001/3

ASSR

1

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 Progetto Preliminare di un Nuovo Codice Penale " 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 1926)

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

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

Hippel (von) : Deutsches Strafrecht
(Berlin 1930)

Hoegel : Akzessorische Natur der Teilnehme, Mittelbare 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 Strafrechtswissenschaft " - Vol. 22 - 1901)

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

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

Levi : Commento ai titoli I,II,III del libro I del Codice Penale (in " Il Codice Penale Illustrato articolo per articolo " sotto la direzione 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)

Nociton : 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 penale
(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 articolo per articolo " sotto la direzione del Prof. Ugo Conti - Milano)

Zimmerl : Grundsätzliches zur Teilnahmelehre
(in " Zeitschrift für die 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 PRECEDENTE

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 determinato 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 (coautore, istigatore, complice) in cui sono presenti ".

---

2) 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 Straf-
rechts. 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 punirli come autori immediati, dovendo respingersi, secondo la

legge tedesca, il sistema (invece accolto dal Codice Norvegese del 1902) di considerare e punire senz'altro come autore chiunque, agendo antigiuridicamente e colpevolmente, 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 criminale 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 Codice 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 partecipazione psichica principale ed alla complicità.

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

Il Progetto del Reichstag del 1927 riprendeva in

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

Neppure faceva menzione dell'autore mediato il Pro_ getto di Riforma del 1960 ispirato anch'esso ad un pro_ gresso 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 penale per azioni di terze persone (così per es: il BORCHERT); altri 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" (Uberwichtstheorie) 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 connetterne 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 ro~~m~~ea 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 della fattispecie di un reato (Tatbestand)" considera che l'autore mediato può esistere quando la persona immediatamente agente non attua l'intero Tatbestand. Questa infatti può: o attuare soltanto gli elementi oggettivi del Tatbestand ed essere perciò uno strumento meramente passivo, oppure attuare anche una parte degli elementi soggettivi, senza però realizzarli tutti quali sono formulati nel Tatbestand, ed essere perciò uno strumento doloso. Nell'uno come nell'altro caso la punizione

---

(1) Franz Grätzer: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen 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 coautore (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 "coadiuvazione 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 sicche 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 lato", rifacendosi al principio "quod quis per alium facit per se ipsum facere videtur" (che significa equiparazione dell'autore intellettuale all'autore fisico) ritiene che l'autore mediato, insieme con la determinazione dolosa ad un fatto punibile (art:40), debba esaurire tutto il campo della qualità di autore intellettuale (intellektuelle Urheberschaft) senza dar luogo a lacune, d'altro canto ritiene ingiustificata la non punibilità 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 indipendente" (perchè "non accessoria").La punibilità segue " qui,come dappertutto e specialmente come nel caso

" analogo della qualità di autore mediato, dalla conca_
" 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 luogo 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 ispiratore dell'autore mediato, non si possono giustamente escludere tali casi.(1)

3) Errore sui presupposti della qualità di autore mediato.

Può benissimo colui che determina o coadiuva essere 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. Tübingen 1926 - pag:105; Ernst Beling: Grundzüge des Strafrechts. 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 coadiuva: 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,erratamente,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 debba applicarsi il principio generale,che vale

---

(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 12.

(2) Vedi: Liszt-Schmidt: op.cit. pag: 333 Nota 12

l'attività volontaria, in lui c'è soltanto un reato. Uggalmente 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 materiale (per es: la scalata) questa deve essere realizzata dallo strumento per poter essere ~~aggredita~~ attribuita all'autore mediato.

C) Quanto al luogo ed al tempo della commissione del reato bisogna considerare sia l'attività dell'autore mediato 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 "tatbestandmäßig"); 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: 429; Liszt-Schmidt:op.cit. pag: 328.

ce Penale.

Questa legge dispone: art:1° "Giovane (Iugendlicher) nel senso di questa legge è colui che ha più di quattordici anni, 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, non era in grado di capire l'illicéità della sua azione" o "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."

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'ammissibilità della compartecipazione anche a fatti principali senza colpa sì 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 ESLING, 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 3 della legge del 1923; 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 anni pazzo), si deve, come sempre, far ricorso all'autore mediato.

A me pare si debba accogliere questa opinione contraria a quella del BELING, come più rispettosa verso le statuizioni del diritto positivo. Del resto, quale che sia la soluzione di questa questione particolare, rimane fermo 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 GRÆTZER (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, di fronte all'ingannatore, che agisce col pieno dolo per l'omicidio, è soltanto uno strumento. Così pure chi fa rubare una cosa altrui valendosi di una persona che, erratamente, la ritiene di proprietà di colui che la induce 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 absoluta) o di costrizione psichica (N°Ligung, 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 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 GRAETZER, 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 esi-
"ste 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.416 Nota 110.

" va in una situazione di costrizione psichica (costri-
" zione giuridica, nessun diritto di non volere) ed è
" 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.

Delle 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 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 erratamente 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: 23.

" 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 ha 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: Belling: 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 ipersccessoria" 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
" concorso 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 compen_ so per il suo ufficio" può essere soltanto un notaio.Non il suo contabile. Se un notaio determina il suo contabi_ le a chiedere dal cliente un compenso troppo alto, il con_ tabile non può avere la qualità di autore e il notaio non

---

(1) Köhler: op.cit. pag: 511-512. Così pure Olshausen:op. cit. pag: 196.

può essere un compartecipe per determinazione, perchè tale si può essere soltanto se un'altra persona è autore colpevole. Quindi non è qui 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, me_
" diante 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 ediz: antecedente al 1889. 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 costringe. 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 come persona_ lità (Persönlichkeit). Il libero comportamento del pre_ sunto "strumento doloso", la sua dolosa attività spezza il nesso causale che deve intercorrere fra l'autore me_ diato 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 dolo_ so. "Lo strumento doloso - egli scrive - dimostra la " sua inconcepibilità perchè determina in modo l'esisten_ " za di una personalità sull'agente: la ammette ("dolo_ " so") e la nega ("strumento").(2)" Ritiene, però, che si possa escluderlo anche senza ricorrere (come invece

---

(1) Beling: op.cit. 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-

" priare 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 di uno strumento doloso, possibilità che, come si è detto all'inizio di questo paragrafo, è principalmen_ te 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 bisogna determinare il concetto del dolo "non solo in un senso 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 doloso 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 (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 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 mi 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:153) 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 astratto 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 dova-
" 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.

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

samente. 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. 52 1932 Pag: 529-545 H 4

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-le~~ 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 212 del Codice Penale, i quali puniscono l'omicidio. E' comune opinione che essi nell'espressione " chi uccide un uomo " intendano dire: " chi uccide un altro uomo " e pertanto è escluso che il suicidio sia da essi previsto. Nè esso è punito da alcun'altra norma. Pertanto chi ha determinato o coadiuvato un altro nel suicidio è impunibile poichè non ha ucciso un altro uomo, non ha cioè commessa un'azione che risponda alla fattispecie astratta degli articoli 211 e 212. Però ciò vale se il morto ha fino all'ultimo momento avuta la libera "decisione" sulla morte o la vita e quindi se egli, capace e responsabile ha voluto effettivamente uccidersi.

Nel caso, invece, del passo 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 vero. 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'intero 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 autore 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'intero 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

" realizzare già 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 HOPFNER (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 vietata.

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 concetti concreti (per

---

(1) Höpfner: op. cit.

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

Sintetizzando esprime queste limitazioni all'ammissibilità 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'ammissibilità dell'autore mediato nei vari reati, modestamente ritengo che l'unico criterio sostenibile possa dirsi 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 strascurabile 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.

In 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 formali 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 principio 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 rilievo che essa non sopprime tutti gli inconvenienti che la figura dell'autore mediato trae seco. Citerò un esempio tipico addotto dal VANNINI (1): un pazzo è venuto fortuitamente in possesso di alcuni oggetti appartenenti 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 appropriazione indebita? (2)

---

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

(2) E' quasi inutile notare che l'appropriazione indebita non è di quei reati che richiedono una particolare 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, rea_
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 ~~ai~~ 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'abrogato Codice Zanardelli, distinguono dalla correità la complicità e infliggono a questa una pena minore, se si esclude il concorso nel caso di un autore principale non imputabile, si presentano due ipotesi ugualmente 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 complice ed autore creando una grave eccezione alla minore gravità di pena stabilita dalla legge per la complicità. 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 concerne situazioni giuridiche. Ma c'è da notare che molte volte colui che determina o coadiuva 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 coadiuva 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 corre-ità 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 comunemen_ te e concordemente ammessi e si lasciano da parte quelli in cui l'agente immediato è uno strumento doloso, nei qua_ li ultimi, appunto la discordanza vivissima delle opinio_ ni 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 varia-

---

(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, nei 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 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: 96-97, in Bettiol: "Ordine": op? cit. pag: 106.

" qualità di autore".

Ma in relazione al nostro Codice ed ai nostri princi_pii giuridici, l'autore mediato lo ritengo inammissibile ed inutile. Di una costruzione dottrinale si possono, an_zi si debbono sopportare alla men peggio le inesattezze e gli stiracchiamenti quando essa risponde ad una neces_sità 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 principi 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 HOEGEL chiama un "mostricciattolo sbucato fuori dalla storta del diritto penale".

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 partecipazione 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.545. Pel Codice abrogato: Maino: "Commento al Codice Penale Italiano - Pag: 204 - N.330; Civoli: "Trattato di Diritto Penale" - Milano ~~1909~~ 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, ~~ess-~~ 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 dall'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: 234.

" 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 azio_ ne contraria al precetto penale è l'esecutore, l'autore principale: equiparato nella pena agli altri concorren_ ti, ma non confondibile 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 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 inoltre dell'opinione qui esposta la trovo 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 compartecipazione 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 richieggia da parte di questo autore principale un

---

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

principio di esecuzione del reato.

2) Limiti che concettualmente possono darsi all'accessorietà.

Mentre è comunemente ammessa l'accessorietà della partecipazione, i limiti ne sono veramente fissati nelle opinioni dottrinali e nelle norme legali.

La fissazione, però, di essi è molto importante. Si ricordi che proprio dall'estensione data all'accessorietà nel 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 immutabile 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 illecito civile e amministrativo" (1).

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

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

---

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

(2) Massari: "Dottrine generali del diritto penale" -Napoli 1950 - Pag: 65-66. Per la critica alla concezione 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 ~~dell~~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 Massari, vedi Delitala: "Il fatto nella teoria generale del reato" - Padova 1930 - Pagg:183 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 cosdiuvazione 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 diminuisco" no la pena e che sono ~~attinenti~~ attinenti alla sua per" sona, 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'accoglimento 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 parte 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'elemento della disubbidienza, ma l'influenza di questa diversa gravità sui compartecipi non può esser tale da subordinare 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 dal 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: 421.

" 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 una partecipazione nei confronti di colui che è concorso con la sua opera fisica e psichica." Non è questa che la forma "minimamente accessoria" 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 partecipe risulti conforme ad un Tatbestand oggettivo. Quindi le ragioni di esclusione della pena e della colpa, previste nella parte generale del Codice, avrebbero un'efficacia 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-
" cipii del nostro codice, che la compartecipazione non
" è altro che la concausazione dell'evento."

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

dei tre elementi o momenti del reato: fatto, antigiuridicità e colpevolezza, tien conto di uno solo (il fatto, prescindendo dalla considerazione di ragioni che eventualmente 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 sussiste."

b) In secondo luogo si potrebbe ~~da~~ far dipendere la

---

(1) Delitala: "Le dottrine generali del reato nel Progetto 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 coadiuva 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' oggettivamente antigiuridica quell'azione che lede interessi tutelati 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, cioè 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 dal

---

(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 concordo, perchè esse si riferiscono all'esame delle norme del diritto positivo, voglio qui rilevare che contro la soluzione del problema dell'accessorietà, prospettata sub c , si possono muovere quali argomentazioni avverse tutte quelle critiche dell'autore mediato (1), di cui ho fatto parola nel primo capitolo di questa seconda parte. Ritengo, e mi riprometto di dimostrarlo fra poco, che le azioni degli incapaci possano benissimo qualificarsi come oggettivamente antigiuridiche. E, con la più recente dottrina (DELITALA, VANNINI, BETTIOL, HEINITZ, ecc.) penso che nulla impedisca di distinguere l'antigiuridicità oggettiva dalla colpevolezza (antigiuridicità soggettiva). " Il concetto di antigiuridicità - scrive -

---

(1) Per dette osservazioni nello stesso senso vedi: Delitala: "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)
" è 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 DELITALA ritiene degna di lode la disposizione dell'art:113 (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 sancita " 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 Ma_

---

(1) Delitala: "La dottrina generali 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 ~~erm~~ ar_
monia 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" pubblicate
dall'Università Cattolica del Sacro Cuore.Milano 1927
Pag: 102.

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

Ma una maggiore importanza la regola sancita nella pri_ ma parte dello stesso articolo 119: "Le circostanze sog_ " gettive le quali escludono la pena per taluno di colo_ " ro 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 penal_ mente incapaci, mette in relazione l'articolo 119 (pri_ ma parte) con l'articolo 111. Egli scrive (1):" Dato " che le ipotesi nelle quali ~~l'autor~~ 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: 648) o possono in tale
" espressione rientrare anche quelle che riguardano la
" imputabilità del soggetto attivo togliendogli la capa_
" cità d'intendere e di volere? " (1)

" Il BETTIOL (2) ha studiato ambedue le ipotesi metten_
do in relazione l'art:110 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 prin- cipio 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. 135.

