oggettiva nel trovare il criterio nel fatto che l'agente abbia posto una causa per l'evento (qualità di autore) e ottenuto una condizione secondaria (complicità). Per ciò seguendo Frank il fatto di una "condizione diretta (positiva)", positiva, che caratterizzerebbe l'autore, il fatto una condizione indiretta (positiva) negativa che caratterizzerebbe il complice. Questi peraltro non concludono niente di ciò riconosce che differenze concrete talvolta non esistono fra le condizioni dell'evento. La differenza fra qualità di autore e complicità può essere colta soltanto dalla configurazione che prendono i singoli tipi di delitti, specialmente dal Tatbestand legale. Questa dottrina si chiama teoria formale-oggettiva.

Differentemente la cosiddetta teoria oggettiva (Von Buri, R. S.): poiché condizione e causa sono identiche non sarebbe oggettivamente una possibilità di distinguere fra autore e complice; quindi la differenza potrebbe essere soltanto soggettiva: autore è chi ha posto una condizione con l'animus auctoris, e complice chi l'ha posta con animus socii; questo ha voluto il fatto come suo proprio, quegli come fatto altrui. Se per es. A e B hanno cooperato per la morte di X, secondo questa dottrina è decisivo che B abbia un interesse proprio alla morte di X, questi è autore anche se ha dato alla bisogna soltanto l'arma o se ha trattenuto l'uccisa; l'altro (che non era interessato alla morte di X) è complice, anche se egli solo ha compiuta l'attività fondamentale del Tatbestand (l'atto della uccisione).

Talvolta la teoria soggettiva si limita alla cooperazione contemporanea; in questa quindi che azione di preparazione oggettivamente non è ancora di complicità. La teoria soggettiva non è da respingere soltanto perché non riguarda la forma legale del Tatbestand e il linguaggio specifico comune della parola, e perché introduce nella legge un elemento di distinzione finora sconosciuto (cioè il motivo: è uno per l'interesse proprio all'evento o per altro motivo agisce); ma anche per causa della sua conseguenze inaccettabili: secondo questa teoria ognuno dovrebbe essere impunito che per lo stesso ha effettivamente realizzato il delitto e non aveva interesse proprio all'evento (per es: quello che ha ucciso X, senza aver interesse alla di lui sorte o

mente e che ha agito soltanto per conto di un mandante. Dietro compenso; egli, per emanazione dell'innocuità, potrebbe essere soltanto complice; però non sarebbe punibile perché manca un fatto principale.
Questa conseguenza irrestringibile la teoria oggettiva cerca di evitarla introducendo il concetto dello strumento doloso. Il primary che si serve del secondary per la esecuzione del fatto, è sempre l'autore perfettamente doloso, mentre il secondary commette il fatto con responsabilità propria; per primary agisce secondary come suo strumento. Mediante questa costruzione, nell'esempio antecedente è reso possibile (pag. 94) di punire chi ha dato l'incarico come autore e l'altro come complice.
Ma questa costruzione in primo luogo non impedisce pienamente le conseguenze cui va a dare della teoria oggettiva (se l'altro, senza incarico, per fare un piacere ad un certo X.to, avesse realizzato l'omicidio, dovrebbe restare impunito). Inoltre la figura dello strumento doloso si mostra già antilogica per il fatto che rende impossibile l'applicazione dell'art. 48: ogni mandante, naturalmente, è interessato alla attuazione del fatto bestiale; se fosse questo elemento quello che caratterizza l'autore non ci sarebbero più ragioni di sottrarre alla disciplina dell'art. 48. Del resto lo strumento doloso dimostra già la sua inconcepibilità determinata da modo analogo la presenza dell'agente: la ammette ("doloso") e la nega ("strumento").-

pag. 95 (fine)

§ 49 Limitazione della punibilità mediante il concetto dell'autore e del compartecipe.

I) Le attività che non sono punibili dal punto di vista del mandato o della complicità perché manca un fatto principale punibile, perciò non sono generalmente attacabili alla pena.

2) Una parte di questi casi è compresa nella figura dell'autore mediato.

pag. 96

2) Per altri casi di questo genere la legge ha creato fitti dei delitti dei generis. Per es. per costringere un giudice non eccitato ad azioni punibili (al posto del mandato fallito che non c'è nel Cod. Pen.) serve da l'art. 49 a, 159; inoltre per certi casi in

cui una di esse di un'altra come strumento; in cui, quindi, non si tratta dell'art. 48, in cui d'altra parte una è punibile come autore mediato dell'articolo commesso dallo strumento poiché il delitto di questione è di commissione esclusivamente personale (vedi l'art. 160, 247 (Binding: "ognuno commette a mano propria").

II) Per quanto non c'è una qualità di autore (a cui è legata l'qualità di autore) né una forma della compartecipazione all'uno l'impunibilità. Vedi art. 2 Cod. Pen. e Costituzione del Reich art. 116.

Questo risultato abbiamo specialmente raddoppiato con la mostra elementi esclusivamente personali (nel Gotberlant - nella sfera) e dove da due persone esplica gli elementi esclusivamente personali (ciò gli altri della qualità d'autore - ciò per es. A la detta indurre B a prendere (con piena responsabilità e non come strumento) una cosa altrui con la intenzione di portarla ad A che se ne volere appropriare illegittimamente, B non è ladro (autore principale del furto) poiché non aveva l'intenzione richiesta dall'art. 242 di appropriarsi a sé la cosa ...; A quindi non è mandante; A neanche non è ladro perché non egli, non B ha commesso l'azione che attua il Gotberlant. O se C ha determinato D (vedi quest. 3) a appropriarsi illegittimamente di una cosa altrui che aveva in mano di D, per mancanza di colpa, non è punibile. C quindi non è mandante; C anche non è autore: anche se si trasmette l'attività di D come strumento in C come autore mediato possiamo soltanto constatare che C ha fatto proprietario D: manca quindi in C elemento del Gotberlant esclusivamente personale dell'appropriarsi a sé stesso (sibi ipsi).

Questi casi manifestano una lacuna della legge che però, per causa della esistenza dell'art. 2 del Cod. Pen. e 116 della Costituz. non può essere colmata senza un atto del legislatore (mediante creazione di nuovi delitti, come è ha fatto già in alcuni casi per es.: nell'art. 160).

Il tentativo di avvicinarsi alla punibilità attraverso il concetto dello strumento doloso (colpa) come la incapacità o assenza colletta. Però tali casi si dolgono ... che alcuno un comportamento esecutivo punibile da dato (così A se dato a C.

cosa effettuagli è punibile per tentativo / art. 246.

pag. 30

§ 6 Evento che attua il fattestand o cosa causata.

Una diversa considerazione è necessaria nei casi in cui attua il fattestand è costituito strumento nelle mani di un altro. Questo è il caso in cui uno dei soggetti consapevolmente, con propria responsabilità, alla realizzazione dell'evento, ma se non pienamente consapevole, o incapace di intendere, o incolpevole o vittima di errore che gli impedisce il reg. causale, è capace di c'era un altro che lo ha determinato alla sua attività o che gli ha reso possibile (per es. Pinuccio ha determinato mediante comando Tizio ad uccidere X; o gli ha dato il coltello per uccidere). Qui l'uso comune della lingua non si ostina a dire che colui che si è servito di un altro come strumento non agì, ed stesso tempo altrui mezzo, fu tratto, ecc. pensando che lui lo stesso si sia messo in movimento una macchina o un uomo che non agisce come personalità. Nel linguaggio giuridico ciò vuol dire: gli elementi del fattestand (essenziali

tipici) sono stati posti da chi li pone immediatamente, a colui che agisce per mezzo di quest'ultimo, come se l'altro è adoperato gli elementi fossero stati posti da un uomo, dalle cose. Questa figura di autore mediato.

Non applicabile è la figura dell'aut. med. quando si tratta di elementi del fattestand soggettivamente personali. Per es. nel falso giuramento si tratta di un giuramento proprio, cosicché chi induce a un altro a giurare inconsapevolmente il falso, non ottiene egli stesso il fattestand del falso giuramento, malgrado che egli il giuramento come fatto lo effettui per mezzo dell'altro come strumento.

D'altra parte la qualità di autore per mezzo di un altro usato come strumento si estende oltre i casi in cui il comportamento dell'altro rappresenta una attuazione del fattestand. Se per es. A ha determinato il bambino B ad uccidere o a danneggiare una cosa propria, o se ha determinato B, che gli mente, a un comportamento in base al quale la produce la morte o un danneggiamento, B non ha

compiuto un Tatbestand legale (Beihilfe e danneggiamento di una cosa propria non ~~...~~); ma A in questo modo ha ucciso un altro e rispettivamente ha danneggiato una cosa altrui, nel senso degli artt. 211 e segg. e 303 del Cod. Pen.–

La piena contrapposizione coi casi in cui B era soltanto strumento e tutti quegli altri ai quali egli, in propria responsabilità, come personalità ha preso parte. Qui spetta ad A, se ha indotto B al suo comportamento o glie l'ha reso possibile, la direzione; egli ha provocato l'agire di B. Se B nella propria responsabilità (senza essere passo, nè in errore sulle conseguenze del suo agire) ha ucciso se stesso o un terzo o ha danneggiato una cosa a lui o ad un terzo appartenente, non si può parlare di A; B ha ucciso se stesso o un terzo o ha danneggiato una cosa altrui come richiedono i Tatbestände degli artt. 211 e segg. e 303.

Qui ~~...~~ a) se B ha compiuto un Tatbestand legale (per es: uccisione di un terzo, danneggiamento di cosa altrui) A è punibile dal punto di vista della partecipazione accessoria. Vedi § 76 – b) se B non ha attuato alcun Tatbestand legale (per es. ~~uccisione di~~

Continuation – Hoyer – fine

Selbstverständlich hat das eine entsprechende Fassung des Gesetzes zur Voraussetzung, d. h. die Benützung des Wortes Verursachung.

Aus dem entwickelten Gedankengange ergibt sich von selbst, dass auch eine fahrlässige Beteiligung an einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung eines anderen möglich ist. Sie kann sich vollziehen als die vorerwähnte fahrlässige Herbeiführung des von einem anderen beabsichtigten und im Wege der Irreführung des Beteiligten bewirkten Erfolges. Sie ist aber auch möglich in der Form der Hilfeleistung zur Ausführung der Tat. Diese fahrlässige Beteiligung ist gewiss keine Teilnahme im technischen Sinne, aber ebenso gewiss scheint es mir zu sein, dass ihr nicht deshalb Straflosigkeit zuteil werden kann, weil sie in die herrschende Lehre nicht hineinpasst. Mir scheint, dass Birkmeyer (pag. 141), wenn er für ihre Straflosigkeit zur Vermeidung einer gegen die Rechtsüberzeugung im Volke verstossende Überspannung des Strafrechtsschutzes eintritt, aus

der Akt eine Tugend macht. Ich glaube vielmehr, daß die Rechtsüberzeugung im Volke es unbegreiflich finden wird, daß der Giftverkäufer nur nach § 367 Ziff. 3 d. StG. strafbar sein soll, wenn der Käufer mit dem gekauften Gift einen Mord ausführt.

Liszt stellt vom Standpunkte des geltenden Rechts den Begriff der Nebentäterschaft auf für den Fall nicht gemeinsamen Vorgehens mehrerer Täter für den fahrlässigen Mittäter und für den Mittäter einer von ihm mit einem Geisteskranken ausgeführten Tat. Ich glaube, daß man dieses Hilfsbegriffes entbehren kann, wenn man die Beziehung jedes einzelnen Beteiligten zum Gefährdungs- und Verletzungserfolg nach dem tatsächlichen Verlauf der Dinge behandelt. In allen diesen und in den vorerwähnten Fällen haben alle Beteiligte an dem Zustandekommen des Erfolges, die einen vorsätzlich, die anderen fahrlässig mitgewirkt. Wir müssen vor allem daran festhalten, daß vorsätzlich oder bedingt die fahrlässige Beteiligung genau so wirkt wie die vorsätzliche. Im Falle des ausgeführten Giftmordes kann das Gift dem Mörder zum Zwecke des Mordes, oder einer vorgetäuschten Fruchtabtreibung oder einer Mäusevertilgung übergeben worden sein. War die Giftübergabe zur Mäusevertilgung übergeben worden sein. War die Giftübergabe zur Mäusevertilgung eine fahrlässige Handlung mit tödlichen Erfolge, wenn der Übernehmer keinen Mord beabsichtigte, so kann sie deswegen keine andere Gestalt annehmen, weil der Täter damit einen Mord ausführte.

Bei Gefährdungshandlungen kommt die Schwierigkeit der Abgrenzung vorsätzlicher oder fahrlässiger Beteiligung hinzu, die in der Abstufung der Begriffe Wissen, Wissen und Wollen begründet ist.

9) In einem gewissen Zusammenhange mit der Frage des Mangels der Willensübereinstimmung zwischen Teilnehmer und Täter und mit der Frage der fahrlässigen Beteiligung an der Tat eines anderen steht die Frage der Behandlung des sogenannten Lockspitzels (agent provocateur). Äußerlich kennzeichnet sich seine Handlung als Anstiftung. Es kommt nun - ganz losgelöst vom einzelnen positiven Gesetz - zunächst auf das Ziel seiner

Handlung an, um vom Standpunkte der Gesetzgebung und der Rechtsauslegung zu einer einigermaßen befriedigenden Lösung dieser Frage zu gelangen. Geyer (h. h. 2 Jag. 349) geht von diesem Gedanken insofern aus, als nach ihm beim A. Pr. die Absicht in der Regel nur auf die formelle Verübung der Straftat gerichtet ist, sofern sie sich von der materiellen trennen läßt.

Vom strafrechtlichen Standpunkte kommt der Beweggrund in dieser Frage nur insoweit in Betracht, als er Aufschluß über das Ziel gibt oder im Falle der Strafbarkeit des Verführers auf die Strafhöhe Einfluß hat. Der Beweggrund kann ganz mit dem Ziele decken er kann aber auch abseits davon stehen, z. B. im Falle der Entlohnung für den Lockspitzeldienst.

Nach dem Zwecke können wir unterscheiden: 1) Anstiftung einer bereits verübten Straftat, die ihrer Natur nach auf ~~Wiederholung~~ Wiederholung oder Fortsetzung abgestellt ist. 2) Veranlassung der Strafpflichtigkeit des Angestifteten, ohne die Tat zur Ausführung gelangen zu lassen. 3) Veranlassung der Strafpflichtigkeit des Angestifteten ohne Änderung der Ausführung.

Der erste Fall ist zweifellos der mildest zu beurteilende. Er ereignet sich vorwiegend auf dem Gebiete des Schutzes des geistigen Eigentums, indem der Geschädigte selbst oder durch einen Angestellten auf diese Weise feststellt, daß ein Eingriff in sein geistiges Eigentum stattgefunden hat und noch weiter geplant ist. Der regelmäßige Fall ist der Ankauf einer unter Markenmißbrauch unter Verletzung des Wiederverkaufsrechts oder in unlauterem Wettbewerbe feilgehaltenen Ware. Man kann hier davon ausgehen, daß der Verkäufer zur Straftat nicht ~~recht~~ verleitet wird, wenn er sie durch Zuhalten und die vorausgegangene Rechtsverletzung bereits begangen hat. Allerdings kommt man damit über die Tatsache nicht hinweg, daß ein Teilakt des strafbaren Rechtseingriffes durch den Geschädigten selbst veranlaßt wurde. Da es sich hier regelmäßig um über Antrag (der Privatanklage) zu verfolgende Straftaten handelt, so kann natürlich von einer Verfolgung des Anstifters keine Rede sein, weil er gegen sich, ~~seinen~~ seinen Angestellten oder seine sonstige Mittelsperson keinen Strafantrag stellen wird oder

kann. Es entsteht die hier nicht zu erörternde Frage, ob dieses Teilakte wegen der Täter strafbar wird oder infolge Veranlassung durch den Berechtigten straflos ist, indem ihm nur eine Putativstraftat zur Last fiele. Jedenfalls bleibt dem Berechtigten die Verwertungsmöglichkeit zum Beweise der fortgesetzten Tätigkeit des Eingriffes.

Der Übergang zu den beiden anderen Gruppen ist naheliegend. Es handelt sich nur um eine Verletzung von ähnlichen Privatinteressen zu handeln, die wegen gleichzeitiger Gefährdung der Verletzung von Allgemeininteressen von Amtswegen verfolgbar erklärt ist, z. B. auf Grund des Nahrungsmittelgesetzes (Lebensmittelgesetz d. österr. R.). Auch hier kann man über die Behandlung des Scheinkäufers als Anstifters damit hinwegkommen, daß dieser nur eine fortgesetzte Tat aufgedeckt hat, der Einzelverkauf an ihn nur als Beweismittel für den Handel mit solchen Waren diente.

Zweifellos hat diese Lösung etwas Gezwungenes an sich - denn an sich will der Scheinkäufer die Verübung einer strafbaren Handlung veranlassen, sein Beweggrund, einen Beweis zu gewinnen, ändert daran im Wesen nichts. Man kann auch kaum sagen, daß seiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit fehlt.

Weit bedenklicher ist die Tätigkeit des Lockspitzels in der mit diesem Worte gewöhnlich verbundenen Bedeutung. Will er den Angestifteten der Bestrafung zuführen ohne ihn die Tat begehen zu lassen, so kann ihm allerdings Anstiftung zum Versuche nach dem geltenden Rechte nicht zugerechnet werden, weil ihm der auf Ausführung der Tat gerichtete Vorsatz fehlt. Auch der Scheingehilfe ist nicht wegen Teilnahme verfolgbar, der das Mittel zur Verübung auf Verlangen des Täters in der Absicht übergibt, die Tat zu hindern. Es ist jedoch fraglich, ob dieser Rechtszustand befriedigend erscheint, denn bei der Anstiftung und Beihilfe handelt es sich vom sittlichen und zugleich vom rechtlichen Standpunkte nicht bloß darum, daß der Zustandekommen einer strafbaren Tat gefördert wird, sondern auch, daß ein anderer entweder zur Verübung einer solchen Tat veranlaßt oder in seinem bereits gefassten Entschlusse bestärkt wird. Dieses zweite Moment, das für den Gesetzgeber vom

Standpunkte der Vorbeugung nicht bloß der Tat sondern auch der Straffälligkeit nicht ohne Bedeutung sein kann, bleibt meist vollkommen außer Beachtung. Es könnte sich eine Strafbestimmung gegen denjenigen empfehlen, der einen anderen zur Straffälligkeit verleitet oder ihm hierzu Hilfe leistet ohne die Tat selbst zu wollen, d. h. eine Strafbestimmung vor allem gegen das Lockspitzelwesen. Auf den Beweggrund kommt es hierbei nur in der Strafhöhe an, systematisch wäre die Bestimmung unter die Straftaten gegen die Rechtsordnung einzureihen (als Beförderung von Straftaten anderer). Begrifflich wie Könnte man den Versuch einer solchen Beförderung fremder Straffälligkeit nur unter der Voraussetzung strafen, daß auch der Versuch der Teilnahme strafbar erklärt wird, mit der diese Scheinteilnahme in ihrer Wirkung verwandt ist.

Abgesehen von dieser der Gesetzgebung vorbehaltenen Frage wirft sich die weitere Frage auf, inwieferne den Scheinteilnehmer Verantwortung wegen fahrlässiger Beteiligung an dem Erfolge trifft oder treffen soll, wenn der Täter die Tat entgegen dem Willen des Scheinteilnehmers ausführt, vor allem dann wenn dieser nicht entsprechend dafür vorgesorgt, daß die Tat nicht ausgeführt wird. Auch in diesem Falle meine ich, daß es dem Volksempfinden und dem Rechtsgefühle nicht entsprechen würde, den fahrlässigen Anstifter straflos ausgehen zu lassen. Das Bedürfnis nach Strafe würde in umso höherem Grade sich einstellen, je unlauterer die Beweggründe zur Anstiftung waren und je schwerer die ausgeführte Tat war. Für diese Fahrlässigkeitshaftung treten u. a. Geyer und Köstlin ein. Mit dem Eventualvorsatz wird man hier nicht zum Ziel kommen, wenn es sicher ist, daß der Scheinanstifter auf die Verhinderung der Ausführung rechnete und sich nur über die Zeit der Ausführung und Rechtzeitigkeit der Verhinderung verrechnete. Auch würde eine derartige Behandlung der Frage weit über das Ziel schießen.

Wesentlich anders steht die Frage, wenn der Anstifter die Ausführung der Tat durch den Angestifteten bewirken wollte. Sein Beweggrund, dadurch den Angestifteten der Bestrafung zuzuführen, ist vollkommen unentscheidend, ausschlaggebend ist

die Veranlassung der Tat durch den Täter, der Anstifter ist hiefür als solcher strafrechtlich verantwortlich. (so auch Birkmeyer, Liszt, Kohler, Geyer, Binding, Grundriss 136, siehe Literatur bei Liszt.)

Dass, wie v. Olshausen unter Berufung auf Lucas (subj. Verschuldung 103) meint, dem Anstifter Schuldlosigkeit wegen Irrtums über die Befugnis zu seinem Handeln zukommen könne, glaube ich nicht, denn dies wäre Strafrechtsirrtum. Der Anstifter bleibt auch dann strafbar, wenn der Angestiftete nur einen Versuch der angestifteten Tat begangen hat. Es geht eben nicht an, auf dem Wege über ein Verbrechen zu einem ausserhalb des selben liegenden Ziele zu gelangen. Auch in anderen Fällen, in denen die Trübung oder Veranlassung eines Verbrechens einem Nebenzwecke dient, entbindet dieser nicht von der Verantwortung für das Verbrechen. Das gleiche muss aber auch für die Beihilfe gelten, die zum Zwecke geleistet wird, um dem Täter die Ausführung des Verbrechens zu ermöglichen und ihm dadurch die Bestrafung zu zuführen. Ich bemerke übrigens nebenbei, dass Fälle dieser Art deshalb schwer zu einer Verurteilung des Teilnehmers führen werden, weil der Nachweis, dass dieser die Ausführung der Tat und nicht bloss die Festnahme des Täters vor Ausführung beabsichtigte, auf Beweisschwierigkeiten stossen wird. Beim Diebstahl kann die Grenzlinie zwischen den früher erwähnten Fällen und dem dritten von der Frage der Grenzlinie zwischen Vollendung und Versuch abhängen und dies ist ausserst höchst unbefriedigend. Wird dem angestifteten Diebe vor Entrattung der Beute aus dem Verwahrungsorte oder hinter demselben nach erfolgter Entrettung aufgelauert, so könnte sich die juristische Gestaltung auch in bezug auf den Teilnehmer ändern, während dessen Tat psychologisch, ausserdem nach ihrer Wirkung der Anstiftung zum Versuch vollkommen gleichkommt. Kohler stellt die Erfolgshinderung der Anstiftung zum Versuch dann gleich wenn dadurch der Erreichung des Zieles der Straftat vorgebeugt wird (wie beim Diebstahl und der Münzverfälschung), so dass die volle Strafbarkeit nur gegenüber der eine in sich abgeschlossene Verletzung der Rechtsordnung enthaltenden Tat eintreten würde (wie beim Mord).

se stesso danneggiamento di cosa propria / se avesse agito
anche per B A in impunità, poiché dovrebbe ritenere
che prendano posto i propri [illegible] legali, i quali
appunto consistono nella [illegible] altra personalità.
Nel caso in cui B agisce come "personalità" di fatto
comunemente da una "intervenzione del nesso causale
attraverso il suo comportamento: (invero, a cagione della
libertà del volere di B, A non ha posto in essere a causa
per l'evento). Con ciò, però, è negata l'importanza della
libertà del volere. Si perviene anche senza questa contrazione
ausiliaria se si sta sulla base del Tatbestand legale
e si interpreta secondo il significato comune della lingua.

pag. 91

§ 77. Le fattispecie del mandato e della commissione.

"Mandato" è — stato l'incarico di un atto,
mandato per cui la persona investita dell'atto
giuridico ha il proposito di compiere il Tatbestand.

§ 44

La qualità di autore - Köhler

I L'autore unico -

pag. 510

1/ Autore di un'azione punibile è chi realizza tutte le azioni di esecuzione o parti essenziali di esse (non necessariamente materiali).

2/ Qualità di autore nel senso della legge in talune ipotesi in cui la realizzazione viene raggiunta per mezzo di un'altra persona -

Il mandatore si chiama: autore mediato, il determinato (lo strumento) si chiama: autore immediato.

Se il mandatore determina una terza persona che agisca dolosamente alla esecuzione, regolarmente il terzo quest'ultimo è autore, e il mandatore dolosamente -

Nei seguenti casi, invece, abbiamo qualità di autore mediato:

pag. 511

A 1/ L'autore determina uno che agisca incolpevolmente o in un altro modo irresponsabilmente alla esecuzione immediata

[Nota: Quantunque la definizione di Mayer pag. 384

* Chi determina un uomo ~~che~~ che per ragioni giuridiche non può essere autore, a compiere un fatto tipico legale, è da punire come autore e viene chiamato autore mediato. Così ora si riguarda il caso più frequente dell'autore mediato, in cui il determinato diventa altrettanto autore, soltanto non autore doloso - Vedi.]

per Es. A ~~induce~~ a B fa sì che questi uccida per C. B non muore. Qui è A autore se B agisca ~~senza colpa~~ (Rhode) o ha anche B agisce colposamente (Fahrlässig). Se B è pazzo o minore, A resta autore anche se B agisce colposamente. Per la qualità di autore in A è indifferente se anche B può essere considerato come autore, cioè se B era capace di intendere, ma agisce colposamente. Quindi A è autore se B abbia agito dolosamente sia che abbia agito colposamente.

Altri esempi: A determina un ragazzo di 8 anni a rubare dolci ~~e~~ nella pasticceria; o A costringe B con i mezzi dell'art 52 a fare un falso documento ed a usarlo. Vedi.

B 2/ L'autore determina per la esecuzione una persona che agisca consapevolmente e responsabilmente, a cui

manca però una qualità o volontà speciale richiesta dalla legge nell'autore di questa azione. Per es: autore di un reato nella gestione del compenso a lui dovuto per suo ministero di avvocato o patrocinatore può essere soltanto un avvocato non il suo contabile. Se l'avvocato determina il contabile a rivedere dal cliente erroneamente un compenso troppo magro, il contabile, secondo l'art. 352, non può avere la qualità di autore e quindi l'avvocato non può essere mandante; poichè mandante, regolarmente, si può diventare soltanto se un altro è autore colpevole (schuldhaft). Il fatto quindi non può restare impunito. Quindi non è addirittura che esclusa, ma esclusivamente non determinata, cioè volta.

Altro esempio: A si fa affittare una sala per mezzo di B, che è in mala fede, da un grandine altrui. Buon è autore ma soltanto complice, se la sua intenzione di acquistare è il fondo immediatamente per un terzo e non la intenzione di acquistarlo anche per sè medesimo.

2.) Casi in cui la qualità di autore mediato non è possibile.

(Malgrado l'uso di una persona mediata che non è responsabile come autore dolo, in due casi l'autore mediato non ci può essere:

a) Il mandante che si serve per la esecuzione di una altra persona non diventa autore: a lui mancano le qualità speciali richieste dalla legge per la qualità di autore - (Es: come pubblico ufficiale) - se secondo il senso di una certa norma come autore è soltanto da considerare chi esegue materialmente e finalmente se l'azione a che è stato determinato personalmente non è stata.

Per es: autore di una violazione del segreto postale non può essere quel terzo che si serve dal portalettere come strumento per la soppressione di lettere, facendo un buco nella busta in cui uno di quest'ultimi chiude le lettere che le deve consegnare.

Autore di un reato di compenso non può essere il contabile dell'avvocato, che dolosamente la determina l'avvocato stesso ad un reato di compenso oggettivo. (Gebührenüberhebung)

Autore di un falso giuramento (artt. 155, 156) non è colui che determina dolosamente altra persona in buona fede a giurare una circostanza falsa vera; poiché autore di un falso giuramento può diventare soltanto chi giura egli stesso. Ugualmente per mezzo di un altro non si può diventare autore di un vagabondaggio. S'dicasi se il fatto commesso soltanto da una persona che esso stesso sia personalmente compilato la contravvenzione. Vedi Olshausen art. 243 N. 20 St.G.B. [illegible] ammette, se non c'è qualità di carattere per maggiori reati. In G.A. 46, 41 si richiede per la esclusione dell'art. 243 N. 2 giustamente che un minore che ha agito non abbia agito dolosamente. In taluni delitti, per es. nella Notzucht, nell'incesto, la questione della commissibilità come autore mediato è molto delicata, una parte sia da ammettere.

Decisivo dovrebbe essere se l'autore immediato secondo la realtà della cosa della pena doveva aver agito contro speciali intenzioni che mancano nel determinatore, che per es. non è vincolato per mancanza dei doveri speciali di soldato non può diventare [illegible] autore mediato di una offesa [illegible] autore di questo delitto. Se l'azione resta vietata per il Comandante determinatore:

questi è responsabile come mandante ad un'azione soltanto per l'autore punibile per [illegible] speciali. [Nota: per es.: uno determina o coadiuva un marito a commettere adulterio, ottenendo così un alimento. Qualità di autore mediato qui è impossibile.]

[v. Rar Liszt, Delfeld, ammettono qualità di autore mediato. Frank e Hafmayer ammettono la sola punibilità.]

Una regolamentazione speciale c'è per il falso giuramento nell'art. 160. La determinazione dolosa di una persona in buona fede ad un [illegible] qualità di autore di un delitto a sé stante. Una regolamentazione speciale la vuole nell'art. 271 in rapporto con l'art. 346: il mezzo determinatore di un pubblico ufficiale non doloso è autore del delitto secondo gli artt. 271 e 272.

Nota che determinare un mentecatto doloso, in forza dell'art. 50 è egualmente da punire secondo gli artt. 271 e 272.)

Se la realizzazione dell'evento è voluta per il determinatore, una sola per il determinato, anche la determinazione è imputabile.
Se per es. il padre determina un altro al coito con la sua figlia sedicenne, il padre può esser punito a causa del lenocinio, ma un concorso nella violenza carnale.
Se uno a cui è vietato l'ingresso in una casa manda un altro, a cui tale ingresso è permesso, nella stessa casa non c'è violazione di domicilio.

b) Credendo falsa dell'agente che lo strumento da lui usato agisca dolosamente, non può prendere il posto di una qualità di autore in effetti mancante. Chi determina dolosamente può esser responsabile soltanto come compartecipe (in questo caso, quindi, come mandante).

c) Credendo falsa che lo strumento da lui usato agisca dolosamente, che lo strumento agisca col necessario dolus di autore ugualmente (per causa dell'art. 59/2 è soltanto la possibilità di trattare l'agente doloso come compartecipe. Ciò appartiene anche il caso che due autori vogliono prendere parte soltanto sottomettendoli sotto la volontà di autore ritenuta nell'altro e in cui entrambi credono di questo due realtà completamente un'esistenza che secondo una valutazione oggettiva, assolutamente ha il valore di un'azione di autore.

pag. 512

Si tratta qui allora come autore non ottiene chiunque la volontà di autore o di esecuzione secondo l'opinione soggettiva, malgrado della fondamentalmente uguale entità di fatto per l'autore e il mandante, ciò è possibile perché non tutti riguardo il mandante è trattato come l'autore: il mandato resta è impunibile; qualità di autore mediato resta è punibile (e intende il punto di vista della teoria soggettiva della compartecipazione, molto spesso può essere punito). Ciò trascuriamo quello che trasformiamo semplicemente il dolus del mandante nel dolus dell'autore mediato. →

+ Nota preliminare: Hegel in Zeit. Bd. 37 pag. 667 ff. respinge [illegible] opinione della dominante dottrina sull'autore mediato (Olshausen 236; Schwarze 236 N. 2; Frank III vor 47 I; von Liszt § 50 II 1 a; Wachenfeld pag. 135) e tratta quei casi come [illegible]

— Giurisprudenza —

1) La qualità di pubblico ufficiale non è circostanza aggravante, ma elemento costitutivo del delitto di peculato.

Cass. Pen. Milano 23 maggio 1918 —

---

2) Il privato che, quando fu ingannato il notaio, abbia formato un falso testamento pubblico mediante soppressione di persona, commette il reato di falsità in atto pubblico previsto dall'art. 278 Cod. Pen. e non l'altro contemplato nel successivo art. 279. La fede dovuta all'atto pubblico, formato come sopra, per ciò che è avvenuto alla presenza del notaio, può essere distrutta solo con querela di falso.

Cassaz. Penale 21 luglio 1919 —

---

atto non imputabile, perchè non volontario, sono quelli eseguiti per coazione fisica e propria. Sono imputabili, pertanto, gli atti compiuti a seguito di una coazione psicologica in un'opera di persuasione e di convincimento, per quanto autorevole esercitata.

Cassazione Penale 3 giugno 1921

"Giustizia Penale" 1015 —

Il privato che determina un pubblico ufficiale a commettere una falsità in atto pubblico, risponde di correità nel delitto della stessa indole del pubblico ufficiale esecutore del medesimo, e non già del minor titolo di falsità in atto pubblico commesso da persona privata.

Cass. Pen. 4 giugno 1923

Rep 1925 Riv. Pen. XCIX, 46

Determinare al suicidio chi ne fa nascere il proposito. Per la sussistenza di quel delitto, è necessaria la dimostrazione che l'agente abbia voluto il suicidio altrui. Ed è necessario altresì che tale volontà sia conosciuta dal suicida.

Cass. Penale Venezia - 29 gennaio 1924

Rep 1924 Penale Positiva 417

Il partecipe della vittima suicida deve rispondere di partecipazione al suicidio dell'altro, e non di omicidio premeditato, anche quando abbia egli stesso compiuto l'atto materiale che cagionò la morte di quello.

Rep 1924 App. Pen. Catanzaro 15-2-1924

Riv. Pen. C 469

Per potersi punire l'azione delittuosa del pubblico ufficiale che abbia ricevuto qualche utilità per omettere un atto del proprio ufficio, nascerne, come condizione indispensabile, che sia punita contemporaneamente, l'azione del corruttore.

Cassaz. Pen. 25 Dic. 1923 –
Giust. Pen. 559
Giur. It. II 54 –

Rep. 1924

La punibilità del pubblico ufficiale corrotto o indotto deriva dalla punibilità del privato che corrompe; e quindi si può procedere contro il primo, anche se il secondo non sia imputato di concussione attiva.

Cassaz. Pen. 23 luglio 1924
Ann. Pen. C 245
Giust. Pen. 495

Rif. 1924

Saltelli e Romano - Vol I° parte II° -
Commento teorico pratico del Nuovo Codice Penale
Roma 1930

---

pag 561

N° 341.

La partecipazione criminosa al medesimo reato presuppone la cooperazione di tre o più soggetti distinti e imputabili e successivi nel tempo. Il concorso di altre cause estranee alla volontà -

341 Romano estraneo al concorso è il caso in cui la legge considera la pericolosità del soggetto attivo come elemento costitutivo del reato (reati abituali e collettivi), o ~~la~~ naturalmente - non si rende incompatibile il concorso di altri persone nei reati medesimi. Il partecipante in tali reati deve essere di cui il concorso non è necessario alla esistenza del reato o che soltanto in via ipotetica atto a realizzare il concorso.

Non può parlarsi inoltre di concorso quando il reato sia col concorso della vittima contro la quale l'azione criminosa è diretta

non può portare a risultato di consumato
reato che commesso al concorso di persone
Nell'omicidio consumato per es. il concorso della
parte non vale a dar vita ad un concorso
di più persone nel delitto.
Egualmente non è configurabile il concorso nella
determinazione di colui al suicidio nel tutto
consumato, perché il concorso della parte non
può trasformare il soggetto in un
partecipante.

---

pag. 563

Nel cod. abrogato la parola determinazione
era usata con riferimento alla sola istigazione
primaria. Il nuovo codice invece, nel capo
3° tit. III, adopera la medesima espressione
per riferirsi indifferentemente tanto all'istigazione
primaria quanto all'agevolazione.
Il codice abrogato considerava come determinazione
la determinazione primaria per effetto della quale
si dava luogo a far sorgere nell'animo dell'esecutore la risoluzione
criminosa che prima non esisteva. Determinare
vuole il reato, significa dunque far sorgere
la determinazione

pag. 576

fatto ofa del determinante, perché nel reato
mentale volontario quello che determina è
una condotta cosciente la
volontà determinazione.
Non è così quando, attese
anche nell'esecutore,
fatto. Ingenere in cui la riproduzione di
il reato, offre col fatto passare, dalla sfera
Sono irrilevanti, mezzi e la forma della
determinazione: la norma può essere tanto
diretta quanto indiretta (per interposta persona),
verbale o reale —
Tutti questi mezzi però sono atti a concretare
l'istigazione quando con essi si sia inteso
formare o rafforzare nella mente altrui
proposito criminoso e determinare l'esecuzione
del reato.
Ma la coscienza che il determinante abbia

a taluno l'idea del reato
l'intenzione di cooperarvi
anche la rappresentazione

fatto di sé stesso l'esecutore è
del soltanto l'idea esecutiva

o non corrisponda la persona dell'esecutore, che
è determinante o la persona a cui l'esecutore abbia
un obbligo per motivi morali.

Condizione indispensabile per la punibilità dell'
istigazione è che l'esecuzione del reato, a cui l'istigazione si riferisce, sia stata iniziata. Ne discende che quando l'istigazione non sia stata accolta
ovvero avendo avuto inizio l'esecuzione del reato istigato, l'istigatore o gli istigatori non siano punibili. Lo stesso principio vale anche nel caso che, pure
essendo stata data all'istigato la ripulsione

565

del commettere il reato, questo non abbia avuto inizio per circostanze a Volontarie o Fortuite, diverse da quelle in questo caso, non la diretta volontà dell'istigato esecutore che è il presupposto della consumazione del reato.

Diversamente avviene quando sia stata iniziata l'esecuzione del reato istigato ma questa non sia portata a compimento, perchè in questo caso si
avrà il tentativo rispetto sia all'istigatore sia all'istigato, sempre più avvenga che l'istigato desista volontariamente dall'azione o volontariamente impedisca l'evento. In questi casi
è ripetuta giustamente a cui, perchè la fatti
di una circostanza fortuita che, come già vedemmo, non è commessa dalla

pag. 566

In questo articolo (106) è racchiuso il principio della responsabilità penale per tutti indistintamente. Ciò che in qualsiasi modo siano concorsi nel reato. Sulla base di questo principio è perciò
ogni graduazione fra tutte le forme di concorso principali e accessorie, morali e materiali, e ciò non
ostante l'altro principio che vuole che il concorso di cause nella produzione dell'evento, per
tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento
sono cause di esso.

La disposizione sul concorso di complicità materiale (art 41) si riferisce a tutte le cause
sia materiali che morali tra coloro che non
intelligenti. Ordine, morale nell'ipotesi che l'istigazione sia stata accompagnata da più persone, l'evento
dovrà essere messo a carico di tutti i concorrenti
di cui abbiamo contribuito a determinare,

in quanto che l'obbligo del risarcimento sorge in un'associazione di cause rispetto produttrice dell'evento e, in conseguenza, ciascuno dei compartecipanti dovrà essere obbligato all'intero risultato delle loro forze associate, senza procedere alla separazione delle giuste responsabilità, dovendosi considerare ciascuna azione associata come causa totalitaria dell'evento.

pag 567

Il carattere unitario del reato commesso da più persone deriva inoltre dalla efficacia in ogni compartecipe, di contribuire all'altrui azione, in quanto efficacia attribuisce indistintamente fra loro le varie azioni.

Note a pag 566 - 567

- Sulla base dell'analisi del rapporto causale nel reato nel caso di delinquenza associata il nostro codice ha, dunque, seguito i seguenti principi:

1°) che ciascuno deve rispondere dell'opera combinata, come in realtà è, quale causa del reato;

2°) che, considerando il rapporto causale in relazione all'evento, che è il risultato comune delle varie cause associate, non è possibile assegnare a priori, in base a categorie prestabilite, una efficacia maggiore di una piuttosto che all'altra delle dette cause, in quanto è azione di ciascun concorrente che deve considerarsi effetto e un dato evento, come conseguenza dell'azione altrui e delle altre concorrenti. Talché la responsabilità e una è conseguenza necessaria dell'altra e che ciascuno delle sul medesimo risultato voluto dall'evento, debbano essere per ciò stesso, legate tra loro da un vincolo di solidarietà per cui non soltanto tutti coloro che le hanno poste in essere debbono rispondere dello stesso reato, ma a ciascuno di essi delle opere poste a carico, in ragione di pieno più, in responsabilità dell'intero.

Oppure la nota a pag. 569, 57 - Roco -

pag 570

Nel concetto di codice, il concorso di più persone nello stesso reato presuppone una consapevolezza attiva atta alla realizzazione di un obiettivo

fatto estintivo creato, presuppone [illegible] la compartecipazione di esplicare un'azione atta a cooperamento di un fine in comune limitatamente di fatto, una adesione psichica del fatto del partecipe al fatto dell'altro partecipe.

L'art. 110 per ciò che riguarda il dolo relativo all'elemento psicologico, si riferisce naturalmente agli artt. 42 e 43°, e perciò questo elemento deve esistere nella coscienza e volontà.

Nel concorso di persone ciascuno risponde per la sua parte che la riguarda deve agire con coscienza e volontà. Però questo non basta. Si, quando si tratta di reato composto da una [illegible] pluralità di persone, basterà la coscienza e la volontà della propria azione e della parte che ne deriva, nel caso diverso di concorso di persone nel reato, perché tutte le azioni coefficienti un reato causate da un determinato evento, non è sufficiente la rappresentazione dell'evento e del rapporto di causalità tra l'azione e l'evento, ma occorre altresì anche la coscienza dell'azione altrui e del nesso causale intercorrente tra l'azione altrui e l'evento delittuoso.

La partecipazione è dunque un duplice [illegible] dungere la coscienza e volontà di concorrere con la propria azione all'azione altrui e —

Per i delitti dolosi è ancora compartecipazione o tradizione, ma non sempre esiste rispetto a tutte le forme che può presentare un reato, mentre nei delitti colposi la compartecipazione di concorrere con la propria azione all'azione altrui, è il comune denominatore di tutte quante le forme di reato, anche [illegible] è concorso anche nei reati colposi.

Perché per aversi il fatto del concorso, occorre che il risultato dannoso dell'evento reato, e l'altro del reato deve rispondere di delitto doloso, il partecipe non può rispondere di concorso colposo.

L'elemento caratteristico comune a tutte le forme di concorso è l'azione che unisce le varie attività, risultato della quale è di portare un contributo all'altro. Ora, nel concorso in delitto colposo, tale fine è vietato dalla legge ed è [illegible] sanzionato.

Ed ancora un altro elemento differenziale che può presentarsi nel fatto del concorso di reato indipendentemente dalla produzione dell'evento.

— la mancanza della coscienza [illegible] causale della propria azione o omissione, oppure dell'accordo di cause indipendenti, l'unità del reato —

572

... in considerazione del carattere essenzialmente unitario del reato, nel concorso l'azione di uno dei partecipi non può fare sì solamente a titolo di tentativo, quando l'altro dell'altro concorde abbia portato ad effetto il reato.

Allo stesso modo che non può concepirsi concorso morale non susseguito dall'azione altrui può istigare a commettere un reato tale di questo fatto consumato può non può concepirsi [illegible] concorso puramente fisico, cioè di concorso di una azione materiale senza volontà come nel caso di una persona la quale non è imputabile abbia commesso il reato per altrui istigazione. Questa persona, infatti è un mero strumento materiale nelle mani di colui che di tale persona si è servito per attuare la sua volontà criminosa. L'istigatore è il vero ed esclusivo autore del reato, sia che abbia determinato, sia che abbia soltanto facilitato l'azione del soggetto non imputabile. L'impossibilità di concepire una partecipazione puramente morale o puramente fisica dipende dal principio che non può esservi reato senza che nel fatto che lo costituisce si riscontrino l'elemento fisico e l'elemento psichico. Perciò la applicazione del principio fu accennata nell'art. 115.

« Non occorre avere la quantità di proiettili ufficiali per essere responsabili di omicidio commesso da altri avente in sua balia tale quantità, bastando che tale circostanza speciale, ancorché facesse mutare il titolo del reato, fosse conosciuta dal correo nel momento della sua attività delittuosa.

Cassaz. 22 Nov. 1926 art. 168-65
in "Giustizia penale" 1928 -

« Non contrasta con alcuna disposizione del

« Per effetto della definizione che ne dà la legge, il dolo consiste nella coscienza (consapevolezza) e nella volontà dell'evento di cagionare, con la propria azione od omissione, un evento dannoso o pericoloso vietato dalla legge penale. »

Cass. pen. 12-4-1933
Repertorio 1933 Resent. - Annali pen. 939 -

« Costituisce determinazione al suicidio tutto ciò che concorre a formare la volontà esecutiva del suicida: il consiglio, l'istigazione, la preghiera, la promessa, il comando, la coercizione morale. »

Trib. Roma 28 luglio 1932 -
Magni - Giurisp. Ital. II, 145 -

« Non è contraddittorio che il grado di merito, con apprezzamento insindacabile di fatto, abbia ritenuto il concorso delle colpe di due imputati d'omicidio colposo, dell'uno per avere affidato un'arma all'altro inesperto ed imprudente, e di questi per avere imprudentemente usato l'arma medesima. »

Cassaz. Pen. 27-6-1932
De Quantis - Riv. Pen. II 437 -

1) Generalità sull'autore mediato
2) Autore mediato e incapace -
3) " " e soggetto in errore -
4) " " e costretto a commettere il fatto da legittima difesa -
5) " e coercito -
6) " e stato di necessità -
7) " e reato di pubblico ufficiale a danno di persona estranea -
8) " e reato internazionale -
9) La pubblica amministrazione della giustizia -
10) La natura accessoria della partecipazione -
11) Conclusione -

Vedere il § 50 del Liszt-Schmidt.

Olshausen: art. 51 Vol. 1° pag. 217 -

Vedere i lavori preparatori quanto al furto "per sè o per altri" - Hanno recepito in tal caso la facoltà dell'art. 626 del Cod. Pen. Tedesco

Sabatini: L'assenza dell'intenzione di intendere e di volere di fronte alla legge penale.

Scuola Positiva

L, 109

– Anno 1933 - fasc. 3, 4

Cassazione: L'obbedienza gerarchica come causa esclusiva della imputabilità.

Riv. Pr. Dir. Pen. 376 1932

Vacchelli: I limiti dell'obbedienza gerarchica e C. art. 51.

Riv. Pr. Dir. Pen. 153 1932

« Repertorio 1931 pag. 42 Sentenza N. 29 -
Sulla imputabilità di mente e di dolo -

« Chi asporta denaro a scopo di vandalismo e non « di lucro, risponde del reato di danneggiamento e non « di furto. » -

Rep. 1931 Appello Trieste 10-3-1930 -
Cimanfredi - Foro Lig. 12

Repertorio 1931 - Foro d'Italia pag. 413
Sentenza N. 37, 38 -

« L'offerta quale corrispettivo per determinazione altrui, del proprietario di ritirare la querela, fa attuare a chi magnaccia con disegno, già da esso formato, di commettere un furto »

Cass. Pen. 7 giugno 1929
Levis - Rass. Pen. 1929
in Repertorio 1929 pag. 115 N. 4

« Viene meno la responsabilità del corso morale psichico « getore) quando l'autore materiale del reato sia assolto e l'assoluzione non sia dovuta a condizioni esclusivamente soggettive dell'autore medesimo. »

Cass. Penale Roma 13-10-1927
Giurisp. Pen. II, 16

Repertorio 1928 pg. 119 N. 1

« L'addetto alla pesatura e la libertà di prospettare « nel dipendente che segna materialmente un peso inferiore « a quello ordinatogli dal suo superiore gerarchico.

Appello Bari 10-11-1928 -
Foro Puglie III, 85

Repertorio 1928 pg. 423 -

Dal Manfrini: – Momento essenziale –

pg 7: Il reato non è mero ragguaglio o relatività o deriva di un evento extragiuridico, né la determinazione, o tendenza, o impulso all'evento medesimo: ma è volontà che si attua; impulso che si esteriorizza: psiche che sbocca in una condotta. È prassi, comportamento, attività esecutiva.

p. 23.

Così quando si dice che il diritto guarda al fenomeno esteriore o che si occupa nel campo delle relazioni esterne; o che sia il lato fisico dell'azione a differenza della morale che ha il lato psichico: non si vuol dire in quanto a differenziare l'oggetto della fisicità o dell'esteriorità degli atti regolati dal diritto; ma si vuol dire in quanto si tende impiegare la distinzione psico-fisica, che costituisce l'oggetto inviolabile dell'atto, e tutto il diritto si riduce a sola esteriorità, in contrasto alla morale che sarebbe sola interiorità.

p. 24

L'ordinamento giuridico implica e presuppone un minimo di attività esteriorizzata senza della quale non si dà luogo parlare di rapporto, di condotta giuridicamente rilevante, di situazioni di fatto suscettive di un'azione giuridica, di sanzione. Onde deve concludersi che solo per una angusta visione dell'obbligo giuridico generale si è potuto considerare come valido per il solo diritto penale il principio dell'agente nel fenomeno "cogitationis poenam nemo patitur"...
Certo tale frammento esteriore non tollera empirismi oltre il limite della penale responsabilità: ma al di là dell'esteriorizzazione esteriore, opera una realtà psichica che rapporto penale ed esaurisce tutto il problema della responsabilità giuridica. ———

p. 26

Nei tipi di ordinamento penale più urgenti, in cui la volontà dell'atto ha come carattere e centro del giudizio di responsabilità, l'analisi del processo volitivo fornisce un ulteriore argomento per ritenere la indissociabilità del momento fisico dal momento psichico del reato.
Allo studio della volontà come facoltà o momento dell'atto psichico, o come categoria dell'attività spirituale si rivolse in ogni tempo la speculazione dei filosofi. .... –
La tendenza già dominante era ... – di considerare il determinismo volitivo come un processo puramente interiore, nettamente distinguibile dalla condotta individuale, come un antecedente dell'attività pratica ....

la differenza tra volontà e azione è stata peculiare di morte fallire.
In un esame più profondo del tema la sottile correlazione dei due termini è rimasta chiarita in guisa che a noi pare definitiva: è da ripetersene un'inconfondibile tratteggiarsi una tabella identificazione dell'atto di volontà e dell'atto pratico.

p. 27

La volontà esprime cioè, non la possibilità di una condotta che le accompagni il volere, bensì la necessità di una condotta determinata dal volere, e quella correlativa di un volere che renda la condotta, non semplice volere, ma semplice velleità. La volontà, in altri termini, non è altro che energia psichica la quale diviene condotta; e la condotta non è che l'equivalente pratico della volontà.

(Bene; Gentile).

p. 29

... ciò non lascia dubbio per gli ordinamenti penali vigenti che fingono il volere come fondamento dell'imputabilità: ... Il reato non potrebbe essere altro che azione coscientemente e consapevolmente dal volere .... -

p. 35

Salvo quanto sarà aggiunto più oltre sulla struttura del reato omissivo, può più notarsi che altresì agli atti commessi in istato di incoscienza o di incompleto sviluppo psichico per lo più un processo volitivo ineliminabile, il quale riaffermi l'imputabilità dell'azione e dell'omissione.

p. 36

Gli atti del folle, del cieco, dell'infante, derivano anch'essi da un determinismo volitivo, che ne contrassegna il valore soggettivo e che conferisce ai medesimi una dignità giuridica e responsabile e li differenzia dall'esplicazione delle forze brute. Sono cioè anch'essi condotta, comportamento, azione: mentre non sarebbe tale, per assenza di una qualsiasi volontà predisponente, il cadere di un corpo umano per il colpo di un proiettile, o per effetto di piombo ammalato, o per l'impeto di un vento impetuoso che l'abbatta dall'alto di un pinnacolo, o lo sorprenda in un precipizio cagionandone la morte.

Il Perozzi, nell'intento di costruire un sistema di responsabilità indipendente da quella "normalità del volere" che è carattere e presupposto dell'ordinamento vigente, ha creduto che tale più larga configurazione del reato non fosse ancora attualmente raggiungibile se non negando l'esistenza del

37

fattore volitivo all'atto della persona anormale o incosciente. Ma egli non ha avvertito che altro cosa è il volere

normale, ed altra cosa è volere [illegible] a reggere e a fronteggiare l'azione; e che se davvero occorresse di mutare le basi del vigente regime di responsabilità non sarebbe punto necessario anticipare dal momento fisico del reato il momento volitivo, ove si ritenga che fuori taglio odierno irresponsabile esiste una volontà agente e dominante questa forza esterna abnorme.

Se infatti si fondesse fra volontà ed azione e la conseguente configurazione del reato come un fatto, ad un tempo psichico e fisico, dovrebbe adunque considerarsi definitivamente acquisito alla consumazione del delitto penale.

Sul delitto e Romano -

art. 46 Vol. I part. I pg. 281 -

N. 137: L'ipotesi così come quella ipotesi di responsabilità per causa mediata dell'evento, la quale è coordinata con l'ipotesi dell'art. 611. Ma quest'ultimo articolo è proprio fuori quello che subisce il costringimento; per l'art. 46 è proprio fuori la volontà del reato commesso dell'intermediario costretto; nel primo caso (art. 611) il colpevole risponde per causa immediata, nell'altro (art. 46) risponde per causa mediata. A norma dell'art. 81 e alcuni vuole le predette due disposizioni di legge, e applicano le disposizioni che il codice fonde per il concorso di reati.

---

pg. 281 nota

La violenza, energia sovrastante [illegible] qui in considerazione come forza che sopprime la volontà altrui. Il soggetto passivo della violenza non agisce, ma è strumento dell'azione altrui; la sua volontà si esercita in quell'istante realmente in altro senso, anzi, di regola nel senso opposto. Il fatto della violenza subita non costituisce per sé un'azione del violentato, ma è solo un dato negativo per accertare positivamente l'reale contegno, e reale azione di lui, in quel momento determinato. Ma specie dovrà considerare, per questo effetto, il grado, la forza della offesa resistenza.

In relazione all'art. 48
Vol I parte I fg. 288 N. 147

Se tale caso sui riguardi della persona ingannata il reato non esiste, perché sui suoi riguardi la punibilità è esclusa, ma esiste soltanto sui riguardi dell'ingannatore...
Si tratta di una delle ipotesi di responsabilità per causa mediata previste nel Codice.
L'inganno è l'induzione in errore di una persona mediante un artificio, una ragione o altro mezzo atto a sorprendere la buona fede di essa, attraendola nella sfera della propria azione o della propria influenza.
Naturalmente se il mezzo usato non sia atto ad indurre in errore e se anche valga a indurre in errore, la persona a cui l'inganno era rivolto sia caduta in errore per causa propria, l'ingannatore non sarà punibile.
Se il reato sia stato commesso per errore determinato da colpa, la persona a cui l'inganno era rivolto risponde di delitto colposo se il fatto sia preveduto dalla legge come delitto colposo.

è non sembra che colui che agisca in stato di necessità abbia l'esercizio privato di una potestà di diritto pubblico.
Lobello fg. 325 Nota -

Sull'art. 54 Vol. I parte I fg. 359
(N. 183) ... di regola il pericolo nello stato di necessità sorge dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ma ciò non è più escludere d'altra parte che la situazione pericolosa sorga dal fatto di un terzo. ...
Nell'ultimo capoverso dell'articolo si contempla quest'ipotesi perché in forza della norma in esso contenuta, lo stato di necessità possa anche da tale stato sia determinato dall'altrui minaccia, ossia per effetto di costrizione morale.
Questa disposizione si riferisce solamente alla coazione psicologica perché minaccia nella coazione fisica.
Anche nella ipotesi di costringimento morale vale il principio che del fatto commesso dalla persona che si trova in stato di necessità risponde colui che, minacciando la costretto l'altro ad agire, in conformità del principio della responsabilità per causa mediata dell'evento...
La norma in esame è quella dell'art. 46 di cui sopra non è niente: solo che aspetto di una medesima realtà, ossia dello stato di costringimento, per cui

una persona è messa nella impossibilità di poter resistere a una forza a lui estranea, fisica, nel caso dell'art. 46, morale o psicologica nel caso del capov. da esame e che l'abbia determinata ad agire nel stesso del costringimento.

pg 330

L'ipotesi fantasticata della minaccia è stata costruita per affermare che dispositivo non ogni minaccia ma soltanto quella che determini nell'agente uno stato psicologico di necessità.

La persona fisicamente costretta non risponde mai, a prescindere se reagisca o meno la coscienza e volontà della legge per lo stato di necessità. Il caso ricorre ad es. che si tratti di un danno grave alla persona, nè esiste la proporzione tra l'azione e il pericolo del danno.

Necessario a questo punto rilevare che il caso della minaccia non è identico a quello dell'art. 86. Rispetto a questo secondo caso non è già che si commette un reato con una volontà viziata da una costrizione fisica o morale, o da inganno altrui perchè in è preveduto il caso che taluno determinato in altro uno stato di incapacità di intendere e di volere, uno stato psicopatologico, per esempio, morbo la sostanze alcoliche o stupefacenti; o mediante suggestione ipnotica o tra veglia. Anche qui, è vero, l'agente si serve della persona come di uno strumento, perchè egli la pone in uno stato psicologico che la fa diventare un puro automa, ma questo stato psicologico è uno stato abnorme. Non si deve far confondere il caso preveduto nell'ipotesi in esame con il caso preveduto dall'art. 111.

In questo la determinazione avviene senza violenza di alcuna specie nè fisica nè psicologica.

Con le disposizioni degli art. 46, 48, 54, 93 (V e VI) il Cod. offre un sistema di disposizioni concernenti le varie ipotesi nelle quali o la volontà e la coscienza sono viziate per l'illecita opera altrui, che va dall'inganno alla violenza fisica, ovvero il coperto, pure senza concorrere a creare lo stato di non imputabilità o non punibilità dell'agente, sfrutta tale condizione per indurlo a delinquere. In tutte queste ipotesi si esclude la punibilità di colui che la agito in stato di non imputabilità e di non punib. e la punibilità è posta a carico della persona che è causa mediata dell'evento. Per i casi degli art. 111 e 86 del Prog. Rocco si dispone l'aumento della pena.

La Commiss. Ministeriale esprime l'avviso che la pena debba essere aumentata anche rispetto alle ipotesi contemplate negli art. 46, 48, 54 del capov.

Però il legislatore ritenne che non dovesse estendersi l'esimente della pena alle ipotesi predette, e che anzi dovesse l'esimente della pena essere eliminata anche nel caso dell'art. 82 (86) perché nelle ipotesi degli art. 46 e 54 è maggiore la pericolosità dell'agente. Ritenne la condotta di lui ha adeguata punizione, in quanto che negli art. 611 e 613 si prevedono come reati per sé stanti la violenza e la minaccia per costringere a commettere un reato...

Per l'ipotesi dell'art. 48 poi, l'annullo della pena non fu ritenuto necessario perché rispetto a questo caso non esiste un congruo allarme sociale. Ciò spiega perché non si trova nel Cod. accanto alle disposizioni degli art. 60 e 613 una norma che punisca il fatto di chi con inganno abbia indotto altri a commettere un reato.

---

pg. 667 N.° 281 - art. 87.

Essendo l'incapacità strettamente inconciliabile dall'azione è imputabile solamente la persona capace di tale responsabilità.

La legge non dice in qual modo [illegible] debba esser cagionato lo stato d'incapacità, perciò qualsiasi mezzo può essere adoperato purché atto a cagionarlo.

" " "

pg. 900 N.° 1473

Se, come vedemmo, non è punibile il suicidio, ciò non avviene perché del bene della vita è posta liberamente disposizione per l'inefficacia della pena come coazione psicologica contro coloro che siano predisposti contro la vita e inoltre per una ragione giuridica per la quale non si può al tempo stesso essere soggetto attivo e passivo di un diritto. Se però vi è impossibilità di delinquere a danno proprio, e quindi impossibilità di configurare il suicidio come delitto, non vi è impossibilità di delinquere a danno altrui agendo sulla propria persona. Es. autolesionismo -

---

pg. 908 art. 580

... occorre tener presente che il delitto di partecipazione al suicidio non è rappresentato [illegible] una forma di concorso, ma bensì costituisce un titolo speciale e autonomo di reato la materialità del quale si esaurisce con il compimento degli atti di istigazione o di agevolazione per guanto non sia subordinata la punibilità a determinate condizioni. Lav. preparat. vol V parte II pg. 666

pg. 909, 910 a proposito dell'ultima parte dell'art. 176 è previsto, nel primo caso, la volontà del suicida, [illegible]

tengano viziata, coesistendo quel concorso di coscienza e di volontà, per cui la consumazione del suicidio può essere considerata effetto anche della volontà dell'uccida.; nel secondo caso, il suicidio consistito da persona incosciente o non libera altro non costituisce che un mezzo materiale, con cui volontariamente è stata cagionata la morte.

Costituisce Castoria: Concorso di persone nello stesso reato - a cura dell'Avv. Prof. Pennisi del Foglio -

22 I-15 Vol I parte III da pag 524 a pag 773

pag. 585

La Relazione fonda sulla parte del principio che sono da ritenersi incontrastati nella legislazione e nella dottrina, che tutti coloro i quali concorrono in uno stesso reato hanno la medesima identica responsabilità del reato medesimo, onde se diciamo l'esistenza di una concorso di più persone questa solidarietà tutta speciale del diritto penale, si distinguono due categorie di compartecipi l'una dell'autore principale e dei correi, e dell'autore accessorio e altra dei complici per differenziare tra loro il grado di responsabilità penale, secondo la misura del rispettivo volere ed operare.

Parlando della partecipazione il delitto si offende frequentemente la frase "il determinato altro a commettere il reato" significa che un altro deve fare la determinazione criminosa; mentre il fatto di chi alla fine di commettere un delitto si è una volta a fatto compiere con la profferta premi

abbia con artifizi tendenti altrui in errore sulla [illegible]
[illegible] dell'altro facendogli credere che non sarebbe più
il diritto di alcuno, e lo abbia indotto a fare atti di
disposizione da rendergli impossibile di dimostrare
il fatto, non di meno che egli abbia con ciò determi-
nato altri a commettere un reato, giacchè ogni cir-
costanza, anzi ogni interposizione di mezzi, mercè cui
persona che è tratta in errore o è posta in stato di
difesa impedita. Che l'inganno [illegible] sia
fraudolento, precisamente come lo sia l'uso
fatto di un potere o delle forze occulte della natura
per recare [illegible] è egli il solo e vero autore, perchè che
[illegible] ed è ubbidito non fu considerato come che
uno strumento, di cui il malfattore si valse
per l'esecuzione del maleficio. L'ingannatore come
ogni altro di una partecipazione, si fece un autore
del fatto.

pag. 536

Hélie (Théorie du Code pénal - Bruxelles - 1867
dopo di aver citato in nota l'Rossi accoglie la stessa
formola ed offre degli esempi a sostegno della sua
opinione dell'autore mentale all'autore fisico:
« Non agisce in modo che comanda a un fanciul-
lo di arrampicarsi in una data necessaria o che fa
uso di un bizzarro stato della natura per commettere un
furto clandestino, non parla che sfrutta un fisico del
delitto, non risveglia le passioni di un pazzo
e lo lancia come docile strumento per il delitto che
medita. In queste varie ipotesi la partecipazione mo-
rale domina il delitto, la esperienza dell'agente
è più grande. Ora basta che queste due specie di
partecipazione non siano in fatto i capi separati
di una stessa disposizione, basta che l'una o l'altra
possa alternativamente esser considerata la più
grave, perchè questa disposizione non sia la fonte
naturale di [illegible] una diversa graduazione
nella pena pronta. »

Concorso primario = coercibilità -
Concorso secondario = complicità -
Concorso morale { coercibilità morale -
complicità morale -
Concorso materiale { coercibilità materiale
complicità materiale.

pag 36 Pad - senza intervento di volontà (intendasi volontà libera e cosciente) senza non è possibile che si abbia reato, così - naturalmente - non è possibile che si abbia concorso. - - -

Complicità - art 64 { per eccitamento o rafforzamento altrui (Bisogna coscienza -
secondario precedente di agevolare ad altri dopo la consumazione del reato
per aver dato istruzioni o mezzi allo stesso scopo
per agevolare in qualsiasi modo già iniziato primo o durante fatto.

pag 365 : Le distinzioni sono state necessarie nel codice per evitare che ogni forma di concorso, primario o secondario, che si caratterizza penalmente imputabile, potesse sfuggire alla imputabilità. - -

Prof. Giulio Paoli –
– Principî di Diritto Penale –
– Vol. III – Cedam 1929 –

pag. 380. L'elemento subiettivo nella correità – Non è concepibile una-
zione di correità se tutti i compartecipi non abbiano voluto il reato,
e, quindi, non ne siano tutti penalmente imputabili.
pag. 381
Ed invero senza una reità non potrebbe intendersi una correità –
Si tratti pertanto di coesecuzione o di cooperazione immediata o di de-
terminazione, bisognerà sempre che oltre al coesecutore, al cooperatore
immediato e al determinatore esista almeno un altro esecutore (nella
coesecuzione) almeno un esecutore (nella cooperazione immediata
e nella determinazione), i quali tutti abbiano essere anch'essi penal-
mente imputabili.
Se io commetto il reato facendo compiere atti di esecuzione all'incon-
sapevole (folle, fanciullo, ecc.) io non sarò coesecutore con lui, ma
sarò il solo esecutore, così come se mi avvalessi per compierlo
di un mezzo di forza fisica. Se io sorprendo un pazzo
che a mano armata insegue alcuno, il quale, datosi alla
fuga, sta per sfuggire alla sua sorte, e afferro il fuggitivo, e
immobilizzo perchè l'inseguitore lo raggiunga e lo colpisca, io,
se ciò avvenga, non sarò il cooperatore immediato del folle, ma
sarò il vero e proprio autore materiale del reato esattamente
come se io avessi, per esempio, tenuto la vittima ferma [illegible]
[illegible] le [illegible] micidiali correnti elettriche: nessuno infatti penserebbe [illegible]
che io possa essere considerato come cooperatore immediato delle correnti
elettriche! – Se invece io determino l'incapace a commettere il reato,
anche questa volta il [illegible] così come se lo avessi personalmente esegui-
to [illegible]
[illegible]
[illegible]

Antonio Santoro 1

Circostanze, fatto e antigiuridicità nella teoria
del reato – Scritti in onore di D'Amelio.
Vol. III pag. 240 e segg.