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 me-
" diato che identifica l'autore principale ad uno stru-
" mento qualsiasi, come avrebbe potuto il nostro legisla-
" tore 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, "dimostran-
" do 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, quantunque 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 inheren-
ti alla realtà pratica, tutte tre le concezioni del
reato che teoricamente possono formularsi: 1°) la con-
cezione 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 Preli-
minare 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 este_
"riorità, cioè oggettivamente, riproduce la fattispecie
"astratta modellata sul precetto penale". Così nello
articolo 111: il "reato" del non punibile invero esclu_
de ogni considerazione della colpevolezza e quindi del_
la punibilità. 3°) La concezione giuridica per la qua_
le "reato è il fatto produttivo fin concreto di quella
"particolare conseguenza giuridica che è la pena. Rea_
"to 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 per_
mettono di contrapporre al proposito del legislatore
la volontà legale concretamente espressa dal conte_
nuto 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 accolta 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 vitti_ ma di errore per l'esecuzione del reato; nel caso del_ la complicità, fondandosi sulla formula TREBUTIEN, per la quale la complicità è accessoria al fatto e non già all'autore, ritiene che non valga ad escluder_ la la non imputabilità dell'autore principale." La mi_ " norità, l'errore, l'ebrietà, il sordomutismo, la de_ " menza, 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 Crimina_ le" Parte generale - Vol: 1º - Firenze 1934 - Pag_ gine 368 - Nota

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

Contro questa distinzione fatta dal CARRARA, l'obbiezione del MANZINI (2) che "l'idea di una persona " imputabile accessoria di un fatto è una mera amenità giuridica. Il fatto potrà essere accessorio del " fatto ma questa circostanza materiale non può risolvere una questione d'imputabilità", spiana la via all'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 questa opinione trovava una forte base nelle esplicite

---

(1) Carrara: "Programma" pag: 428. Vedi anche: Carrara: "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: - Torino 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 material_

" 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 ritenevano 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 con- corso di più persone in uno stesso reato" in "Enci- clopedia del Pessina" Vol:V - Pag: 368.

(2) Castori: "Il concorso di persone in uno stesso rea- to" in "Trattato del Cogliolo" Pag:641 -

" 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 costituire 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 "coactus 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 volontà 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 soggetti imputabili e non imputabili, "non possa avere una " soluzione soddisfacente se non accogliendo la concezione pluralistica del reato".

Egli critica il tentativo di sistemare questi casi considerando la persona non imputabile come uno strumento fisico mosso da una causa mediata, punibile in base al principio "causae, causa, causati". "Tale sistemazione - egli osserva - non riesce ad inquadrare tutte le situazioni". Per esempio: nel caso che la non imputabilità derivi da mancanza di personalità di diritto 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 consapevomente 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 costruzione dell'autore mediato, e questo mi conforta nel cammino verso la dimostrazione, che mi sforzo di dare, della sua inammissibilità.

Infine va rilevato che è anche negativo nei confronti dell'autore mediato il modo di pensare dei positivisti.

Essi superano l'impossibilità di punire i partecipi quando l'autore materiale del delitto non sia imputabile 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 deficienti, di infermi di mente,di
" alcoolizzati" dev'essere ritenuto delinquente più pericoloso.

---

(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"), dànno, 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, song 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 modò 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 recisamente 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 reati 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, negli 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 di
"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 fecisse" 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 mate_ riale, si debba escludere nell'uomo la presenza del_ la volontà. Ciò sarà vero per gli atti puramente ri_ flessi o quando una persona sia "materialmente" co_ stretta, 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 identificazio_ " ne 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 ~~preppie-~~
" 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 personalità, e"suo": costituisce una azione nel senso del diritto. - Vedi anche: Bettiol: "Ordine" : pag:116 Nota 1 e Vannini:"I reati commissivi mediante 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, precedente- " mente, affermato il suo carattere di azione antigiuri- " dica."

---

(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 normalmente incapaci e in genere persone non im_
putabili possano compiere azioni oggettivamente antigiu_
ridiche.

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

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

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

I) Dopo quanto ho fin qui esposto, ritengo inutile spendere 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 psichi_ca 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 Tribu_nale 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. Conferma_ta dalla Corte di Cassazione con sentenza 1024-

" 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_
" gliolì 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 designato il soggetto privo della capacità di intendere e di volere. Questa incapacità può derivare da cause permanenti o transitorie, ma sempre indipendenti dall'azione del compartecipe. Ciò mette in rilevo la Relazione Ministeriale (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:115 (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' conforme 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 titolo?

Il VANNINI (1), che in relazione all'art:111 riconosce 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 altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere al fine di fargli commettere un reato sia quello della compartecipazione. A meno che, in casi eccezionali, la incapacità 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 "azione", nella generalità dei casi, invece, potrà sempre aversi un'azione oggettivamente antigiuridica dell'autore principale, e con essa il presupposto fondamentale per l'ammissibilità della compartecipazione[3].

Senonchè si potrà qui dubitare che non vi sia da parte della persona pienamente responsabile un'attività ricondurbile 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 istato 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'incapacità risulterebbe sufficiente per far commettere un reato.

Il concetto di determinazione inteso genericamente come creazione in altri, con qualsiasi mezzo, di un proposito criminoso, può ben comprendere il caso speciale dell'art:86. Ne risulta che anche qui è configurabile una compartecipazione. A colui che ha posto altri nello stato d'incapacità sarà inflitta la pena pel reato commesso dalla persona resa incapace e inoltre quella prevista dall'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 essa risponderà del reato commesso, in questo caso, mediante "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 sr_

---

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

tisoli: l'art.111 o 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. 212.

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

Invece ritengo, in base ai principii su esposti, che qui esistano, sia l'elemento oggettivo, sia l'elemento soggettivo per la compartecipazione. Senza dubbio anche la persona ingannata compie un fatto oggettivamente antigiuridico; 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 costretta 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 1952 - 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 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 esecutivo": pag: 61,62,63; Gastori: op.cit. pag: 641.

tri scagliata contro una vetrina allo scopo di frecassar_ 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: 27

riaffermate con esattezza dalla 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 soggetto - " 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 antigiuridica. Varrebbero, una volta accolta questa opinione, le argomentazioni che fra poco svolgerò in relazione all'ordine 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 necessitata. Come dice il DELITALA (1): " Prescindere dalla sanzione penale, esimere l'azione necessitata dall'applicazione 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'ardua questione del valore giuridico dello stato di necessità, addurrò qui alcune argomentazioni che mi pare possa-

---

(1) Delitala: "~~Cum~~ Lezioni sotteing generali": pag: 81

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 costituisce una ragione di esclusione della colpevolezza perchè chi agisce necessitato versa in uno stato di grave perturbamento psicologico, si urta contro la decisiva osservazione contraria del MASSARI (1): " che la legge impone all'individuo che agisce in stato di necessità la esatta valutazione dei propri atti come per la legittima difesa tanto da punire ogni eccesso nell'azione necessitata; e tale dovere di valutazione esclude che l'atto necessitato trovi la sua giustificazione nel turbamento psicologico." Inoltre, come 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 della colpevolezza, ove si ritenga: " che il concetto di colpa 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 considerare lo stato di necessità come una causa di esclusione della colpa: (Schuldausschliessungsgrund, secondo la terminologia tedesca): " poichè il legislatore, nonostante l'antigiuridicità oggettiva del fatto, valutando umanamente 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 oggetti_
vamente antigiuridico dell'autore principale.
Per la compartecipazione esiste anche l'elemento psichi_
co: la minaccia, invero, non è che una forma di determina_
zione 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 ar_
t: 54 ult.capov. Mentre nel primo, una volta accertata
la violenza fisica, è senz'altro esente da responsabi_
lità chi la subisce senza alcuna limitazione, nell'ipo_
tesi 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 rea_ to. 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 prodot_ to dall'opera di una persona diversa dal salvatore o dal salvato. E' escluso invero che, in relazione alla presen_ te ipotesi, possa trattarsi di pericolo involontariamente o colposamente prodotto. D'altra parte: se dal pericolo deriva una coazione fisica assoluta, si rientra nell'or_ bita di applicazione dell'art: 46; mentre se ne deriva uno stato d'incapacità d'intendere o di volere, si appli_ cherà l'art: 85: 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 subordinato all'esecuzione del reato. Dato che l'ordine non è vincolante, il subordinato è tenuto a rispondere del reato commesso. Il superiore va punito come compartecipe a norma dell'art:110 e gli si applicherà l'aggravamento previsto 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 ordine illegittimo vincolante, si ritiene che il superiore debba rispondere come autore mediato. Sono di questa opinione sia coloro che credono che l'ordine escluda solter-

---

(1) Manzini: ~~Op. cit.~~: 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 andrebbe 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 essa è richiesta dall'ordinamento giuridico come particolare 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, dall'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 esso 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. Invero "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 eccezionalmente, 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 attraverso la costruzione dell'autore mediato.

In siffatti casi non si può far ricorso allo schema giuridico della compartecipazione perchè manca un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale. Il colpevole deve rispondere quale autore unico della distruzione delle cose di B o della morte dello stesso. Però la giustificazione che di ciò dà il VANNINI non può reggersi 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 al 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 sostanza letale: si vorrà dire che Caio sia strumento e Tizio autore mediato in questo omicidio?

Nel caso in cui sia determinato a suicidio un minore degli anni quattroidei o un soggetto comunque privo della capacità d'intendere o di volere, considerando la sua pressochè nulla resistenza all'azione determinatrice del colpevole, 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 essa il proposito di sopprimersi.

VIII) Si ritiene esistente la qualità di autore mediato anche quando il presunto strumento non è del tutto in-

colpevole. Ricordo qui l'esempio già addotto (pg.50): 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 rispondere 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 supe_ riore 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 ri_ " spondere 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 col_ " posamente alla realizzazione di una fattispecie delit_ " tuosa".

Condivido l'opinione del BETTIOL per quanto riguarda la negazione della presunta interruzione del nesso cau_ sale 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.Ill.": pag:449-450; Manzini: [illegible]:pag:445.
Inoltre: Relazione Ministeriale: I - Pag: 170

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

"sclude 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 isscherzo, 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 dispute fra la teoria soggettiva e la oggettiva intorno al criterio in base a 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 atti_ " 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; ond'è che: " se " l'estraneo non può essere punito come autore del reato proprio, può invece punirsi come partecipe per la " realizzazione del medesimo qualora egli acceda alla " azione dell'intraneo, perchè in tal caso egli ha infranto il dovere di rispetto verso interessi giuridicamente 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) Bettiol: "Ordine": pag: 112

B) Un estraneo determina alla commissione di un reato proprio un intraneo non imputabile o non punibile. In siffatta ipotesi una parte della dottrina, ritiene esclusa la compartecipazione e, d'altra parte, anche inammissibile la qualità di autore mediato nell'estraneo perchè un non qualificato non può commettere un reato proprio nemmeno come autore mediato. L'estraneo rimarrebbe impunito. Altri autori, invece, ritenendo l'intraneo uno strumento nelle mani dell'estraneo, ammettono che quest'ultimo 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 esem_ pio, infermo di mente, quanto se non è punibile, per_ chè ad esempio psichicamente coartato mediante una vis compulsiva che permetta di applicare l'ultimo capov dell'art. 54, sempre l'intraneo compie un fatto ogget_ tivamente antigiuridico che presenta le caratteristiche di un reato proprio. L'estraneo, perciò, potrà essere punito come compartecipe: egli subirà la pena del rea_ to 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 intraneo incapace, l'estraneo che partecipa al fatto dal primo compiuto è da punirsi a titolo di partecipazione delittuosa anche quando egli ignori la condizione 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 subire 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: "Ordine": 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, muta 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 "propria 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: 599 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" (ad 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 ROMANO interpretano la norma in esame nel senso che solo la qualità personale esistente nell'autore principale riverberà 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 ~~rispondrà~~ abbia qui un peculato? 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 oggettiva 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 teneatur." (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, sì 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

§III Conseguenza: 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. 166

§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. pg. 311, 2 III

Leggere Grispigni -

« L'infermo stesso non è che la sofferenza di che non può amare, e degli uomini vorrebbero comprendere questa verità. La terra sarebbe di un subito il paradiso » -

Dostojevski

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

Gifarelli 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. Ascoli 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 Semo

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)

ASSR Archivio storico del Senato della Repubblica

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 Urbino al mio ritorno dopo una breve parentesi umbra=

ma.

Non le consiglio di riprendere in pieno il tema sull'ordine; è meglio che Lei sviluppi uno dei punti che maggiormente La interessano. Perché non lavora sulla resistenza agli ordini dell'autorità? Qui avrebbe motivo di parlare della legittima difesa. Che tema! Io Longhi ha scritto un ampio volume in materia, valuti se egli è antiquato per le tesi ivi esposte. Anche i limiti del dovere di obbedienza meritano l'attenzione degli studiosi. Qui siamo però, nel campo del diritto amministrativo. È necessario che Lei sia fatta guarda la bibliografia italiana

citato nel mio libro. Quelle stranezze le può spiegare, limitandosi a riportare le citazioni.