La dottrina tedesca ed, in Italia, diversi autori quali il
Maggiore, il Rocco Art., il Grispigni e il Delitala distinguo-
no nel reato il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza.
Il reato, pertanto, è il fatto corrispondente allo schema tipico
preveduto dalla legge e, per di più, antigiuridico e colpevole.
Il fatto è il complesso di quegli elementi o note costituti-
ve, che risultano dalla singola fattispecie delittuosa. Onde
indagare se sussista un fatto, significa esaminare se quel-
lo del quale si tratta coincida, o non, con il modello legale.
L'antigiuridicità è la contraddizione del fatto eventual-
mente rispondente al modello legale, all'ordinamento
giuridico. Non basta, cioè, per costituire un reato, che una
azione umana corrisponda materialmente a quel tipo
descritto dalla legge: occorre, altresì, che costituisca la lesio-
ne di un interesse altrui giuridicamente protetto. Qui
non si tratta più della rispondenza di un'azione al tipo
descritto, della sua forma antigiuridica, ma della qualifica-
zione sub specie juris, del suo rapporto con l'ordina-

mento giuridico, in una parola dell'antigiuridicità obiettiva. (Invero, non può dirsi reato, e cioè non costituisce un illecito penale o torto, un'azione la quale, pur coincidendo con uno schema tipico, sia tuttavia comandata, autorizzata o permessa da una norma diversa. Sicchè l'ordinamento giuridico è uno, quando l'azione non sia "contra jus", essa perde la rilevanza giuridica penale e, meglio, non ha mai acquistato tale rilevanza.

Sussiste integra il fatto e l'antigiuridicità la mancanza della colpa o colpevolezza; senza di che, pur sussistendo obiettivamente un torto, non sussiste reato. Ricentriamo nella colpevolezza, detta anche antigiuridicità soggettiva (in contrapposto all'antigiuridicità diversamente accennata, che è detta obiettiva) la capacità di diritto penale e l'elemento psicologico necessario per integrare il reato (colpa in senso lato, comprensiva del dolo e della colpa in senso stretto).

2) La distinzione di questi tre elementi o momenti del reato non è da tutti accettata; specialmente viene negata la esistenza dell'antigiuridicità come momento distinto dal fatto. Il fatto, cioè, non potrebbe esser, per il diritto penale, fatto antigiuridico. Ad esempio, il Vannini (Lineamenti pag. 68) parla di elementi negativi del reato, invece che di cause di esclusione dell'antigiuridicità, per meglio indicare la possibilità che circostanze del genere cadano nella struttura del reato e giunti

a loro valore, che non è puramente quello di una semplice qualifica, ma di una circostanza che opera nel contenuto del reato, di una circostanza che nega il fatto illecito e non soltanto la punibilità del fatto.

3) Più ferma, nella dottrina, si manifesta la distinzione tra il fatto con l'attributo dell'antigiuridicità, o la colpevolezza. Invero, tale distinzione, che corrisponde alla enucleazione logica ed astratta di un momento obiettivo e di un momento soggettivo del reato, fornisce la chiave di volta alla risoluzione dell'altrimenti insolubile problema della compartecipazione quando autore del fatto sia un soggetto incapace di diritto penale. (Vedi: Giuliani in "Scuola Positiva" 1911). Dato, infatti, la natura accessoria della partecipazione criminosa, si comprende che essa possa esistere quando, pur esistendo l'autore infermo di mente o minorenne, il fatto esiste nella sua integrità materiale, mentre non si potrebbe configurare complicità nel reato commesso da un incapace quando per fatto s'intendesse il fatto colpevole.

Lo stesso è a dirsi per la ricettazione, che ha natura di reato accessorio rispetto ad altro dal quale le cose provengono. Nella legge positiva, poi, è ulteriormente sorretta la distinzione tra fatto e colpevolezza. Invero, il capoverso dell'art. 648 dice che esiste ricettazione anche se l'autore del reato, dal quale le

cose provengono, "non è imputabile" n°4 — Quanto alla scriminante, l'art. 119 - col dettare che le circostanze (in senso lato) soggettive che escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono, nulla dice che la compartecipazione esiste sulla base del fatto oggettivamente contrario alla legge, indipendentemente da ogni riflesso di colpevolezza soggettiva.

4) Più ardua riesce la separazione tra fatto e antigiuridicità. Si osserva, e giustamente, che l'ordinamento giuridico s'integra con le varie norme e prescrizioni, onde non basta che una norma vieti un'azione perché l'illecito sussista, ma occorre che nessun'altra norma la comandi o renda in qualsiasi modo possibile e quindi legittima. Si dice, in altri termini, che la norma penale non è quella che determina astrattamente il modello di un reato, ma quella norma combinata con tutte le altre disposizioni che, in certe determinate circostanze, consentono ad impongono il fatto altrimenti illecito. (vedi: Delitala "Il Fatto" pag. 53 e segg.). Ad es: l'omicidio nel complesso dell'ordinamento giuridico-penale non è solamente l'uccisione di un uomo (mero fatto materiale), ma l'uccisione di un uomo non aggressore, non condannato alla pena di morte, ecc. La descrizione della mera di un modello di azione non avrebbe, quindi, valore assoluto: ma valore condizionato da tutti gli altri fatti che, date certe circostanze, rendono legittima l'azione. E quindi, in definitiva, il fatto reso legittimo da qualche particolare disposizione, più che esclusione all'applicabilità della norma, costituirebbe un caso non contemplato dalla stessa.

5) Le suesposte critiche sono degne di attenzione; ed, in certo senso, vengono potenzialmente dipendente.

Gli è che, mentre la distinzione tra fatto ed antigiuridicità attiene all'analisi del reato, che viene pertanto così scomposto nei suoi elementi o momenti, la concezione critica suesposta segue la sintesi, la costruzione complessiva del reato. In definitiva hanno ragione coloro che dicono che, per il concorso di una condizione di liceità, non si afflievolisce più la norma che prevede il furto, l'omicidio, ecc. Bisognerà vedere se la contrapposizione dell'unità giuridica del reato con fatto antigiuridico nei suoi momenti non corrisponda ad una funzione utile. A nostro avviso, il concetto di antigiuridicità come distinto dal fatto è giustificato unicamente dal diverso modo con cui l'uno e l'altro operano. Il fatto è l'insieme degli elementi che devono positivamente concorrere perché il reato possa esistere. Esso si presenta ben distintamente dalle circostanze o condizioni di liceità che devono non esistere perché concorra l'antigiuridicità del fatto si presenti quindi come tipo illecito penale. —

Questa funzione della condizione di liceità penale spiega perché, da qualche autore, siano state considerate come elementi negativi del fatto.

Infatti, giusta il rilievo del Rocco (Oggetto, pag. 530-533), se esiste una liceità normale, data da ogni azione non prevenuta come reato da alcun modello legale, ed una liceità eccezionale, data dal concorso di talune circostanze che rendono giuridica quell'azione che sarebbe illecita se considerata astrattamente, ne segue che deve concettualmente distinguersi il fatto, che rispecchia una normale illiceità, dalle circostanze che fanno non concorrere e che, ove non concorrano, pongono il fatto stesso come anche concretamente antigiuridico.

344

Staremmo per dire che anche il giudice procede per tappe, delle quali ciascuna corrisponde ai momenti indicati: fatto, antigiuridicità, colpevolezza. Da prima egli riscontra se l'azione corrisponda al modello legale; poi, escludendo che non esistano cause di esclusione della antigiuridicità, constata che esiste l'antigiuridicità del fatto; infine ricerca gli elementi subiettivi della colpa.

[Nota 6: L'indipendenza e la priorità della colpa rispetto all'antigiuridicità obiettiva si evince dalla funzione che hanno le cause di liceità del fatto. Se esiste una causa di liceità, se esiste uno stato di legittima difesa, non occorre passare all'indagine sulla capacità di diritto penale del soggetto agente. Anche il pazzo, il bambino, il fatto sarebbe legittimo e cioè non costituirebbe un torto.]

Il Delitala (Fatto, pag. 32) ha, poi, rappresentato un altro motivo che sorregge la distinzione: e cioè il pericolo di fondendo l'antigiuridicità con il fatto - si rischia di fare per sostenere che nel concetto del dolo entri la conoscenza dell'antigiuridicità dell'azione. Il quale pericolo, veramente, non ci pare fondato: perché allo stesso modo che l'autore, per volendo il fatto costitutivo del reato, per essere ritenuto in dolo, non occorre che sappia del rapporto di contraddizione nel quale il fatto medesimo trovasi con la legge penale, similmente non si richiede che l'autore abbia la coscienza che delle cause che attengono all'antigiuridicità o meno dell'azione, e ciò anche quando l'antigiuridicità si dovesse considerare come un elemento o come nota costitutiva del fatto.

Per contro, non ci pare sufficiente argomento per giustificare la necessità di tenere unita concettualmente l'antigiuridicità al fatto il rilevare che l'errore esclude il dolo tanto se cade sugli elementi costitutivi del fatto, per principio, come quando se cade sugli elementi o circostanze di liceità.

di esclusione dell'antigiuridicità. Deve, infatti, considerarsi che quello che ha rilevanza è l'errore di fatto, ed anche nell'antigiuridicità esistono elementi di fatto che esistono in quelle circostanze (legittima difesa, consenso, ecc.) che, se esistenti dall'autore, escludono il dolo.

6) La legge positiva, poi, dimostra che deve affermarsi distinguersi tra fatto costitutivo del reato e circostanza di liceità o di esclusione dell'antigiuridicità, pur estendendosi a queste ultime l'efficacia dell'errore.

Infatti, mentre la prima parte dell'art. 47 Cod. Pen. parla di errore «sul fatto che costituisce il reato» e gli attribuisce l'effetto di escludere la punibilità, certamente per mancanza del dolo, l'ultimo capoverso dell'art. 59 assegna la stessa efficacia all'errore sulla circostanza di esclusione della pena, la quale si fosse erroneamente supposta dall'agente, fosse cioè inesistente a favore di lui. Dunque, la legge - pur parificando il fatto dell'errore sul fatto costitutivo del reato con l'errore sulle circostanze di liceità dell'azione - ha tenuto distinte le due nozioni, delle quali ciascuna esercita, come abbiamo visto, particolare funzione nella struttura del reato.

Pertanto a noi sembra che proprio la considerazione del disposto - nella legge positiva - dell'elemento oggetto

Segue a pag.

Bibliografia

Mommsen	«Römisches Strafrecht» — Leipzig. 1899.
Puchta	«System und Geschichte des Römischen Privatrechts.» — 8 Aufl. Leipzig. 1875.
Jurgina	«Der Bindende Befehl im Strafrecht» Bonn Leipzig. 1904
Albertario	«Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustinianea» Milano 1925
Perozzi	«Istituzioni di diritto romano» Roma 1928
Karlowa	«Römische Rechtsgeschichte» Leipzig 1901
Biondi	«Actiones noxales» Cortona 1925.
Battenberg	«Das auf Befehl begangene Verbrechen» Breslau 1916
Binding	«Die Normen und ihre Uebertretung» Leipzig 1916
Rein	«Das Criminalrecht der Römer» Leipzig 1844
Van Calker	«Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht. München 1891
Schupfer	«Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia». Città di Castello 1914

Brunner — «Deutsche Rechtsgeschichte» Leipzig 1887

Del Giudice — «Diritto penale germanico rispetto all'Italia» in Enciclopedia del Pessina - Vol. 583.

Calisse — «Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle indagini fatte nelle riforme del secolo XVIII» in Enciclopedia Pessina (I vol. pag. 186 e seg. 231 e seg.)

Wilda — «Das Strafrecht der Germanen» Halle 1845

Hiss — «Das Strafrecht des deutschen Mittelalters». Leipzig 1920

Brunner - Von Schwerin: «Deutsche Rechtsgeschichte» - München

Heimberger — «Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit» in "Festgabe für die juristische Fakultät zu Giessen". Giessen 1907

Dahm — «Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter». Berlin und Leipzig 1931.

Kantorowicz — «Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik» Berlin 1926.

Stülflore — «Der Befehl im Strafrecht» Thorn - 1910 -

Rantalisi — «L'offesa e il danno nel reato» Bergamo 1914

Von Ammon — «Der bindende rechtswidrige Befehl» Breslau 1913

Herzfelder — «Gewalt und Recht» München - 1930 -

Georg Jellinek — «Sistema dei diritti pubblici subbiettivi» Milano 1912 -

Freudenberger — «Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht» in "Annalen des Deutschen Reichs" 64 Jahrg. 1931 pag. 165 - 206 -

Ebermayer - Lobe - Rosenberg — «Reichs - Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.» IV auf. Berlin. 1929. pag. 116 n. 6.

De Valles — «La classificazione delle persone preposte ad uffici dello Stato» in "Annali dell'Università di Macerata". 1927.

Grispigni — «Corso di Diritto Penale» Padova 1932

Vacchelli — «Il limite dell'obbedienza gerarchica e l'art. 51 del Nov. Cod. Pen.» in "Rivista It. di Dir. Penale". 1932 pag. 154.

Battaglini — «Le norme del diritto penale e i loro destinatari» Roma 1910

Leone — «Le norme penali in bianco nel nuovo codice» del volume: "Scritti teorici pratici sulla nuova legislazione penale italiana". Messina 1931

Cesarini — «Manuale di Dir. Penale» Padova 1933

Kelsen — «Hauptprobleme der Staatrechtslehre» Tübingen 1911

Walter Jellinek — «Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen» Tübingen 1908.

Wenger — «Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht» Hamburg 1925

Coester — «Die Rechtskraft der Staatsakte» München und Leipzig

Salemi — «La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione» Milano 1918

Trentin — «L'atto amministrativo» Roma 1915

Comba — «Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi» Torino 1931

Merkl — «Die Lehre von Rechtskraft» Leipzig und Wien

Andersen — «Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe» Mannheim 1929

Röhrs — «Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften» Leipzig 1932.

Maggiore — «Principii di diritto penale» Bologna 1932

Alimena — «I limiti e i modificatori dell'imputabilità» Torino 1939

Brusa — Saggio di una dottrina generale del reato. (Torino 1884)

Manzini — Commento al Codice Penale (Verona 1902)

Brauer — «Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit»

Binding — «Handbuch des Strafrechts» Leipzig 1885

M. E. Mayer — «Der rechtswidrige Befehl Vorgesetzten» in Festschrift für Laband. - Tübingen 1908

Finger — «Compendium des österr. Strafrechts». Berlin 1913 -

Wachenfeld — «Lehrbuch des deut. Strafrechts» München 1914

Saltelli - Romano di Falco — «Commento teorico-pratico al Cod. Penale». Principii di diritto amministrat. Italiano Milano 1918 -

Romano — Istituzioni di diritto pubblico - Padova 1928

Ranelletti — Teoria giuridica dell'organizzazione dell'Ente. Padova 1911

De Valles — Corso di diritto amministrativo. - Padova 1930

Romano — I pubblici uffici e la generalità amministrativa in «Trattato» dell'Orlando - Milano 1900

Giriodi — Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio Padova 1932.

Espositi — Funzione pubblica e servizio pubblico nel amministrazione penale. - in Riv. It. di Dir. Penale 1925

Zerboglio —

Zanobini — L'esercizio privato delle pubbliche funzioni. 1920.
Zanobini — Pubblici ufficiali e incaricati di servizio pubblico nel nuovo Cod. Penale. — in "Atti di un Congresso di Ugo Conti". — Città di Castello 1932.
Felix Lombi — Juristische Grundlehre — Leipzig — 1937.
M.E. Mayer — Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1938.
M. E. Mayer — Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. in "Vergl. Darstellung des deut. und ausl. Strafrechts, Bes. Teil., I Band. pag. 449 ff. Berlin - 1908 -
Mezger — Die subjektiven Unrechtselemente — in "Gerichtssaal" Band 89 - 1924.
Mezger — Strafrecht — München 1931 -
Mezger — Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. in "Festgabe für Frank". Tübingen 1930
Beling — Die Lehre vom Tatbestand — Tübingen 1930.
Bettiol — La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione. (Riv. It. di Dir. Pen. 1932 fol. 4)
Von Weber — Wandlung der Tatbestandslehre? in "Schweiz Zeit. für Strafrecht" 1931.

Finzi — Ernst Beling e la teoria del Tatbestand in "La Giustizia Penale". 1931.
Delitala — Il fatto nella teoria generale del reato. Padova 1930
Hippel — Deutsches Strafrecht —
De Valles — La validità degli atti amministrativi. Roma 1917
Longo — Le leggi di delegazione. Padova 1931
Walter Jellinek — Verwaltungsrecht — III Aufl. Berlin 1931 -
Carnelutti — Teoria generale del reato -
Benedicenti — Limiti giuridici del dovere di obbedienza delle persone gerarchiche. — in "Archivio giur." Luglio 1932
Longhi — La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale
Grandi — Obbedienza gerarchica militare. Ludecus sulla legittimità dell'ordine — Riv. Penale 1931
Hecker — Der Offizierstrafrichter und der Militärstrafgerichtshof für das Deutsche Reich — in "Archiv. für Strafrecht - Goltdammer 30 Band, 1882.
Mezmann — Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte — Breslau 1909

Rarelli — Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Padova 1909.

Zanobini — L'attività amministrativa e la legge. in "Riv. di Diritto Pubblico." 1924.

Resta — La natura giuridica delle cosiddette norme di potere amministrativo. "Annuario della R. Univ. di Macerata." 1932.

Beling — Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. Tübingen 1913

Civoli — Manuale di dir. penale. Milano 1900

Manzini — Le dottrine generali del diritto penale. Torino 1913.

Merkel — Grundriß des Strafrechts. Bonn. 1907.

Von Kleffmann — Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. 3 auf. 1903.

Freund — Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen. in "Archiv. für öffentliches Recht." I. B. 1885

Hobbes — Elementa philosophica de cive.

Mirbach Jönner — Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie. Landshut 1808

Ferrara — Diritto Amministrativo. Padova 1923

Von Bar — Gesetz und Schuld in Strafrecht. Berlin 1907. II Bd.

Loening — Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Graf zu Dohna — Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. — Halle 1905.

Laband — Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 5 auf. 1911-1914. Bd. I.

Valenti — La responsabilità degli amministratori. Roma 1904.

Paoli — Principii di diritto penale. Vol III Padova 1929

Manduca — Il nuovo codice penale italiano e i suoi caratteri organici. in "Trattato. del Codice" Vol. I. Milano 1931

Merkel — Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889

Finger — Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin. 1904

Gerland — Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin. 1922

Hellmuth Mayer — Der bindende Befehl im Strafrecht. in "Festgabe für Frank." Tübingen 1930

Heilborn — Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger

	ger Dienstbefehl — 1911 in "Festschrift für Otto Gierke". Weimar
Castrei	Concorso di persone in uno stesso reato — in "Trattat. del Coglido.
Pietro Ver	Diritto penale militare in "Enciclopedia" di Persina Vol. II pag. 170.
Angioni	Le cause obiettive di esclusione dell'antigiuridicità — Milano 1910 Ist. Edit.
Bettiol	L'efficacia delle convenzioni sul diritto penale Milano 1933
Heinitz	Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit — Breslau 1926
Fischer	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts München 1911.
Rocco	L'oggetto del reato.
Stooß	Rechtswidrigkeit und Verbrechen. in "Schweizerische Zeit. für Strafrecht" 10 Jahrg. 1897.
Max Jansen	Pflichtenkollisionen im Strafrecht — Breslau 92
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Tübingen 1931
Antolisei	L'evento e i nuovo Codice Penale "Riv. It. di Dir. Penale" 1932 N. 1

Beling	Die Lehre vom Verbrechen — Tübingen 1906.
Mezger	Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit — in "Festschrift für Binding" Leipzig 1911 II Band.
Karl Wolff	Verbotenes Verhalten — Wien Leipzig 1938
Rocco	La repressione alle offese degli eserci grandi Giurisp. — Riv. Penale 1903 —
Chiovenda	Principii di dir. processuale — Napoli 1906
Schütze	Lehrbuch des deutschen Strafrechts — Leipzig 1874.
Hecker	Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts Stuttgart 1887.
Merkbacher	Die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für den Beamten und für den Soldaten in strafrechtlicher Beziehung. Heidelberg 1918
Sauer	Grundlagen des Strafrechts — Berlin 1921
Kitzinger	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht — in "Gerichtssaal" B. 60. 1898. pag. 84.
Allfeld. Mayer	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Leipzig 1923.
Hafter	~~Lehrbuch~~ Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts — Berlin 1926.

Pasquali	Obbedienza gerarchica in "Supplemento alla Riv. Penale. Vol. IV, pag. 12.
La Monica	Sulla criminalità della obbedienza gerarchica. in "Dizionario Penale. 1931 pag. 551
Battisti	Affinazione analogica della legge penale "Riv. It. di Diritto Penale. 1931 ch. 12.
Carrara	Programma
Alimena	Principii di diritto penale - Napoli. 1912.
Pessina	Elementi di diritto penale - Napoli. 1912 -
Longo	Commento al codice penale. Torino 1911 -
Crivellari	Il codice penale interpretato - Torino 1932.
Casalocca	L'obbedienza gerarchica come causa escludente della imputabilità. in "Riv. It. di Dr. Penale - 1932 -
Graf. Zu Dohna	Recht und Irrtum - Mannheim 1925.
~~Klee-Müller~~	~~Amtsrecht~~
Köhler	Deutsches Strafrecht - Leipzig 1917
Goldschmidt	Der Notstand, ein Schuldproblem - in "Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht. 1913 Heft 3-4 -
Zeike	Der rechtswidrige Befehl als persönlicher Strafausschließungsgrund für den Gehorchenden - Göttingen 1912

Mangini, Gabrielli, Colantoni	Cod. Penale illustrato con i lavori preparatori. Roma 1930
Kohlrausch	Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht Berlin 1903
Angioni	Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale
Vannini	Concetto e contenuto dell'illecito penale in "Studi Senesi. 1933 fas. 1-2
Battisti	Sul tentativo di partecipazione delittuosa. Annali 1932
Battisti	I lineamenti dell'istituto del concorso di persone in un reato secondo il nuovo Cod. Pen. in "Archivio Giuridico". 1931
Manzini	Il momento esecutivo del reato - Pad. 1933 -
Dahm	Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch - Breslau 1927.
Binding	Die Normen und ihre Uebertretung IV B. pag. 311 -
Flegenheimer	Das Problem des dolosen Werkzeugs Breslau 1913
Schmidt E.	Die mittelbare Täterschaft in "Festgabe für Frank. Tübingen 1930

Beling
Erik Wolf
Varanini
Stoppato

Die Lehre vom Verbrechen - Tübingen 1906
Die Typen der Tatbestandsmässigkeit
Breslau 1930
Concetto e contenuto dell'illecito penale
Il diritto di resistenza per i fatti non costituenti
le offese dall'atto arbitrario.
in "Cass." 1905 -

Battisti

Sulla natura accessoria della partecipazione delit
se "Riv. It. di Dir. Penale" 1930 N.5-
"Le dottrine generali del reato"

Delitala
Battaglini

Dell'azione civile per risarcimento di danno
contro l'imputato assolto per totale infermità di
mente. in "Studi per P. P. Zanzucchi" Milano
Delle circostanze che escludono o diminuiscono
l'imputabilità. Studio sugli art 62-bis del Progetto
Vigliani (24-2-1874) —
Il problema ed il metodo della scienza del D.P.
La norma penale —
I delitti contro la persona. Vallardi 1933

Arturo Rocco
Eduardo Massari
G. Altavilla
Barthlemey

L'influence de l'ordre hierarchique sur la
responsabilité des agents - (Revue de droit
Pénitentiaire 1914)

condurca a ritenere difetto di fatto costitutivo del reato dalle cause di liceità. Invero, gli elementi del fatto operano solo in rapporto con la volontà e sono irrispettivi di una efficacia giuridica obiettiva, mentre d'altra parte la sola opinione dell'agente, in mancanza del fatto, non basterebbe a dar vita al reato (reato putativo). Invece le condizioni di liceità - appunto per il loro carattere normativo - operano per di stesse ed anche se l'autore del fatto non le conosca. Se il fatto è lecito, è irrilevante qualsiasi diversa opinione dell'agente non valga a ripristinare il divieto obiettivo. Viceversa, la opinione di esistenza attuale di una delle cause di esclusione della antigiuridicità, avrebbe rilevanza nel senso di escludere il dolo.

Ma quale mancanza - sul terreno del diritto presenta - peculiari affinità della distinzione tra fatto e circostanze o cause di esclusione dell'antigiuridicità. Per es: la revisione di giudicati è possibile quando le nuove prove rendano evidente che "il fatto non esiste ovvero che il condannato non lo ha commesso". Ora la esistenza del fatto si riferisce direttamente al fatto costitutivo del reato, e così al fatto che corrisponde al modello legale. Non varrebbe invero di restringere la formulazione prova di circostanze di esclusione dell'antigiuridicità (Reg. di procedura

penale esplicando nella stretta nozione del fatto tecnicamente inteso. Sono circostanze soggiacenti ad un fatto, ma non sono il fatto.

Si dobbiamo pertanto chiarire che quando si adotta la distinzione di fatto e antigiuridicità, è essa ha un significato profondamente diverso dalla distinzione tra fatto e diritto. Quando si considera un fatto costitutivo di reato, per il solo confrontarlo al modello legale, lo si sottopone già ad un giudizio di valore, ad una valutazione sub specie juris, per quanto - come abbiamo visto - a giudicare se il fatto in definitiva sia un torto punibile, occorre escludere che nessuna altra norma comandi od autorizzi quell'azione. Quindi si dice cosa inesatta quando si afferma che nel fatto non entrano elementi normativi. Viceversa, nel terreno dell'antigiuridicità non si trovano elementi esclusivamente normativi. L'antigiuridicità comprende nel suo dominio fatti che hanno il peculiare significato di escludere o di negare una contraddizione tra il fatto e l'ordinamento giuridico. Ma le cause di esclusione dell'antigiuridicità si appoggiano a circostanze e situazioni di fatto; e proprio in riferimento a questa base di fatto è possibile parlare di rilevanza dell'errore. (art. 59 ultima parte). La distinzione tra fatto e antigiuridicità ha, dunque, una funzione ed una pratica utilità e merita di essere mantenuta, a patto però di intenderla con riserva e tenendo presente che essa non è l'espressione (inammissibile nel terreno del torto penale, che è esclusivamente una unità), ma analisi e scomposizione.

Si fanno obiezioni non del tutto infondate, e la più importante muovono dal constatare che nel fatto sarebbero inclusi anche elementi normativi, mentre talvolta il fatto risponderebbe ad un giudizio di valore. (Delitala, Il "fatto" pag. 119 e segg.).

La prima obiezione fa presente che, per es., il requisito dell'altruità della cosa sottratta nel furto sarebbe, nello stesso tempo un elemento del fatto ed insieme dell'antigiuridicità, talché - se anche il Cod. Pen. non lo prevedesse esplicitamente, esso dovrebbe dedursi dall'antigiuridicità. Di ciò ha anzi offerto il Delitala che è - teoricamente - concepibile che possa commettere furto il proprietario che sottrae la cosa consegnata a garanzia al creditore pignoratizio. Se in base alla legislazione vigente, l'interpretazione in questo caso non è possibile, ciò dipende dalla tesi che l'"altruità" della cosa un elemento del fatto e precisamente un presupposto dello stesso. È vero che la "altruità" è una qualificazione giuridica della cosa; ma qui il diritto si pone come fatto. Conclude il Delitala che: chi ha fatto o si ha diritto, onde tertium non datur.

Ora, la grande considerazione che deve stare fatta circa alla possibilità (certamente concepibile in via astratta) del fatto sulla cosa propria, intendendo questo reato come semplice violazione del possesso altrui – è certo che l'obiezione ha un fondamento di vero per non essere decisiva. Effettivamente, nel fatto entrano elementi normativi, qualificazioni giuridiche. Ciò è il dolo circa quell'"altruità" della cosa; è così ancora una speciale portata giuridica del soggetto passivo: per esempio, la qualità di pubblico ufficiale o membro del Parlamento, ecc. Se Delitala dice che trattasi di elementi giuridici che devono assumersi come fatto; perché il diritto, in definitiva, è un fatto tra i fatti».

10) Noi preferiamo riconoscere che – tranne la distinzione tra fatto ed antigiuridicità non è assoluta, ma è frutto dell'analisi e della scomposizione – nel fatto possono entrare o fare parte elementi normativi: qualità della cosa, qualità delle persone, relazioni giuridiche tra esse e parti d'esse, tempo giuridicamente qualificato (tempo di guerra), luogo particolarmente qualificato (zona internazionale), rispetto ai quali l'atteggiamento subiettivo del reo si pone in maniera particolare.

Insieme, mentre la volontà riguarda il fatto in senso stretto, cioè l'azione o l'omissione, e l'evento rispetto al quale l'atteggiamento subiettivo si qualifica meglio come intenzione), gli elementi normativi, che pure riflettono nel fatto, sono rispettivi di relazione nel processo volitivo, ed è sufficiente che siano appresi dall'intelletto dell'agente, e cioè semplicemente conosciuti.

Le relazioni e qualità giuridiche delle cose, delle persone, dei luoghi, ecc., appunto perché tali elementi normativi del fatto, si riportano correttamente alla responsabilità dell'agente sulla base della sola coscienza, anche se inconscia, che il diritto e la qualificazione giuridica delle cose siano anche voluti dal soggetto.

Per noi, questo speciale atteggiarsi della subiettività rispetto agli elementi in discorso non viene disconosciuta, anche fondamentale dal Delitala. Noi, però, volendo rimanere fedele alla rigida distinzione tra fatto e antigiuridicità, la spiegazione che le situazioni accennate rappresentano elementi normativi del fatto, ma presupposti del fatto stesso. Senonché lo stesso Delitala – con una critica acuta e penetrante – ha demolito il concetto dei «presupposti del fatto» dimostrando che gli stessi sono «elementi del fatto», distinti per altro dall'azione e dall'evento perché, essendo antecedenti a quella ed a questo, stanno fuori della catena causale.

Ora ci sembra che una certa perplessità traspare

[illegible] del Delitala; [illegible] egli nega la teoria giuridica dei presupposti del fatto riducendo i dati del fatto, distinti da quest'ultimo in ordine cronologico, [illegible] tuttavia la particolare posizione di quelli che chiamiamo gli «elementi normativi» del fatto, riportandoli alla da lui stesso combattuta nozione di presupposti. Il nostro pensiero - che è invece contrario nettamente negatore della categoria dei presupposti del fatto [vedi p. 9: Una nozione puramente cronologica dei presupposti, qual'è quella che in definitiva accetta il Delitala, conduce all'assurdo logico, cui giunge il Pergolesi, di comprendere fra i presupposti l'autore del reato, la persona offesa e l'oggetto del reato. Del resto, a mettersi fra questa via, presupposti dovrebbero chiamarsi lo Stato, l'ordinamento giuridico, la legge penale e così via. Ciò che il Carnelutti rimproverava al Manzini] ci conduce ad ammettere che ne questo riflettono elementi normativi, la cui posizione, d'ogni fra l'assunto «normativo», è sufficiente a giustificare le speciali atteggiazioni, in loro riguardo, del processo psicologico del reo.

Le conseguenze giuridiche non mutano; ma, a nostro avviso, ne guadagna la sistemazione tecnica e concettuale.

11) Sotto altro aspetto, si dice, viene negata la distinzione tra fatto e antigiuridicità, in quanto, cioè, determinati fatti includono, necessariamente giudizi di valore. Ad es., si dice, l'effrazione legale eseguita da un estraneo differisce dagli atti di libidine non per il significato fenomenologico del fatto, ma per il loro valore normativo. Se Delitala ha offerto che, nel caso particolare, la materialità del fatto (vista ginecologicamente) coincide precisamente con la materialità degli atti di libidine, che la differenza risiede esclusivamente nell'intervento di una condizione di divieto (esercizio della professione medico-chirurgica), che si riporta quindi all'antigiuridicità. Innegabile è non fare che nella visita ginecologica si ha una diversità sostanziale del fatto rispetto agli atti di libidine. L'atto di libidine è, non solamente, animato da una lascivia interiore, ma esplica come una lascivia. Invece, la visita ginecologica non è, certamente una carezza e, tuttavia, è un che di orgo per la donna che la subisce. Il Delitala, poi, sostiene che quando nel determinare la nozione di un reato, sia utilizzato un concetto di valore, non si riscontra tale concetto nelle due parti della quale risulta: l'una descrittiva, l'altra normativa. Ma ciò forse non è sempre possibile. —

12/ Criterio, a nostro avviso, resta nel quale il fatto, in tanto è costitutivo del reato, in quanto lo si valuta in un certo modo; in questa specie di reati, i fatti, per corrispondere al modello legale, devono previamente subire un giudizio di valore. Ad es., il rapporto dell'art. 529 cod. pen. non considera ancora l'opera d'arte o l'opera di scienza; onde, con modo sottolineato ritorna, non, sotto le sanzioni dell'art. 528 a chi ne dia o non certe caratteristiche d'ordine estetico o scientifico. Il fatto non muta; né l'esistenza né l'inesistenza del reato dipende da una specie circostanza che escluda l'antigiuridicità, bensì dipende dal valore che l'atto ha per sé stesso, in virtù di un giudizio culturale, dal quale dipende essenzialmente l'applicabilità della norma penale. Ora la constatazione che il fatto, per corrispondere al modello legale, sia talvolta subordinato ad un giudizio di valore, ha importanza agli effetti dell'elemento psicologico. Infatti, se un'opera è di arte o di scienza non esiste il reato di pubblicazione di oscenità; laddove non è di valore artistico o scientifico, la diversa opinione dell'agente non varrebbe affatto ad escludere il reato, non versandosi in tema di errore

di fatto ai sensi della prima parte dell'art. 47, né giusta l'ultimo capoverso dell'art. 59 Cod. Pen. [Sotto 10: Talvolta però il giudizio di valore spetta allo stesso autore del fatto ed è decisivo per l'esistenza, o meno, del reato. Adesso: Può mezzo ricorso ad un incapace non costituisce delitto se il soggetto non abbia creduto di trovarsi in presenza di un incapace. Senonché, non può fornirsi un criterio generale per decidere quando il giudizio di valore spetti al giudice e quando spetti allo stesso autore del fatto.]

La quale conclusione collimerebbe per l'appunto con la tesi di giudizi di valore inerenti al fatto; e non di fatto. Se sintesi, a noi pare che, mentre deve accettarsi la distinzione di fatto, antigiuridicità e colpevolezza, la stessa, con la sua relatività, non conduce che nel fatto entrino elementi normativi e giudizi di valore.

13/ Ciò premesso, è facile constatare che le eccezioni se possano aversi tutte in ordine al fatto, quanto accade all'antigiuridicità, quanto ancora in ordine alla colpevolezza. Le circostanze relative al fatto sono le più varie. Esse concernono le modalità più varie dell'azione, come pure l'evento (ampliamento o restrizione). Nel tema della colpevolezza, circostanze di hanno molta

Varie qualificazioni del dolo (premeditazione, malvagità, ecc.) e nella graduazione della colpa (colpa con previsione).

Non esiste l'antigiuridicità di luogo a cui stiamo.

Intanto, abbiamo visto che - nell'ampio concetto di cui costituisce adottato dalla legge (art. 59) - rientrano le cause di liceità che non crediamo doversi ricondurre alla nozione di antigiuridicità. Senonchè esiste no casi di circostanze, in senso stretto e tecnico, della antigiuridicità.

Le loro contravvenzioni consistenti in determinate azioni compiute senza licenza dell'autorità pubblica, che loro aggravate se la licenza manchi perchè sia stata negata, revocata o sospesa o se non poteva essere concessa (art. 665, 670 Cod. Pen.) 351

altre contravvenzioni consistenti in fatti compiuti senza preventivo avviso o comunicazione all'autorità (per aggravate se in cui l'autorità li avesse vietati. (art. 667, 668) - Il fatto preveduto dall'art. 270 è consistente nel costituire, dirigere, organizzare, associazioni [illegible] a mezzo a loro fatto erigere, anche sotto forma simulata, associazioni già sciolte dall'autorità. - Ora, mentre la più accentuata situazione di antigiuridicità di un'azione può, come nel delitto di necessità, fondarsi sopra un elemento di fatto, altre volte l'assenza [illegible] dell'antigiuridicità può prescindere dal fatto di cui quest'ultimo in questo caso il problema dell'elemento psicologico rispetto alla sua coscienza coincide con quello della conoscenza della legge; un trattamento di circostanze (art. 59) è errore sulla legge non giusta per quanto riguarda nel fatto, può [illegible] [illegible] [illegible]

— La Resistenza all'ordine dell'autorità —

Altieli - Romano - Di Falco - : Commento al Codice pag. 318-319

Maggiore : pag. 182

Manzini : Concetto e contenuto dell'illecito penale pag. 88 -

Mauriani - Trattato - Vol. II pag. 290 -

Longhi : La legittimità della resistenza all'atto dell'autorità giud. Penale pag. 857 -

Stoppato : Il diritto di resistenza per i terzi non direttamente offesi dall'atto arbitrario. "Temi" 1905 pag. 477 -

Beling: Grundzüge pag. 76

Frank : Das Strafgesetzbuch

Baumgarten : Notstand und Notwehr (Tübingen 1911) pag. 100

Vogelius : Ueber Notwehr gegen Tiere - (Caspl 1899) pag. 45

Von Ammon : Der Bindende rechtswidrige Befehl - Breslau 1926.

Graf zu Dohna : Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand in "Zeit. für die ges. Strafrechtswissenschaft. Band 33 pag. 126 -

Oetker : Notwehr und Notstand in "Vergl. Darst." II Bd. pag. 26 f.

Rattenberg : Das auf Befehl begangene Verbrechen Breslau 1915. pag. 96

Hippel : Deutsches Strafrecht - pag. 207 -

ASSR
Archivio storico del Senato della Repubblica

Introduzione

Parte I

L'aut mil nella Costituzione

Cap. I

Come sorge il diritto fig. dell'aut mil

Cap. II

Funzione del diritto di aut mil

Cap. III

Casi in cui si estingue la fig. dell'aut mil

Parte II

Il fenom. dell'ass.ne nella partecipaz.

Cap. I

Concetto della accessorietà della compartecip.

Cap II

Limiti dell'ass. della comp.

Cap III

Forma di ass.ne accolta dal cod. Vigente

Indice

Introduzione pag.

Parte prima

L'autore e la sua opera

dottrina penalistica tedesca

Cap. I - Concetto e oggetto della

sua trattazione 5

Par. 1 - Definizione del concetto

Cod. Pen. Zed. " ivi

" 2 - Il principio per l'autore

" di una comparteciparione

" nel Codice Zedes 7

" 3 Correzione della forma

" letterale titolo autore medesimo. 10.

" 4 L'autore medesimo nei

" Progetti di riforma del Cod.

" Penale Zedese 12

Cap. II Caratteristiche del concetto di autore mediato pag. 14

Par. 1. Tentativi di giustificazione. Definizione ——— » ivi

» 2. Qualità di autore mediato nella costituzione dello strumento ——— » 21

» 3. Errore sui presupposti della qualità di autore mediato ——— » 25

» 4. Se l'attività dell'autore mediato possa configurarsi senz'altro come tentativo — » 28

» 5. Conseguenze della particolare struttura dell'autore mediato » 30

Cap. III. Casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato » 33

Par. 1. Raggruppamento dei (193) casi ——— » ivi

Par. 2. L'autore mediato quando l'agente rimediato è mero strumento materiale passivo _____ pag. 36

" 3. L'autore mediato quando l'agente rimediato è mero strumento doloso _____ " 52

" 4. I limiti della responsabilità dell'autore mediato. _____ " 70

Parte seconda

Negazione dell'autore mediato

Cap I Critica della dottrina dell'autore mediato _____ " 88

~~Par I.~~ .....

Cap II Il problema della natura accessoria del concorso criminoso " 108

Par 1. Concetti dell'accessorietà della compartecipazione _____ " ivi

Par. 2 - Limiti in cui attualmente possiamo fare affermazioni precise ——— pag. 120

» 3 - Quale forma di arresto vitale risulti accolta dalle cavie ——— » 140

Cap. III - Esame critico dei casi in cui si ritiene esistente la figura dell'arresto maturativo » 153

Par. 1 - Sguardo d'insieme sulle opinioni dei principali Italiani » 153

» 2 - Negazione della possibilità di equiparare l'arresto ad un stimolo ——— » 168

» 3 - I casi di arresto maturativo caratterizzati dallo stimolo meramente passivo ——— » 183

5

Par. 4 - I casi di autoy mediato caratterizzati dallo stesso

Conclusioni ——— pag. 265

Battist. Notarnicola p 89 - 108. 127, 132, 146,
Tammini. Il Codice Pen. - p 90, 91, 246,
Hoegel - p 90 - 97, 179, 207, 211,
Zimmerl p 101, 112, 124,
Jahn - pag. 105,
Battist - Lineamenti - p 108, 115, 146, 148,
Pessina nuovi & p. 109
Mancini - p 110 ~~117~~, 119, 143, 162,
Tammini, ~~p 110~~ Il Cod. pen. it. p 110, 112, 135, 148, 186, 188, 189, 195, 198, 250, 252,
Saltelli e Romano p 110, 117, 118, 162, 183, 187, 194, 200, 202, 246, 258,
Manna - p 111, 156, 163
Civoli - p 111-156, 157, 213
Tammini. Delitti e contrav. p 112, 237
Mattiari - Le Teorie gen. del Diritto penale, p 121, 215, 246.
Delitala - Il fatto nella teoria gen. del reato p 122, 137, 138, 146, 180, 210, 214, 215, 230, 261, 262.
Delitala - Le dottrine generali del reato p 130, 142, 212.
Mattiari. Il momento esecut. p 133, 164, 176, 177, 207, 246.
Tammini - Il concetto di reato - p 149,
Carrara Programma p 154, 155
Carrara - Grado - p 155
Manzini - Tratt. Vol. 2. p 155, 156, 185, 187, 192, 201, 205, 208, 219, 222, 224, 227, 232, 246, 250, 252, 255.
Impallomeni, p 156,

von Liszt Schmitz (pag. 8) 26, 28, 30, 36, 39, 42, 48, 62, 63, 69, 120,
Robert von Hippel pag 9 ff. 11, 26, 28, 30, 36, 42, 49, 51, 54, 72, 128,
Fr. Meyer pag 13), 35, 36, 39, 45, 49, 50, 57, 58, 64, 92, 99, 122, 123,
Berl. pag 14), 35. —
Mayer. pag. 15, 34, 36, 45, 61, 62 —
Wachsfels — p. 63, 65. —
Köhler. Dern. V pag. 21 – 26, 47, 50, 59, 86
von Liszt. V pag. 25, 28, 29, 36, 42, 50.
Reinhard Frank V pag 25, 36, 39, 42, 43, 46, 50, 56, 61, 63, 65
Ernst Beling V pag 25, 36, 37, 42, 47, 53, 55, 56, 63, 66, 86, 112.
Berl. Graetzer Franz V. pag 18, 36, 40, 43, 46, 48, 93,
Olshausen V. pag 36, 59, 62, 83, V
Battenberg p. 45, 243,
~~Delitala — p. 45~~ V
Hegler - p. 45, 73, 99. V
Berl. Ordnung - p. 58, 65, 69, 76, 82, 94, 104, 105, 112, 179, 226, 229, 234, 235, 236, 244, 251, 254, 256,
Flegenheimer - pag. 58, 63, V
Höpfner. p. 62, 82, 84, 85. V
Mittermayer. 63, V
von Bar, 63 V

Pecora-Clementi - p. 159
Rocco- p. 159-217, 229, 265
Cadoni — p. 159-207, 263
Mangini - p. [illegible] dig. p. 162,
Fiori. p. 167,
Rocco p. 175-
Battaglini p. 175
Carnelutti p. 173.
Antolisei p. 178, 204,
Tammeo Stretti commento, p. 179
Levi p. 199. 225,
Tammeo Pironaci, p. 205, 218
Del Nino p. 209, 246,

— Capitolo II —

1/ ~~L'autore mediato nel sistema del diritto. Definizione~~ Tentativi di giustificazione. Definizione.

2/ ~~Se possa aversi autore mediato oltre che nella strumentalità di uso~~ Estensione dell'autore mediato. Qualità di autore mediato anche nella "coadiuvazione" dello strumento.

3/ Breve cenno ~~dei~~ presupposti dell'autore mediato. Qualità di

4/ Se l'attività dell'autore med. possa configurarsi anche come tentativo.

5/ Conseguenze dell'autore mediato. Particolare struttura dello -

---

— Capitolo III —

1°/ Primo gruppo: strumento passivo -

2°/ Secondo gruppo: strumento doloso -
La questione dello strumento doloso
Casi riferentisi.

3°/ Se sia ammissibile l'autore mediato in tutti i Codici. Opinioni restrittive.

4°/ Inquadramento della materia e rinvio al capitolo III -

Capitolo III

1°/ Raggruppamento dei vari casi -

2°/ Quando l'agente immediato è uno strumento innocente passivo

3°/ Quando l'ag. immediato è uno strumento doloso -

4°/ Se ha ammissibile l'autore mediato in tutti i reati

vale di autore entro il quale l'autore mediato rappresenta soltanto una forma speciale... Se quella è indiscussa, anche questa è indiscutibile.»

Non è dato però, né al Mezger né agli altri giuristi che sostengono l'autore mediato, di distruggere la realtà della situazione. che si tratti di una finzione è innegabile anche se ti prendono

Parte II^a

— Negazione dell'autore mediato —

Cap. I Critica della dottrina dell'autore mediato.

Cap. II Il problema della ~~accessorietà della partecipazione~~ natura accessoria del ~~illecito.~~ concorso criminoso.

§ 1 Concetto della ~~natura~~ accessorietà della compartecipazione.

§ 2 Limiti che concettualmente possono darsi alla accessorietà.

§ 3 La forma di accessorietà accolta dal codice vigente.

Cap. III Esame critico dei varii casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato.

§ 1 Il caso caratterizzato dallo "Strumento normalmente passivo".

§ 2 I casi caratterizzati dallo strumento doloso.

— Conclusione —

Parte III

Scarna critica dei casi in cui si ha
dolo - Ted. citiera civil. la Lig. ec.

Cap I

Capitolo I°

L'autore mediato nella dottrina tedesca -

Allorchè alcuno determini alla commissione di un reato una persona che per questo non può essere punita, la dottrina penalistica tedesca ritiene esclusa la ~~partecipazione~~ (psichica principale) ed ~~ritiene~~ ravvisa ~~esistente~~ la figura dell'autore mediato.

Ovvero Il determinatore è chiamato a rispondere come autore mediato del reato commesso dalla persona non punibile; questa viene considerata come uno strumento nelle mani dell'altra persona (Mittelsperson).

Una parte della dottrina (per es. il Mezger, il von Hippel) ritiene che possa anche punirsi come autore mediato chi, nei confronti del reato commesso dal non punibile, esplica una attività ~~che~~ materiale o morale che, se ~~si trattasse~~ l'autore avesse ~~dalle~~ fosse ~~di persone~~ punibile consisterebbe in una partecipazione concorsuale (Beihilfe).

La non punibilità della persona usata quale ~~mezzo~~ strumento può derivare da varie cause: o perchè le manca l'imputabilità, o perchè non può essere ritenuta colpevole del ~~delitto~~ reato commesso; o perchè ~~in favore~~ per essa ricorrono ~~di~~ ragioni di giustificazione ~~legislativamente~~ (es: al figlio che commette un furto a danno del padre), o infine perchè ~~la persona mediata~~ non può ~~essere~~ ritenuta realizzare la fattispecie legale di un reato in tutti i suoi elementi, ma che ~~le~~ fa difetto di una particolare ~~intenzione~~ espressamente richiesta dalla legge, ~~ma~~ che non ~~una determinata~~ altra qualità personale ~~di~~ fisica o giuridica necessaria per integrare la configurazione del reato in questione.

così nel caso, ad es., di un reato che richieda una particolare costruzione, se questa è presente tale in colui che determina o che coadiuva, mentre manca nell'agente immediato, il determinato o il coadiuvato va esente da pena, l'altro è punito quale autore mediato del reato commesso.
Ma non è necessario che la persona usata come strumento vada completamente esente da pena: può essere, ad esempio, (almeno secondo alcuni giuristi) un caso di autore mediato se ~~il determinato~~ l'agente immediato è punito per colpa, mentre l'altro lo è per dolo.

• • •

Tutt'altro che pacifica è la teoria dell'autore mediato. ~~Anche~~ ~~circa~~ ~~i limiti di ammissibilità~~, ~~sia il fondamento~~, ~~sia la collocazione nel sistema dei titoli di responsabilità~~ autori
Qui mi propongo di dare una generale esposizione ragionata alle varie opinioni sul suo fondamento e sui limiti della sua ammissibilità. Esula, però, dal mio compito ogni approfondimento di quelle questioni che hanno importanza solo in relazione alla legge ed alla dottrina tedesche. ~~Partendo dalla mia~~
Esaminerò poi i vari casi in cui si ritiene esistente una responsabilità a titolo di autore mediato, tenendo presenti le opinioni dei nostri giuristi e, come è ovvio, le particolarmente norme del nostro Codice. Da tutta l'indagine cercherò di trarre le conclusioni che mi parranno migliori e su base ad esse, risponderò al quesito iniziale ~~fondamentale~~ nella presente tesi: se sia ammissibile, in base alla nostra legge ~~ed attualmente entro quali limiti~~, la figura dell'autore mediato. ~~sulla base della nostra legge~~

~~Capitolo I:~~ Parte I^a^ Cap. I

Come sorge la figura dell'autore mediato.

È ~~innanzi~~ opportuno che la figura dell'autore mediato trovi origine e fondamento nella ~~dottrina~~ della legge vigente, nella disciplina giuridica legislativa del concorso di persone nel reato, contenuta negli artt. 47. 50 del Codice Penale Tedesco.

1) Disciplina del concorso nel Codice Penale Tedesco.

~~Il codice penale tedesco disciplina il concorso di persone nel reato negli articoli 47 50 - .~~ Ne riporto il testo perchè ~~della~~ l'interpretazione delle parole della legge. ~~Ne avuto origine la figura dell'autore mediato, di cui mi occupo il presente studio.~~

L'art. 47 statuisce: « Se più individui compiono insieme un'azione punibile (Straftat Handlung), ognuno va punito in qualità di autore ».

Seguono gli articoli 48 e 49 che si occupano rispettivamente della partecipazione morale principale (Anstiftung) e della partecipazione secondaria tia morale che materiale, cioè della complicità (Beihilfe).

art. 48: « Come istigatore (Anstifter) va punito chi ~~mediante~~ mediante regali, promesse, minacce, abuso dell'autorità della forza, intenzionale induzione o compensazione in essere, o con altri mezzi, ha determinato un'altra persona all'azione punibile (Straftat Handlung) da quest'ultima commessa ».

~~art 49~~ La pena dell'istigatore va stabilita secondo la ~~legge~~ norma da applicare all'azione alla quale egli ha consapevolmente determinato. »

art. 49: « Chi, mediante consiglio o azione (Rat und Tat), ha consapevolmente prestato aiuto all'autore per la commissione di un crimine o di un delitto, va punito come complice. La pena del complice va stabilita secondo la norma da applicare all'azione alla quale egli ha consapevolmente prestato aiuto; deve però essere diminuita secondo le disposizioni relative alla punizione del tentativo. ».

Dopo le riforme, posteriormente aggiunte, degli articoli 49a e 49b, le quali puniscono: chi istiga un'altra persona alla commissione di un reato o alla partecipazione ad esso; chi accoglie una siffatta istigazione; chi si offre per la commissione o la partecipazione ad un reato (art. 49 a); ed, infine, chi concerta con altra persona un reato di omicidio (art. 49 b), l'art. 50, per ultimo, stabilisce: « Se la legge aumenta o diminuisce la punibilità di un'azione secondo le qualità o i rapporti personali di colui che l'ha commessa, queste circostanze speciali del fatto (esecutore, istigatore, complice) vanno attribuite all'autore o a quel compartecipe in cui sono presenti. »

2°) Il presupposto per l'instaurarsi di una compartecipazione secondo ~~gli articoli 48 e 49~~ il Codice Tedesco.

I giuristi tedeschi, studiando il dettato ~~degli articoli 48 e 49~~ della norma sul concorso, sono stati colpiti dalla espressione « Straftat Handlung » dell'art. 48 e dalle parole « crimine o delitto » dell'art. 49 e le hanno interpretate, ~~nella grande maggioranza~~ nel senso che, per la ammissibilità e la conseguente punibilità della compartecipazione ~~accessoria~~ occorra un'azione principale punibile, punibile dell'autore principale realizzata almeno ~~sotto la forma~~ nei limiti del tentativo. (forma estremamente accessoria della compartecipazione)

un'azione

(12) Von Hippel pag. 448 e Note: 7, 8 -

In verità, secondo quanto afferma il von Hippel, le parole dell'art. 48 (« azione punibile commessa ») volevano di chiarare esente da pena la istigazione non accolta, e quelle dell'art. 49 ~~(~~ (« crimine o delitto ») volevano escludere da pena la complicità nelle contravvenzioni; e ciò sarebbero potute interpretare nel senso che l'autore deve realizzare soltanto il fattispecie oggettivo di un delitto, che quindi per la punibilità della compartecipazione ~~effettivo~~ è necessaria la commissione del fatto principale dell'agente,

(1) Liszt-Schmidt pg. 321

→ ← "Nel rapporto fra qualità di autore e compartecipazione - scrive Eberhard Schmidt - (1) la legge mette tanto in risalto la spinta che la punibilità della compartecipazione compie, che è dipendente dalla presenza di un fatto principale che realizza tutti gli elementi del reato; la compartecipazione, quindi, soltanto in relazione ad una azione conforme alla fattispecie legale, antigiuridica e colpevole di un autore, può avere una valutazione giuridica »

ma non la punibilità (sia particolare: antigiuridicità e colpevolezza) di esso. »

Vedremo se seguito se sia completamente accettabile questa opinione del giurista tedesco; certo nella dottrina comune non la segue l'interpretazione è assai diversa, richiedendo per l'esistenza necessaria della compartecipazione che l'azione del compartecipe sia punibile dell'autore principale.

3°) Conseguenza della suddetta opinione: la responsabilità a titolo di autore mediato.

Questa interpretazione della comune della Legge portava ad una grave inconveniente. Ogni volta che l'autore principale fosse una persona non imputabile ovvero per una qualsiasi ragione, non punibile, diventava impossibile applicare alle persone che avevano cooperato alla comune della compartecipazione. Per ciò si pensò di punirli come autori immediati a titolo di autore immediato. Per ragioni di politica criminale, facendo appello ad una vuota astratta parità del principio della causalità, la dottrina tedesca elaborò il concetto dell'autore mediato che viene sostenuto dalla, almeno dal maggior numero degli studiosi, e che è stato accolto anche da tutti i vari progetti di un nuovo codice penale del Reich.

Ciò « conduceva praticamente - scrive il Von Hippel - al risultato che legalmente non si poteva far niente quando il fatto principale era di comodo, ma non era punibile. Perché qui, concettualmente, nel senso della legge, non c'era compartecipazione. Rimaneva però insopportabile che il determinatore (Anstifter) dovesse rimanere impunito; e per questi casi faticosamente fu creato il concetto ausiliario del cosidetto autore mediato » [illegible] in cui [illegible] di una funzione [illegible]

Le altre persone partecipano con lui concorrendo nella commissione del reato

Nota: Ho già detto che una parte della dottrina (ed anche il Von Hippel dichiara che ciò sarebbe opportuno) ammette in caso di complicità la figura dell'autore mediato.

(1) Von Hippel pag. 450

Secondo tale concetto il principio della legge tedesca (secondo la legge tedesca del 1902) di cui

derare e punire come altro come autore chiunque agendo antigiuridicamente e colpevolmente, abbia posto una condizione per l'esistenza del reato, abbia cioè aiutato l'autore

l'altro perché siamo partiti dal compartecipe principale sia punibile, cioè [illegible]

Per i giuristi tedeschi

+ e qualsiasi ciò che si faceva come potere qualificare come [illegible] Handlung

Di questa figura elaborata è tormentata, dalla dottrina, intesa occuparsi sia in generale, cioè nel suo fondamento concettuale e nella sua ammissibilità pratica, sia in particolare, cioè con riferimento ai singoli casi in cui viene ritenuta esistente un siffatto stato di responsabilità.

Sempre, com'è ovvio, trarrò le mie conclusioni sulla base dei principi ispiratori e, ancor più, della stratificazione concreta del diritto positivo italiano.

4°) L'autore mediato nei Progetti di Riforma del Cod. Pen. Tedesco.

È interessante e consono l'atteggiamento assunto, nei confronti dell'autore mediato, dai varii Progetti di Riforma del Codice Penale Germanico. Il Progetto del 1919 riconosceva la figura dell'autore mediato accanto alla correità, alla partecipazione psichica successiva ed alla complicità. Invece il progetto ufficiale del 1925 escludeva la correità e l'autore mediato ma anche la accessorietà della compartecipazione. Il Progetto del Reichstag del 1927 riprendeva la figura in considerazione della figura dell'autore, ma abbandonava l'autore mediato, inutile ormai perchè non più giustificata la compartecipazione (Anstiftung und Beihilfe) alla determinazione o coadiuvazione dello stato "colpevole" agire. Meglio fare a meno dell'autore mediato il Progetto di Riforma del 1930, ispirato anch'esso ad un progresso nel campo della accessorietà."

Vedi: Mezger pag. 485 -

Per ovviare a siffatto inconveniente i giuristi tedeschi hanno creato la figura dell'autore mediato,

~~Sept~~
~~Ingannato fraudolentemente~~

La ricerca del Giusto all'immutabilità dell'aut. med.
interessa

di relazione al problema del Giusto da fare alla immutabilità dell'autore mediato ma riconosciuto, modestamente ritengo che il vero criterio sostenibile possa dirsi quello per il quale vera e attribuibile la commissione mediata di un reato da parte di chi dello stesso non potrebbe essere autore immediato.

Ritengo, di ritenere, ~~inutile~~ che per la fattispecie ~~della~~ questione relativa alla ~~della~~ ~~del fatto~~ ~~della~~ ~~sia~~ dell'aut. mediato ~~è~~ ~~da~~ ~~risolvere~~ espressa ~~risolvere~~ ritengo per le ragioni dette dianzi che la maggiore problema da fronte offerta, cioè quella ~~dell~~ ~~concetto~~ ~~del~~ ~~soggetto~~ dell'autore ~~e~~ ~~della~~ ~~sua~~ ~~capacità~~ ~~e~~ ~~della~~ ~~sua~~ ~~responsabilità~~ ~~e~~ la sostenibilità di relazione alla legge. Questa costruzione giuridica in relazione alla dottrina ed alla legge Italiana

Il concetto dell'autore mediato adunque, come è costruito dal Codice, è una ~~ripulita~~ elaborazione della dottrina. I giuristi hanno cercato varie giustificazioni e alcuni hanno detto trattarsi di responsabilità per azione commessa mediante uno strumento privo di libertà del volere (così specialmente il Birkmeyer); altri hanno parlato di responsabilità penale per azioni di terze persone (così il Borchert); altri ancora lo hanno considerato una "finta qualità di autore".

Recentemente (1929) lo Hegler (vedi Frodizi pag. 115) ha costruito una "teoria della prepotenza" (Uebergewichts Theorie) che vorrebbe quale fondamento non solo per la distinzione dell'autore mediato, ma in ogni caso di concorso di persone nello stesso reato. In base ad essa, l'autore mediato è tale per la realizzazione degli elementi decisivi della colpevolezza o della illiceità: per questo aspetto egli è "prepotente". Nell'altro soggetto la cui determinazione o cooperazione nell'esecuzione di un reato.

La prevalente dottrina, specie la più recente, poco curandosi di giustificazioni teoriche dell'autore mediato e limitandosi a commentare la necessità con le norme positive del Codice del Reich e nella ricerca di aderenza della fattispecie ivi descritta, inquadra la figura dello autore

Bockelmann

mediato entro il concetto generale di "autore del reato".
Per la qualifica di autore mediato definisce Herget (vedi Frodini p. 111) è ~~inventata una figura di~~ precisamente qualità di autore, però una particolare forma di qualità di autore: consisterebbe nell'opera ~~una persona che agisce senza colpa, per~~ cosa inanimata consapevolmente, per la realizzazione della fattispecie di un reato.»
A pag. 375-376 è dovuto ~~Dice~~ Graven riconoscere gli particolari ~~di~~ perfezionati nell'autore mediato il fatto che la legge non ne contempla esplicita menzione. Se autore mediato è ~~chi~~ realizza da solo e mediante una persona attività la fattispecie di un reato e se questa sua qualità di autore non gli viene tolta per il fatto che si valga di uno strumento materiale o di un animale nella commissione del reato, non c'è alcuna ragione ~~che~~ per cui debba essere esclusa la qualità di autore se si avvale di un uomo non imputabile, perché un tale strumento ~~non~~ animato, giuridicamente considerato, non differisce da uno strumento non animato e va perciò chiamato anche semplicemente "strumento".»
Ed aggiunge: «La figura dell'autore mediato è giuridicamente equiparata a quella dell'autore immediato; la denominazione esprime soltanto la particolarità di fatto che la persona passiva è autore. La espressione

82) Il ritenuto assistito autore mediato che per la commissione di un reato si vale di un minore, di una persona incapace, di una persona non imputabile (Pisapia del Libro)
Con maggior precisione Graetzer (vedi), prendendo le mosse dalla definizione dell'autore come "colui che realizza tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie di un reato" considera che è l'autore mediato può ~~anche~~ ~~sia che~~ quando la persona immediatamente agente non attua l'intero fattestand. Questa infatti può: o attuare soltanto gli elementi oggettivi del fattestand ed essere perciò soltanto uno strumento meramente passivo, oppure attuare anche una parte degli elementi soggettivi, senza però di realizzarli tutti ~~quelli effetti di tipicità di un determinato reato~~ quali sono richiesti dal fattestand, ed essere perciò uno strumento dolo. Nell'uno come nell'altro caso la punibilità del determinatore come autore è giustificata perché, in primo luogo, da lui sono attuati, sia pure soltanto in parte, gli elementi soggettivi del fattestand legale, e in secondo luogo, per la ragione che a lui si deve attribuire l'attuazione degli elementi oggettivi e dei rimanenti elementi soggettivi del fatto che è la persona ~~strumento~~ di cui si è valso ha agito come uno strumento. Concetto espresso da Beling: la ragione della punibilità dell'autore mediato

Come nel caso in cui che attua il fatto tenuto di per sé ~~stante~~ soltanto come uno strumento nelle mani dell'altro elemento: tramite tra il fatto tenuto tenuto tramite, da lui posto in essere immediatamente, e colui che agisce per mezzo di quest'ultimo come se ~~lo~~ l'altro li avesse, tali elementi, realizzati usando, invece che un uomo, delle cose, ...

Ricordiamo ancora che, nello stesso ordine di idee, ~~il~~ Mezger (Strafrecht pg. 414) ...

(a - pag. 3)

~~Da ciò consegue che~~

(Nota: Vedi anche: Köhler pag. 510; Liszt-Schmidt pg. 327; von Hoffel II pg. 469, 470, 471; Beling pg. 53)

Poeta

~~Altre~~ Le in cui si ritiene esistente la qualità di autore ~~mediato~~ sono le:

Se una fase quindi precisa ed efficace la definizione data da Hergt: (Vedi Pattini Oroling pag. 414)

«La qualità ~~di~~ mediata di autore ~~mediato~~ è in effetto qualità di autore, però una particolare forma di essa consistente nell'usare una persona che agisce senza colpa, ~~ma che~~ però sempre antigiuridicamente, per la realizzazione della fattispecie di un reato» (1)

(1) Nota: In seguito darò anche delle opinioni che vogliono che nell'autore mediato sia presente la colpa, quando il fatto commesso dall'esecutore è antigiuridico.

L'autore mediato è ritenuto esistente in molteplici casi ~~ed~~ in tutte è proprio la sua ammissibilità. Raggruppo pertanto in delle grandi categorie una serie di esempi dovunque la dottrina sulla sua ammissibilità.

Giova pertanto un ~~cenno particolareggiato~~ cenno particolareggiato di varie casi al fine di potermi compiere un raggruppamento che renda chiara la successiva impostazione del problema in relazione alla dottrina italiana.

« Tale qualità di autore » che qua e là ancora si incontra è errata: la qualità di autore è molto rara, perché si richiede una concezione molto elevata e superficiale se si limita la « effettiva » qualità di autore alla commissione con le proprie mani. Chi determina una ragione imputabile a rimediare qualcosa, è mediato autore per lo stesso come colui che con le sue mani appicca il fuoco. ». Corretta, questa che è una precisazione fatta dal Binding nel seguente passo riportato dal Bekker: "Nulla di più inesatto che attribuire all'autore di oggi l'autore acquisito dell'azione compiuta con le proprie mani. C'è una qualità mediata d'autore in contrasto con quella immediata. Che l'autore per la realizzazione della propria volontà di autore si possa servire di uno strumento umano colposo o incolpevole e irresponsabile è quanto autore mediato esige categoricamente e che riconosciamo. » Nello stesso ordine di idee [illegible] raggruppa le forme di partecipazione nello stesso riconosciute dal diritto positivo: qualità di autore, compartecipazione. In questa sono comprese la determinazione (Anstiftung) e la complicità (Beihilfe); nella altra: la qualità di autore unico (Alleinthäterschaft), la qualità di coautore (Mitthäterschaft) art. 47 e la qualità di autore mediato (Mittelbare Täterschaft).

Si è fatto ricorso all definizione che dell'autore mediato dà il Mayer (fg. 376) "Chi determina un altro che per ragioni giuridiche non può essere autore a compiere un fatto tipico legale va punito come autore e chiamato "autore mediato" o anche "autore intellettuale"". (1) Si è così considerata solo il caso della determinazione di chi non può essere imputabile in virtù dell'art. 51 del Cod. Penale. Invero il Mayer stesso più oltre afferma che anche nel caso in cui chi fosse una persona imputabile, ma non punibile, si configurerebbe una complicità, non c'è una ragione di autore mediato. Quindi di autore tale nessuno in seguito alla irresponsabilità della persona usata quale mezzo oggi ciò ritiene: perché la determinazione e l'autore mediato cambiano investendo il concetto della regola di autore intellettuale concordano nella loro struttura causale che è costituita il passaggio dall'una all'altra forma di responsabilità; inoltre e soprattutto perché la circostanza che l'agente immediato è un non imputabile o un non punibile non può distruggere la distinzione fatta dalla legge fra qualità di autore e complicità.