Gli esplosivi non si può dire due terzi come una donna isterica. Non erano quelle i Boni.

Un del terzo che Lei potrebbe trovare è quello dell'Oratore ammiratore. Queste figure ho incontrato qua e là nei miei scritti, ma nella vostra letteratura manca ancora una trattazione completa. Il problema presenta particolari aspetti. Per esempio l'oratore ammirato quando quello ammirato è un ciarlatano? un oratore che sbaglia in errore? una persona che assume un intento di necessità conseguendo da un fatto? nel caso si rovesciano di più persone ~~[illegible]~~ nei suoi propri? nel caso si trovino dell'oratore illegittimo vacillante? Questi domande potrebbero costituire altrettanti capitoli della sua tesi di laurea! Ne parli al Prof. Cattaneo che potrebbe da parte mia.

Mi scusi se ho tardato a ringraziarla del dizionario. Non sono poi così cattivo!

Cordialmente

Ivo Prunas

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

ASSR
Archivio Storico del Senato della Repubblica

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

M. Cifarelli

Il Direttore della Segreteria

Bizzarro

IL RETTORE

(Mariani Giuseppe)

ASSR

Bolli degli anni scolastici con la firma del Segretario del Ramo.

VARIAZIONI

.....

.....

.....

.....

L. & G. FAVIA — BARI

N. di matricola 269

6

R. Università degli Studi di Bari

Facoltà di GIURISPRUDENZA

LIBRETTO D'ISCRIZIONE

dello studente Ciarelli Michele

CRESSATI - BARI

ASSR

N. di matricola 969

R. Università degli Studi di Bari

Facoltà di MEDICINA e CHIRURGIA

GIURISPRUDENZA

LIBRETTO D'ISCRIZIONE

Cognome e nome dello studente Cifarelli Michele

figlio di Domenico nativo di Bari

Bari, 10 ottobre 1920 - anno

IL RETTORE
(Vincenzo Giuseppe)

Firma dell'iscritto

Il Capo della Segreteria
(Giuseppe Giuseppe)

Le indicazioni sopra richieste debbono essere completamente scritte dal Segretario, il quale curerà inoltre che lo studente apponga la sua firma sul libretto.

ASSR Archivio Storico della Presidenza del Consiglio dei Ministri

Lo studente Ottonelli Michele

ha superato l'esame di matematica elemen

nel R. Liceo Ginnasio Orsello

di Bari nel mese di luglio 1930

Lo studente

proviene dall'Università di dove ha

seguito anni di corso

ASSR

Università di Bari

N. di matricola 969

(*) Cifarelli Michele

(*) Anno scolastico 1930-31 (*) Anno di corso primo

INDICAZIONE DEI CORSI	Numero delle lezioni settimanali	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).					
1° Istituz. e Storia del Dir. Romano		Maurina		Maurina	Boll. N. 83 del 22-9-930
2° Istituzioni di Dir. Privato		Maurina		Maurina	Boll. N. 6611 del 29-9-930
3° Economia Politica		Fraccacreta		[illegible]	Boll. N. 4226 del 26-9-930
4° Statistica		Reposi		[illegible]	Boll. N. 1252 del 27-9-930
5° Filosofia del Diritto		Barillari		Barillari	Boll. N. 5281 del 25-9-930
6° Diritto costituzionale		Barillari		Barillari	Boll. N. 5415 del 26-9-930
7° Diritto e procedura penale		De Marsico		[illegible]	Boll. N. 5866 del 27-9-930
8°					Boll. N. del
9°					Boll. N. del
10°					
LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano impartiti).					
1°					
2°					
3°					
4°					
5°					
6°					
7°					

Tassa d'immatricolazione	L. 300,—
Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata	» 75,—
idem 2. rata	» 75,—
Tassa d'iscrizione - 1. rata	» 187,50
idem 2. rata	» 187,50
idem 3. rata	» 187,50
idem 4. rata	» 187,50
Sopratassa per gli esami di laurea . . .	» 75,—
Tassa di laurea	» 300,—

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso di ciascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. Ciascun corso deve essere scritto dal Segretario. Liberi, il Segretario apporrà il bollo o la sua firma o tirerà una linea onde immediatamente dopo i corsi obbligatori e 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 1931-32 Anno di corso fuoricorso

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
OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive con obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano impartiti).					
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					
LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano impartiti).					
1°					
2°					
3°					
4°					
5°					
6°					
7°					

Tassa di iscrizione - 1. rata	L. 187,50	Bull. N. 134	del 16-11-931
idem 2. rata	» 187,50	Bull. N. 118	del 16-11-932
idem 3. rata	» 187,50	Bull. N. 193	del 23-2-932
idem 4. rata	» 187,50	Bull. N.	del 23-2-933
Sopratassa per gli esami di laurea	» 75,—	Bull. N.	del
Tassa di Bollo	» 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.

Università di Bari

N. di matricola 969

(*) Rafarelli Michele

(*) Anno scolastico 1932-33 (*) Anno di corso Terzo

INDICAZIONE DEI CORSI	Numero delle ore settimanali	NOMI DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degl' insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1° Diritto Romano Istituzioni	1	Della Torre			del 3-11-932 Boll. N. 9922
2° " Civile	1	Grassani			del 3-11-932 Boll. N. 9923
3° " Romano	1	Stella Marenco			del 16-11-932 Boll. N. 9924
4° Storia del Diritto Italiano	1	Monti			del 3-11-932 Boll. N. 9925
5° Procedura Penale	1	Bettani			del 16-11-932 Boll. N. 9926
6°					del 16-11-932 Boll. N. 9927
7°					del 16-11-932 Boll. N. 9928
8°					del 16-11-932 Boll. N. 9929
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.

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 di immatricolazione 24

Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata 75

idem 2. rata 75

Tassa d'iscrizione - 1. rata . . . . . » 187,50

idem 2. rata . . . . . » 187,50

idem 3. rata . . . . . » 187,50

idem 4. rata . . . . . » 187,50

Sopratassa per gli esami di laurea . . . . . » 75,—

Tassa di laurea . . . . . » 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

N. di matricola 969

(*) Cifarelli Michele

(*) Anno scolastico 1933-34 (*) Anno di corso quarto

INDICAZIONE DEI CORSI	Firma dello studente	NOME DEGLI INSEGNANTI a titolo pubblico	a titolo privato	FIRMA degli insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
1. ~~Diritto fallim. [illegible]~~					
2. Diritto corporativo e legislaz. del lavoro		De Semo		[illegible]	del 21. 11. 1933 Boll. N.
3. Diritto dell'aviazione civile		Jannuzzi		[illegible]	del 24. 3. 1934 Boll. N.
4. Diritto amministr. pub. e priv.		Stella Maranca		Stella Maranca	del 14. 11. 1933 Boll. N.
5. [illegible]					del 20. 2. 1934 Boll. N.
6.					del 3. 5. 1934 Boll. N.
7.					del 10. 10. 1934 Boll. N.
8.					del 10. 10. 1934 Boll. N.
9.					Boll. N.
10.					Boll. N.
1.					Boll. N.
2. Diritto fallimentare		Wijs	Wijs	Wijs	Boll. N.
3. [illegible]					Boll. N.
4.					Boll. N.
5.					Boll. N.
6.					Boll. N.
7.					Boll. N.

OBBLIGATORI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di frequenza o di esami, a qualunque titolo siano imparziali).

LIBERI (sono quelli ai quali lo studente s'iscrive volontariamente senza obbligo di esami, a qualunque titolo siano imparziali).

Tassa di iscrizione - 1. rata 187,50
idem 2. rata 187,50
idem 3. rata 187,50
idem 4. rata 187,50
Sopratassa per gli esami di laurea . . . 75,—
Tassa di laurea . . . . 300,—

Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata . . . . 70,—
idem 2. rata . . . . 70,—

Segretario

(*) Il nome e cognome dello studente, l'anno scolastico e l'anno di corso devono essere scritti in una linea a cominciare dalla prima. Ciascun corso deve essere scritto in una linea a cominciare dalla prima. 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.

Corsi obbligatori devono essere scritti dal Segretario, immediatamente dopo i corsi obbligatori e

Università di .....

N. di matricola .....

(*) .....

(*) *Anno scolastico* ..... (*) *Anno di corso* .....

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 ore settimanali	NOME DEGL'INSEGNANTI a titolo pubblico	NOME DEGL'INSEGNANTI a titolo privato	FIRMA degl'insegnanti comprovante la frequenza	ATTESTAZIONI DI PAGAMENTO
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. .....
8°						del ..... Boll. N. .....
9°						del ..... Boll. N. .....
10°						del ..... Boll. N. .....
1°						
2°						
3°						
4°						
5°						
6°						
7°						

Tassa d'immatricolazione . . . . L. 300,—

Sopratassa per gli esami di profitto - 1. rata » 75,—

idem 2. rata » 75,—

Tassa d'iscrizione - 1. rata . . . . » 187,50

idem 2. rata . . . . » 187,50

idem 3. rata . . . . » 187,50

idem 4. rata . . . . » 187,50

Sopratassa per gli esami di laurea . . . » 75,—

Tassa di laurea . . . . » 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.

INDICAZIONE DEGLI ESAMI	DATA	ESITO	FIRMA DEL PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE
Storia del diritto italiano	27. VI. 33	trent. e lode	[illegible]
Medicina legale	8 - VII - 33	trentaa e lode	[illegible]
Diritto e procedura penale	22. X. 1933	trenta e lode	[illegible]
Diritto amministrativo	8. XI. 1933	trenta	[illegible]
Diritto [illegible]	15. VI. 34	trenta e lode	[illegible]
Diritto processuale civile	26. V. 1934	trenta e lode	[illegible]
Dr. civile	26. VI. 34	trent. e lode	[illegible]
Diritto Costituzionale		trenta e lode	
Istituzioni e Storia del Diritto Romano		ventisei	
Statistica		trenta	
Economia Politica		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 .....