Così Hälschner, il von Hippel questa opinione: da un lato, riferendosi al passo "quod quis per alium facit per se ipsum facere videtur" (che significa egual

(1) Definizione ripetuta dal Kohler fg. 511.

parazione dell'autore intellettuale all'autore fisico) si trova che l'autore mediato, rispetto con la determinazione dolosa ad un fatto punibile (art. 48) della [illegible] tutto il campo della qualità di autore intellettuale; [illegible] senza dar luogo a lacune, d'altro canto [illegible] che sia [illegible] punibile [illegible] delle determinazioni quelle derivanti da [illegible] la non punibilità del complice dolosa a fatto principale non punibile. [illegible] (cfr. [illegible]) punibilità della determinazione fu completata [illegible] esattamente con quello dell'autore mediato. Per la complicità, nella quale la questione è fondamentalmente la medesima, ne manca la capacità forse perchè non si trova la parola adatta. Propongo "coordinazione indipendente" (perchè "non accessoria"). La punibilità segue qui [illegible] efficientemente come nel caso analogo della qualità di autore mediato, dalla consapevolezza dolosa dell'evento. [illegible]. Queste osservazioni del von [illegible] fanno crollare la prima delle argomentazioni del Mayer; [illegible] che forse la seconda, dalle quali osservazioni del Mayer (pag. [illegible]) che proprio la presenza di un pazzo, di un minore o di altra persona che non possa compiere "un crimine o un delitto" impedisce il sorgere della distinzione fra qualità di autore e complicità posta dalla legge; in di essa potrebbe sopravvivere efficacemente un concetto naturale. Pertanto

90] to è autore mediato non soltanto chi determina, ma anche chi soltanto adduce lo strumento. L'autore mediato che dà al paranoico un [illegible] che questi gli domanda per sopprimere il suo presunto persecutore. 49

Ci maggiore [illegible] l'ammissione dell'aut. med. in che nei casi che sarebbero di complicità [illegible] pare che, se si ammette il principio ispiratore dell'autore mediato, non si possano giustamente escludere tali casi.[1] (Vedi anche Von Liszt ed. 1914 - Frank p. 105; Köhler 508 Liszt-Schmidt p. 333 ed. 1[illegible])

1 Von Liszt
2 Köhler
Frank [illegible] Liszt [illegible]

~~Resta da considerare i due~~ [illegible]

~~Mentre considerazione i rapporti fra l'autore mediato e la compartecipazione. Essi strettamente dipendono dalla regolamentazione concezione della accessorietà, e cioè dal maggiore o minore rigore di dipendenza che [illegible] attribuita alla compartecipazione di fronte alla qualità di autore. Ci intendo occuparmi nel capitolo seguente.~~ III

~~Qui [illegible]~~ [illegible] di sia adito a dubitare se esista compartecipazione o qualità di autore [illegible] sono le [illegible] [illegible] colui che determina o [illegible] ~~[illegible]~~. Può benissimo ~~il presunto autore~~ [illegible] essere in errore sulla esistenza della ~~[illegible]~~ altrui nella persona ~~lo strumento~~ persona. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Reich [illegible] che qui la teoria soggettiva cioè quella che distingue tra

le varie forme di partecipazione ~~non già~~ unicamente sulla base dell'elemento soggettivo e dell'interesse che muove i compartecipi ad agire. Nel presente caso sarebbe rilevante per la distinzione, secondo il Reichsgericht, il dolo ~~del determinatore~~ ~~determinatore~~ colui che determina o eccita: e quindi sarebbe ~~si avrebbe determinazione~~ compartecipazione psichica principale e non già qualità di autore mediato se il ~~determinatore~~ determinato (non imputato se inconsapevolmente) ~~determinato~~ ritiene ~~determinato~~ agire (punibile) ~~colpevole~~ commettere un fatto principale ~~doloso~~. Altra autorevole ~~seguita~~ dottrina ~~quella~~ ~~quale~~ la teoria oggettiva che ha di mira ~~la~~ l'effettivo ~~quanto~~ ~~di~~ ~~fungere~~ compartecipe ~~e~~ ~~ha~~ già i loro atteggiamenti psicologici (Cotti: ~~non~~ Hippel pg. 476; Köhler pg. 514, 515 "La ~~valore~~ volontà dell'agente che lo strumento da lui usato non agisca dolosamente, non può sostituire la qualità di autore in ~~effetto~~ maggiore" ~~quando~~ ~~quando~~ ~~i~~ ~~vari~~ ~~concorrono~~ ~~con~~ ~~dolo~~ ~~(Liszt Schmidt~~ ~~esemplificazione~~ ~~Liszt~~ pg. 321 Nota 8) ~~il~~ ~~reato~~: ~~"l'errore sul fatto~~ sai) A determinatore B che, erratamente ritiene passo, all'azione da questa commessa dolosamente: A è autore, A ~~determinatore~~ compartecipe nonostante che egli creda di essere autore mediato. 2°) A determinatore B, che erratamente ritiene imputabile, all'azione da questi commessa ~~non~~ dolosamente; B è ~~non~~ punibile A è autore mediato malgrado creda di essere compartecipe.

(148)

3°) A credendo B che erratamente crede passo, all'azione da questi commessa colposamente: B è autore; A concorrente malgrado che ~~secondo~~ secondo la dominante dottrina, ~~secondo~~ ~~ritenuti~~ ritenuti ~~secondo~~ ~~ritenuti~~ autore mediato. 4°) A credendo B, che erratamente ritiene responsabile, dell'azione colposamente commessa: B non è punibile, A è autore mediato. L'errore è quindi irrilevante come ogni errore di concetto giuridico e le conseguenze giuridico-penali ss.

IV

Una parte della dottrina (1) ritiene che la compartecipazione nella sua forma contemplata dal codice. ~~Da~~ quella soltanto la punibilità della ~~azione~~ dei compartecipi ~~è~~ ~~sarebbe~~ subordinata alla realizzazione del reato, almeno nella forma del tentativo, da parte dell'autore principale ~~e~~ ~~giusta~~ ~~ciò~~ ~~e~~ ~~sarebbe~~ quanto ~~dal~~ ~~Liszt~~ Schmidt (2) ~~e~~ ~~nel~~ ~~rapporto~~ ~~fra~~ ~~qualità~~ ~~di~~ ~~autore~~ ~~e~~ ~~compartecipazione~~ ~~la~~ ~~legge~~ ~~richiede~~ ~~la~~ ~~forma~~ ~~che~~ ~~la~~ ~~punibilità~~ ~~della~~ ~~compartecipazione~~ ~~come~~ ~~tale~~

(1) Allfeld citato dal ~~Liszt~~ Hippel a pg. 476; ~~Liszt~~ Lilienthal 1914; Liszt Schmidt pg. 321 Nota

(2) ~~Liszt Schmidt~~ pg. 321

nel caso dell'autore mediato, invece, l'impiego dell'autore di questo già costituisce un tentativo del reato alla cui commissione è rivolta, indipendentemente da ogni attività dello strumento. Così dice per es. il Von Liszt [1] che il tentativo completo c'è già quando gli altri elementi del reato sono lasciati alla attività propria dello strumento (quindi tentativo compiuto esiste già nella creazione della condizione nel padre). ecc.

Giustamente invece altri giuristi osservano che non c'è alcuna ragione plausibile per la cui nel caso dell'autore mediato non debba applicarsi il principio generale che vale anche nel caso dell'autore unico: cioè che tentativo non possa aversi se non si pongono in essere atti di esecuzione. Solo questi possono avere quel carattere di univocità e di idoneità che ne permette la punizione. Ed atti di esecuzione deve compiere lo strumento. Quindi può aversi benissimo la qualità di autore mediato

(1) Von Liszt ed. Berlino 1914.

nel tentativo una sola nel tentativo del autore mediato. (1)

(1) In questo senso Vedi Von Hippel pg. 475, 476 Liszt-Schmidt pg. 333 ult.

IV

Derivano dalla particolare struttura della figura dell'autore mediato alcune conseguenze che ~~esporrò~~ è opportuno enumerare. (1)

(1) Vedi Liszt-Schmidt pg. 333 n. 12

a) nel caso che l'autore mediato abbia determinato, anche con una sola parola più strumenti, per l'unità dell'attività volontaria, ~~per~~ in lui c'è soltanto un reato. Ugualmente se ha determinato uno strumento a più reati (bisogna credere che questa seconda ipotesi sia errata: egli sarà autore mediato di ciascuno dei reati commessi dallo strumento).

b) Se la legge richiede una particolare attività materiale (per es. la scalata) questa deve essere realizzata dallo strumento per poter essere attribuita all'autore mediato.

c) Quanto al luogo ed al tempo della commissione del reato bisogna considerare sia la

Per lo studio dell'autore mediato ~~qualcuno~~ che, come il mio, intende occuparsi ~~offrirsi~~ questa

Per chi studia l'autore mediato nella dottrina ~~tutti~~ tedesca allo scopo di ~~riportare~~ esaminare ~~dello stato~~ la ~~determinazione~~ sottomissione ~~soggettiva~~ ai principii giuridici della legge e della dottrina italiana, fin che l'inquadramento teorico dell'istituto ~~interessano~~ i vari casi in cui ~~egli~~ può ~~essere~~ affittasiare.

In molti casi la dottrina germanica tedesca ~~riferisce~~ all'attività ~~esistenza~~ ~~la qualità~~ mediata dell'autore.

1a) Raggruppamento dei casi.

Lo studio dei casi in cui la dottrina germanica tedesca ritiene esistente ~~la figura~~ ~~qualità~~ dello autore mediato, assume ~~parte~~ precisa importanza per chi, come me, ~~rivolge~~ la sua indagine ~~non~~ principalmente allo scopo di valutare la ~~struttura~~ attendibilità di questa ~~sua~~ costruzione, ~~giuridica~~ in relazione ~~non~~ ai principii della nostra legge ed alla dottrina italiana.

In molti casi, invero, i giuristi tedeschi fanno ricorso all'autore mediato.

Sempre ~~dal punto di partenza~~ ~~essi considerano~~ è l'autore mediato ~~che~~ colui che si vale di un'altra persona

attività dell'aut. med., sia quella dello strumento.

d) La desistenza del tentativo da parte dell'autore è ~~altrettanto~~ ~~conosciuta~~ come ~~impedimento~~ dell'evento ~~responsabilità~~

e) per valutare ~~la~~ ~~responsabilità~~ dello strumento è ~~necessario~~ riferirsi al momento in cui ~~egli~~ ha agito. ~~Secondo~~ Il Von List ~~ritiene~~ ~~necessario~~ riferirsi al momento in cui l'aut. med. ~~ha~~ ha determinato. E Von List ~~giusta~~ la ~~prima~~ opinione perchè ciò che è rilevante, l'ho già detto, agli effetti ~~di~~ stabilire ~~la~~ la figura dell'autore mediato è la ~~situazione~~ oggettiva, non già la opinione che di essa eventualmente ~~si~~ abbia.

v/ Von List Ed. L. 1914

non imputabile

o non ~~punibile~~

Come di uno strumento per la commissione di un reato.

c) Mayer fg. 379

«I singoli casi ~~della qualità di~~ dell'autore mediato e reità il Mayer [1] - vengono determinati in base alle ragioni che fanno dello esecutore uno strumento. Il fatto che l'esecutore non sia esso autore ~~di fatto~~ della sua ~~azione~~ condotta dell'esecuzione: quella circostanza che egli non ha i requisiti richiesti per una delinquenza monodale dell'autore e che quindi nel quadro dell'azione di esecuzione non attua il fattispecie legale; o nel fatto che è esclusa in lui la capacità di agire colpevolmente o ~~ad~~ soltanto la colpa, sia che esso manchi del tutto (ciò che ~~nella~~ specialmente si dà per una mediata deve essere attribuita una ragione di esclusione della colpevolezza), sia che non esista la colpa necessaria nel caso in questione.

Bettiol "Diritto" fg. 107

(1) ~~Il Mayer~~ in Lehrbuch. A me pare ~~che~~ sia meglio seguire il raggruppamento del Bettiol

~~Cercherò di raggruppare i vari casi di autore mediato~~ in due categorie tenendo che la persona che immediatamente agisce ~~si presenta~~ quale uno "strumento meramente fattivo", o quale uno "strumento doloso"...

Cautio

c) Mezger pg. 126, 129, 132.

Il Mezger raggruppa i vari casi in tre categorie tenendo che la persona che immediatamente agisce qua

Il Mezger

Le diverse modi raggruppano gli autori i cui casi in cui si presenta la figura dell'autore mediato. Per esempio il Mezger li raggruppa in tre gruppi: a) nel primo caso l'autore mediato è l'autore che ha compiuto l'evento ~~una volontà~~ che non agisce ~~attuando il fatto~~ conforme al modello del reato. Qui la "Rechtswidrigkeit" non è "tatbestandmäßig" nel modo in cui agisce Il Mezger. Si tiene conto del fatto che la strumento persona usata quale strumento. E formula tre gruppi: nel primo lo strumento agisce antigiuridicamente ma non conforme alla fattispecie del reato ("rechtswidrig" ma non "tatbestandmäßig"); nel secondo lo strumento agisce tenza colpevolezza; nel terzo agisce senza qualsiasi ~~dolo~~ in quanto ~~invece~~ richiede ma nell'agente autore particolari qualità.

Bettiol fg. 2

La colpa della Mittelsperson, pure sussistente in quanto a tale favore esiste una ragione di esclusione della colpevolezza. Così se essa la agita in stato di necessità (Notstand) art. 54 o in stato di costrizione (Nötigung) art. 52 [1]

(1) Vedi: Meyer pg. 431; Liszt-Schmidt pg. 330

Segue a pag. V

Quanto alla costrizione ....

Autore mediato è anche chi [illegible] per la commissione di un reato di

Inoltre è autore mediato colui che costringe la Mittelsperson alla commissione di un reato.

Si fa inoltre ricorso all'autore mediato per punire chi è valso per la commissione del reato di una persona agente in stato di necessità (Notstand art. 54) o in stato di costrizione (Nötigung art. 52).

(1) L

Così è ... colui il quale ha consigliato ad una persona trovantesi in stato di necessità di realizzare la fattispecie di un reato per evitare [illegible] quale autore mediato

II

Casi di autore mediato

(1) Segue Vedi: Von Liszt ed. 1916; Graetzer; E. Mayer pag. 373; Frank pg. 104; Beling pg. 30; Olshausen pag. 195; von Hippel pg. 473; Meyer pg. 429; Liszt-Schmidt pg. 328

2°) Quando l'agente immediato [illegible] strumento meramente passivo.

59

La persona che immediatamente agisce si presenta quale strumento meramente passivo nell'attuazione quando non è punibile a causa [illegible] (minore età, infermità di mente, sordomutismo, ecc.) Chi determina costui alla commissione di un reato è per questo punito come autore mediato. Su questo punto è concorde la dottrina. (1)

Una fonte di dubbi è costituita dalla "Legge sul Tribunale dei Giovani" del 16 febbraio 1923, le cui disposizioni hanno sostituito gli artt. 55, 56 e 57 del Codice Penale.

Questa legge dispone: art. 1° "Giovane (Jugendlicher) nel senso di questa legge è colui che ha più di quattordici, ma non ancora diciotto anni"; art. 2 "Chi, non avendo ancora quattordici anni, commette un'azione punibile, non è soggetto a pena."; art. 3 "Un giovane che commette un'azione prevista come reato, non è punito se, al tempo della commessa azione, secondo il

suo sviluppo intellettuale e morale, pure non in grado di capire l'illiceità della sua azione e di determinare la sua volontà secondo questa comprensione. ». Segue l'art. 4 che è appunto la causa delle divergenti opinioni: « La punibilità del determinatore, del complice, del favoreggiatore e del ricettatore non è alterata dalle disposizioni degli articoli 2 e 3 della presente legge. »

(1) Beling pag. 90

Il Beling (1) ritiene che questo art. 4 comanda cura applicazione. La legge - egli dice - avrebbe potuto disporre l'ammissibilità della complicità anche [illegible] fattispecie principale, talché l'autore principale si da risultarne eliminata la figura dell'autore mediato. Ed indubbiamente tale era il proposito dei redattori della suddetta legge, non distinto, però, dall'intenzione di non diminuire l'entità della punizione a carico dell'adulto che determini o cooperi col minore alla commissione del reato. Senonchè, [illegible] applicarsi, in virtù dell'art. 4, le norme sulla complicità [illegible] e in particolare l'art. 49, si andrebbe incontro ad una diminuzione di pena per l'adulto che coopera col minore giacchè egli sarebbe punito con la pena diminuita del complice e non più con quella normale dell'autore (mediato). Ciò sarebbe in contraddizione con i motivi ispiratori della legge del 1923. « Quindi - conclude il Beling - questo testo contiene silenziosamente una norma in bianco: cioè le disposizioni generali riguardo alla determinazione e alla complicità nei reati dei minori non vengono toccate. Poichè il Codice Penale non conosce una tale compartecipazione, l'art. 4 della Legge sul Tribunale di Giovani è attualmente priva di applicazione. »

Non si applica la legge in questo senso

(1) Vedi: Frank commento all'art. 4 T. G. G. ed. 7, Mezger pag. 430; List-Schmidt pg. 328, 329 -

In contrasto, però, con la tesi sostenuta dal Beling altri autori (1) sostengono la piena efficacia della norma posta dal sunriportato art. 4 e ritengono, con ciò creata dal legislatore una certa deroga alla rigida accessorietà della complicità e conseguentemente alla punizione sulla quale è basata la fattispecie accolta dal Codice Penale. Il Mezger [illegible] che tale deroga deve limitarsi ai casi in cui la sua imputabilità deriva dagli articoli 2 e 3 della legge del 1923; negli altri casi, [illegible] quella se si tratti di un minore (per es: giovane tra i 14 e i 18 anni) farebbe, [illegible] sempre, per [illegible] autore mediato.

Questa è l'opinione contraria al Beling, come più rispettosa dei principi in tema di interpretazione del diritto positivo. Del resto, qualunque sia la soluzione di questa questione particolare, rimane fermo che il caso più difficile, in cui l'autore mediato è quello in cui quando l'esecuzione immediatamente agente non è imputabile incapace, quando agisce incolpevolmente e non liberamente.

"Si può pensare benissimo — scrive il Graetzer — il caso che la persona usata sia pienamente sana di mente e nel pieno possesso della sua imputabilità e che, ad onta di ciò, la determinazione non costituisca compartecipazione al reato da essa compiuto. Questo è il caso quando la persona usata immediatamente agisce non può essere ritenuta responsabile perchè ha agito sotto costrizione o versando in errore."

Se, quando l'esecutore è una persona non imputabile, creata e guidata dall'autore mediato, il fatto posto per la consumazione può essere anche strumento di persona non imputabile non è affatto esclusa

1) Graetzer op. cit.

-6 bis- (3)

Ma l'estensione dell'autore mediato è molto esagerata

Giova invero considerare autore mediato colui che determina per la mente a cagione della commissione di un reato di altra persona in cui l'evento penalmente sottostante non è imputabile

("Si può pensare benissimo il caso — scrive il Graetzer — "il caso che la persona usata sia pienamente sana "di mente e nel pieno possesso della sua maturità "di intelletto e che, ad onta di ciò, la determinazione non costituisca compartecipazione al reato "da essa compiuto. Questo è il caso quando "la persona che immediatamente agisce non può "essere ritenuta responsabile perchè ha agito sotto "costrizione o versando in errore".

continua a pag. 7 -

È punito anche come autore mediato chi ha posto una persona in stato di necessità (Notstand - art. 54 Cod. Pen. Fed.) o comunque si è valso di tale suo stato per farle commettere il reato. Così per es.: «... colui il quale ha consigliato ad una persona trovantesi in stato di necessità di realizzare la fattispecie di un reato per evitare il pericolo deve essere considerato autore in quanto non sia a lui attribuibile una ragione generale o speciale di giustificazione o di esclusione della colpevolezza.» (1)

(1) Lett. Schmidt pg. 330 -

È del pari autore mediato chi fa commettere un reato da una persona costretta. Per lo stato di costrizione tutto ciò che [illegible] art. 52 Cod. Pen. Fed. merita una parola. Bisogna distinguere. Può trattarsi di costrizione fisica (o) assoluta o di costrizione psichica (Nötigung § art 52 del Cod. Pen. Tedesco).

continua a pag. 7 metà

Così l'autore mediato chi, sfruttando l'ignoranza, fa sì che un infermiere dia al malato [illegible] una medicina ordinata dal medico. L'infermiere di fronte all'ingannatore, che agisce col fine solo per l'omicidio, è soltanto uno strumento. Così pure chi fa rubare una cosa altrui valendosi di una persona che la ritiene propria di colui che la induce a prenderla, non è compartecipe per determinazione, bensì autore mediato. E gli esempi si potrebbero moltiplicare; anche su questo punto è concorde la dottrina. (1)

Quanto alla costrizione, bisogna distinguere la vis absoluta contemplata dalla costrizione psichica, di cui parla l'art. 52 del Cod. Ted.

Il Frank (2) comprende in una categoria, [illegible] casi di autore mediato caratterizzati dal fatto che la persona strumentalizzata non ha nessuna volontà. (per es. essa viene spinta da una forza di un altro e questi spinge la persona). In questa categoria del Frank mi pare siano da comprendere i casi in cui la persona che immediatamente agisce è costretta. Questa ammissione

(1) Su questo punto Vedi Von Liszt pg. 124; Frank pg. 104; Beling pg. 30; Von Hippel pg. 473 ..

(2) Frank pg. 104

Vedi pag. 8 bis

dell'autore mediato in quest caso, obbietta il Graetzer (1) che ciò gli sembra molto verisimile se non addirittura reale, ma che tale circostanza non è sufficiente a far ritenere il presunto autore mediato responsabile del reato, anche perchè questo fatto oggettivo è del tutto estraneo al dolo del comune autore immediato. Quindi egli sarebbe un semplice autore immediato. L'obbiezione del Graetzer, astrattamente giusta, mi sembra però strana se la raffronto al pensiero di coloro che, accogliendo la concezione dell'autore mediato, ne restringono l'operare umano a quello della violenza materiale. E perciò ritengo che sia più logica la definizione del Frank.

Comunemente ammessa è la qualità di autore mediato in colui che per far commettere un reato, abbia posto in opera contro l'esecutore di esso una minaccia una violenza psichica tale da integrare la "minaccia" (esemplificate quali specie di detta minaccia dall'art 48) e da costituire una costrizione, cioè una costrizione che renda non punibile l'azione del costretto. Non così un'azione punibile non esiste se l'autore immediato vi resiste sopportabile o minaccia di un pericolo presente non esiste in nessun modo evitabile per la persona dell'o quella di alcuno dei suoi familiari.

(1) Graetzer op. cit.

Come autore mediato risponde anche il superiore che, ingannando all'inferiore un ordine immediato, gli fa fatto commettere un reato.

Ciò posto è il valore giuridico dell'ordine illegale. Secondo alcuni autori (1) esso costituisce da solo reato per la causa di esclusione della colpevolezza (o mancanza di giovanile coscienza): costituirebbe una specie di costrizione psichica. Ed infatti scrive lo Hegler (2): "Lo inferiore si trova "in una situazione di costrizione psichica "(costrizione giuridica, nessun diritto di non "volere) ed è quindi senza colpa e resta non "punibile. Il suo comportamento è però "contrario all'ordine sociale, è antigiuridico, "e se porta questo carattere, a prescindere dallo "ordine vincolante; e perciò chi ha commesso "dato può essere punito come autore mediato. "ciò che altrimenti non sarebbe possibile". Nello stesso ordine di idee già il Graetzer (3) aveva: "Una specie di costrizione per la posizione "abbiamo anche in questa per la posizione di inferiore è obbligato ad obbedire "incondizionatamente agli ordini del suo

(1) Vedi: Mezger pg. 439; Rittenberg pg. 88; Mayer pg. 334 e segg. Vedi anche la bibliografia citata dal Delitala in "Il fatto..." pag. 14 nota 1

(2) Hegler pg. 315 nota 110

(3) Graetzer op. cit. Così pure il Frank pg. 105

« superiore. Una tale obbligatorietà dell'ordine
« la stabilita il legislatore in taluni casi. In
« essi, entro i limiti dell'ordine, non si può
« addossare la responsabilità all'esecutore
« per le sue azioni anche se egli è pienamente
« cosciente della loro antigiuridicità. Autore
« è sempre il superiore che dà l'ordine. Se poi
« la persona usata non è protetta da tali speciali
« disposizioni anche per essa il limite è costi-
« tuito dall'art. 52 del Codice Penale entro
« il quale viene esclusa la sua responsabilità. »
La dottrina germanica prevalente (1) considera invece l'ordine come una causa di giustificazione del fatto (Rechtfertigungsgrund). Se lo si guarda da questo punto di vista bisogna annoverarlo nel gruppo di casi in cui la persona usata quale strumento non agisce antigiuridicamente. ~~È discusso se~~ ~~per~~ ~~bilità a titolo di autore mediato~~ ~~trattazione della questione nel seguito di questo capitolo~~. ~~Dalle discussioni relative alla~~ ~~fabilità dell'autore mediato in que~~ ed egli avrà modo di ~~se~~ parlare in seguito -

(1) Köhler pg. 382; Beling pg. 37.

Qui siamo fatte due osservazioni:
a/ In molti casi di autore mediato lo strumento per es. se alcuno determina dolosamente un passo a suicidarsi: il determinatore è autore mediato, il passo è insieme strumento e vittima. Così se alcuno dolosamente determina una persona sorpresa in un bosco a toccare un cavo della elettricità ad alta tensione: anche qui l'uccisore è contemporaneamente strumento. Il passo che si fa fare per avere quindi un autore mediato del suicidio. "Al suicida - scrive Schmidt (1) - non è giuridicamente vietato di uccidersi. Quindi egli non può dolosamente compiere la uccisione di se stesso. Chi lo ha determinato al suicidio ha quindi, mediante un agente non doloso, fatto sì che risulta prodotta la morte di un uomo. Nella persona di questo determinatore (lo "Hintermann") troviamo un comportamento conforme al Tatbestand ed antigiuridico. Se egli agisce anche colpevolmente, esistono in lui tutti i presupposti per la qualità di autore (mediato). Questa è anche l'opinione

(1) Lehrbuch pg. 332, 333. Vedi pure: Graetzer op. cit.

del Binding. Però la dottrina dominante è contraria [illegible], se questo faccia alla ammissione dell'autore mediato. [1] Il Frank distingue: ~~ammette la qualità di autore~~ ~~mediato nel determinatore~~ ~~in quanto~~ nega non solo la compartecipazione, ma anche l'autore mediato nel suicidio perché esso non è punibile; ammette però l'autore mediato se non di suicidio si tratti, ma (~~mio di cui~~) di autouccisione ~~in quanto~~ nel caso che la vittima - strumento non ~~aveva~~ abbia avuta alcuna volontà di uccidersi.

b) La seconda osservazione consiste nel ritenere che si ha mancanza di colpevolezza e quindi possibilità di configurare la responsabilità a titolo di autore mediato, anche se lo strumento non è completamente libero da colpa. «Da riguardare è in ogni caso il delitto di cui si tratta; la forma della colpa necessaria quindi manca nel delitto doloso anche a chi agisce colposamente». [1] Per es. risponde come autore mediato dell'omicidio chi dolosamente fa dall'incapace profferire al malato argenti insieme che chinino anche se l'in-

[1] Mezger pg. 426 alla 3; - Von Hippel pg. 442 nota 3;

(Il medesimo)

[1] Mezger pg. 430 - Così anche Köhler pg. 511

fermiera agisce negligentemente è punito per omicidio colposo a norma dell'art. 222 (Cod. Pen. Tedesco).

Invero - come dimostra il Frank [1] - è da negare, secondo la legge tedesca, la ammissibilità della compartecipazione nei delitti colposi e quindi il concorso doloso in essi va compreso sotto il concetto dell'autore mediato.

Nello stesso ordine di idee, ancor più estende il Von Hippel [2] la ammissibilità dello autore mediato. «L'autore mediato - egli scrive - «è responsabile per ogni evento da lui dolosamente causato in quanto concretamente autore «di tale [illegible] (Unrechtes), cioè «un'azione dolosa dell'agente diretta allo «stesso evento». È perciò ritenuto esistente la qualità di autore mediato: 1°) se lo strumento operato mente ritenuto "non libero nella sua volontà" è anch'esso punibile per commissione colposa del reato; 2°) se lo strumento è punibile per commissione dolosa di un reato minore; 3°) se lo strumento è punibile per la commissione dolosa dello stesso reato di cui si tratta quando, però, la intenzione dello autore mediato

[1] Frank pg. 107, 108. Vedi anche Von Liszt edizione 1914

[2] Von Hippel pg. 473

(121) 72

14

risulta diretta ad un evento penalmente più grave.
Questo gruppo di casi mi pare (nell'ordine delle esposizioni) il punto di passaggio al secondo gruppo di casi in cui si ritiene esistente la qualità di autore mediato.

3) L'autore mediato quando l'agente immediato è uno strumento doloso.

È questo uno dei punti più controversi nell'ambito della dottrina dell'autore mediato. Son concordemente compresi in questo gruppo casi in cui la Mittelsperson non può essere punita perché le mancano particolari requisiti o mezzani per essere autore del reato quale è configurato nel suo modello legale.
Per es: In un reato che richiede nell'autore una determinata intenzione, è strumento doloso chi (obiettivamente e soggettivamente) è costretto senza poter avere tale intenzione.

≠ Da inserire a pag. 14 -

Per esempio: A determina B, che non ha la intenzione di appropriarsene per sé (intenzione richiesta pel furto dall'art. 242 del Cod. Pen. del Reich), a rubare a C un cavallo. B non può essere autore del furto e quindi A non può essere punito come compartecipe per determinazione. A è autore mediato.

Cantoni

15 14 25

3°) Quando l'esecutore è anche strumento doloso

~~Questo caso di punibilità per concorso nell'altrui reato mediato~~

Primo caso, intendo per questo caso quei casi in cui la persona che immediatamente agisce non può essere punita perchè ~~manca~~ non è imputabile, ~~o non è punibile per difetto di volere e di effettività della condotta~~, ma perchè non può attuare in modo conforme il modello legale perchè per ragioni diverse, non può essere ~~destinatario~~ di tale reato ~~perchè~~ autore di ~~fatto~~ lo strumento doloso del reato.

Nel primo caso di autore mediato con strumento doloso, però molto discusso, è dovuto alla giurisprudenza della Corte Suprema del Reich seguaci della teoria soggettiva. Questa nega la distinzione tra qualità di autore e ~~qualità~~ di partecipe ~~e~~ elementi puramente psichici e "causa". Secondo questa concezione, tutte le condizioni sono equivalenti. Scrive il Beling (1) riportando, e criticando, il pensiero di questa teoria - "mancherebbe oggettivamente la possibilità di distinguere fra auto-

(1) Beling pg. 93

~~Questo caso di punibilità per concorso nell'altrui reato mediato~~

~~Primo caso, intendo per questo caso quei casi in cui la persona che immediatamente agisce non può essere punita perchè manca non è imputabile, o non è punibile per difetto di volere e di effettività della condotta, ma perchè non può attuare in modo conforme il modello legale perchè per ragioni diverse, non può essere autore di tale reato perchè autore di fatto lo strumento doloso del reato.~~

~~Nel primo caso di autore mediato con strumento doloso, però molto discusso, è dovuto alla giurisprudenza della Corte Suprema del Reich seguaci della teoria soggettiva. Questa nega la distinzione tra qualità di autore e qualità di partecipe e elementi puramente psichici e "causa". Secondo questa concezione, tutte le condizioni sono equivalenti. Scrive il Beling (1) riportando, e criticando, il pensiero di questa teoria - "mancherebbe oggettivamente la possibilità di distinguere fra auto-~~

76

re e complice; quindi la differenza [illegible] esiste soltanto psichica: autore è chi ha posto in essere una condizione con animus auctoris, complice chi l'ha posta con animus socii: quegli ha voluto il fatto come suo proprio, questo come fatto altrui. » Se manca, dunque, alla persona immediatamente agente l'animus auctoris, essa è responsabile soltanto per la complicità prestata anche se ha compiuto l'azione che attua il Tatbestand con libertà e colpevolezza. Autore è in tal caso il determinatore che agisce con animus auctoris: egli è, naturalmente, autore mediato. Sono le ragioni inconfutabili un autore mediato senza uno strumento e perciò all'agente immediato, che è punito come complice, si dà l'nome di « strumento doloso » (dolloses Gehilfen-Werkzeug). Il von Hippel[1] cita in proposito una sentenza del Reichsgericht: « Autore mediato c'è non soltanto nei casi di incapacità e di buona fede, ma anche nei casi in cui l'altro agisce conoscendo l'intenzione delittuosa dell'autore, quindi consapevolmente e antigiuridicamente, ma non la [illegible] autonoma volontà di autore e quindi [illegible]

[1] Von Hippel pg. 474 nota 6 -

Canadà

considerato soltanto come complice. Riferita alla differenziazione del criterio distintivo soggettivo di cui sopra si è detto, questa estensione dell'autore mediato è colpita da tutte le critiche che sono rivolte alla teoria soggettiva, sia allo strumento doloso. [illegible] che introduce nella legge un elemento di distinzione pienamente riconosciuto (cioè il motivo dell'agire), sia allo strumento doloso. Non mi addentro in questa questione particolare perchè [illegible] la disputa fra la teoria soggettiva, la materiale-oggettiva e la formale oggettiva ha interesse per lo studioso italiano[1] si rinvia all'altra parte di trattazione sull'argomento dello strumento doloso nel paragrafo seguente.

[1] Per una bella esposizione sull'argomento vedi Beling: pg. 92, 93, 94.

Entro il presente gruppo due serie di casi sono particolarmente importanti.

A) I casi di autore mediato nei reati propri (Sonderdelikte). È qui strumento doloso il soggetto non qualificato per mezzo della quale l'autore mediato, cioè la persona qualificata, realizza commette il reato. Si ha qui - secondo Hegenheim la nomenclatura del Hegenheim (1) - uno "strumento doloso privo di qualificazione".

Continua a pag. 80

(1) Hegenheim "Das Problem des dolosen Werkzeugs" citato da Binding Handbuch pag. 10 / Mitte

in cui l'altro agisce conoscendo l'intenzione delittuosa dell'autore, quando consapevolmente e antigiuridicamente, ma senza la autonoma volontà dell'autore e quindi in casi dovuti soltanto come complice. ».

Molto criticata è questa estensione dell'autore mediato fatta dalla giurisprudenza. Essa, ad es. introduce la cosiddetta distinzione soggettiva in cui l'autore è colpevole e non ne ha bisogno. Se la determinazione è prevista dal codice come "determinazione dolosa ad una azione dolosa e punibile" non c'è ragione alcuna per escluderla, come ha fatto la Corte Suprema, a favore dell'autore mediato con strumento doloso. (1) Con maggior precisione giuridica, il Mezger (2) ritiene, sempre dal punto di vista della teoria oggettiva, che in siffatto caso sia applicabile l'art. 47: il presente autore mediato e il presente strumento doloso devono venire considerati come coautori, in quanto sorelle assunto compiobrano entrambi una determinazione. perchè la stessa persona immediatamente agente prende parte all'esecuzione del fatto ed ha il pieno dolo per esso.