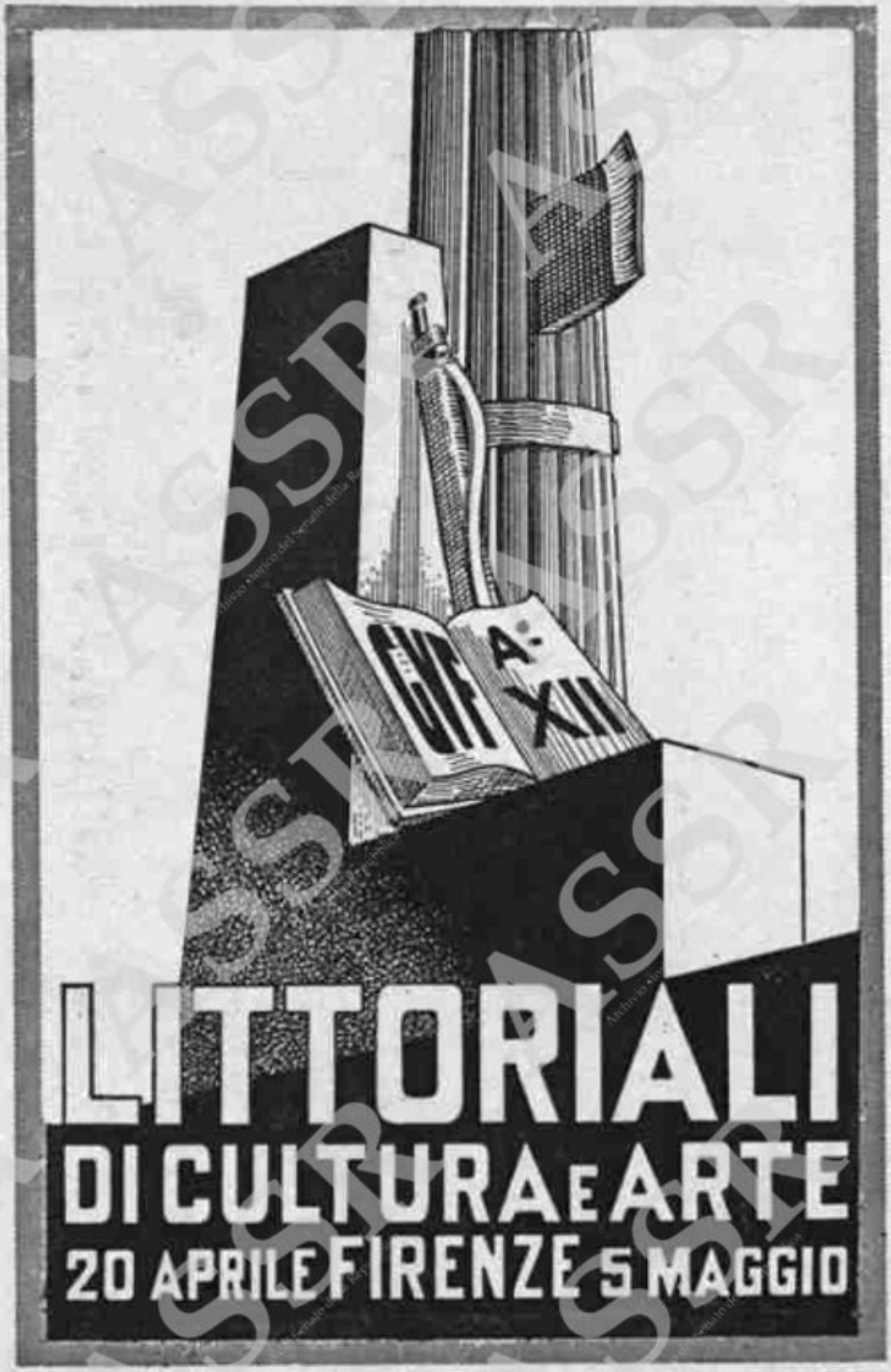
Il Segretario del Gruppo

Il Sig. Cifarelli Vitale Domenico

abitante in Bari D'Azeglio 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


ANNO 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

Ciferelli Michele

del Guf di Bari

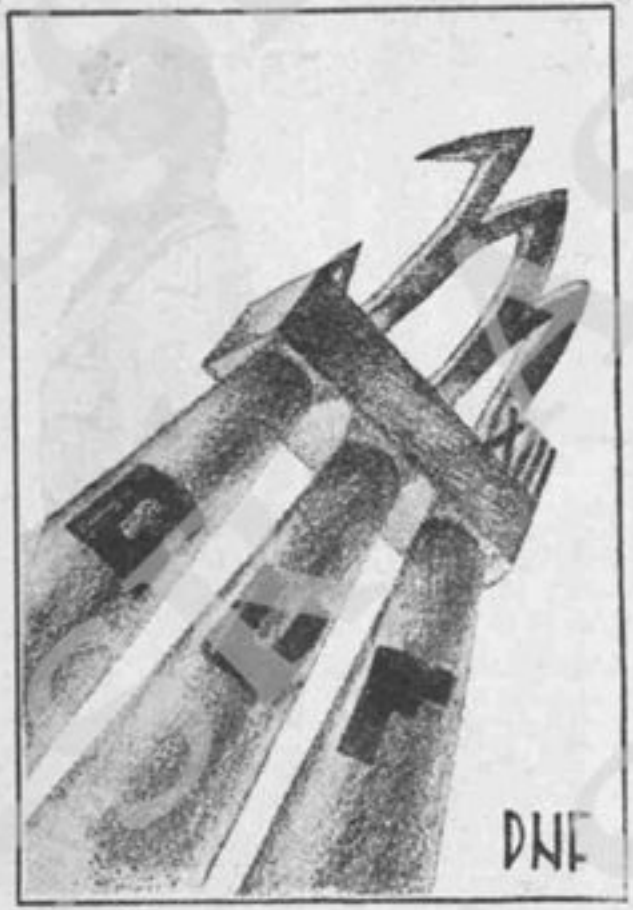
iscritto al

IL COMITATO

M Ciferelli

PNF FASCISTA - VIA RICASOLI 20 FIRENZE

10



TESSERA N. 55350

GRUPPO UNIVERSITARI FASCISTI - PARTITO NAZIONALE FASCISTA

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

di Bari

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante Bari

M. D'Azeglio 3

studente della facoltà di

Lavoro

è iscritto al G.U.F. dal 4-11-20

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

Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante Bari

Via M. Dazeglio 3

studente della facoltà di

Laureato

è iscritto al G.U.F. dal 4-11-30

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

FASCISTI
FASCIO
BARI

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
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 BARI

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 • UFFICIO

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

GRUPPO UNIVERSITARIO ASSOCIATO

STAB. POLIGRAFICI I.S. DE "IL RESTO DEL CARLINO" - BOLOGNA

54818 *

FASCISTI - BARI

BARI

G. U. F. di .....

Il Segretario del Gruppo

Il Sig. Cifarelli

Michele

di Domenico

abitante in Bari

D'Azeglio 3

studente della facoltà di

Giurisprudenza

è iscritto

al G. U. F. dal 4.11.30

al P. N. F. dal .....

ai F. G. C. dal .....

NOVEMBRE	DICEMBRE	GENNAIO
FEBBRAIO	MARZO	APRILE
MAGGIO	GIUGNO	LUGLIO
AGOSTO	SETTEMBRE	OTTOBRE

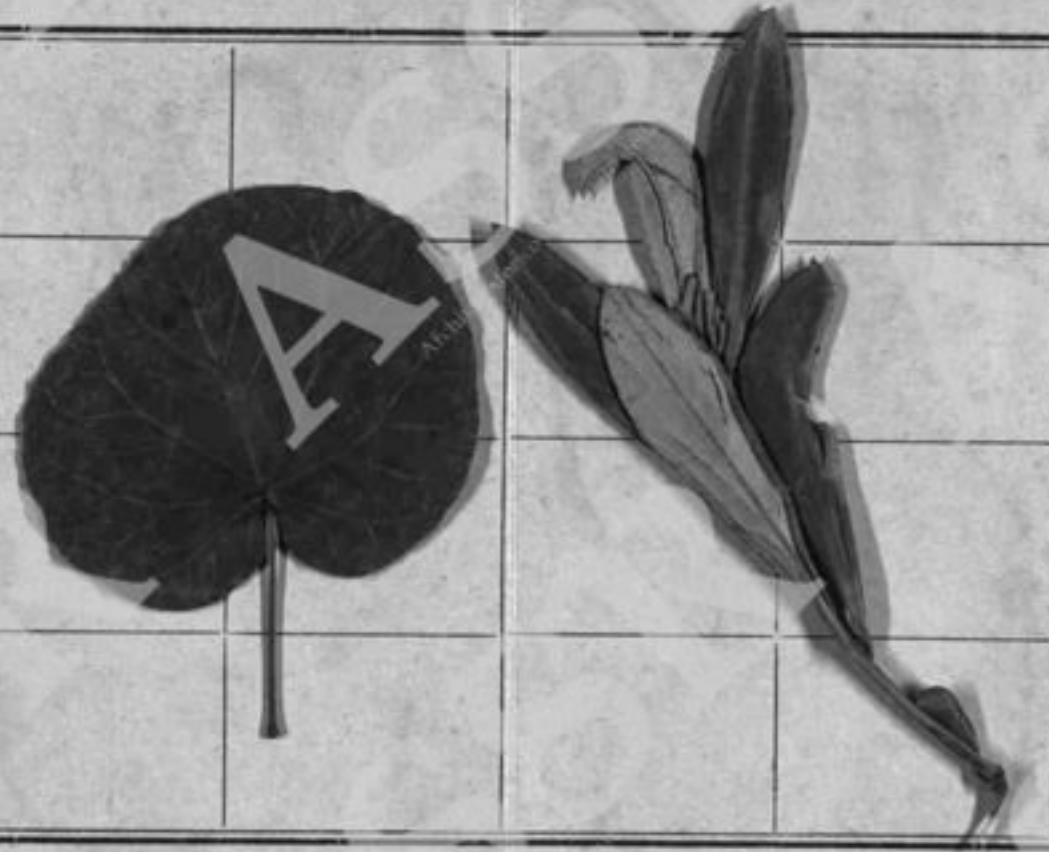
F.LLI PALOMBI - ROMA

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

è iscritto al G.U.F. dal 11-11-930

al P.N.F. dal

IL SEGRETARIO DEL GRUPPO

Novembre	Dicembre	Gennaio
Febbraio	Marzo	Aprile
Maggio	Giugno	Luglio
Agosto	Settembre	Ottobre

C.U.F. ANNO X·XII

STAB. POLIGRAFICI ED. "IL RESTO DEL CARLINO" - BOLOGNA

16

CUF

A XVI

TESSERA Nº 2195

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

BARI

di

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

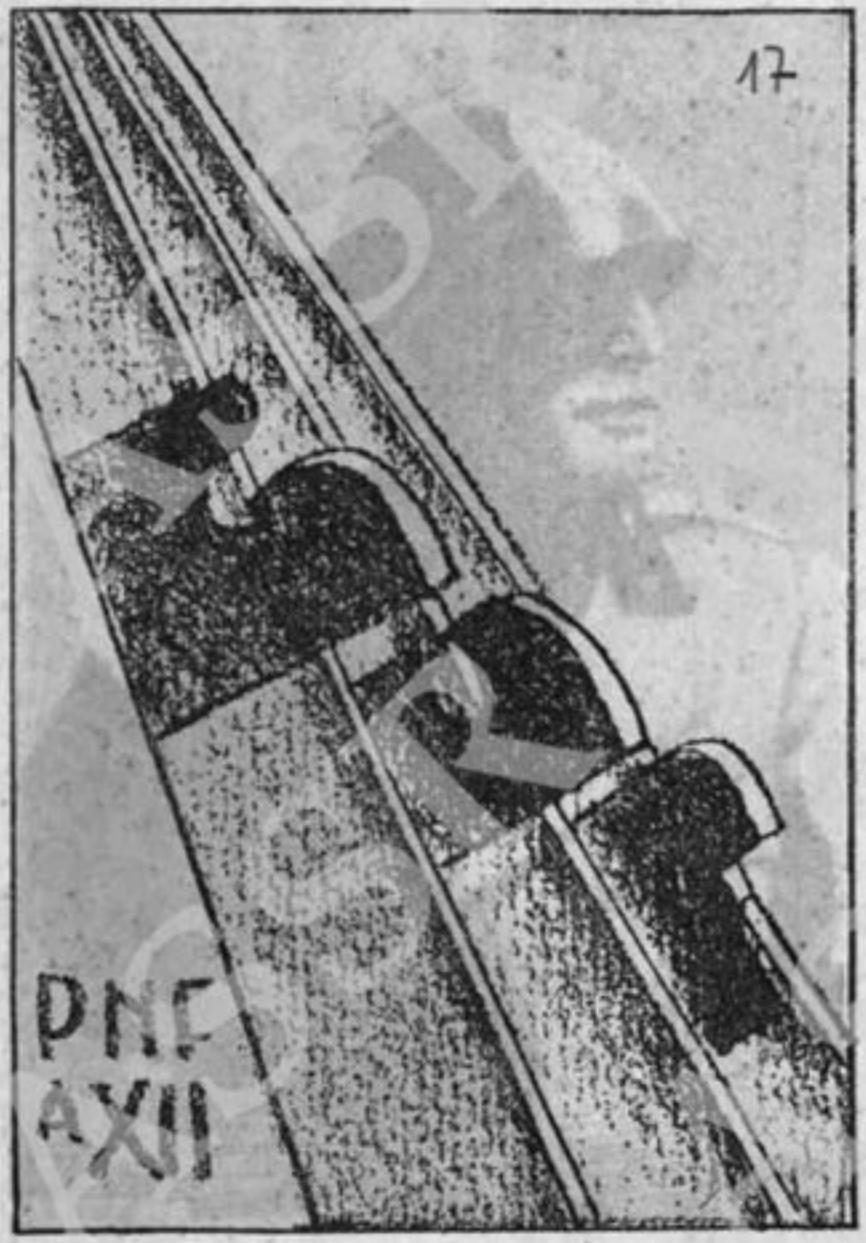
al P.N.F. dal 24. 5. 35

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

GRUPPO UNIVERSITARIO FASCISTA

FRATELLI PALOMBI - ROMA

TESI 18 1934

Meif

ASSR Archivio storico del Senato della Repubblica

pag. 61 -

Elementi del reato
- essenziali
  - presupposti + elem. costitutivi
  - Condizioni del reato
  - Condizioni di punibilità (es. querela)
- accidentali: circostanze

pag. 65 + presupposti generali
- cittadinanza del precetto
- " della sanzione

+ presupposti speciali
- es. legittima -

Elementi costitutivi
- Oggetto criminoso
- 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 cessare in nessuna guisa giuridicamente giustificato; ogni causa che eventualmente legittimi la produzione dell'evento, costituisce elemento negativo del reato. » — (Vannini: Fatto e ... pag 10)

Codice Zerolo art. 553
Codice francese art. 385

Castori 22-T-25

Ricordare l'art. 266 -
Istigazione di militare

Negli Scritti in onore di Ug. Conti, vedi sull'argomento la Relazione del Rubeis

— 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 moralmente passivo.

4°) L'autore mediato quando la persona che immediatamente agisce è uno strumento dolso.

5°) Conclusione -

3° { Minore Incapace Soggetto [illegible]

Codice

Vedere i seguenti articoli

Mare	42	40	302 ; 303 ; 328 ,
	25	50	414 ; 415 ; 531 , 532 ,
	12,50	50	
	86,50	50	548 ; 580 ; 727 ,
	4		401 ; 553 ; 558
	364,50		

La teoria economica e le corporazioni –

Sul metodo della scienza economica – febbraio 1938 –
Majer: Saggi critici di teoria e metodologia economica
Catania 1934 –

Zenarie: Le basi logiche dell'economia dinamica nel divenire scientifico odierno in "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 ad un reato sono norme complementari estensive: è opinione comune che le singole fattispecie delittuose possano venir realizzate da coloro che si trovano con questa realizzazione in un tipico rapporto causale (Es. omicida – chi colpisce la vittima col fucile. Non è tale chi porge l'arma: quest'azione ha importanza causale in relazione al fatto delittuoso ma non rientra nella zona dell'illecito segnata rigidamente dalla norma principale" non ammettere.)