(1) In questo senso vedi: Von Hippel pg. 474 e Frank pg. 105; Oblau ibm pg. 196.

(2) Mezger pg. 428

Welzel pg. 76

a mio modo di vedere, venuno ~~a~~ rientrare entro questo gruppo, ~~di casi~~ qualificato dallo stesso strumento doloso, i casi ne cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato in cui perché la persona immediatamente agente ha a suo favore una ragione personale di esclusione della pena. Caso tipico: il furto commesso dal figlio a danno del padre. Chi che la determinino a qualificare quale autore mediato. Però la molta parte della dottrina (Mezger) dice qui di fare ricorso all'autore mediato. Così il Frank (cit.); "Senza dubbio non si oppone al concetto della compartecipazione per determinazione il fatto che all'autore sia da attribuire una ragione di esclusione della pena, come la qualità di aprendente nel furto. Si può quindi benissimo dire che la punibilità dell'istigatore richiede la punibilità del fatto principale, non però quella la punibilità dell'autore principale".

Silbert Mezger (2) critica questa concezione come non fondata. E a dire il vero: perché egli ritiene

(1) Frank pg. 117 ott. 1 II 2 Vedi anche Beling pg. 91.

(2) Mezger pg. 431

Castellano

che anche a chi ha a suo favore una ragione personale di esclusione della pena manchi la colpevolezza. Certo la soluzione del dubbio in questo punto è dovuta al valore che si dà a siffatte ragioni di esclusione della pena: chi le considera soltanto come cause di non punibilità per motivi diversi dalla mancanza della colpevolezza non può ritenere questa l'opinione del Frank perché il Codice tedesco ha accolto la pena come estremamente accessoria della compartecipazione e come già la pena accessoria della compartecipazione. (Le sottolineature, queste, del Mayer.) Ma di ciò si vedrà meglio in seguito. (tornando da capo)

Se lo strumento doloso chi compie un reato doloso agisce senza però avere il dolo specifico necessario nel

vedi a pag. -79 bis-

Solo che l'applicabilità dell'autore mediato ai delitti propri (Sonderdelikte), cioè quelli che richiedono chi causa l'evento per mezzo di un non qualificato. Secondo Hegenheim qui - secondo Hegenheim - una

(1) Hegenheim "Das Problem der Täterschaft bei den Sonderdelikten" Vedi in Kritik der "Tatherrschaft" pg. 1

82

~~strumento del reato per dir che [illegible]~~
~~Dei~~ ~~Lucano~~ ~~manca all'~~ l'agente mediato ~~[illegible]~~
particolare qualità personale richiesta dalla legge.
« Come autori e coautori [illegible] del delitto proprio-
« reis e il Meyer (1) - possono figurare soltanto
« persone qualificate ; persone non qualificate
« che prendono parte al delitto proprio figurano
« come complici. Se, quindi, in un delitto proprio
« da un lato prende parte una persona quali-
« ficata (intraneus) e dall'altro una persona
« non qualificata (extraneus), la prima, pur
« ha concepito l'evento e non può essere
« compartecipe dell'azione del non qualificato
« (complice), deve essere autore mediato, indipendentemente dal fatto
« se prende parte alla esecuzione, o determini
« il non qualificato, o lo cooperi soltanto. »

Della stessa opinione è il Köhler (2) che fa addurre
un esempio in base all'art. 352 del Cod. Pen.
Ledyen - Autore del delitto, in previsto, di peculato
nella persona che compie il fatto nell'esercizio
~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ può essere soltanto un notaio. Non il suo contabile. Se il notaio determina il contabile a
chiedere dal cliente un compenso maggiore

(1) Meyer pg. 482

(2) Köhler pg. 511, 512, così pure Olshausen pg. 716

il contabile non può avere la qualità di autore
e il notaio non può essere compartecipe per
determinazione perché tale si può essere soltanto
se un'altra persona è autore esecutore. Quindi
non è qui autore che compie l'azione costitutiva
del reato ; lo è invece l'intraneo che determina
l'estraneo a compierla : questi è autore mediato.
La speciale qualità personale, richiesta nell'autore
può essere sia ~~fatto~~ giuridica (per es. qualità
di pubblico ufficiale nel peculato), sia fisica
(per es. qualità di uomo nella violenza carnale). Può trattarsi anche di una speciale rapporto
intercorrente tra il ~~[illegible]~~ e l'autore ~~[illegible]~~ dal reato
(per es: un ~~[illegible]~~ rapporto di parentela nel
suicidio). Per es. è autore mediato di questo il padre
che da un falso ragguaglio determina la figlia.
Una parte della dottrina ritiene che possa essere
autore mediato non solo l'intraneo che fa commettere un delitto proprio da un estraneo, ma
anche l'estraneo che, per la commissione di un
delitto proprio, si valga di un intraneo che
non agisce dolosamente. (Invero è ovvio che se

dolosamente

l'intraneo agisce ~~dolosamente~~ di ~~la~~ una vera e propria compartecipazione (e non delitto proprio). L'esempio comunemente addotto è quello di una donna che si valga di un fanciullo per far violenza su un'altra donna. ~~Il delitto della~~

Nota. L'autore mediato nel delitto di violenza carnale (Notzucht) è ammesso anche da quegli autori che fanno contrasto alla estensione della ~~possibilità~~ qualità di autore mediato ~~di non qualificati~~ (così per es. il Mayer[1]). Ciò perchè l'art 177 la violenza carnale non viene ritenuta un delitto proprio dato che l'art 177 (Cod. Pen. Tedesco) dispone: «È punito con carcere duro chi, mediante violenza o minaccia di un imminente pericolo per la vita o l'integrità personale, costringe una donna a subire il coito extraconiugale ....». Dichiara pertanto il Frank[2] che non c'è una ragione sufficiente per escludere la qualità di autore mediato nel caso in cui una donna determina un uomo ~~a~~ a commettere il delitto della Notzucht su di un'altra donna. Infatti la Notzucht non è un delitto proprio, nè un reato di sola attività (Tätigkeitsdelikte), una

(1) Mayer pg. 377 nota 3

(2) Frank pg. 106 [illegible] dell'art 177- [illegible] Oetker pg.

un delitto di evento».

fine della nota Altri autori (per es. il Graetzer) ritengono possibile la commissione mediata di un delitto di ufficio da parte di un non impiegato; la qualità di autore mediato in chi determina un fatto alla commissione di un delitto di evento a causa della tecnica del fatto stesso.

Ritengono su questo argomento nel seguente paragrafo: per ora accenno al fatto che la migliore dottrina[1] ritiene che l'estraneo possa essere altresì strumento, mentre l'intraneo può essere autore sia immediato, sia mediato del delitto proprio. Non mancano, d'altra parte, gravissimi Autori quali negano l'ammissibilità dell'autore mediato nei delitti propri e ritengono si debba fare appello per la punizione di chi si vale del non qualificato, alla accorta ed intelligente interpretazione delle norme legali. Per es: l'impiegato che fa compiere dal non impiegato una falsa documentazione andrebbe punito per una autonoma omissione in quanto non ha impedito il verificarsi di una data omissione.

(1) Vedi: Hoffmann op. cit.; Olshausen pg. 198; Mayer pg. 377 nota 3; List-Schmidt pg. 331-332 Leipz. 1927 (2) così Frank in edizioni antecedenti al 1929. Così pure Meitzer; Mayer; Beling; Hegler Reimer; Wachenfeld; Von Bar; cfr. citato da List-Schmidt a pag. 331 nota 8

B) Il caso di autore mediato in quei reati che richiedono un dolo specifico, qualora i particolari elementi psichici che questo costituiscono non li abbia la persona che agisce e li possegga invece chi la determina o la conduce. Quest'ultimo è autore mediato, l'agente immediato è uno "strumento doloso" privo di intenzione, secondo la denominazione del Flegenheimer. ±

Questi casi il Mezger (1) li qualifica dal fatto che la Mittelsperson, pur agendo antigiuridicamente, non ha però la antigiuridicità conforme al Tatbestand, non attua il Tatbestand, perchè non pone in essere i particolari elementi soggettivi che hanno uno speciale rilievo nel modello del reato. Rientrano in questa categoria, secondo il Mezger, i delitti di tendenza (per es: tendenza lesiva - art. 196 N. 3; tendenza al profitto - art. 180; ecc.) e i delitti intenzionali (Absichtsdelikte). S'intende che la "Mittelsperson" deve ignorare la "tendenza" o "l'intenzione" esistente nell'altro. ±

(1) Mezger pg. 427, 428

± Vedi pag. 15 retro. —

~~Il~~ chi, se ne avesse conoscenza, ~~non sarebbe più~~ assumerebbe la qualità di autore e non sarebbe più "strumento doloso". (2)

(1) Sull'argomento vd.: Von Liszt ed. 1914) Köhler pg. 511; Mayer pg. 379; Von Hippel pg. 473, 474; Lizt-Schmidt pg. 332.

Non si creda però che sia pacifica, almeno in linea di principio, l'ammissione dello figura "strumento doloso".

Contro di essa, ad esempio, il Wachenfeld (a) oppone che non si può ritenere "strumento" una persona che agisce con consapevolezza e con libertà, cioè come personalità (Persönlichkeit). Il libero comportamento del presunto "strumento doloso", la sua dolosa attività pone il nesso causale che deve intercorrere fra l'autore mediato e lo evento. Quindi nei casi su esposti non si dovrebbe più parlare di qualità di autore mediato, ma di vera e propria compartecipazione.

Anche il Beling (3) è contrario

(a) Wachenfeld: "Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug". Vedi anche Rabind pg. 107 rimandare — Vedi anche Frank pg. 105, 106.

(3) Beling pg. 31

alla strumento dolo. « Lo strumento dolo-
ogli
Hirte - dimostra la sua irresponsabilità perché
determina in modo l'esistenza di una personalità
nell'agente: la ammette ("dolo") e la nega ("stru-
mento"). » "Ritiene, però, che si possa escludere
v. Belng pg. 34 anche senza ricorrere (come ritiene il Wachenfeld)
al concetto dell'intervenzione del nesso causale: è
basta interpretare rettamente le singole fattispe-
cie legali di reato. Non si deve però credere
che la negazione dell'autore mediato con strumento
dolo comporti senz'altro l'esistenza della com-
partecipazione: non è "automatico". Il passaggio
dall'un titolo di responsabilità all'altro quasi
se il primo debba essere escluso. In certi casi,
e meno che nel Codice non sia stato creato un
reato tra generici, bisogna ritenere la respon-
sabilità di fattore, in ossequio al principio cardine
"nullum crimen sine lege". Così quando,
in reati che richiedono nell'autore elementi di fatto
unicamente personali, da due persone concorrenti
nella produzione unitaria realizzata in sé, unica,
sia tali elementi, tra gli altri mancanti alla

qualità di autore. « Se, per esempio, A ha
determinato B (autore pienamente capace
imputabile) a prendere una cosa altrui con l'intenzione
di portarla ad A che se ne voleva appropriare
illecitamente, B non è ladro (autore perso-
nale del furto) perché non aveva l'intenzione
di appropriarsi della cosa: A quindi non
è compartecipe per determinazione. Ma egli
non è neppure autore del furto perché non gli
non B, ha compiuto l'azione conforme al fat-
tispecie. »

~~Divenuto completo non imputabile: fuori della~~
~~dottrina dell'autore mediato~~

La opinione negativa del Wachenfeld e in difesa
(1) della strumento dolo. Vanno ricordate le
Schmidt argomentazioni dello Schmidt (1) che nega
Eberh. Beling. Egli, pur essendo seguace della teoria og-
gettiva, riconosce la possibilità di uno stru-
mento dolo, che, come si è detto all'inizio di
questo paragrafo, è principalmente ammessa dai
seguaci della teoria soggettiva. Al Wachenfeld
ritiene l'esistenza dolosa di una persona interessata

nesso causale, la Schmidt oppone che bisogna determinare il concetto del dolo e non solo in un senso psicologico superficiale, ma nel senso di una specie di colpevolezza che comprende l'elemento normativo della colpevolezza stessa". A coloro,

cfr. 424 Schmidt pag. 321

quindi, che pensano che nell'agire libero e consapevole dello strumento doloso si concreti un'"azione dolosa", egli fa notare che per l'esistenza del dolo occorrono sia la previsione e la volontarietà dell'evento (concezione psicologica), sia la contraddizione tra la volontà del soggetto agente e la norma che lo obbligava ad agire diversamente (concezione normativa). Nel caso, per esempio, di un delictum proprium, può essere strumento anche chi lo commette consapevolmente e liberamente se gli manca una particolare qualificazione richiesta dalla legge. Egli non viola una norma che non si dirige a lui, ma alle persone qualificate.

La Schmidt quindi ammette sia lo strumento passivo, sia lo strumento doloso. La sua latissima ammissione dell'autore mediato in tutti i reati non porta conseguentemente ad esporre l'interessante e dibattuto problema dei limiti dell'autore mediato.

4°) Limiti dell'ammissibilità dello autore mediato.

Mentre molti autori ritengono che non possa essere esclusa la commissione mediata di nessun reato, [illegible]

ai giuristi che concettualmente ammettono dappertutto la figura dell'autore mediato (per esempio il Graetzer, oltre la Schmidt) si contrappongono altri che sono favorevoli a più o meno ampie restrizioni. In parte queste restrizioni sono derivate dal diritto positivo. Così è esclusa l'autore mediato nel delitto di falso giuramento (art. 153), per l'esistenza dell'art. 160 del Cod. Pen. ted. che espressamente punisce un reato per chi "induce un altro alla prestazione di un falso giuramento"; e

del pari l'esclusione dell'autore mediato nel delitto di falso documentale commesso da un pubblico ufficiale (art. 348) grazie all'esistenza dell'art. 271 che appositamente configura e punisce quale reato

la induzione di un impiegato, che non agisca col necessario dolo, a compilare una falsa documentazione. ~~Accogliendo il principio della Unverantwortlichkeit [illegible] [illegible] (Selbst-haftung)~~ ~~Il Grasser[1] [illegible] che queste [illegible] restrizioni contrarie ai principi generali ed [illegible] [illegible] la sua opinione~~

Altre restrizioni invece sono formulate dagli autori in base a principi di ordine generale. ~~[illegible] [illegible] diverse: e noi fare [illegible] [illegible] un [illegible] ed [illegible] affinchè [illegible] più completo risulti il quadro, [illegible] [illegible], della [illegible] dell'autore mediato~~

Già una prima e rilevante restrizione alla ammissibilità dell'autore mediato è implicita nelle opinioni di coloro che negano la concepibilità di uno strumento doloso.

Un'altra, molto importante, è apportata da quei giuristi che ritengono ~~[illegible]~~ impossibile la qualità di autore mediato quando la (Mittel)person non agisce antigiuridicamente.

(1) Grasser op. cit. pg. 57

~~[illegible] che [illegible] [illegible]~~ antigiuridicità ~~oggettiva~~ intesa, cioè la contraddizione tra il fatto rispondente al modello astratto della legge e l'ordinamento giuridico, ~~Questa contraddizione~~ viene a mancare se una data norma permette o comanda un fatto che un'altra norma generale incriminatrice vorrebbe punito.

Si domanda, adunque: può aversi ~~autore~~ l'autore mediato quando l'agente immediato non ~~compie un fatto oggettivo~~ agisce antigiuridicamente?

Il von Hippel[1] dà a questo quesito una risposta affermativa. Sono casi rari - egli dichiara, ma tuttavia possibili quelli in cui ~~l'esecutore~~ la Mittelsperson agisce conforme al diritto. In tali casi non può certo trattarsi di una compartecipazione dal momento che per questa è richiesto un fatto principale punibile, e bisogna ricorrere all'autore mediato per evitare dannose ed ingiuste lacune di punibilità. ~~[illegible]~~ "Così se l'autore mediato intenzionalmente produce uno stato di pericolo (Nothstand

(1) Von Hippel pg. 471, 472

una difesa, stato di necessità) offendendo chi sotto un pericolo lede una diversa persona per la propria salvezza. Ciò nell'ordine dottrinale antigiuridico che l'ingiusto agisca in buona fede e quindi, per la sua persona, lecitamente. Del pari nella dottrina della istigazione di errore di un pubblico ufficiale affinché questi, dal suo punto di vista in adempimento del proprio dovere e quindi oggettivamente in conformità al diritto, violi ingiustamente diritti di terze persone. (Per es.: persuasione della libertà ingannando un funzionario sull'esistenza dei presupposti per l'arresto di una persona).

(1) Domandare a Marchetti

Anche lo Hegler [1]) ritiene di poter risolvere affermativamente il quesito indicato. Ciò dice per poter affermare la sua teoria della preordinazione (di cui ho già detto a pag.), in base alla quale, di due soggetti cooperanti nella commissione di un reato, è autore anche colui che, col suo comportamento, pone in essere

non solo anche

gli elementi dell'oggettiva colpevolezza e illiceità del fatto. Ne deriva che è possibile avere casi di autore mediato anche se chi materialmente pone una azione antigiuridicamente, pur quando antigiuridica sia l'azione di chi la determina o la coadiuva. A sostegno della sua tesi Hegler adduce tre esempi di cui due di autore mediato, ma non un agire antigiuridico dello strumento.

1°) Quando l'autore mediato abbia posto in essere lo stato di necessità (Notstand) o di costrizione (Nötigung).

2°) Quando abbia agito in istato di legittima difesa o sia l'esempio di Guglielmo Tell, dalla mia cui freccia colpisce il figlio anziché il tiranno.

3°) Quando la persona

Hegler cita il Notstand e il Nötigung

Hegler autore mediato

usare la colpa, sia anche l'illiceità del fatto.

Mediante un esame [illegible] giustificata dalla necessità quale mezzo [illegible] dello stato di legittima difesa. [illegible] (Storbeck, Kollmann, Kaufmann, Per esempio: Caio ecc. ecc. del Cod. Cir.). Secondo [illegible] volendo uccidere Secondo la determina ad aggredire armato di coltello, [illegible] Secondo Caio che Primo è buon tiratore e porta la pre con sé la rivoltella: in stato di legittima difesa egli si difenderà ed uccide Secondo Caio così come Primo vuole. (Hegler [illegible] qui un omicidio di cui Primo è l'autore mediato dell'omicidio in persona di Secondo, omicidio commesso valendosi di una Mittelsperson che certo non agisce antigiuridicamente. giustamente

(1) Bettiol "ordine" pg. 117

Contro questa costruzione dello Hegler, il Bettiol obietta che Primo Caio il quale uccide Secondo ad assalire [illegible] Primo offendeva questi, legittimamente difendendosi, lo uccida, [illegible]

chiamato a rispondere come autore mediato dell'uccisione di Secondo Caio, ma deve rispondere a solo di istigazione al tentato omicidio. Quello che Primo Caio ha realmente voluto e cagionato è la violenta ingiusta in danno di Primo, ma la morte di Secondo Caio, sebbene desiderata giace fuori dell'efficienza causale dell'atto di istigazione, il quale si indirizza a far sorgere in Secondo Caio la decisione di aggredire ingiustamente Primo.»

(1) Mezger. "Mittelbare Täterschaft... domandata a Berlino

Sostanzialmente analoga è la critica che fa il Mezger (1): come già Hegler nell'episodio famoso di Guglielmo Tell, così qui Primo dovrebbe rispondere per aver creato uno stato di pericolo. Ma se si estendesse l'autore mediato oltre i limiti dell'ingiusto e particolarmente oltre la [illegible] influenza nello strumento. Quello di Secondo è un fatto [illegible] non mai considerarsi [illegible] Eliminando la critica del Mezger (1) egli ritiene [illegible] confinare nell'esempio in cui [illegible] una commissione mediata dell'omicidio in danno

di Caio Secondino, attraverso Lucrezio che legittima-
mente si difende. Non è mai possibile che sia
strumento una persona che agisce lecitamente.
Quindi l'allontanabile all'infinito la figura dello
autore mediato e lo si ritrova esistente altre-
sì nel caso in cui direttamente il rapporto fra lo stru-
mento e colui che lo determina o lo costringe *
Quindi non si deve ricercare - si possa ricercare che del-
l'esistenza di una delle
gravi circostanze gravidiche: che Secondino sia
una persona normale o sia un incapace. Nel
caso che sia una persona normale la legge
determinare ad aggredire un altro e da ciò risulta
la morte "tibi imputet". Tizio è imputabile.
Nel caso, invece, che Caio Secondino sia un pazzo, un
fanciullo o persona che si trova in errore sulla
legittimità del suo agire contro Lucrezio - Lei-
Tizio coscientemente sacrifica un incolpevole.
E qui egli va considerato e punito come autore
immediato: ecco è il caso di ricorrere ad una
figura di autore mediato. Caio Secondino, nella produzione
[illegible] [illegible], cioè di legittima difesa,

* Si potrebbe pensare che il caso di un caso in cui lo strumento è contemporaneamente l'offeso del reato. Qui Tizio determina Caio a fare ciò che Lucrezio agisce in stato di legittima difesa. A questa ipotesi obbietta il Manzini.

che ha causato, conoscendo e prevedendo le conseguen-
ze, volontariamente, assunto queste conseguenze
a lo morte di Caio incolpevole senza che, come
in nel caso precedente, la libera volontà di Caio
escluda la punibilità. Quindi Tizio risponde
a caso è autore immediato della uccisione del
di Caio fanciullo, dell'errante. Non è il caso
di una figura di autore mediato [illegible]
di Lucrezio che agisce lecitamente (1).

Nota - (1) Al concetto della produzione di uno stato di peri-
colo ricorre anche Manzini per giustificare la
punibilità di Geyer nell'esempio del primo
gruppo di casi. In essi egli ammette la
figura dell'autore mediato in quanto ritiene la
causa correttamente ritenuti, lo stato di necessità
e la Nötigung (costrizione) come ragioni di esclusione della
colpevolezza.

fine della nota

~~Nel~~ Nel terzo gruppo di casi (esempio di Hegler) ad-
dirittura in cui lo strumento è contemporaneamente
mente l'offeso dal reato. Tre esempi: A) A
induce dolosamente il pazzo C ad uccidere.

2°) Indurre l'offeso dal fatto alla sua sorveglianza, a mangiare un pezzo di torta non pulito. In seguito a ciò C subisce una grave malattia. 3°) A indurre C a distruggere una cosa facendogli credere che sia di proprietà del suo vicino X mentre, in realtà, appartiene allo stesso C. 3°) A indurre C a distogliere da ~~[illegible]~~ il passo B ad uccidersi. Anche qui la teoria del Merger è interessante sia per le obiezioni fatte alla teoria della Hegler sia perchè dimostra le complicazioni a cui va incontro la dottrina dell'autore mediato.

~~Del caso~~ Nel primo caso, il Merger si rifà al dettato degli articoli 11 e 18 del Codice Penale, i quali puniscono l'omicidio. È comune opinione che essi riguardano chi uccide un uomo, intendendo dire: "chi uccide un altro uomo" diverso da se stesso, e per tanto è esplicito che il suicidio sia da essi previsto. Nè esso è punito da alcun'altra norma. Pertanto

~~il suicidio~~ che la determinato o coadiuvato un altro nel suicidio è impunibile, poichè uno fra uccisi un altro uomo, ~~fatto~~ cioè commessa un'azione che risponda alla fattispecie astratta degli articoli 11 e 18. Però ciò vale ~~l'uccisi~~ fino all'ultimo momento avrà la libera decisione "sulla morte o la vita e quindi è egli, capace e responsabile, ha voluto effettivamente uccidersi. Nel caso, invece, del passo C, ~~che~~ ~~non~~ ~~aveva~~ il Merger - tale decisione è mancata nè può dirsi che egli per sè abbia agito attenendo al Tatbestand. "Questo non è vero. La sua azione (il suicidio) è una parte essenziale dell'azione di A ed è conforme al Tatbestand. Una cosa principale è in siffatti casi l'intero Holzinger avvenimento (Gesamtvorgang). Le singole parti di questo intero ~~volgimento~~ fattuale che corrispondo alla fattispecie ~~fattispecie~~ modello legale, sono, come parti dell'attuazione di un Tatbestand, contrassegnate che". Quindi non esiste un caso

di autore mediato era Mittelsperson agente lecitamente. Analogamente il Mezger ritiene che quel secondo è uno dei tanti esempi in cui non debba parlarsi di autore mediato. Se si tien presente l'intero accadimento, ~~indirizzato dalla sua parte~~, B non è autore immediato. Anche la distruzione della cosa propria compiuta da C non è che una parte dell'intero accadimento compiuto da A, accadimento che è perfettamente antigiuridico e corrisponde al modello del reato previsto nell'art. 303 (Cod. Pen. Ted.): distruzione di cosa altrui. —

Queste critiche del Mezger non sono totalmente accettabili sotto tutto perché si fonda ad una nozione restrittiva del concetto di autore, che, come è stato rilevato, finisce col distruggere gli stessi modelli dei reati quali sono posti dalla legge. Basta un poco per valerci a dimostrare l'artificiosità della opinione del Hegler.(1) Per un criterio ~~che~~ meno rigido di questo ~~non~~ è certamente negativo, come abbiamo

(1) Per una ampia critica vedi Bettiol "Diritto" pg. 115-118

~~Egli~~ seguito ~~interamente~~ dalla ~~maggioranza~~ della dottrina che si dilunga ~~ampiamente~~ sull'argomento. Il Mezger allorché afferma a ragione la possibile mediata Mittelsperson deve agire illecitamente; perché, dove agisca lecitamente, non può servire ad un altro per la commissione di un reato. E. Battaglia fa l'affermazione di questo principio non dà una espressione di inutilità, anzi giacché la commissione un puntellamento di una edificio che per ben più gravi debolezze è destinato a crollare. Non di ciò ne seguito.

(1) Mezger: Strafrecht pg. 426 vedi nella stessa linea Höffler op. cit.

Ora intendo brevemente accennare a completamento dell'esposizione, fra le tendenze della dottrina dell'autore mediato, alle altre restrizioni che dagli autori vengono poste alla concettuale ammissibilità dell'autore mediato. ~~Il principio~~ ~~Atanto~~ ~~è~~ ~~sostenuto~~ ~~da alcuni~~ autori che ~~non~~ ~~possa~~ ~~essere~~ ~~autore~~ ~~media~~ ~~per~~ ~~valutare~~ ~~la~~ ~~ammissibilità~~ contengono ~~un~~ giudizio di ~~valore~~ ~~sulla~~ ~~colpevolezza~~ ~~mediata~~ la ammissibilità dell'autore mediato si debba sempre considerare se il presunto autore mediato avrebbe potuto commettere lo stesso reato in qua-

(1) Olshausen pag. 130 vedi anche: Kühlenbeck 512 – I

lità di autore immediato. «La ~~natura~~ qualità di autore mediato – scrive l'Olshausen[1] – non è concepibile in tutti i casi in cui l'autore intellettuale non avrebbe potuto realizzare egli stesso immediatamente il Tatbestand, per difetto di qualità o rapporti necessarii» ~~per es.: le qualità di uomo nel delitto di violenza~~. Ciò ha particolarmente importanza ~~per l'autore mediato~~ in relazione ai ~~reati~~ delitti propri.

(1) Höpfner op. cit.

In questo ordine di idee lo Höpfner[1] pone un principio generale: nega la possibilità dell'autore mediato dove non si ~~potrebbe~~ possa sussumere ~~l'autore mediato sotto~~ neppure colui che determina ~~to che media~~ ~~sotto~~ sotto la definizione legale del reato e quindi non si possa costatare in lui la qualità di autore.

Applicando questo principio egli ritiene che non possa essere autore mediato l'estraneo nei delitti propri perchè non agisce illecitamente in quanto non viola una norma che non a lui si dirige ma ad altri.

Altre limitazioni all'ammissibilità dell'autore mediato ~~derivano~~ ~~spesso~~ vengono fatte derivare dal concetto della azione vietata.

(1) Höpfner op. cit.

Così l'Höpfner[1] ~~esclude~~ ritiene escludano la possibilità dell'autore mediato a) ~~data~~ quelle azioni il cui ~~l'~~esecuzione consiste nella produzione di un rapporto specialmente di un contatto fra l'agente ed un altra persona o una cosa (e con ciò esclude dalla commissione mediata la categoria ~~(a questo gruppo appartiene la maggior parte)~~ dei delitti contro la moralità fra cui la Notzucht fa eccezione per lo speciale dettato dell'art. 177);

b) le azioni consistenti in una dichiarazione su di un fatto proprio o su altra cosa che riguarda la persona stessa del dichiarante. (È escluso quindi ~~dell~~ l'autore mediato nel falso giuramento)

c) le azioni che presuppongono una certa qualità posta nella persona agente

d) le azioni, infine, la cui essenza si rapporta a concetti concreti (per es. cavalcare, scrivere, parlare, ecc.).

106

Recentemente esprime le sue limitazioni alla ammissibilità dell'autore mediato, il Köhler[1] scrivendo: "Il determinatore che fa fare da altra persona per la commissione del reato non può essere detto autore mediato: "se gli manca la particolare qualità richiesta dalla legge per essere autore; o se, secondo il significato di una determinata norma, autore principale è da considerare chi esegue materialmente; e formalmente l'azione, a chi è stato determinato, personalmente una è restata." Segnare marcate

[1] Köhler pg. 512 Vedi anche Beling op. cit. che parla di "elementi soggettivi personali"

Però mi sembra più oltre su questo argomento poi che presenta forse interesse per lo studioso italiano, come ritiene Liszt-Schmidt[1], la limitazione della ammissibilità va fatta caso per caso interpretando la fattispecie del reato. Recentemente quindi è luogo che una sola specie esprime il principio direttivo, sempre che non voglia rimanere nell'ambito o quello di non estendere la qualità mediata di autore oltre i limiti che potrebbe avere la qualità di autore non mediato.

[1] Liszt-Schmidt pg. 334 Del problema dei limiti da porre all'ammissibilità dell'autore mediato,

107

Le limitazioni che molti giuristi, si pone volendo di evitare divergenze, si sforzano di porre alla ammissibilità generica dell'autore mediato, fanno a mio parere, un riconoscimento implicito degli inconvenienti, delle contraddizioni, delle assurdità a cui dà luogo questa costruzione giuridica.

La stessa apparente facilità del principio in pratica per quale si ammette una trasmissibilità più o meno ampia degli elementi costitutivi del reato, da una ad altra persona, è tale da porre una altra in guardia lo studioso del diritto.

Infatti la figura dell'autore mediato finisce a molteplici critiche di una inammissibile fantasia. Qui mi sforzo a dare una giustificazione [illegible] il mio atteggiamento completamente negativo per quanto riguarda questa costruzione giuridica.

Anzitutto una critica di carattere formale: [illegible] di distinguere un autore mediato. Se si vien esprimendo l'azione del fare, del muovere, ecc. e quale di una forza [illegible], [illegible] logico dare un senso da questo punto di vista

diverso a chi fa apparire l'atto nemico da un fatto e a chi lo fa sembrare dell'altro aspetto, una dal suo canto. "L'unica figura ammissibile sarebbe essere quella dell'autore immediato." Chi se ne fa vuol forse in altre parole mettere una particolare caratteristica, quella cioè che l'autore immediato sia sufficiente a dare una completa descrizione di una grande libertà fra l'agire umano, fino almeno che tale, e quella dell'esercizio di forze brute e materiali. Fuga

In secondo luogo bisogna notare che, se nei reati materiali, togliendo [illegible] dalla fattispecie ciò che è dell'evento, ciò a cui in un qualsiasi modo può esser cagionato, la figura dell'autore mediato non dà luogo ad inconvenienti troppo evidenti, non lo stesso può dirsi nei reati formali e in genere in quelli costituiti da azioni esecutive personali, ossia nei reati dei quali non può essere autore se non colui che compie certi precisi atti o colui che si prefigge certi precisi scopi." Io credevo di aver fatto un'esatta osservazione leggendo Hegel. "Il delitto" dice un autore favorevole inglese

a) Pacchioni: "Diritto civile" fg. 417

b) Hegel op. cit.

agli scrive — "dice il Parlamento Inglese tutto [illegible] consiste nel fare di un uomo una donna. La dottrina dell'autore mediato gli è sfuggita in questo senso: perchè rende possibile la volontà carnale a danno di una donna commessa da un'altra donna in qualità di autore mediato [illegible] ai" che presenta alcuni casi - limite per dimostrare i gravi inconvenienti da [illegible] Alcuni autori, come ho già detto, fortunatamente il vero principio della non ammissibilità dell'autore mediato oltre i limiti dell'autore immediato è [illegible] Ma, prescindendo dal fatto che non tutti accolgono questa distinzione, [illegible] rilevo che essi non sfuggono tutti gli inconvenienti che la figura dell'autore mediato trae seco. Riferirò un esempio tipico del Venzini: un passo è venuto fortuitamente in possesso di alcuni oggetti appartenenti ad un terzo. [illegible] indurre a trattenere gli oggetti e controvalore in suo profitto; potrà per questo essere chiamato a risponder

a) Venzini "Il Cod. Pen. It." fg. 417

a) Venzini "Il Cod. Pen. It." fg. 482

(1) Quanti autori che l'appropriazione indebita ... quei reati che richiedono una particolare qualità personale fisica o giuridica.

chimeriche conclusioni!

come autore mediato di un'appropriazione indebita.

(1) Non potendosi allora ammettere una mediatezza come a maggior del reato e non potendosi affermare, ... sostenere la confutata dottrina, le regole del concorso, a questo si arriverebbe: o a lasciare impunito (come nel caso dell'appropriazione indebita) il partecipe che nell'ipotesi della imputabilità dell'esecutore materiale avrebbe dovuto rispondere di concorso, o a punirlo come autore mediato di un reato diverso da quello compiuto dall'esecutore (per es.: come autore di violenza privata nel caso dello stupro violento con mezzo del narcotico).

Volendo ovviare alle assurdità a cui può andare incontro la dottrina dell'autore mediato, il Beling (nella sua «Dottrina del Reato») collega alla distinzione fra reati formali e materiali, la netta distinzione fra reati che ... e non ... (nemmeno reati) che tra l'azione di un soggetto e l'evento sia interposto l'agire di una persona usata quale strumento. L'evento prodotto dallo

strumento si può attribuire a colui che con la sua azione lo ha messo in moto. Di parere contrario a questa distinzione proposta dal Beling; anzi il Graetzer è, di recente, ... ritengono ammissibile l'autore mediato in tutti i reati. Per sostenere questa opinione si fa capo alla responsabilità per l'evento: solo questo è rilevante, in quanto il legislatore dei danni sociali derivanti dagli eventi delittuosi si è preoccupato; può essere quindi considerato autore di un reato anche chi non ha agito nel modo configurato dal tipo astratto del reato.

(1) Graetzer op. cit. pag. 57

... il Beling (1) osteggia l'opinione dello Schmidt — aperta ad un frantumamento delle singole fattispecie delittuose con l'esser a dare al giudice un potere discrezionale troppo ampio in relazione alle espressioni di comportamenti umani sotto gli astratti modelli di legge. E questo affermare che al legislatore preme che siano evitati perturbamenti della vita sociale: proprio al fine di evitare questi

(1) Beling "Dottrina" pag. 110

« danni sociali egli sostituisce come reati quelle
« azioni od omissioni che normalmente l'agire
« umano. Ma con ciò egli sottrae al giudice la facoltà
« di prendere in considerazione l'antigiuridicità
« di una condotta umana che non si adegua
« perfettamente ad un tipo legale, perchè altri-
« menti sarebbero sfocate le fattispecie legali
« ed il principio 'nullum crimen sine lege' sa-
« rebbe irrevocabilmente violato. ».

Nelle legislazioni che, come il Codice Germanico e l'abrogato Codice Zanardelli, distinguono delle con-
-dotte della complicità e istigazione una pena minore, la costruzione dell'autore media-
to dà luogo a due possibilità egualmente contra-
rie all'opportunità pratica od alla giustizia.

se si esclude il concorso nel caso di un autore principale non imputabile, si perverrebbe ad effetti egualmente contrari

Invero: o si ritiene che l'autore mediato sia
soltanto chi "determina" la stessa persona agen-
te come strumento e, in tal caso, le azioni di
complicità in relazione ad reati com-
messi da persone non imputabili rimangono

impunite; o si considera autore immediato
anche chi coadiuva il non imputabile e si crea
una distinzione che nella legge e nella realtà delle cose
tra chi aiuta un altro, sia pure pazzo, nella commissione di un reato
e tra diversa dalla volontà di chi dirige
nel essere autore, sia pure servendosi di un soggetto
umano incapace o irresponsabile.

Si considerino inoltre i casi di errore del pre-
sunto autore mediato sulla capacità dell'altro
soggetto. Ho già esposto le soluzioni che, come
Liszt-Schmidt, vanno date a siffatti casi: solu-
zioni fondate sulla irrilevanza dell'errore
nelle situazioni giuridiche. Ma
c'è da notare che molte volte colui che determi-
na o che coadiuva non è in grado di conoscere la
incapacità della persona che immediatamente
agisce. Se può fare impressione a favore dell'
autore mediato, l'esempio della madre che
porge un'arma in mano al suo tenero figlio

perché in esso colpisca un'altra persona; può
essere più dannoso volere la costruzione un altro
esempio: quello di una persona che cadrebbe in
adolescente nella commissione di un reato. Lo stato
difficilmente può essere considerato, in molti casi,
prima del giudizio: ebbene, per tutti [illegible] di
differenza quell'agitatore potrà essere ritenuto
un complice o meno un autore mediato o meno
soltanto un complice nel caso che l'adolescente abbia
più di 16 anni e sia giudicato capace di intendere
e di volere. Basi questo, che oggi giudicherebbe grave
per quella legislazione che differenzia gradua
una pena in corrispondenza del vario grado che ha
partecipazione.

complicità

cf/ Hegel Op. cit

Ma non basta: lo Hegel fa notare che la valu-
tazione dell'infermità di mente non è affidata al
criterio soggettivo. Succede per questo [illegible] di
fatto quegli la cui passione [illegible] dal
giudice periti, sia come morale, sia come conoscente
incapace di intendere e di volere, e ritorsione
nella provvedenza giudiziale. Neppure ritiene ave-

avvertire che la
la responsabilità soggettiva di [illegible] determina
in una persona normale o inferma di mente
avvenuta alla commissione di un reato?
Si consideri ancora il caso che la persona [illegible]
[illegible] quando fu determinata [illegible]
[illegible] sano di mente, divenga poi
infermo di mente: non è imputabile del reato
commesso quando era sano di mente, divenga poi
infermo di mente non è imputabile del reato
commesso quando era sano di mente, divenga poi
infermo di mente? Il ravvedimento successivo: si avrà qui un caso di
autore mediato? Dovrà non [illegible] nel caso che
l'atto di partecipazione sia stato commesso quando
l'esecutore era sano, ma poi in questo [illegible]
avuta la sua capacità?
Tutti questi [illegible] [illegible] [illegible] a ritenere
[illegible] particolarmente inaccettabili quando si tratta
di complicità.

5/ Secondo [illegible] di fatto obiettivo che, secondo
il nostro Cod. è alcuna distinzione di grado
di compartecipazione e specificando tutti [illegible]
tutte le persone concorrenti nel medesimo reato,
vengono meno la grave ingiustizia insita nella
autore mediato e coniugi

116

alcune delle critiche che furono mosse
Ma pure queste ragioni contrarie all'ammissibilità dell'autore mediato, effondate sulla divergenza valutazione penale della complicità di fronte alla correità, cadono nel momento diritto che equiparano tutte le possibili forme di compartecipazione; ben altre ragioni ~~critiche non formulate~~ si oppongono di essere ritenute contrarie ad ogni ammissibilità dell'autore mediato. Queste:

1°) La figura dell'autore mediato ~~è una~~ si fonda di una finzione. « Contro le finzioni nel diritto penale - scrive lo Hoegel - esistono sempre sospetti a considerarsi nel senso che esse sono assolutamente non vere ». Rendendosi conto di questa grave debolezza della costruzione giuridica che è oggetto del presente studio, i più moderni giuristi, come ho già avuto modo di esporre, si quadrano al concetto dell'autore mediato (Herrig) contro il concetto di autore (Geiler). Gli uni di sostenere la parcellarità nell'uno con la forza dell'altro. In questo senso, il Mezger[1] scrive: « La legge non concepisce l'esecutore

(1) Hoegel op. cit

(1) Mezger Strafrecht pg. 425

117

« autore mediato » ; anche se ciò significasse dire « più poco a meno. La figura del cosiddetto autore mediato non ha bisogno di una giustificazione speciale, per la quale si è molto faticato. Questa giustificazione è già data nella giustificazione del concetto generale di autore, al quale l'autore mediato rappresenta soltanto una forma speciale... Se quella è indispensabile, anche questa è indispensabile. »

Non è dato però, né al Mezger né agli altri giuristi di cui ho sulla 1ª parte riportato sinteticamente le opinioni, di distruggere la realtà della situazione. Che si tratti di una finzione è innegabile anche se si prendono in considerazione tutti i casi di autore mediato comunemente e collettivamente ammessi e si lasciano da parte quelli in cui l'agente mediato è uno strumento delle cose, quali ultimi, appunto la dimostrazione visibile delle opinioni attorno il grave sforzo che si fa sulla realtà per comprimerla entro gli schemi della costruzione dottrinale.

cf. Zimmerl op. cit.

Che si tratti, adunque, di una finzione, è dimostrato brillantemente dallo Zimmerl. Questi prende le mosse dalla grande teoria della interpretazione restrittiva delle fattispecie legali, (der Tatbestände), in base alla quale i modelli di reato configurati dalla legge comprendono ed incriminano soltanto le azioni degli autori, ma non anche quelle dei compartecipi. Queste ultime [illegible] della loro estranee e prive della conformità ai Tatbestände legali: [illegible] non potrebbero, quindi, essere punite se non estendendo le norme sulla compartecipazione, le quali estendono ad esse la affliggibilità delle sanzioni per le azioni di coloro che pongono in essere la azione tipica conforme al modello legale. Se, cioè, appartenga alla loro esterna, bisogna volta per volta interpretare il modello legale del reato. [illegible] È ovvio che tale interpretazione non possa essere diversa col variare della direzione soggettiva della persona eventualmente concorrente nel reato.

Ecco, quindi, il lato debole della

concezione dell'autore mediato. Lo Zimmerl addusse questo esempio: A ha determinato B a sparare contro X. Agiscono ambedue con dolo. Obiettivamente l'azione di B è una azione di esecuzione (Ausführungshandlung) conforme al tipo astratto del reato (nel caso preso l'omicidio). L'azione di A, invece, è conforme al tipo del reato ma come azione della fase esterna: e ciò in seguito alla estensione delle norme sulla compartecipazione. In questo caso, l'azione di A rimarrebbe impunita: perché non potrebbe essere punita perché l'Tatbestand dell'omicidio prevede l'uccidere e non il determinare altro ad uccidere.

Ora, A, in caso, B, l'esecutore, è un irresponsabile. Vero è errore come mai sarà punito A quale autore? Il fatto di A rimane oggettivamente identico. E forse diventa l'azione di A - si domanda lo Zimmerl - per la mancanza del dolo di B, in un tal fatto, una azione

forme al Tatbestand, un'azione, cioè, della sua
rilevanza rispetto al modello legale? La pretesa
di designare l'azione di B come conforme o non
al Tatbestand rende la situazione soggettiva di
B, mi sembra strana.
È infatti, in realtà, l'azione di B
che fa scattare l'azione di A: ~~è quindi l'azione di B~~
~~che è un mezzo di A~~; ~~è un mezzo~~ ~~e non~~ ~~è uno strumento~~

~~Se~~ ~~nella dottrina dell'autore mediato~~ Si potrà per
obiettare che ciò che B fa non è una azione, in
quanto B è uno strumento.
~~La questa equiparazione dell'agire umano a quello~~
~~di uno strumento trova la ragione precisa per~~
~~della essere respinta la figura dell'autore mediato~~
È facile dire che chi determina un fatto a fa-
rare ~~se di un'altra persona~~, è ~~il~~ reo de lui Codice
di uno strumento; ma ~~questa espressione~~, ~~e~~ ~~il pro-~~
~~prio~~ prescinde dal valore più o meno ~~figurato~~ dell'espressio-
ne, ~~tale~~ per dimostrata una verità che ha
bisogno di dimostrazione ~~di~~ una verità, aggiungo

Bettiol
vedasi.
pg. 119

che non è affatto tale: ~~Io~~ mi propongo di dimo-
strare il contrario.
Che in fondo in cui si parla di uno stru-
mento meramente passivo si passa a quel-
lo con la figura dell'autore mediato trova fonda-
mento nella esistenza di uno strumento dolo-
so, ~~avente~~ ~~una~~ ~~maggiore~~ evidente rilevanza sia la inaccettabilità
del concetto di strumento, sia l'erroneità
delle costruzioni giuridiche da esso dedotte.
~~Occorre di soggetto — perché trattasi~~ in.

Trattasi

~~Se~~ Pur tuttavia, esposta nella prima parte della
dottrina dell'autore mediato da Bettiol abbando-
nato il ~~criterio~~ tentativo di ~~spiegare~~ ~~una~~ ~~figura~~ di ~~imputazione~~ ~~mediata~~
~~la opinione degli autori per tentare~~ ~~di~~ ~~spiegare~~ ~~la~~
fare ~~una~~ semplice ~~ed obiettiva~~ esposizione per stabilire
~~una~~ ~~preferenza~~ a favore di quella ~~opinione~~ che ~~ha~~ risolva
~~questioni~~ ~~che~~ si presentano rispondenti al con-
cetto dell'autore mediato e ~~che~~ ~~sia~~ accettabile
~~dal punto di vista~~ ~~della~~ ~~esposizione~~. ~~Ho~~ Ho ciò fatto premettendo
per ~~dire~~ così, una verità: In quanto ritengo

che, date le statuizioni del Codice del Reich, la quale [illegible] alla [illegible] una [illegible] estremamente accessoria, ha una ricezione legislativa e politico-criminale quella di ravvisare con la figura dell'autore mediato [illegible] della compartecipazione. Come dice [illegible] Dohna citato nell'articolo: "l'autore mediato riempie la lacuna della partecipazione. La partecipazione quella che presenta la qualità di autore".

Lasciando il [illegible] concetto dell'autore mediato e l'esame del concetto dell'autore mediato, a parte le critiche che gli si possono muovere, per il profilo quello che è più importante, come inutile quando è raffrontato alla nostra legge. La [illegible] codice richiede un'[illegible] per l'estensione della compartecipazione.

Ma [illegible] la relazione al nostro Codice ed ai nostri principi generali della [illegible] dell'autore mediato [illegible] una [illegible] costruzione dottrinale. Dice una [illegible] elaborata [illegible] figura giuridica creata per [illegible]

Si ritenga mancante, inutile ed inutile.

[illegible] creata dal diritto positivo [illegible] alle esigenze e gli stranezze [illegible] quando essa risponde ad una necessità creata dallo stesso diritto positivo. Ma quando la legge offre modo di [illegible] agevolmente di [illegible] ogni caso della realtà, [illegible] una creazione [illegible] giuridica a cui fare [illegible] è inutile e dannosa.

Quindi la mia negazione dell'autore mediato [illegible] presuppone la dimostrazione che la figura di autore della compartecipazione accolta dal vigente codice [illegible] è ben distinta da quella che, nel codice tedesco, ha dato vita alla figura dell'autore mediato. Io credo [illegible] dobbiamo esaminare i vari casi in cui [illegible] istituto la qualità di autore mediato per [illegible] [illegible] e [illegible] in base ai principi [illegible] che regolano la qualità di autore e il concorso di persone nel reato, fare a meno dell'autore mediato, che giustamente lo Hegel qualifica: "mostriciattolo [illegible] fuori dalla storia del diritto penale".

Parte IV^a

Capitolo IV^o: Il problema della accessorietà della partecipazione.

1°) Connessione col problema dell'autore mediato.

Prima di passare all'esame critico di taluni casi in cui si ritiene esistente una qualità mediata di autore, ritengo opportuno affrontare il connesso problema della accessorietà della partecipazione. Invero, per avere accolto il Codice Tedesco, almeno secondo la comune opinione, una concezione «estremamente accessoria» [1] della partecipazione che richiede la commissione di una "Straftat Handlung" quale presupposto della punibilità della partecipazione, è sorta nella dottrina germanica la figura dell'autore mediato. Sulla necessità di questa costruzione mi basta citare le parole del Dahm [2] «L'autore mediato raccoglie le lacune della partecipazione, la partecipazione quelle che presenta la qualità di autore.»

In relazione a questo problema tenterò modo di esporre il mio modesto modo di pensare: e ciò mi pare utile sia per la chiarezza del presente lavoro, sia per rendere agevole l'esame della coerenza tra le premesse concettuali e le conclusioni negative nei confronti dell'autore mediato alle quali è mia convinzione che si possa e debba giungere.

(1) Mayer - pag. 391
(2) Dahm nel "Archiv..."

Paragrafo 1°

Concetto della accessorietà della compartecipazione

Che si intende per natura accessoria della compartecipazione?

«Da un punto di vista concettuale - scrive il Bettiol [1] - l'accessorietà del concorso importa che il partecipe non possa essere sottoposto ad un giudizio di imputabilità e di responsabilità se l'autore principale del reato non abbia realizzato, almeno imperfettamente, il piano criminoso». E in un altro suo scritto [2], meglio lo stesso autore specifica: «Quando si parla di natura accessoria [illegible] in altro suo scritto [2] meglio precisa:

(1) Bettiol: "Concorso..." pag. 223
(2) Vedi anche Bettiol "Natura Accessoria" pag. 417

(1) Manzini: Trattato Vol. II pg. 418 ✱ Vedi anche Vannini: Il Cod. Pen. Ill. pag. 473 Commento art. 110; Lolletti e Romano: Commento pg. 584 N. 343 — Pil Codice abrogato: Majno: Commento pg. 204 N. 340; Crivellari Trattato pg. 600 Vol. I.

«o concorsuale del concorso, si vuol significare che per la punibilità «del partecipe occorre che l'autore principale abbia iniziato l'esecu«zione del reato,.. a cui egli fu determinato o per il quale gli venne «prestato ausilio.»

La Questa necessità di una dipendenza della corresponsabilità giuridico-penale delle azioni dei partecipi dalla ~~colpevolezza~~ rilevanza giuridico-penale dell'azione dell'autore principale è comunemente accolta dalla dottrina. Si segua l'opinione del Mezger per cui le norme sul concorso di persone nel reato sono "ragioni di restrizione della punibilità" (Strafeinschränkungsgründe) o quella del Majer (che a me a pare più accettabile) per cui le norme sul concorso sono invece "ragioni di estensione della punibilità" (Strafausdehnungsgründe) ~~si segua quella distinzione tra le forme di compartecipazione la teoria oggettiva afferma l'oggettività, sempre è innegabile la suddetta dipendenza. Invero si~~ Orbene comune che il reo concorso ti abbia ricevuto, che taccellero benefizio commissibile da una delle persone? Invero inammissibile che ti abbia, concorrendo più persone, una punibilità oltre il limite del principio di esecuzione, cioè oltre i limiti del tentativo, che assume valore quando il reato è dovuto all'azione di ~~una~~ sola persona. ~~In uno modo di vedere, teoricamente,~~ La accessorietà della partecipazione trova la sua ragion d'essere nella efficacia causale del principio di causalità e di quelli che sono i cardini di ogni legislazione penale che merita il nome di civile: "nullum crimen sine lege", "nulla poena sine crimine". Descrivendo invero, nelle singole norme incriminatrici, quelle violazioni di interessi giuridicamente protetti che sono vietate per mezzo della pena, il Codice, talvolta "verbis expressis", ma per lo più implicitamente, ricerca del sviluppo della attività umana, rinvenga in quelle che possono essere relazione causale con l'evento illecito quelle che, per la diretta e

(1) Pessina: Elementi pg. 251

Dei Vari autori visti Ciò che effettivamente rendeva il principio di riferire la punibilità anche ai concorrenti del Pessina: "Il concorso al reato esiste, perché, per essere punibile, che il reato stesso avvenga. Solo è indifferente se il reato si avveri sotto la forma di malefizio consumato ovvero se rimanga nei confini del reato cominciato; ma è necessario che il ripetimento del concorso sia accaduto di cominciato in d'atto e punibile, e non altro, come reato, perché i concorrenti siano considerati e puniti come compartecipi di un reato a tutti comune." Il Pessina si riferisce al nuovo Codice e riaffermato lo stesso principio: ~~in questa disposizione~~ indispensabile per la punibilità della

a Presupposto d'ogni forma di compartecipazione delittuosa è stato a un reato (consumato o tentato) sia stato commesso" (11)

(11) Manzini: Trattato Vol. II pg. 418 e Vedi anche Vannini: Il Cod. Pen. Ill. pag. 473 Commento all'art. 110; Lolletti e

univoca efficacia, dovei "connessione produttiva", ove tale evento, poco da qualificare ~~come~~ senz'altro antigiuridiche. Così la norma incriminatrice stessa definisce la attività "costitutiva" (dice il Vannini) del reato. Rimarrebbero però esenti da pena, almeno nella maggior parte dei casi, azioni aventi ~~di fronte all'~~ con l'evento illecito una relazione causale diversa da quella messa in luce dalla norma incriminatrice. Ecco perchè è necessario intervengano le norme sul concorso di persone le quali estendono la possibilità di punire: esse permettono di proiettare (una metafora mi sia qui permessa) la triste luce della criminosità su azioni che, in base alle singole norme della parte speciale del codice, rimarrebbero nascoste nell'ombra del penalmente ~~irrilevante~~ indifferente.(1) Però le norme sul concorso non configurano nuovi tipi di reato e perciò la loro ~~efficacia~~ applicazione è ~~[illegible]~~ subordinata all'esistenza di un reato commesso o ~~tentato~~ ~~ai due principi fondamentali che ho sopra enunciati: "Nullum poena sine crimine": occorre la esistenza di un reato almeno costituito~~ almeno come principio di esecuzione. ~~[illegible] perchè le norme sul concorso trovino applicazione.~~ ~~Ma~~ Il principio di esecuzione ~~per~~ presuppone ~~richiede~~ un esecutore, un autore principale: è chiara quindi la dipendenza della ammissibilità e punibilità della compartecipazione dall'azione quest'ultima ~~azione dell'autore pur di quest'ultima~~.

Vannini: "Il codice" pag. 441-442 ~~[illegible]~~ ~~Vedi [illegible] Beling: Grundzüge pag. 89~~ ~~[illegible] op. cit.~~

(1) Tutto ciò trovo magistralmente espresso in un passo del Vannini e lo riporto anche a costo di incorrere ~~nella [illegible] di~~ in una ripetizione: «Le norme principali (o norme «madri» come le ha chiamate da noi il Massari), formulano nella loro parte precettiva, «la ipotesi astratta di un fatto costituente la tipica violazione del «bene giuridico dalle norme stesse protetto; offrono, come si suol dire, «i modelli dei singoli reati: i modelli, ad esempio, di quel che è «omicidio, i modelli di quel che è furto, di quel che è truffa e «così via; ed esplicitamente o implicitamente indicano quella che del «reato è attività costitutiva (o, altrimenti detta, esecutiva). Non solo «però, le norme principali, le sole norme incriminatrici ~~che~~ cui si

Concetto già espresso dallo stesso autore in "Concetto e contenuto" pg. 104. Nello stesso ordine di idee: Beling Grundzüge p. 89; Zimmerl op. cit.; Bettiol "ordine" pg. 104.

«compone il Sistema penale. Alle ragioni che impongono una «precisa e rigorosa definizione legislativa di ciascun illecito penale «(nullum crimen sine lege) altre ragioni non meno evidenti «si uniscono, le quali reclamano, ai fini di un'adeguata protezione dei beni penalmente tutelati, di una giusta ed efficace opera «repressiva, la presenza di altre norme incriminatrici, ma generali e complementari, in virtù delle quali sono punite azioni che «non riproducendo o non interamente riproducendo il modello «di reato fissato nei suoi estremi essenziali e caratteristici dalla «norma principale, nulladimeno si ribellano ai elementi comuni a tutti «gli altri reati stessi. Sono queste le norme sul concorso di più persone «nello stesso reato; norme generali perché riferite a tutti i «reati indistintamente, complementari ed estensive in quanto «per esse assurge ad attività penalmente illecita, violatrice di una «norma principale, un'attività che tale non potrebbe considerarsi «in base alla sola norma principale, perché non rispondente o «inadeguata a quella descritta nella norma principale stessa (1)».

(a) Vedi anche: Vannini "Concetto" pag. 104 Bettiol "Ordine" pag. 104

Senonché il Codice Rocco ha disposto ogni distinzione tra le forme di compartecipazione ~~distinguendo alcune~~ al reato ~~morale e materiale, principale e secondaria, necessarie e non necessarie~~; e, ancor più, non parla di "partecipi" ma di più persone che concorrono nel medesimo reato». Ne può parlare, in relazione al Codice Rocco, di una accessorietà della partecipazione? E, pur essendo aperta l'adito a dubitare se ~~ancor più~~, di poter parlare di autore principale?

(1) Bettiol "Ordinato" 224 Lineamenti "Il concetto dell'indagine - scrive il Bettiol - consiste per l'appunto «nel vedere se, in base al nuovo codice, ogni concorrente sia da consi«derare autore del reato o partecipe nel reato commesso con altro «concorso. Le due ipotesi sono essenzialmente distinte, perché con la «prima l'istituto del concorso viene a perdere la sua importanza, «mentre in base alla seconda, esso serve a disciplinare le relazioni

(1) Tornare indietro al punto dove ha avuto inizio la freccia.

che intervengono fra i concorrenti mantenendo fermo il principio
« dell'unità del reato » In base all'art. 114, prima parte, che ammette
una valutazione della importanza dell'opera prestata dal singolo parte-
cipe; in base alle espressioni « determinazione » « istigazione » che
che compaiono in altri articoli, e « rafforzare l'intento » di un autore
distinto dall'
tico pert intellettuale e di una materiale; e infine considerando
per il modo in cui la distinzione delle circostanze attenuanti, esimenti ed aggravanti,
il Bettiol ritiene che il nostro codice abbia seguito la tesi della
duce ipotesi, e che la figura dell'autore principale quindi risulti ristretta la categoria di un autore a quella
Bettiol "Diritto" pag. 444 persone concorrenti nel medesimo reato.
tenuta il problema della natura accessoria continua a mantenere
agli studiosi con la caratteristica di una
ne la grande importanza. "
questa
Da ciò fanno da guida ufficiale del Bettiol tanti confermano
le nella questione proposta dalla nella stessa motivo dalla disciplina
Espresso elevato dal codice Rocco. Questo, a mio avviso, è avvenuto
da determinazione legislativa e da politica criminale
tutto per ragioni di politica criminale, avendo voluto il legislatore da
distinguere e regolare dalla congerie delle distinzioni questioni esistenti
sul modo e la ragione delle distinzioni tra le varie forme di compar-
cipazione. Perciò il nostro legislatore ha sancito il principio di uguale
(4) responsabilità penale per tutti indistintamente coloro che siano concorsi
Saltelli e Romano pag 566 nel reato. Non si procede più alla disamina delle quote di
N: 344 - causalità, dovendosi considerare ciascuna azione associata come
causa indivisibile dell'evento, ma non si prescinde dalla posizione
che sarebbe impossibile, dalla considerazione causale quale
agente di fronte alla norma violata. Quel concorren-
te o quei concorrenti che compiono l'azione tipicamente perfettiva
e della violazione del bene giuridico penalmente protetto, meritano
senza dubbio il nome di esecutori, di autori principali. Nessuna
considerazione, almeno in via di principio, è possibile sulla loro mag-
giore o minore efficacia causale, ma non si può prescindere dalla
loro posizione ben diversa da quella di altre persone concorrenti
nello stesso reato.

Il Vannini prescinde dalla considerazione di un autore principale, ma nella successiva trattazione delle norme sulla compartecipazione come complementari, è, a mio vedere, implicita la considerazione di un autore principale, nel senso "qualitativo" qui posto in rilievo.
Una riprova della esistenza di questa concezione anche nelle parole del Manzini allorchè afferma: "Il sistema accolto dal Codice non esime dal considerare distintamente le varie forme con cui la compartecipazione delittuosa può esplicarsi".
Manzini: II, 420
Mi pare quindi ben possibile che si parli dottrinalmente di un "Autore principale" e pure equiparato nella pena "in abstracto" agli altri compartecipi, e che, per la ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, si richieggia un principio di esecuzione del reato.

2° Paragrafo: 3°) Limiti della accessorietà della partecipazione.

Mentre è comunemente ammessa la accessorietà della partecipazione, generalmente intesa nella dottrina e variamente codificata nelle legislazioni sono i limiti di tale accessorietà.
La fissazione di questi limiti è molto importante. Dottrinalmente infatti la estensione data alla accessorietà nel Codice Zanardelli, che richiedeva per la punibilità della compartecipazione una "strafbare Handlung", quando cioè la punibilità del determinatore si riferiva da l'autore principale compiva almeno un principio di esecuzione di una azione punibile, cioè di un fatto punibile, tale cioè volta che il fatto dell'autore principale risulta punibile, in riferimento allo stato di autore mediato.
È perciò di grande importanza il quesito: il principio di esecuzione — al principio di esecuzione comune — quale significato va attribuito? Deve, in altre parole, considerarsi?
Bettiol: Natura.
"Il significato che una tale espressione può assumere - scrive il Bettiol - varia a seconda che si considerino certe circostanze

Credo ~~sono~~ il ~~fatto~~ dubbio ~~l'opinione~~ ~~della~~ ~~opinione del B~~ sia altro riconosca che l'opinione del Bettiol risponda alla realtà. Personalmente ritengo inoltre che egli ~~abbia~~ con ferma ~~fiducia~~ nella ragione di tecnica legislativa ~~che la stessa~~ il legislatore ~~è~~ ha alla quale il legislatore ha creduto opportuno ~~unire~~ affer mare "il principio della responsabilità penale per tutti coloro che hanno concorso nel reato". Invero il nostro legislatore ha ~~dato~~ voluto "cioè" ~~provvedere~~ anche il problema delle questioni collegate alla ~~~~ ~~determinazione causale quantitativa~~ ricerca dell'entità causale delle azioni dei partecipi nella produzione del reato. Non era possibile che il Legislatore volesse, e in realtà non ha voluto, prescindere dalle distinzioni causali qualitative. È su questo assunto si fonda ~~l'errore~~ il riconoscimento indiscutibile di un autore principale - tale è colui al quale è dovuta la tipica azione ~~violatrice della norma~~ contraria al precetto penale.

V. Saltelli e Romano
pg. 366 N. 34

Non si procede quindi fino alla distruzione od alla sottrazione delle quote di complicità "secondo i concetti correnti in ciascuna epoca storica" come causa indivisibile dell'evento." (v. Falletti e Romano p. 566 n. 744), ma non si prescinde dalla considerazione della diversa portata delle attività dei singoli partecipi di fronte alla norma incriminatrice. Colui al quale si deve partecipazione psichica al fatto doloso altrui è l'esecutore, l'autore principale: equiparato nella pena, ma non confondibile con esso. ~~nel~~

Mentre è comunemente ammessa la ammissibilità della partecipazione, non sono veramente [illegible] nella dottrina [illegible] nelle opinioni dottrinali e nelle norme legali: ~~[illegible]~~

La figura però, di essi è molto importante, si ricordi che proprio della compartecipazione data alla ammissibilità nell'odierno Codice Tedesco ha avuto origine la figura dell'autore mediato.

La questione qui si presenta nei seguenti termini: il principio di esecuzione da parte dell'autore principale, necessario per l'instaurarsi della compartecipazione, in che deve consistere? La legge parla di "reato", ma è facile notare che la nozione di reato non ha una [illegible] estensione. Ricordo per esempio che [illegible] alcuni giuristi ritengono che "tutto il dolo che la pena non può assorbire" fatto cosi di costituire un reato, per [illegible] costituisce un illecito civile e amministrativo." (v. Bò - Diritto penale - pg. 7 bis) Ciò avviene ad esempio [illegible] Caso tipico si avrebbe nel furto commesso dal figlio in danno del padre: [illegible]

In tale caso quel principio di esclusione criminosa ~~non è stato~~ necessario per l'~~sussistenza~~ sussistibilità e punibilità della compartecipazione.

Si dunque aperto l'adito a diverse concezioni sulla estensione della disciplina della partecipazione dall'attività dell'autore principale.

O meglio, ~~in che~~ [illegible] consistere?

Il Codice parla di reato in cui

~~Se è collegato, quindi alla norma~~

~~Se che~~ ~~non~~ deve esso consistere? Invero diverso ~~valore può darsi~~ deve consistere in elementi di fatto dubbio ~~Se principio di esclusione deve riferirsi al suo reato~~ criminosa: altrimenti non si tratterebbe di concorso di persone in un reato. ~~compartecipazione criminosa~~ Ma del reato stesso può ~~essere~~ l'esclusione. Per esempio alcuni giuristi ~~ritengono che~~ [illegible] volte che la pena ~~non sia applicabile~~ il fatto cessi di costituire un reato, pur potendo ~~effettivamente~~ costituire un illecito civile o amministrativo. Così nel furto commesso dal figlio in danno del padre mancherebbe ~~effettivamente~~ quel principio di esclusione criminosa necessario per l'~~esistenza~~ della compartecipazione. Si ritiene poi che il reato è un fatto antigiuridico e offensivo, si vede quanto frequente si possa dare

C1) ~~Ecco~~: Questo è, ad esempio, l'opinione del Manzini. Corrente alla sua concezione dei presupposti generali del reato siamo: l'esistenza di un precetto penalmente sanzionato e l'esistenza di una sanzione penale, ed inoltre ove inconcepibile "che un fatto possa assurgere a reato se manchi la sanzione". ~~L'opinione in contrario - egli scrive in "Dottrine Generali" pg. 65-66 - si è elevata, anche dal punto di vista di un Filosofo (art 133 C.P.)~~

... "~~tutte le volte che la pena non sia applicabile il fatto cessa di costituire un reato, non potendo esistere un reato costituire un illecito civile o amministrativo~~"

Manzini: Le Dottrine Generali del Diritto Penale. Napoli 1930 pg. 65-66

Per la critica alla concezione dei presupposti generali del reato, quale è ~~sostenuta~~ sostenuta dal Manzini vedi Delitto tentato pg 82 e segg.

~~(e) Così il Manzini~~.

7

essenziale alla nozione di reato. Per coloro (1), quali richiedono la punibilità in concreto affinchè un fatto risponda alla qualifica di reato, non potremmo trovarci di fronte ad un rifiuto di esecuzione nemmeno del fatto tra perfezionamento, in quanto la particolare circostanza personale toglie al fatto compiuto il carattere di illecito penale. Viceversa, per coloro che non richiedono l'estremo della effettiva punibilità, nel caso proposto c'è una esecuzione completa e conseguentemente è ammissibile una partecipazione ... ».