2°) Il gesto 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 perchè qualitativamente e quantitativamente difforme 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°) Perchè vengano applicate le norme sulla partecipazione occorre che la norma principale sia violata perchè l'illecito della

azione dei partecipi è subordinata all'illicità dell'azione dell'autore principale. Non si può essere punito per aver partecipato (concorso ad) 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.

4.) 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'illicità di un comportamento dalla colpevolezza del medesimo e circoscrivono l'esistenza di un torto incolpevole.)

II

5.) Scrive il Zahm: "L'autore mediato riempie le lacune della partecipazione, la partecipazione quelle che presenta la qualità di autore".
Il Binding categoricamente afferma ... "nulla di più inesatto che voler 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 colpevole o incolpevole è innegabile e questo autore mediato esige categoricamente il suo riconoscimento ...."

6.) Vi sono casi in cui a configurare e quindi punire un determinato comportamento non basta la schema generale della partecipazione. Allora sorgerà 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 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 proprii") 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 ~~strum~~ autore mediato; Caio strumento doloso) —

Innanzi tutto la questione verte sugli "Strumenti dolosi".

Il Hagenheimer 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 passiva nelle mani altrui. (Così nel caso del minore o dell'incapace). Ripugna invero 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 inesorabilmente spezzata quando tra l'azione di un soggetto e l'evento si inserisce la dolosa attività di una terza persona. Non essendo quindi ammissibile l'autore mediato con strumento doloso, il titolo giuridico della responsabilità del fermo 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, e risponde sotto l'una o l'altra delle figure previste nelle apposite disposizioni di legge. ..

Il Beling si schiera contro la figura dello strumento doloso.

a) egli critica l'opinione 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 intenzionale. Chi che s'impossessa di una cosa mobile altrui senza fare di trarne profitto: - autore immediato; sia che altro non compia e non spinga il primo alla contrettazione - autore mediato, per realizzano le fattispecie del furto. Essi devono quindi andare prosolti.) Non è vero, infatti, che il un soggetto non può essere considerato autore di un fatto determinato debba essere ritenuto partecipe nella realizzazione del fatto medesimo, o 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.

no 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 veicoli in cui egli sono pienamente innocui. Invero nel concetto di dolo non basta la previsione e la volontarietà dell'evento (concezione psicologica) ma occorre anche la contraddittorietà 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.

2°) 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 (reati formali) (per es. certi reati contro il buon costume e l'ordine delle famiglie) non possano essere mediatamente realizzati. Per sostenere la sua larga ammissibilità dell'autore mediato lo Schmidt interpreta le singole fattispecie delittuose al lume 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 disegna le fattispecie per esprimere giudizi di valore sulla lesione di interessi giuridicamente protetti. Su base a questa interpretazione normativa delle fattispecie egli considera autore immediato o mediato di un reato ogni soggetto cui 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 parente a commettere in danno della sorella il fatto previsto dall'art. 564 C.P.)

Critica del Bettiol all'opinione dello Schmidt sulla larga ammissibilità dell'autore mediato. a) seguendo 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 ~~tutto~~ rispetto gli 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 tipizza 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 una

ma che non si adegua perfettamente a un tipo legale, perciò altrimenti sarebbe in aria il principio cardine: "nullum crimen sine lege". b) Al legislatore preme l'evento. È vero. Noi siamo di avviso che esso abbia una parte preponderante nel campo penale. Ma nei reati formali il legislatore prende in considerazione l'azione, perchè non può essere considerato autore, sia pure mediato, un soggetto che non spieghi l'attività particolarmente sfavorita dalla legge. c) La costruzione dello Schmidt è destinata a naufragare perchè 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 spogli quanto rivestiti della particolare qualità richiesta dalla legge? Esempio tipico: affrancazione indebita e peculato. Il fatto in ambedue le ipotesi sarebbe identico mentre varierebbe unicamente la sua denominazione giuridica. Senonchè: a) l'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 il presupposto del delitto manca anche il fatto così come è ipotizzato dalla norma penale. c) Il Delitala ritiene che se identica è in un certo senso l'azione, diverso è senza dubbio l'evento, perchè la affrancazione 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, perchè 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 perchè gli manca la particolare qualità richiesta dalla legge. Questa mancanza rappresenta un ostacolo alla lesione dell'interesse della medesima protetto.

Contemporaneamente l'estraneo deve astenersi da ogni azione che possa indirettamente condurre alla lesione di quel particolare

se interesse penale ~~esso può~~ - come il Maggiore dice - il bene o interesse giuridico può esser leso dall'estraneo o non principalmente almeno secondariamente realizzando una condizione favorevole alla lesione o al pericolo di lesione del bene o interesse protetto. 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, perché 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.: Pettoia) che in questa ipotesi non può applicarsi la figura dell'autore mediato perché un estraneo non può mai considerarsi autore, sia pure mediato, di un reato proprio. L'estraneo in questo caso va in opposizione a un precetto morale e non in contrasto ad un precetto giuridico: e deve andare impunito. --- Bettiol: Qui in questo caso si ripercorre 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'intraneo incapace può essere presunta sotto la fattispecie 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 in una colpevole 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 formalistica. b) Lista-Schmidt e Hippel dicono essere uno dei caratteri dell'autore mediato quando un intraneo spinge un estraneo, capace o incapace che sia, a realizzare la fattispecie di un reato proprio. --- Bettiol 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 pre

tetto, né operare colpevolmente, cioè in opposizione all'imperativo giuridico. La lesione di un interesse che non trovi la sua espressione in un fatto tipico non può considerarsi penalmente rilevante e non può nadrare 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 sia 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. Rafflow) tra partecipazione ed esecuzione di un ordine illegittimo il criterio distintivo dovrebbe ricercarsi nell'elemento soggettivo che animi i soggetti agenti: nella partecipazione la volontà dell'istigato è libera di accettare l'istigazione delittuosa, nell'ordine la volontà del subordinato è invece necessitata a sottomettersi a quella del superiore in virtù del vincolo di obbedienza. Per il Battiol 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 il reato esiste tra loro partecipazione, perché si configurano l'elemento soggettivo e quello oggettivo necessari per dare vita alla medesima. Non è di ostacolo un rapporto di subordinazione per il quale l'uno dei due soggetti è tenuto normalmente ad eseguire i comandi dell'altro. Alla partecipazione è essenziale che alla realizzazione dell'evento lesivo intrapreso dall'autore principale accada consapevolmente l'azione del partecipe per suscitare o favorire la realizzazione medesima. Ora se il superiore tende con la emanazione dell'ordine alla perpetra-

stato di un reato, la sua azione ha in sè l'efficacia di spingere il subordinato all'esecuzione del reato stesso. L'azione del subordinato, non coperta dal dovere di obbedienza perchè la legge gli accordava il rimedio nella legittimità anche intrinseca dello ordine, è un'azione illecita la quale produce una modificazione del mondo esteriore che il diritto non valuta favorevolmente. Di questo evento rispondono subordinato e superiore: il primo come 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 vincolante. Il subordinato in questo caso non risponde perchè l'illecito sarebbe per lui scusato [illegible] una pretesa punitiva quando l'ordinamento giuridico gli ha imposto di agire secondo l'ordine ricevuto.

(Per il Battaglini ~~l'ordine è~~: "l'esecuzione dell'ordine illegittimo vincolante costituisce una circostanza di liceità per l'azione del subordinato. L'azione dell'inferiore che realizza il contenuto dell'ordine è lecita perchè essa è richiesta dall'ordinamento giuridico come particolare dovere. L'esecuzione dell'ordine si rivelava così ad un principio informatore delle circostanze di liceità: l'adempimento di un dovere imposto dal diritto non può essere illecito perchè 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 [illegible] [illegible]")

Ma in base a quale titolo sarà il superiore chiamato a rispondere?

Il Manzini, riferendosi anche al caso dell'ordine illegittimo non vincolante, scrive: "si tratta pertanto di imputabilità e responsabilità diretta e principale di un reato compiuto ed eseguito da una altra persona. Il pubblico ufficiale è punibile sia quando l'inferiore ha eseguito da pena, sia allorchè costui viene condannato per avere eseguito l'ordine dell'obbligo, applicandosi in quest'ultimo caso la norma concernente la imputabilità e la responsabilità del mandante. ..."

L'opinione comune, nel caso dell'ordine illegittimo vincolante, ritiene il superiore responsabile come autore mediato dell'evento illegittimo realizzato dall'inferiore.

~~Chi~~ Accolgono questa tesi tanto coloro che ritengono essere l'ordine illegittimo vincolante una circostanza di liceità, quanto coloro che ritengono trattarsi invece di una circostanza di esclusione della colpevolezza. (Es. Battaglini).

Il Battenberg, anzi, si vale questa questione nel 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 ascrivere in qualità di autore mediato di un fatto realizzato lecitamente dall'autore immediato? Solo se l'autore immediato, cioè il subordinato, commetta un'azione illecita sebbene, per mancanza di dolo, non colpevole (dottrina dell'ordine come esclusione della colpevolezza), può chiamarsi 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, invece, sogliamo applicare la figura dell'autore mediato al superiore che ha impartito un ordine illegittimo vincolante 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 Battol è lecita).

Molti autori negano che si possa parlare di autore mediato quando l'azione dell'autore immediato è giuridicamente lecita (per es. Hergt.).

Il von Ammon supera inutilmente questo ostacolo. Egli ritiene possa parlarsi di autore mediato sempre che all'azione esecutiva 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 vincolante. È questo (dell'ordine) un caso tipico di responsabilità a titolo d'autore mediato, il quale deve collocarsi insieme ai tradizionali perché comune in è il principio informatore. Non viene così richiesta la mancanza di dolo nel soggetto che agisce immediatamente (ciò che postulava un'azione illecita sebbene non colpevole) perché la natura giuridica dell'azione può non essere 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 pone il problema quanto all'ordine perché lo considera 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 nella pro-

trazione di un reato. Essa si concreta nel "principio 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'illicità: una persona può essere considerata autrice mediata di un fatto delittuoso perché essa realizza ciò che è decisivo a determinare la colpevolezza o la illicità del fatto. ~~Nei reati internazionali~~
Esempi: 1°) Nei reati internazionali il momento decisivo per la sussistenza della illicità 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 l'estraneo che immediatamente agisce, decide della illicità del fatto compiuto. 3°) Nel caso in cui Tizio, che sa sempre esser armato di rivoltella, istigli Caio ad ucciderlo con un coltello affinché Sempronio in istato di legittima difesa lo uccida: l'azione di Sempronio è lecita, ma Tizio deve rispondere come autore mediato dell'uccisione di Caio. –
Nei casi contemplati si troviamo per colui che ha dato causa al fatto di fronte ad un'azione tipica e illecita (!) (egli ha posto una condizione per la perpetrazione di un reato senza che a suo favore operi una circostanza di liceità) mentre l'azione della

"Mittelperson" 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 intende la teoria della prevalenza nel senso che l'azione della Mittelperson 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 fisico che non ha rilevanza giuridica mettendosi nella corrente bindingiana che nega qualsiasi significato a concetti naturalistici nel campo del diritto penale. È compito invece distinguere le due azioni perché sia 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 illicità dell'evento perché la particolare intenzione richiesta dalla legge non è un elemento da cui dipende l'illicità di un fatto, ma solo la colpevolezza del medesimo. Il fatto con

pinto è oggettivamente un fatto disapprovato dall'ordinamento giuridico, ma non può ritenersi un fatto colposo se manca nell'animo dell'autore la particolare intenzione richiesta dalla legge. L'autore immediato compie azione illecita ma non colpevole; si ebbe applicabile la tradizionale figura dell'autore mediato. "Parlare 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 perchè 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 avere responsabilità sì come autore immediato sì come autore mediato. Nell'esempio 3° Tizio non può essere chiamato a rispondere come autore mediato dell'omicidio di Caio, ma deve rispondere solo di istigazione a tentato omicidio. Quello che Tizio ha realmente voluto e ragionato è la violenza ingiusta su danno di Sempronio, non la morte di Caio che, sebbene desiderata, giace fuori dell'efficienza causale dell'atto di istigazione indirettamente a far sorgere in Caio la decisione di agire ingiustamente fraudolento.

Il Bruns ha criticato la dottrina dello Hegler. Dice: il principio della fattualità non può essere accettato perchè 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'illeciità causazione di essa non può essere fornita come causazione di un'azione illecita.

Il Bettiol rimprovera a questo autore di ritenere possibile la partecipazione ad un'azione illecita non del tutto tipica quando si tratta di elementi soggettivi dell'illeciità. Invero in Bir. Per. la tipicità del fatto è il primo costitutivo della figura del reato.

Si lasci alla soluzione negativa che dà al problema dell'autore mediato il Bettiol ritiene che il titolo giurid. 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 o la sua esecuzione tentata, risponde come partecipe principale del fatto cagionato dall'inferiore." (così il Van Calker, il Birkmeyer e lo Eichmann sebbene partano da premesse diverse.)