Da questa divergenza di opinioni nella dottrina nasce la questione se sia ammissibile la partecipazione

Ne deriva che, considerando la maggiore o minore compartecipabilità che può attribuirsi al concetto di reato e la comunicabilità delle circostanze, aggravanti o attenuanti può configurarsi diversamente la dipendenza della compartecipazione dall'azione dell'autore principale.

~~Responsabile~~

4°) La graduazione della accessorietà secondo il Mayer.

(1) Mayer pag. 390, 391

« La dipendenza dalla azione dell'autore (Täterhandlung) - scrive l'illustre giurista - prende il nome di "natura accessoria della compartecipazione". Se in un libro si legge che essa è concettualmente necessaria, in un altro che essa costituisce un errore del nostro Codice, in un altro ancora che è una favola e non esiste addirittura, appare chiaro che ogni autore usa tale concetto in un significato tutto personale e misconosce le argomentazioni altrui. Questa confusione deriva dal fatto che non si è considerata la possibilità di una graduazione, la quale invece, è essenziale in ogni dipendenza ».

Il Mayer (1) volendo attuare alla confusione dominante entro la dottrina della accessorietà e considerando che la graduazione è essenziale nell'esame di ogni dipendenza

Partendo da questa giusta considerazione, egli enumera quattro gradi di accessorietà, cioè quattro forme che può assumere questa dipendenza della compartecipazione (Teilnahme) dalla qualità di autore (Täterschaft). Cioè:

a) forma « minimamente accessoria »: la punibilità del compartecipe dipende dal fatto che l'autore abbia realizzato

un Tatbestand oggettivo, cioè la fattispecie di un reato prescindendo da ogni considerazione sull'antigiuridicità (criterio o mezzo della forma Mitteln) Legislativamente non applicabile "perchè la compartecipazione ad una azione non antigiuridica non può venire in considerazione come punibile".(1)

(1) Mayer pag. 391

b) La forma «limitatamente accessoria»: la punibilità della compartecipazione dipende dal fatto che l'autore abbia realizzato un Tatbestand legale "antigiuridicamente". Il Mayer giudica questa la forma migliore, «disgraziatamente» non accolta dal Codice Penale del Reich.

c) La forma «estremamente accessoria»: per la punibilità del compartecipe si richiede che l'autore principale abbia realizzato il Tatbestand legale antigiuridicamente e colpevolmente. Pur richiedendo gli artt. 48 e 49, il Mayer, dall'art. 50 del Codice Penale Germanico deduce che questo abbia adottata questa forma estremamente accessoria. Egli critica la disciplina del Codice; ma lo fa parzialmente, perchè (come il punto di vista) la figura dell'autore mediato e lo lamenta che debba ritenersi impunita la cooperazione prestata (a favore di un) quando l'autore principale sia non colpevole. non imputabile.

d) La forma «iperaccessoria»: la punibilità del compartecipe dipende anche dalle qualità personali dell'autore «cioè le circostanze che aggravano o diminuiscono la pena e che sono attinenti alla sua persona, valgono a favore o a danno del compartecipe». Questa forma il Mayer la dice respinta dal Codice Tedesco in virtù dell'art. 50. (di cui disposto ho già riferito nel capitolo II).

Zimmerl "Prozessvoraussetzungen". 5°) La graduazione della accessorietà secondo Zimmerl.

Lo Zimmerl prende le mosse da quella che egli chiama la «interpretazione restrittiva dei modelli legali (dei Tatbestände) dopo aver

respinta la interpretazione estensiva come quella che finisce col distruggere gli stessi Tatbestände, producendo una distruzione della intera sistema penale, saldamente fondato sul principio "nullum crimen sine lege". La interpretazione restrittiva dei Tatbestände considera i modelli legali come fatti in modo che comprendono soltanto l'azione dell'autore, non quella dei compartecipi. Queste, come azioni della sfera esterna, sarebbero fuori dei Tatbestände e, per mancanza di conformità ai Tatbestände (quelli che i giuristi tedeschi chiamano la "Tatbestandmässigkeit") non potrebbero essere punite se non esistessero le speciali norme che ne rendono possibile la punizione facendo sì che esse siano assimilabili tutti i modelli fissati dalla legge. Queste speciali norme sono assunte quelle sul concetto, che Mayer chiama "ragioni di estensione della punibilità", e che Sommerl vorrebbe chiamare "ragioni di estensione del Tatbestand, perché, per mezzo di queste norme, viene estesa il Tatbestand speciale, che comprende solo le azioni di autore, anche ad azioni della sfera esterna". In base a questa teoria, la Sommerl ritiene "chiara" una certa dipendenza dal fatto principale. Quali ~~egli~~ avanza quattro concessioni della accessorietà: a) «Si potrebbe in primo luogo «concepire la accessorietà soltanto nel senso che debba «essere realizzato, totalmente o parzialmente, un fatto principale «antigiuridico, per poter punire i compartecipi, dato che siano «colpevoli.» In questo modo basterebbe un fatto principale qualsiasi antigiuridico qualificato come illecito dal contrasto con una norma giuridica qualsiasi: si potrebbe avere compartecipazione anche in un illecito civile. Giustamente per la Sommerl respinge anche questa concessione in quanto manca la antigiuridicità al diritto penale: invece solo particolari azioni il legislatore ha creduto di vietare mediante la sanzione penale qualificandole per tali

"Sommerl" (1) Anche la Sommerl, in base alla teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände, ritiene evidente una certa dipendenza della compartecipazione dal fatto principale. Si formula quattro concessioni della accessorietà.

(1) Sommerl op. cit.

10

, solo di fronte la relazione ad esse può avere compartecipazione criminosa

legali. b/ Una seconda costruzione è possibile: richiederne come fatto principale una azione antigiuridica e colpevole ai sensi Gabbentand. È la concezione accolta dal Codice Austriaco e ritenuta migliore dal Mayer e da molti altri giuristi tedeschi de lege ferenda. c/ La terza costruzione è quella del Codice Tedesco: per la punibilità del compartecipe è necessaria una azione principale antigiuridica, conforme ad un tipo delineato Gabbentand e per di più colpevole. Lo Zimmerl ritiene che l'accoglimento della diversa costruzione o della precedente differenza dalla precedente che fa la punibilità della compartecipazione dipende da un concorso nella colpevolezza (Mitschuld) o un semplice prender parte al fatto di un altro (Beteiligung). Indubbiamente, egli dice, è più grave la violazione colpevole di un bene giuridicamente protetto in quanto interviene l'elemento della dolosità diversa, ma la influenza di questa diversa gravità sul compartecipe non può essere tale da subordinare la compartecipazione al principio di esistenza di un fatto principale "colpevole". "Tuttavia si potrebbe tener conto di questa diversa natura di colpa mediante una specie di commisurazione della pena" d/ Infine, respingendo anch'altro, egli enuncia la quarta concezione della accessorietà: "deve un fatto principale punibile in concreto.

Zimmerl -

Primiero precursore

e/ La graduazione della accessorietà secondo il Bettiol - Sostanzialmente analoghe alle ipotesi formulate di accessorietà determinate dal Mayer, ma ampliate con la considerazione della dottrina e della legge italiana (oltre Zanardelli) sono le quattro ipotesi prospettate dal Bettiol nel suo scritto: "Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco". Relativi sviluppi della problematica della accessorietà.

Bettiol "Natura" pag. 421

A/ "In primo luogo - egli scrive - si potrebbe pensare che l'ammissibilità e la punibilità della partecipazione dipende dal carattere tipico

«dell'azione dell'autore principale. Così tutte le volte in cui un
«soggetto realizza con la propria azione od omissione una fattispecie
«astratta prevista dalla legge penale, si può ritenere ammissibile
«la una partecipazione nei confronti di colui che è concorso con
«la sua opera fisica o psichica». Non è questa che la formula
«minimamente accettata» dal Mayer. Il Bettiol cita
il giurista tedesco Hertz come favorevole all'[illegible] in quanto
Handlung «ritiene l'offesa dell'azione del partecipe
ad un fatbestand oggettivo. Quindi le [illegible] di
escludere la pena e della colpa, previste nella parte generale del
Codice, avrebbero una efficacia puramente personale.
Anche il von Hippel da noi cito, è "de lege ferenda" favorevole
a questa tesi in quanto scrive: «le parole "azione punibile com-
«messa" - art. 48 - (il cui scopo era di dichiarare esente da pena
«la istigazione non accolta) e "crimine o delitto" - art. 49 - (le
«quali esprimono la non punibilità della complicità nelle sue
«trasformazioni) avrebbero potuto interpretare nel senso che l'auto-
«re deve realizzare soltanto il fatbestand oggettivo di un delitto
«(o almeno cominciarne l'attuazione), che quindi alla punibi-
«lità della compartecipazione appartiene la causazione del fatto prin-
«cipale dell'agente, ma non la punibilità (in particolare: la an-
«tigiuridicità e la colpevolezza) di esso. La opinione sarebbe stata
«contemporaneamente l'unica soluzione soddisfacente per la
«scienza e la prassi. Essa sola corrisponde al pensiero fonda-
«mentale degli antichi giuristi, riaffermato anche nei primi
«§§ del nostro codice, che la compartecipazione non è altro che la
«concausazione dell'evento.».
Giustamente criticata dal Bankower Bettiol, questa opinione
è inaccettabile, direi quasi, per difetto. In quanto si contenta del
semplice dei tre elementi o momenti del reato: fatto, antigiuridicità,

si parla di cui nell'art 48, risulta

Von Hippel pag. 448

Bankower pag. 341

Vale qui l'esempio del pellicciaio (1): se chi uccide per legittima difesa ha l'intenzione di uccidere, non dovrebbe forse rispondere di omicidio volontario? Il Bettiol nota che la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la legittima difesa esclude la colpevolezza, ma non l'antigiuridicità del fatto.

e colpevolezza fanno conto di un solo (il fatto) prescindendo dalla concezione di causalità che possono escludere non solo la colpevolezza, ma, quel che più importa, la antigiuridicità del fatto stesso, cioè la sua valutazione negativa da specie giuridica

B) In secondo luogo si potrebbe far dipendere la punibilità della partecipazione dalla punibilità in concreto dell'azione dell'autore principale. È la ipotesi che l'Hommel respinge anch'egli. Anche il Bettiol vivamente critica questa costruzione secondo la quale, ad es., chi coadiuva il figlio di famiglia nel furto domestico dovrebbe, o andare impunito, o subire la pena quale autore principale della persona non punibile dovendo essere considerata come strumento nelle sue mani. Questa conseguenza dispettosa richiederebbe la legislazione respingere anch'egli questa costruzione inaccettabile per esempio...

Rimangono le altre due ipotesi, che il Mayer denomina "forma limitatamente accessoria e forma estremamente accessoria".

C) La prima fa dipendere "la punibilità e la punibilità della partecipazione dal carattere oggettivamente antigiuridico e dalla colpevolezza dell'azione dell'autore principale" — è questa l'ipotesi accolta dalla prevalente dottrina in Italia ed in Germania, in quanto si crede che le azioni degli incapaci non possano essere giuridicamente rilevanti e quindi neppure antigiuridiche. Tali azioni non potrebbero mai costituire una "strafbare Handlung" cioè un "reato" (cadrebbe l'argomento dell'art. 63). Ma per fare in modo che possa pienamente sussistere quella parte della dottrina che riconosce il carattere della antigiuridicità anche nelle azioni dei pienamente incapaci. Mi riservo di chiarire meglio nel seguente capitolo questo aspetto del problema. Il Bettiol cita l'opinione di Birkmeyer: "Birkmeyer considera significativamente le circostanze riguardanti". Citerò qui soltanto l'opinione del Birkmeyer (1), il quale ritiene che

Birkmeyer: citato dal Bettiol: "Intorno pag. 452"

C) Secondo la terza ipotesi, l'accessorietà è intesa in modo che l'ammissibilità e la punibilità della partecipazione dipendono dal carattere oggettivamente antigiuridico e dalla colpevolezza dell'azione dell'autore principale. E' quella che il Mayer denomina "forma estremamente accessoria della compartecipazione, accolta, come si è detto, dal Codice Penale Tedesco.

D) Infine per la quarta ipotesi – che il Bettiol recisamente sostiene come la meglio accoglibile e l'unica adatta ad ~~effettuare~~ effettuare gl'innumerevoli inconvenienti che l'autore mediato trae seco – la accessorietà consiste semplicemente nella dipendenza della ammissibilità e punibilità della compartecipazione dal carattere oggettivamente antigiuridico dell'azione dell'autore principale. «l'oggettivamente antigiuridica azione quella azione che pur «diversa dal grado di colpevolezza «in cui versa l'agente.»

cfr Bettiol "Natura" pg. 422

Scartate le altre due ~~ipotesi~~ (sub A e B) che ~~sono~~ inammissibili, prima vista si rivelano pienamente ~~inaccettabili~~, la questione della accessorietà si incentra tutta su queste due ultime ipotesi. Quale forma di accessorietà va

2

concettualmente sostenuta per la compartecipazione?
Premetto che, mentre il Battaglini parla di "azione" dell'autore principale, ritengo preferibile il termine "fatto", che è usato anche dal Zanobini e dal Vannini. E ciò ritengo perché, come scrive il Manzini[1], "la parola "fatto" ha un valore assai più comprensivo di quello che abbia la parola "azione". Il fatto include, insieme con la condotta, il risultato; l'azione esplica, invece, da sé ogni considerazione effettuale, ed è soltanto condotta."

cf. Manzini "Trattato" pg. 114

La questione, pertanto, va posta in questi termini: perché esista una compartecipazione occorre che l'attività dell'autore principale costituisca un "fatto colposo", o basta che costituisca un "fatto oggettivamente antigiuridico"?
Per la necessità di un fatto colposo si schiera in Germania la prevalente dottrina sulla base del Codice del Reich; ma essa concorda con la maggioranza dei nostri giuristi. Si ritiene, infatti, che la capacità dell'agente sia un necessario presupposto dell'antigiuridicità.

3

(l'agente del fatto lecito non è mai giuridico); e che l'elemento dell'antigiuridicità e quello della colpevolezza siano nella nozione del reato inscindibili di che non sia attribuibile una responsabilità giuridica se non al fatto con l'attributo della colpevolezza. Da ciò deriva che è impossibile la compartecipazione tutte le volte che il fatto dell'autore principale non possa qualificarsi come "fatto colpevole". È aperto quindi l'adito alla concezione dell'autore mediato. Mercè di questa via, la dottrina tedesca ha dato forse all'autore mediato un'estensione molto più grande. Invece la dottrina italiana, a quando scrive il Vannini,[1] pur riconoscendo potersi ammettere partecipazione nel fatto di "persona non imputabile, cioè in un fatto che per "ragioni subiettive non costituisce reato" ..... "non ha mai trovato, invece, ... difficoltà, e giustamente, ad ammettere la possibilità di un "concorso nel fatto di persona imputabile, ma non "responsabile, ossia esente da pena"; e la ragione "risiede, secondo la dottrina, in ciò, che mentre nel

(1) Vannini "Il Ced. Pen." pg. 460, 461

4

« fatto del non imputabile mancherebbe l'elemento
« psichico richiesto dalla legge per l'esistenza del reato
« nel fatto della persona imputabile ma non respon-
« sabile il reato sussisterebbe, ma difetterebbe la san-
« zione, annullata nel caso individuale. » A que-
sto modo di pensare della dottrina italiana giu-
stamente il Vannini fa rimprovero di "inesattezza":
qui si tratta, egli pensa, del significato da attribui-
re alla parola "reato", che come già nell'art. 63
del Cod. Zanardelli, è presente anche nell'attuale
art. 110 C. P. vigente, « agli effetti del concorso, assumiamo
« il termine "reato" in un senso puramente realistico
« ed esteriore, cioè nel senso di "fatto di reato" (se-
« condo l'espressione precisa del Conti), nel senso di
« "fatto materiale" identico a quello configurato nel
« precetto penale", e in questo caso la possibilità del
« concorso va ammessa e al fatto del non respon-
« sabile e al fatto del non imputabile; offrire in-
« vece alludeva al reato come « ente giuridico »,
« come fatto illecito e tipo a cui produttivo di
« penali conseguenze » e, in questo secondo caso,
« concorso non sarebbe possibile né al fatto del non

« imputabile, né al fatto del non responsabile,
« perché, intesa in questo secondo senso il reato,
« reato non può essere il fatto del non responsabile
« come non può essere il fatto del non imputabile.

Lasciando per un momento da parte queste os-
servazioni del Vannini, con le quali d'altronde fe-
licemente concordo sotto molti aspetti, che
si riferiscono all'esame delle norme del diritto po-
sitivo, voglio qui rilevare che contro la tesi
ne del problema della accessorietà, rispetto sub c,
si possono muovere quelle argomentazioni stes-
se tutte quelle critiche dell'autore mediato[1] da cui
ho fatto parola nel primo capitolo di questa seconda
parte. Ritengo, e mi riprometto di dimostrarlo
più oltre, che le azioni degli incapaci
possano benissimo qualificarsi come oggettivamente
antigiuridiche. E, con la più recente dottrina (Bet-
tiol, Vannini, Bettiol, Heinitz) penso che nulla
vieti impedisca di distinguere la antigiuridicità
oggettiva della colpevolezza (antigiuridicità soggettiva).
« Il concetto di antigiuridicità - scrive al riguardo

(1) Per le espressioni criticate nella pag. cfr. Bettiol "Il fatto" pg 61

Il delitto deve essere determinato oggettivamente
« senza riguardo alla colpa o all'imputabilità
« dell'agente. L'antigiuridico ogni comportamento
« che, oggettivamente considerato, contrasta con gli
« scopi dell'ordinamento giuridico o, in breve, il
« diritto oggettivo nella sua funzione di valutazione
« dei fatti. »

Credo pertanto che debba accogliersi come unica valida
soluzione del problema quella che il Manzini
definisce la forma di concorso puramente obiettivamente causale.

Credo pertanto che l'unico modo in cui possa ritenersi
fondato il rapporto di dipendenza a cui si dà nome
di accessorietà consista nel richiedere, per aversi
dolo di responsabilità dei partecipi, che esista un fatto
oggettivamente antigiuridico dell'autore principale
commesso il quale si vuole che concorra il reato.

Riferirò ancora dal Delitala (1) un'argomentazione
che credo decisiva, a sostegno della mia tesi
di un concorso nella colpa - tesi
l'illustre giurista - non è concettualmente possibile.
« La colpa è qualcosa di personale e di esclusivamente

(1) Delitala « Il fatto » pg. 62

« a te soggettivo che consiste, nel suo momento normativo,
« nella disapprovazione giuridica dell'agente,
« e, nel suo momento psichico, in una relazione
« psicologica tra il fatto e il suo autore. Per
« quanto concerne la colpa, fra complice e
« tale si riferisce all'obbligato codice Guardalli/ecuto
« re non c'è nessuna differenza; ciascuno pone
« in essere un'azione colposa e non è quindi ammissibile che la responsabilità dell'uno dipenda
« dalla colpa dell'altro. »

« Si deve dunque concludere che la responsabilità del
« partecipe non dipende dal "fatto colposo", ma, più
« precisamente dal "fatto oggettivamente antigiuridico"
« dell'autore principale; in altre parole, dalla realizzazione degli elementi materiali del reato, anche se
« posti in essere da un soggetto incapace, e sempre che
« non esista una causa di liceità dell'azione. »

3. / Quale forma di accessorietà risulta accolta dal vigente codice.

Non ha torto ~~il Lotat~~ Schmidt" quando afferma che "l'accessorietà è soltanto una parola comprensiva la quale designa la relazione di diritto positivo fra la qualità di autore e la compartecipazione" nelle due parole trova implicitamente affermata l'esigenza che ogni costruzione teorica non si discosti dalla realtà dell'ordinamento giuridico, e non vada, per attrazione che sia, miseramente naufragare.

Cit. Lipst-Schmidt pag. 32

Quindi la soluzione è necessario esaminare alla luce la soluzione. ~~soluzione migliore~~ del problema della accessorietà che si è dimostrato essere la migliore risultò attuabile in base alle norme del Codice. In altre parole si tratta di stabilire se le fasi alle norme della legge ~~quando~~ basti per l'ammissibilità e la punibilità della partecipazione un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

È questa la indagine di maggior rilievo.

« Si deve dunque concludere che la responsabilità del partecipe non « dipende dal « fatto colpevole » suo, più semplicemente, dal « fatto « oggettivamente antigiuridico dell'autore principale; in altre « parole, dalla realizzazione degli elementi materiali del reato, « anche se posti in essere da un soggetto incapace, e sempre che non « sussista una causa di liceità dell'azione. Pertanto in questo senso, « la natura accessoria del concorso a delinquere è razionale « e sostenibile, poichè, in definitiva, la punibilità del complice « non dipende da qualcosa di estrinseco al suo fatto, ma risiede « dalla realizzazione di un fatto da lui effettivamente voluto ».

7°) Quale forma di accessorietà risulta voluta dal nostro legislatore. È questa la indagine di maggior rilievo.

~~Poichè il Codice non dice espressamente quale presupposto oggettivamente richiede per l'ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, bisogna cercare di dedurre dal sistema degli artt. 110-119 quale forma di accessorietà risulti accolta dal nostro legislatore.~~

Delitala "Osservazioni" pag. 102

Riferendosi al Progetto Preliminare del 1927, il Delitala "ritiene degna di lode la disposizione dell'art. 113 (l'attuale art. 115) « diretta a stabilire in modo chiaro e preciso il nesso di dipendenza che deve intercedere fra l'atto del partecipe e l'inizio dell'esecuzione criminosa » e ~~l'altro~~ trova codesformente sancita « l'esigenza che il fatto al quale si concorre sia oggettivamente un fatto illecito » nel capoverso dell'art. 117 (l'attuale art. 119) « mentre la prima parte dello stesso articolo regola a sua volta l'indipendenza della partecipazione dalla « imputabilità o dalla responsabilità dell'autore principale. ».

Il Delitala, quindi, ritiene che il Codice vigente abbia adottato la forma limitatamente accessoria della compartecipazione.

Anche questa è la mia opinione, ma ritengo sia necessario dimostrarlo con un maggiore più accurato esame delle norme sull'argom. Due articoli vanno particolarmente

148

considerati: l'art. 111 e l'art. 119.
Sancisce il capoverso dell'art. 119: « Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che hanno concorso nel reato ». Ciò è in armonia con la regola posta dall'art. 59 nella sua prima parte. In rapporto alla presente indagine, il capoverso dell'art 119 ha importanza per la esclusione di quella che il Mayer chiama "forma minima mente accessoria": infatti le ragioni di esclusione della antigiuridicità (per es. la legittima difesa) hanno, per esso, valore nei confronti di tutte le persone concorrenti nel reato.
Di maggiore importanza è la regola sancita nella prima parte dell'art. 119: « Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che tutti concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono ».
Quale tra queste "circostanze soggettive escludenti la pena? « Deve essere interpretata la disposizione dell'articolo citato restrittivamente e facendovi rientrare solo quelle circostanze che incidono sull'effettiva applicazione della pena, lasciando intatta la colpa dell'agente (es: « art. 649), o potrebbe in tale espressione rientrare anche quelle « che riguardano l'imputabilità del soggetto attivo, togliendogli la « capacità di intendere e di volere? » (1)
Il Delitala, come è visto, è per la seconda ipotesi e ritiene in questo articolo sancita l'indipendenza della partecipazione dalla imputabilità o dalla responsabilità dell'autore principale.
Il Manzini, autorevole assertore della opinione che ritiene già ridicamente irrilevanti le azioni dei penalmente incapaci, mette in relazione l'art. 119 (1ª parte) con l'art. 111. Egli scrive: (2) « Dato che « le ipotesi nelle quali l'esecutore si presenta come un mero strumento « si limitano alla mancanza di capacità o di imputabilità, « la frase ("non punibile a cagione di una condizione o qualità perso- « nale") dell'art. 111 può riferirsi soltanto alle condizioni o quali-

(1) Delitala, Antigiuridicità, pag. 116

(2) Manzini II pag. 428

« tà personali che rendono imputabile l'esecutore perché egli
« si trova in determinati rapporti col soggetto passivo del reato,
« come nel caso della prima parte dell'art. 116 c.p. In questo caso
« soltanto il determinatore o istigatore si rivela, come prevede
« pure l'art. 111, maggiormente pervicace e più facile rispetto
« la perpetrazione del reato da lui voluto. » Ecco quindi, secondo il Manzini, il sistema del Codice: le circostanze che escludono la capacità o l'imputabilità non sono vere circostanze del reato in quanto negano l'esistenza di esso in relazione alla persona a cui si riferiscono; le circostanze soggettive contemplate nella prima parte dell'art. 119 sono quelle che incidono sulla effettiva applicazione della pena lasciando intatta la imputabilità; una parte di esse riceve indirettamente una particolare considerazione dall'art. 111, in quanto è maggiormente punito il determinatore dell'non imputabile se la pena risulti esclusa in virtù di determinati rapporti con l'offeso dal reato.

Il Manzini, adunque, ritiene adottato nel vigente Codice la forma estremamente accessoria della compartecipazione.

In rapporto alle due possibili interpretazioni della prima parte dell'art. 119 il Bettiol è favorevole alla seconda per la quale le "circostanze soggettive, anche quelle che escludano la colpevolezza dell'agente. ~~Basterebbe quindi che una sola fosse tra le stabilite la loro incomunicabilità il codice avrebbe accolto la forma limitatamente accessoria: nel caso dell'incapace potrebbe instaurarsi un comune concorso e l'art. 111, attribuirebbe che sancisce una pena più grave al determinatore in alcuni casi, sarebbe una "deroga" al principio generale della uguaglianza della pena per tutte le persone concorrenti nel medesimo reato. Senonché il Bettiol non tiene nessun altro effetto che l'art. 111 costituisca una "deroga" al principio:~~

Relazione Min.le
pag 166, 167 N.135

Però, ~~riferendosi~~ all'art. III cpv vede [sanita] una deroga alla limitata forma della accorpiata ~~ma~~ deroga che trova conferma nelle parole della Relazione Ministeriale: "In sostanza

"

"

"

"

Il Delitala, invece, ritiene in questo articolo san-
cita l'indipendenza della partecipazione dalla
imputabilità o dalla responsabilità dell'auto-
re principale: quindi ~~secondo~~ il diritto adottato
nel vigente codice la pena limitatamente alla
sola della compartecipazione.
Per decidere la questione bisogna ~~rispondere a~~
~~questo~~ stabilire quali si debba intendere che
siano queste ~~le~~ circostanze soggettive escludenti
la pena. « Deve essere interpretata la disposizio-
« ne dell'articolo citato restrittivamente facendovi
« rientrare solo quelle circostanze che incidono sulla
« effettiva applicazione della pena, lasciando in-
« tatta la colpa dell'agente (art. 649), o proprio
« in tale espressione rientrare anche quelle che
(1) Bettiol. « riguardano l'imputabilità del soggetto attra-
Lineamenti. « Togliendogli la capacità di intendere e di
pg. 226 « volere! »(1).

Propenso allo accoglimento di questa seconda interpretazione per la quale stabilita la incolpevolezza totale delle circostanze che escludono la impu-

Tabilità, risulta nel Codice vigente la forma
limitatamente accessoria della compartecipazione,
Il Bettiol è indotto ad ammettere che sia

(1) Bettiol "Natura accessoria" pg. 431, 432, 433

Il Bettiol ha studiato ampiamente la ipotesi nella
quale la relazione l'art. 113 con l'art. 111 ed è giunto
alla conclusione che il Codice vigente recepisca la
forma limitatamente accessoria della compartecipazione con una eccezione, costituita dall'art. 111,
limitata al caso della determinazione di un non imputabile. Quindi Egli ha "la determinato
a commettere un reato una persona non imputabile o
risponde del reato da questa commesso come
autore principale mediato. Ciò ritiene il Bettiol
fondamentalmente sul in base alla esplicita parola della

(2) Rel. Min. pg. 167 n. 135

Relazione Ministeriale (2): "La fattispecie, nelle ipotesi
"di considerate dall'art. 115 (ora 111), quando la
"persona determinata sia non imputabile, solo in
"apparenza si versa in ipotesi di concorso, perché tale
"persona costituisce un mezzo, uno strumento alla
"mercè di chi la usa per fini delittuosi."

Ritengo però inaccettabile questa eccezione al prin-

cipio della indipendenza della compartecipazione dell'istigatore (o suicida) dal suo presupposto: la capacità dell'autore principale.

È vero che dal dettato dell'art. 111 sembra sorgere qualche dubbio sul quale sia il titolo di responsabilità di chi determina, il quale partecipe o autore? una non ritengo che sia concepibile che una stessa norma possa stabilisti due diversi titoli di responsabilità. Il fondamento della parola della Relazione Ministeriale può essere bene sintetizzato in due distinte osservazioni: a) l'una è di carattere formale e la fa lo stesso Bettiol (3) in quanto si riferisce alla lettera della legge. L'altra è sostanziale: l'unico modo di assegnare accolta l'anomala figura dell'autore mediato che identifica l'autore principale ad uno strumento qualsiasi, come attualmente potrebbe l'istigatore parlare di "determinazione" di uno strumento? (4)

(3) Bettiol "Diritto penale" pg. 487

b) l'altra è dovuta al Vannini (4) e nella Relazione Ministeriale dove si richiama alla relazione all'art. 111, che nella determinazione di persona non imputabile si ha solo un'apparenza di concorso, in realtà l'art. 111 parla

(4) Vannini "Il Codice Penale" pg. 609

di "reato" e non già di "fatto" del non imputabile, che non è dimostrando con ciò che nel concetto della legge il fatto del non imputabile è sempre il "reato" previsto dalla legge stessa, quantunque nel caso concreto non punibile. Tanto è ciò vero che la dottrina discute proficuamente dovere basarsi sulla "non punibilità" o "non imputabilità" dell'imputato; non direbbe che il fatto non costituisce "reato". Se un altro fine avesse il Varanini stesso dimostra che nel Codice sono accolti, per esigenze ragionali alla realtà pratica, tutte tre le concezioni che storicamente furono del reato. Il concetto formale del reato, il concetto sostanziale del reato, il concetto formale-sostanziale del reato. Il concetto formale del reato è fondato sul principio della legalità, è quella fattispecie astratta, che funge da modello di condotta penalmente libera. Così nell'art. 1° del Codice. Il concetto sostanziale del reato è quello che nella sua pericolosità, cioè oggettivamente, riproduce la fattispecie astratta modello del precetto penale. Così nell'art. 49 è escluso ogni pericolo del non imputabile.

Il Varanini "Il concetto di reato" fg. 321, 322

razione della colpevolezza e quindi della punibilità. 3°) la concezione giuridica per la quale "reato" è il fatto produttivo (in concreto) di quella particolare conseguenza giuridica che è la pena. Reato quindi sotto questo punto di vista ad ogni non punibile. Questa concezione è seguita dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza. Questa concezione è accolta dal nostro codice vigente agli articoli 85 e 45; a per es. l'art. 85 parla di "fatto previsto dalla legge come reato" e non considera esclusa l'imputabilità dell'agente.

Da queste affermazioni il Varanini vuole trarre la conseguenza che il concetto di reato è unico, ma che esso ha diversi significati a seconda del punto di vista da cui si considera. Questi ragionamenti del Varanini non mi sembrano di contrapporre alla prospettiva del legislatore la volontà legale concretamente espressa dal contenuto delle norme del codice. Se il fatto del non imputabile è qualificato come "reato" (art. 111) è logico, quindi, è perfettamente concepibile che vi partecipi un concorso (ai sensi dell'art. 110 e secondo il senso letterale dell'art. 111) ciò è espressamente previsto dall'art. 116 e specialmente dall'ultimo capoverso del medesimo articolo significa che il Codice vigente ha accolto la formula limitativa della compartecipazione e che per l'imputabilità e la punibilità del compartecipe è sufficiente il fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

Ecco quindi il sistema del Codice: l'art. 110 prende in esame il concorso nella sua normalità; l'art. 111 aggrava la pena del compartecipe per determinazione quando l'autore principale sia non punibile (cioè infermo di mente, ecc.) o non punibile a cagione di una condizione o qualità personale - per es. in base all'art. 538, al 619, ecc. "La giustificazione dell'aggravamento della pena ... è riposta evidentemente nella maggiore pericolosità di questa forma di delinquenza". L'art. 116 1ª parte infine, in armonia col principio informatore del sistema, stabilisce la incomunicabilità di tutte le circostanze soggettive escludenti la pena: sia che esse annullino la colpevolezza, sia che annullino soltanto la sanzione.

cf. Rel. Min. pg. 164 N. 135

In base a questi principi che risultano accolti nel Codice penale non ha alcun esame critico dei varii casi in cui la dottrina tedesca ritiene esistente la figura dell'autore mediato -

III Capitolo

Seguendo in questo esame l'ordine che ho dei casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato, nello stesso ordine della base di esposizione fatta nel 2° capitolo della prima parte.

1°] Regola d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani

All'esame dei casi in cui la dottrina tedesca ritiene esistente la figura dell'autore mediato premetto una regola d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani relative a tale figura oggetto del presente studio. Dedicando a questa particolare posizione problema. —

Di fronte alla opinione dei giuristi italiani

con maggior logica che non la dottrina tedesca fin quando essa fa una distinzione "autore mediato", ma nella base dello stesso principio di equiparazione dell'agire umano in certe condizioni, a quello di uno strumento materiale o di una forza bruta, la prevalente dottrina italiana ritiene che chi determina o coadiuva un non imputabile nella commissione di un reato, sia di questo l'unico autore, che vi è l'altro dell'esecutore come di uno strumento.

W. Carrara: Programma vol. I pg. 368 nota

Il Carrara però distingue tra la determinazione e la complicità: oltre la prima distingue questa che si chiama "autore del fatto" che si dice di un pazzo, di un infante, di un cieco.