V

Conclusione del Bettiol:

Il vizio principale che prende la figura dell'autore mediato consiste nell'essere essa una finzione giuridica creata per colmare la presunta lacuna dell'istituto della partecipazione. Gli stessi autori i quali ammettono questa forma di responsabilità sono

torno come sia meglio abbandonare la dicotomia autore di autore mediato perché essa può dar luogo a fraintendimenti, e parlare solo 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 - osservò Roling - 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 consiste il fatto che essa considera una persona umana semplice strumento nelle mani di un'altra ed identifica con l'energia che naturifica dal suo operare alla stessa stregua della energia che deriva da una forza bruta qualsiasi."

Si dà così per dimostrata una verità che ha bisogno di dimostrazione. "Invero, si può ritenere che i movimenti puramente riflessi non sono azioni suscettibili di valutazione giuridica, ma da questa constatazione voler concludere che le azioni degli incapaci sono delle azioni giuridicamente nulle significa affermare un principio che non è contenuto nelle premesse, se il diritto consta di imperativi che si dirigono alla volontà dei consociati, non è detto ancora che le azioni dei soggetti incapaci a determinarsi secondo l'imperativo della norma siano giuridicamente irrilevanti, perché l'elemento imperativo 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 esponenti di una rigida concezione imperativistica non distinguono 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 capace è tale realmente dal carattere "come unità psichica della persona della personalità, come autonoma forza di pensiero, di intuizione e di volontà, e di una personalità volta alla disciplina 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 di un cane, l'ira dell'animale, la rovina di una frana, la caduta di una 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'opera di forze brute dall'operare di forze umane, sia pure non capaci: 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 fonda in base all'ammissibilità di una illiceità dolosa si sottrae facilmente dalla finzione 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 lo 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 mappare anche il fondamento medesimo della partecipazione e, per ovviare 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 alle persone 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 se con la finzione dell'autore mediato (delitto) nella ipotesi di partecipazione principale si può giungere a risultati accettabili, 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 sia estremo 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 una 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 sa la fattispecie degli eventi che possono venir realizzati con le più svariate 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, talvolta 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 Immerel). Non basta, come da alcuno si opina, una semplice tendenza all'evento per qualificare illecita l'azione, perchè si verrebbe con ciò ad attribuire rilevanza giuridico-penale ad azioni che debbono considerarsi giuridicamente indifferenti. Le azioni meramente preparatorie sfuggono, invero, ad ogni valutazione per la loro equivocità, perchè non si può sapere se dalle medesime scaturiranno per l'aggregato sociale eventi dannosi piuttosto che utili. Per la partecipazione il carattere giuridico delle azioni di partecipi 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 ammissibile perchè l'evento corrisponda ad una situazione giuridicamente riprovevole istituita 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 sostanzia, ma la modificazione nel mondo esteriore, che ne scaturisce. Può darsi quindi che l'azione dell'autore principale sia lecita perchè ritenuta dall'ordinamento giuridico, ma che tuttavia venga meno la possibilità di ammettere il concorso di più persone in un reato: questo è proprio il caso che si verifica nell'esecuzione di un ordine illegittimo vincolante."

Dott. von Höpfner –
(Gottinga).

Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft.

Zeit. Vol. 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 Mittelsperson 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 Schändung, oder als Beamten bei den Amtsdelikten, bezw. das Verhältnis 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 ~~unmit~~ 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 Norm und ihre bindende Kraft für beide Geschlechter dieselbe sei.

Auf wieder einem andern Standpunkt steht Hugo Meyer. Er beantwortet die Frage, ob die ~~Möglich~~ Möglichkeit einer mittelbaren Verübung bei allen Deliktsarten vorliege, oder ob dieselbe nicht da eine Ausnahme erleide, 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 im 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 Meineidstrafe aber bei der eigenartigen Sachlage zu streng sei.

An den Widerspruch gegen die Beseitigung 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 (Graz. 1877).

Von Liszt erklärt schlechtedings 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 ~~Lay~~ ausschließlich der mittelbaren Täterschaft gewidmeten ~~Lui~~ Schrift von Mößmer.

Bei diesem Schriftsteller basiert die Annahme, daß alle Delikte mittelbare Täterschaft zulassen, auf der Anschauung, 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. Indessen, so 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 Schauffen,

Borchert und andern hinsichtlich der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft gemachten Annahmen durchaus zutreffend. Es dürfte aber von Wert sein, die Sache etwas näher darzutun. Die Klarlegung der Gründe, aus denen sich m. E. vielfach die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft ~~ergibt~~ ergibt, wird zwar schwerlich im Stande 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

Abta: 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, das 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, in den einzelnen Strafgesetzen für die Strafbarkeit des Unrechts theuerden 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 Kompliziertheit vieler Verbrechenstatbestände nicht Rechnung. Es wird sich zeigen, daß in den sogleich zu erörternden Fällen, obschon jemand den sogenannten rechtswidrigen Erfolg verursacht, er dennoch keinen rechtlichen 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, wirklich 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 tut. Aus diesem Satze folgt unwiderleglich, daß Täter eines Verbrechens nicht ist, wer etwas tut, was nicht ihm, sondern nur 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 einsichtlich, wieso der

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 den Nichtbeamten bei gleicher Tat unter gewissen Voraussetzungen vom Gesetz Strafe gedroht sei – die Beweislast trifft den Behauptenden, der zunächst den Wortlaut wider sich hat – so kann der Nichtbeamte unter dieses begrifflich von jenem verschiedene Strafgesetz subsumiert werden. Dann läßt sich eine Tat aber, wenn man es genau nimmt, nah 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 herausgehobenen Fällen, liegt es, wenn sich die Rechtsnorm „Täter" 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 Auflaufs 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 auch "in concreto" nicht durch die den Meineid beziehungsweise das unbare Verweilen verbietende Rechtsnorm betroffen ist. (~~Abs.~~: 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 Vorspiegelung unwahrer Tatsachen seitens als Zeuge, Geschworener, Schöffe berufener Personen, der Zuwiderhandlung gegen ein in einem Offenbarungseide gegebenes Versprechen, der Verleitung zur Ehepflichtverletzung durch solche Täuschung, die dem anderen Teil zur Anfechtung 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 Verbrechens einen Mittelsperson sich Bedienende selbst von der Rechtsnorm betroffen ~~sind~~ wird. ~~ist.~~ (~~Abs.~~ ~~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 Vorspiegelung 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 dieses Verbrechens 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 Borchert 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 freie Hand lässt, einen Menschen zu töten; denn hier besteht das Gebot zu hindern nicht für den physisch Tätigen (den Geisteskranken), sondern für den Wärter.

Die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft des Verbrechens, als Konsequenz der mangelnden Rechtswidrigkeit 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 andern Person oder Sache ~~[illegible]~~ 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 eignen 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 andern zum Anfassen. Zu der fraglichen Gruppe von Handlungen gehört m. E. die Mehrzahl der Sittlichkeitsdelikte, innerhalb deren allerdings vielleicht gerade die Notzucht nach Deutschem Reichsrecht zufolge des Wortlautes „eine 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 österreichischen Recht vgl. § 125 Ge. 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 eignes Thun oder sonst etwas die Person des Erklärenden selbst Betreffendes enthält. Derjenige nämlich, der einen andern zu einer derartigen Erklärung über das physisch Erklärenden Thun usw. bestimmt, nimmt, wenn auch zufolge seiner geistigen Urheberschaft zu tagen 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 andern bestimmt, etwas anzusehen, zu sprechen oder anzuhören. Es ist nur 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 [art 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 einer 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, ~~obgleich~~ obschon er das schnelle Reiten des andern ~~verur~~ 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 gewählten 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 aufzufassen hat. Unbedenklich würde ich hingegen die bezeichnete konkrete Natur des Handlungsbegriffs verneinen, also die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bejahen, bei Handlungsbegriffen, wie Verschuldeten, Nachteil zufügen, unternehmen ein Parlament zu sprengen, herbeiführen, beiseite schaffen, beschädigen, verein-

deren.

Möglich ist mittelbare Täterschaft bei den Handlungen, deren Erfolg in der Herstellung einer Beziehung zwischen dem Handelnden und einer andern Person oder Sache besteht, sofern durch die Mittelsperson hier der Eintritt der Beziehung zwischen der Person des geistigen Urhebers und einer andern 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 Erwerb und Weiterveräußerung einer wucherlichen ~~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. Wrede. Lehrbuch pag. 140). Es bedarf wohl kaum besonderer Erwähnung, daß da, wo derartige oder auch andre 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 andern 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 Zwei-Kampf mit ihm herauszufordern.

Da wo etwa eine Rechtsnorm sich zwar an jeden 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 gehe mich nicht der Zumutung 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 des allgemeinen Prinzips: einerseits die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft zu verneinen, wo ich bei Benutzung einer Mittelperson nicht Täterschaft feststellen kann, und Täterschaft nicht festzustellen, wo ich den geistigen Urheber nicht unter die gesetzliche Verbrechensdefinition subsumieren kann, andrerseits 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 oder 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 Str. Bch., 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 Verhältnis-

nisse gerecht. So z. B. bei Gleichstellung von Meineid und Verleitung zum Falsheid. 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 beteuert und doch wissentlich die Unwahrheit sagt, der entsteht bei der Verleitung zum Falsheid nicht ~~so~~ weil dies nicht geschieht. Und daß jeder Beliebige, der von Amtspflicht und Beamtenzweiten keine ~~Ahn~~ 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 ~~a~~ 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 Strafsätze unbekümmert um den Wortlaut so auszulegen, daß jedes Delikt "mittelbare Täterschaft" zuläßt, die wichtigste Stütze entzogen.

Meiserlli

Roma, 26-4-1934 ore 16

La compartecipazione accessoria –

§ 76 A. La natura della compartecipazione accessoria

I/ Che le leggi ~~ha~~ creativi concetti del mandato e della complicità è fondata sul fatto che ogni fattispecie legale è applicabile soltanto a quelle persone che hanno fatto appunto ciò che corrisponde al fattispecie (~~del~~ non si può dire che ~~la~~ uccise un uomo non è addirittura punibile secondo gli art. 211 e segg.); che però azioni di preparazione e azioni secondarie dovevano essere regolate penalmente in relazione alla realizzazione di un fattispecie da parte di un altro. ~~Questi concetti sono~~ quindi in contrasto anche col concetto ~~della qualità di~~ autore (inclusa la ~~qualità di~~ autore mediato); ~~l'altra parte~~ ~~gli concetti si riferiscono~~ alla qualità d'autore (nei fattispecie legali che la caratterizzano), sono quindi accessori riguardo alla qualità d'autore. ~~Quando~~ la legge ~~una~~ punibilità per il mandante e il complice, li rende autori in un senso ampliato della parola, o il concetto di derivante degli autori nel senso più ampio ~~si~~ si fonde con in qualità di autore propriamente detto e in compartecipazione. //

E domandarsi a Michel

~~Ad~~ dire ~~ted~~ vigente ~~aumento~~ ~~di~~ dipendente concettuale astratta, delle compartecip. dei fattispecie legali, ~~ad~~ una dipendenza ~~dalla~~ punibile dell'azione punibile di un altro, cioè ~~ad una~~ dipendenza da un fatto principale (artt. 48, 49). Se si ~~ind~~ ~~esamina~~ se uno è punibile come mandante o complice, ciò si può fare soltanto riguardo ad una azione di un altro ~~determinata~~, che porta in sé i contrassegni di un'azione punibile. Perciò mandato e complicità sono incomprensibili:

1°/ Dove non c'è una azione di esecuzione che attua il fattispecie almeno ~~tutto~~ la forma del tentativo. Non è sufficiente che una tale azione ~~dovevo~~ verificarsi (Mandato e complicità quindi si possono pensare soltanto come ~~azioni~~ compiute mediante lo svolgimento del fatto principale); mandato e complicità sono quindi giuridicamente non sono possibili). Ugualmente non è sufficiente ~~l'~~ azione di ~~un~~ altro che non attua un fattispecie legale (quindi per es. non c'è mandato e complicità nel suicidio.).

2°/ Compartecipazione penale ~~è inoltre incomprensibile~~ per ad un fatto principale non ~~illecito~~ antigiuridico.

3°/ Lo stesso vale per un fatto principale non colpevole.

Difficoltà si presentano, al questo riguardo, dovute alla Legge sulla Gioventù. art. 4. Mirava di essa la intenzione a punire un reato che l'adulto che produceva l'attività di un fanciullo o di un giovane non finalmente responsabile era autore mediato, che si serviva del fanciullo o del giovane come strumento, poiché ad essi mancava la responsabilità. La legge avrebbe potuto disporre che d'allora in poi mandato e complicità dovessero ricevere quei fatti principali senza colpa, che cioè, in questo modo il concetto della qualità di autore mediato fosse ridotto. Così non è stato (si veda adesso come finora non c'è compartecipazione ai fatti dei fanciulli). La legge sulla gioventù dice soltanto: la punibilità del mandante e del complice mediante le norme degli articoli 2 e 3 - che dichiarano la responsabilità - non è toccata. Con ciò è detto che un nuovo regolamento non dovrebbe esserci. Il commento ufficiale mostra che si voleva arrivare alla compartecipazione a fatti di fanciulli e di giovani non responsabili. Questo principio non è rinunciato. Indubbiamente non si voleva diminuire la punibilità dell'adulto che collabora nella attuazione del fatto tentato da soggetto responsabile. Questo però [illegible] se si applicasse sulla compartecipazione a fatti di non responsabili la figura della compartecipazione; così per es. la madre che ha dato al suo bimbo l'arma per colpire un terzo non sarebbe punibile come autrice mediata, ma soltanto come complice, cioè molto meno gravemente. Le intenzioni del commento ufficiale sono quindi contraddittorie in sé stesse. Quindi si deve lasciare intatto ciò che dice la Legge sulla gioventù (art. 4), e questo testo contiene solamente una norma in bianco; cioè una norma generale riguardante mandato e complicità ~~dei fatti di non responsabili~~ non vengono toccate. Poiché il Cod. Pen. non conosce una tale compartecipazione, l'art. 4 della Legge sulla Gioventù attualmente è senza applicazione.

pag. 91

1°/ Una compartecipazione non è possibile a fatti principali, in cui la colpa dell'autore non è ~~difetto~~ che il fatto sia sanzionato con una sanzione penale adatta. (Per es. non c'è compartecipazione al danneggiamento colposo).

2°/ Ugualmente non c'è ~~fra fatti~~ compartecipazione ai fatti principali che sono impunibili per mancanza di presupposti per la sanzione penale (Strafbedingungen). Per es. una rissa che ~~non ha~~ abbia le conseguenze gravi indicate nell'art. 227.

Ma è però indifferente se l'autore principale ~~[illegible]~~ a fatto dell'

attribuire una ragione speciale di esclusione della pena e specialmente non ha influenza il fatto se sono presenti tutti i presupposti necessari per la punibilità del fatto principale —

III) Il compartecipe accessorio non deve conoscere gli elementi del fattispecie legale; specialmente elementi supremamente personali di lui non ~~debbono~~ essere presente (soltanto nell'autore principale devono essere). Perciò anche per es. un non impiegato che determina un impiegato alla corruzione (art. 332) è punibile come mandante sendo gli art. 332 e 48 (compartecipazione ad un delitto proprio.).

IV L'antica dottrina usava per distinguere gli autori nel senso per esempio, i concetti della qualità di causatore intellettuale e fisico. Fisico doveva essere il prendere parte 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 (commettendo ad un pazzo) quanto mandato (per es. dando una informazione ~~quando se ne è interessati~~)

conflicti.

V] Non una forma della compartecipazione è oggi a) favoreggiamento e ricettazione art. 257 e segg. del Cod. delitti indipendenti. b) coperto e approvazione di delinquere.

Nell'analisi della compartecipazione accessoria tra il tanto mandato e complicità. —

pag. 91

§ 77 Le particolarità del mandato e della complicità

II 3. gruppo di forme di pag. 92 ~~(si perde)~~

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, che per trovare per la qualità di autore è decisiva la concezione generale dato dal fattispecie legale rispettivo. Con ciò è stabilita anche specialmente la differenza fra mandante e autore mediato; del mandante non si può dire: "egli ha ucciso X" ma ~~è punito~~ per l'autore ed anche per l'autore mediato.

. . . . . .

La differenza fra complice e autore è oggettiva (da ciò segue che anche il dolo dell'autore e quello del complice sono differenti). Così anche la dottrina dominante nell'ambito della cosiddetta teoria oggettiva, la teoria materiale-oggettiva nel trovare il criterio nel fatto materiale che abbia posto una causa per l'evento (qualità di autore) e ottenuto una condizione secondaria (complicità). Per ciò secondo Frank il porre di una "condizione diretta (fisica), positiva" deve caratterizzare l'autore, il porre una condizione indiretta (psichica) e negativa deve caratterizzare il complice. Questi pensieri non concludono niente se si riconosce che differenze causali talvolta non esistono fra le condizioni dell'evento. La differenza fra qualità di autore e complicità può essere colta soltanto dalla configurazione che prendono di singoli tipi di delitti, specialmente dai Tatbestände legali. Questa dottrina si chiama teoria formale-oggettiva.

Differentemente la cosiddetta teoria oggettiva (Von Buri, R.S.): poiché condizione e causa sono identiche, mancherebbe oggettivamente una possibilità di distinguere fra autore e complice; quindi la differenza potrebbe essere soltanto psichica: autore è chi ha posto una condizione con l'animus auctoris, e complice che l'ha posta con animus socii; questi ha voluto il fatto come suo proprio, quest'ultimo 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 altro soltanto l'arma o ha trattenuto l'uccisio; 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 dell'uccisione).

Talvolta la teoria soggettiva si delimita alla cooperazione contemporanea; si contenta quindi che azione di preparazione oggettivamente data a non di complicità. La teoria soggettiva non è da respingere soltanto perché non riguarda la forma legale del Tatbestand e il significato comune delle parole, e perché introduce nella legge un elemento di distinzione finalmente conosciuto (cioè il motivo: se uno per interesse proprio all'evento o per altri motivi agisce), ma anche per causa delle sue conseguenze inaccettabili: secondo questa teoria ognuno dovrebbe essere impunito che per lo stesso ha effettuato realizzato il delitto se non aveva interesse proprio all'evento (per es.: quello che ha ucciso X, senza avere interesse alla di lui morte o

mente e che ha agito soltanto per conto di un mandante dietro compenso; egli, per mancanza dell'elemento materiale, potrebbe essere soltanto complice; però non sarebbe punibile perchè manca un fatto principale.
Queste conseguenze insostenibili la teoria soggettiva cerca di evitarle introducendo il concetto dello strumento doloso. Il primary che si serve del secondary per la esecuzione del fatto è sempre l'autore principale del fatto, anche se 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 suo complice.
Ma questa attenuazione in primo luogo non impedisce pienamente le conseguenze ~~non volute~~ della teoria soggettiva (se l'altro, senza incarico, per far un piacere ad un certo Tizio, avesse realizzato l'omicidio, dovrebbe restare impunito). Inoltre la figura dello strumento doloso si mostra già antilegale per il fatto che rende impossibile l'applicazione dell'art. 48: ogni mandante, naturalmente, è interessato alla attribuzione del fatto bestand; se fosse questo elemento quello che caratterizza l'autore non ci sarebbero più ragioni di sottoporre alla disciplina dell'art. 48. Del resto lo strumento doloso dimostra già la sua inconcepibilità determinando in modo analogo la responsabilità 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 perchè manca un fatto principale punibile, perciò non sono generalmente soggette alla pena.

II) 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 figure di delitti sui generis. Per es. per ~~corruzione~~ ~~qualcuno non assolto~~ ad azioni punibili (al posto del mandato tentato che non c'è nel Cod. Pen.) vedi l'art. 149 a, 159; Inoltre per certi casi in

cui una si serve 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'azione compiuta dallo strumento poiché il delitto in questione richiede commissione supremamente personale. Cfr. l'art. 160, 247 (Binding: "commissione a mano propria")

II) Per quanto non c'è né una qualità di autore (è chiaro che qualità di autore ecc.) né una forma della compartecipazione, affermo l'impunibilità. Cfr. art. 2 Cod. Pen. e Costituzione del Reich art. 116.

Questo risultato abbiamo specialmente laddove un delitto mostra elementi supremamente personali (nel Gattenstand o nella colpa) e dove da due persone si compie sia gli elementi supremamente personali sia quelli altri della qualità d'autore. Così per es. A ha determinato B a prendere (con piena responsabilità e non come strumento) una cosa altrui con la intenzione di portarla ad A che se ne vuole 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, ma B ha compiuto l'azione che attua il Gattenstand. O se C ha determinato D perché D accetti questi si appropri illegittimamente di una cosa altrui che aveva l'azione 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 appropriare D; manca quindi in C l'elemento del Gattenstand supremamente 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 riempita senza un atto del legislatore (mediante creazione di nuovi delitti, come si ha fatto già per alcuni tipi qui appartenenti: per es.: nell'art. 160).

Il tentativo di avvicinare alla punibilità attraverso il concetto dello strumento dolosamente ballerino con la incertezza di questo concetto. Però tali casi si dolgono almeno che almeno un comportamento successivo punibile da dato (così A se interessa C

cosa affettatagli è punibile per tentazione) art. 146.

pag. 30

§ 16 Errato che attua il Tatbestand o corpo causale.

Una diversa considerazione è necessaria nei casi in cui attua il Tatbestand è soltanto strumento nelle mani di un altro. Questo è il caso se qlc non ~~sottoposto~~ consapevolmente, con propria responsabilità, alla realizzazione dell'evento, ma è un giuridicamente tenuto, o mancato di intendere, o ~~incapace~~ o versante in errore che gli nasconde il corpo causale, o ~~e~~ c'era un altro che lo ha determinato alla sua attività o che glie l'ha resa possibile (per es. Pranny ha determinato mediante comando il fatto ~~[illegible]~~ ad uccidere A; o gli ha dato il coltello per ucciderlo). Qui l'uso comune della lingua non esita a dire che colui che si è servito di un altro come strumento ~~che~~ egli ~~ed~~ stesso ~~[illegible]~~ mezzo, ~~[illegible]~~ tratto, ecc. ~~pensando~~ ~~che~~ lo stesso ~~[illegible]~~ mette in movimento una macchina o un uomo che non agisce come personalità. Nel linguaggio giuridico ciò vuol dire: gli elementi del Tatbestand trasmessi

tibili ~~vengono~~ trasmessi da chi li fa immediatamente, a colui che agisce per mezzo di quest'ultimo, come se l'altro è assente, gli elementi, ~~[illegible]~~ sono, invece che un uomo, delle cose. Questa figura si chiama: autore mediato.

Non affettabile è la figura dell'aut. med. ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ si tratta di elementi del Tatbestand soggettivamente personali. Per es. nel falso giuramento si tratta di un giuramento proprio, cosicché che induce a un altro a giurare inconsapevolmente il falso, con ciò non attua egli stesso il Tatbestand del falso giuramento, malgrado che ~~egli~~ il giuramento come tale lo effettui per mezzo dell'altro come suo 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 Tatbestand. Se per es. A ha determinato il bello B ad uccidersi o a danneggiare una cosa propria; o se ha determinato B, ~~[illegible]~~ gli mente, a un comportamento ~~in seguito~~ il quale ~~[illegible]~~ la morte o un danneggiamento, B non ha

commesso un fatto legale (ferimento o danneggiamento di una cosa propria non ~~suo~~ ~~del~~); ma A in questo modo ha ucciso un altro o ferito o danneggiato una cosa altrui, nel senso degli artt. 211 e segg. e 303 del Cod. Pen.

La pena contravvenzionale con i casi in cui R era soltanto «strumento» tolto quegli altri ai quali egli, in propria responsabilità, come «persona» li prese parte. Qui passa ad A, che ha indotto R al suo comportamento o gli l'ha reso possibile, la di-azione, egli ha provocato l'agire di R. Se R nella propria responsabilità (senza essere pazzo, né 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; R ha ucciso se stesso o un terzo o ha danneggiato una cosa altrui come richiedono i fattestandi degli artt. 211 e segg. e 303. Qui ~~vero~~ ~~fattesta~~ a) se B ha commesso un fatto legale (per es: uccisione di un terzo, danneggiamento di cosa altrui) A è punibile del punto di vista della partecipazione accessoria - Vedi § 76 - b) se B non ha attuato alcun fattestand legale (per es. uccisione di

Continuazione e fine — Hegel —

Selbstverständlich hat dies eine entsprechende Fassung des Gesetzes zur Voraussetzung, d. h. die Beseitigung 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 Zuführung des Beteiligten bewirkten Erfolges. Sie ist aber auch möglich in der Form der Hilfeleistung zur Ausführung der Tat. Diese fahrlässige Beteiligung ist gewiss keine Zeitnahme in technischem Sinne, aber ebenso gewiss scheint es mir zu sein, dass ihr nicht deshalb Strafloseigkeit zuteil werden kann, weil sie in die herrschende Lehre nicht hineinpasst. Mir scheint, dass Birkmeyer (pag. 161), wenn er für ihre Strafloseigkeit zur Anwendung einer gegen die Rechtsüberzeugung im Volke verstoßenden Überspannung des Strafrechtsschutzes eintritt, aus

der Not eine Tugend macht. Ich glaube vielmehr, daß die Rechtsüberzeugung im Volke es unbegreiflich finden wird, daß der Giftverkäufer nur nach § 367 Ziff. 3 d. Strg. 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 ursächlich oder bedingend 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 Nichtwissen, 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 sich 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) Nachweis einer bereits verübten Straftat, die ihrer Natur nach auf ~~Wied~~ Wiederholung oder Fortsetzung abgestellt ist. 2) Veranlassung der Straffälligkeit des Angestifteten, ohne die Tat zur Ausführung gelangen zu lassen 3) Veranlassung der Straffälligkeit des Angestifteten ohne Änderung der Ausführung.

Der erste Fall ist zweifellos der milder 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 Wettbewerbs oder in unlauterem Wettbewerbe hergestellten Ware. Man kann hier davon ausgehen, daß der Verkäufer zur Straftat nicht ~~recht~~ verleitet wird, wenn er sie durch Feilhalten 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 worden. Da es sich hier regelmäßig um über Antrag (oder Privatanklage) zu verfolgende Straftaten handelt, so kann natürlich von einer Verführung 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 dieser Teilakt 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 braucht 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 das 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. Dieser 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~~ 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 wäre Könnte man den Versuch einer bloßen 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 vorsorgt, 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 höheren 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 Kohler ein. Mit dem Eventualvorsatz wird man hier nicht zum Ziel kommen, obwohl 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 ~~zu~~ zuzuführen, ist vollkommen unentscheidend, ausschlaggebend ist

die Veranlassung der Tat durch den Täter, der Anstifter ist hierfür als solcher strafrechtlich verantwortlich. (So auch Birkmeyer, Liszt, Kohler, Geyer, Binding, Grundriss 136, siehe Literatur bei Liszt.)

Das, wie ~~E~~ Olshausen unter Berufung auf Lucas (subj. Verschuldung 103) meint, dem Anstifter Fahrlässigkeit wegen Irrtums über die Befugnis zu seinem Handeln zukommen könne, ~~glaub~~ 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 ~~E~~ 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 ihn dadurch der Bestrafung ~~zu~~ 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 Fortnahme 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 zweifellos höchst unbefriedigend. Wird dem angestifteten Diebe vor Entrattung der Beute aus dem ~~E~~ Verfahrungsorte oder hinter demselben nach erfolgter Entrattung 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 Strafbar 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 derivi anche per B A è impunito, poiché dovrebbe essere che prendano posto i profili ~~circostanze~~ circostanze legali, i quali affinché consistano nella influenza su altre personalità.

Nei casi in cui B agisce come «personalità» si parla comunemente di una intervenzione del nesso causale attraverso il suo comportamento: (invero, a cagione della libertà del volere di B, A non ha forse una causa per l'evento). Con ciò, però, è esagerata l'importanza della libertà del volere. Si farebbe anche senza questa costruzione ausiliaria se si sta sulla base delle circostanze legali e si interpreta secondo il significato comune della lingua.

Mayf

pag. 91

§ 77. Le particolarità del mandato e della commissione.

"~~Mandato è la~~ ~~fatto~~ l'incarico di un atto, mandata, è ciò che fa fatto tenere nell'atto principale il proposito di compiere l'obbligazione.

§ 44

Köhler

La qualità di autore -

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 può in taluni casi essere che la realizzazione viene raggiunta per mezzo di un'altra persona.

Il causatore si chiama: autore mediato, il determinato (lo strumento) si chiama: autore immediato.

Se il causatore determina una terza persona che agisce dolosamente alla esecuzione, regolarmente il terzo quest'ultimo è autore, e il causatore doloso è un mandante.

Nei seguenti casi, invece, abbiamo qualità di autore mediato:

pag. 511

A) L'autore determina uno che agisce incapacemente o in un altro modo irresponsabilmente alla esecuzione immediata.

[Note: Discutibile la definizione di Mayer pag. 344

Chi determina un uomo, che per ragioni giuridiche non può essere autore, a compiere un fattostand legale, è da punire come autore e viene chiamato autore mediato. Così non si riguarda il caso più frequente dell'autore mediato, in cui il determinato diventa altrettanto autore, soltanto non autore doloso -

per esempio A a B [Vedi in forma +] veleno dopo dal medicamento per C e C muore. Qui è A autore sia che B agisca senza colpa (Schuld) sia anche che agisca colposamente (Fahrlässig). Se B è pazzo o minore, A resta autore anche se B agisce consapevolmente. 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. Inoltre A è autore sia che abbia agito dolosamente sia che abbia agito colposamente.

Oltre esempio: A determina un ragazzo di 8 anni a rubare dolci nella pasticceria; o A costringe B con i mezzi dell'art. 52 a fare un falso documento ed a usarlo.

B) L'autore determina per la esecuzione una persona che agisce 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 errore nella riscossione del compenso a lui dovuto pel suo ministero di ~~stato o avvo~~ cato può essere soltanto un notaio o un avvocato, non il suo contabile. Se l'avvocato determina il contabile a chiedere dal cliente, erroneamente, un compenso troppo ~~esagerato~~, il contabile, secondo l'art. 552, non può avere la qualità di autore e quindi l'avvocato non può essere ~~[illegible]~~ mandante; poichè mandante, regolarmente, si può diventare soltanto se un altro è autore colpevole (schuldhaft). Il fatto anche non può restare impunito. Quindi non è addirittura che eseguire, ma esclusivamente ~~chi~~ determina, cioè l'istigatore.

Altro esempio: A si fa apportare una falsa procura per mezzo di B, che è in mala fede, da un grandine altrui. B non è autore ma soltanto complice, se ha l'intenzione di acquistare il passaggio 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.

Nonostante l'uso di una persona mediata che non è responsabile come autore dolso, in due casi l'autore mediato non ci può essere:

a) Il ~~[illegible]~~ che si serve per la esecuzione di una altra persona non diventa autore: se gli mancano le qualità speciali richieste dalla legge per ~~le qualità~~ di autore. (Es: corre pubblico ufficiale, ~~[illegible]~~ secondo l'stesso di una certa norma come autore è soltanto da considerare chi eseguisce materialmente; e finalmente se l'azione a che è stato determinato personalmente non è vietata.

Per es: autore di una ~~società~~ segreta può essere soltanto chi prende parte personalmente a questa ~~società~~ vietata. (art. 128).

Autore di una violazione del segreto postale non può essere quel terzo che si serve del portalettere come di strumento per la soppressione di lettere, facendo un buco nella borsa ~~in cui~~ ~~[illegible]~~ di quest'ultimo ~~[illegible]~~ chè ~~egli~~ prende lettere ~~che~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~.

Autore di un errore di compenso non può essere il contabile ~~[illegible]~~ avvocato, che dolosamente ha determinato l'avvocato a commettere un errore, ad un errore di compenso oggettivo. (Gebührenüberhebung)

Autore di un falso giuramento (artt. 153, 154) non è colui che determina dolosamente una persona in buona fede a giurare una dichiarazione falsa; 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. È discusso se il furto con scalata per causa della fraudulosa e del delitto dell'art. 243 N.° 2, possa essere commesso soltanto da una persona che esso stesso ha personalmente compiuto la scalata. Vedi Olshausen art. 243 N.° 20 St. G.B. lo ammette, se non c'è qualità di coautori fra maggiorenni. 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 dubbia, ma pare sia da ammettere.

Decisivo dovrebbe essere se l'autore immediato secondo la ratio della cui pena dovrebbe aver agito sotto speciali circostanze che mancano nel determinatore, che per es. non è vincolato per ~~[illegible]~~ dai doveri speciali del soldato, non può diventare, essendo un soldato ubbriaco, una affrancatrice indebita, autore di questo delitto. Se l'azione resta vietata per il compatriota determinatore:

questi è responsabile come mandante ad un'azione soltanto per l'autore, impunita per ~~[illegible]~~ ragioni speciali. [Nota: per es.: uno determina o coadiuva un maestro a commettere azione oscena con un alunno. Qualità di autore mediato qui è impossibile.]

[V. Rar Liszt, Delfeld, ammettono qualità di autore mediato. Frank e Olshausen ammettono la sua punibilità.] → Algebra 3 III 1a HH → Algebra 3 IV 5.

Una regolamentazione speciale c'è per il falso giuramento nell'art. 160. La determinazione dolosa di una persona in buona fede qui è trattata come qualità di autore di un delitto a sé stante. Una regolamentazione speciale la anche nell'art. 271 in rapporto con l'art. 348: il determinatore di un pubblico ufficiale non doloso è autore del delitto secondo gli artt. 271 e 272.

Nota: Che determina un imprigionato doloso, in base dello art. 50 è egualmente da punire secondo gli artt. 271 e 272.)

Se la realizzazione dell'evento è voluta per il determinatore, ma non per il determinato, anche la determinazione è imputabile.
Se per es. il padre determina un altro al coito con la sua figlia tredicenne, il padre può essere punito a causa del lenocinio, ma un incest non viene commesso, addirittura.
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.

Se) Credendo falsa dell'agente che lo strumento da lui usato agisca dolosamente, non può prendere il punto di vista di una qualità di autore in effetti mancante. Chi determina dolosamente qui è responsabile soltanto come compartecipe (in questo caso, quindi, come mandante).
Credendo falsa di chi agisce dolosamente che lo strumento da lui usato agisca col mero dolus di autore ugualmente (per causa dell'art. 59) c'è soltanto la possibilità di trattare l'agente doloso come compartecipe.
Qui appartiene anche il caso che due autori vogliono prendere parte soltanto sottomettendosi sotto la volontà di autore ritenuta nell'altro e in cui nessuno di questi due realizza compiutamente un'azione che secondo una valutazione oggettiva, assolutamente ha il valore di un'azione di autore.

pag. 512

Si tratta qualcheduno come autore non ostante che manchi la volontà di autore o di esecuzione, secondo il dir. vigente, malgrado della fondamentalmente uguali entità di pena per l'autore e il mandante, ~~non è possibile, perché~~ non lo si riguardo il mandante è trattato come l'autore: il mandato tentato è impunibile; qualità di autore mediato tentata è punibile (e secondo il punto di vista della teoria soggettiva della compartecipaz. molto spesso può essere punita). Ciò trascuriamo quello che trasformiamo semplicemente il dolus del mandante nel dolus dell'autore mediato. —

+ Nota prosegue: Hegel in Zeit. Bd. 37 pag. 667 ff. respinge ~~[illegible]~~ gli errori della dominante dottrina sull'autore mediato (Oelfeld 236; Schwartz Gutt. N. 2; Frank III vor 47 ff., von Liszt § 50 II. 11 a, Walker pen. pag. 135) e tratta quei casi come mandante.

— Giurisprudenza —

1) La qualità di pubblico ufficiale non è circostanza aggravante, ma elemento costitutivo del delitto di peculato.

App. Pen. Milano 23 maggio 1918 —

---

2) Il privato che, traendo in inganno il notaio, abbia formato un falso testamento pubblico mediante supposizione di persona, commette il reato di falsità in atto pubblico previsto nell'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 difesa solo con querela di falso.

Cassaz. Penale 21 luglio 1919 —

Atti non imputabili, perchè non volontari, sono quelli eseguiti per coazione vera e propria. Sono imputabili, pertanto, gli atti compiuti a seguito di una coazione rivolutiva in un'opera di persuasione e di convincimento, per quanto autorevole esp cia.

Cassazione Penale 3 giugno 1921
"Giustizia Penale" 1015 —

Il privato che determina un pubblico ufficiale a commettere una falsità in atto pubblico, risponde di concorso nel delitto alla stessa stregua 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
Riv. Pen. XCIX, 46

Determina 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.

Trib. Penale Venezia - 29 gennaio 1924
Scuola Positiva 417

Il superstite della coppia 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.

App. Pen. Catanzaro 15-2-1924
Riv. Pen. C 463

Per potersi punire l'azione delittuosa del pubblico ufficiale che abbia ricevuto qualche utilità per omettere un atto del proprio ufficio, occorre, come condizione indispensabile, che sia punita contemporaneamente, l'azione del corruttore.

Cassaz. Pen. 25 Dic. 1923 –
Giust. Pen. 559
Giur. It. II 74 –

Rep. 1924

La punibilità del pubblico ufficiale corrotto è indipendente dalla punibilità del privato che corrompe; e quindi si può procedere contro il primo, anche se il secondo non sia imputato di corruzione attiva.

Cassaz. Pen. 23 luglio 1924
Rot. Pen. C 245
Giust. Pen. 495

Rep. 1924

Saltelli e Romano – Vol I° parte II° – Commento teorico pratico del Nuovo Codice Penale – Roma 1930

pag 561

N° 340:
La fattispecie criminosa al medesimo reato presuppone la congiunzione di più azioni risultanti da soluzioni di soggetti distinti simultanee o successive nel tempo e il concorso di altre cause estranee alla volontà –

341 Romano estraneo al concorso il caso in cui la legge considera la pluralità di soggetti attivi come elemento costitutivo del reato (reati collettivi e plurisoggettivi), in ~~Naturalmente~~ – non si rende inesistente il concorso di altri perché nei reati medesimi i partecipanti in tali reati sono così tanto il cui intervento non è necessario alla esistenza del reato e che soltanto in alcuni casi atti a realizzare il concorso.
Non può parlarsi inoltre di concorso quando il reato sia col concorso della persona contro la quale l'azione criminosa è diretta

non può ~~fantasia~~ ~~inoltre~~ di concorso ~~giurid~~
~~il reato sia commesso al concorso~~ delle persone
Nell'omicidio consensuale per es. il consenso della
parte lesa non vale a dar vita ad un concorso
di più persone nel delitto.
Egualmente non è configurabile il concorso nell'
determinazione di colui al suicidio nel reato
consensuale, perché il consenso della parte lesa
non può trasformare il consenziente in un
partecipante.

---

pag. 565

Nel cod. abrogato la parola determinazione era
adoperata non riferendosi alla istigazione
primaria. Il nuovo codice invece, nel capo
[illegible], adopera la medesima espressione
per riferirsi indifferentemente tanto all'istigazione
primaria quanto all'istigazione che
il codice abrogato considerava come rafforzamento.
La determinazione primaria presuppone che si tenga
a far sorgere nell'animo dell'esecutore la risoluzione
criminosa che prima non esisteva. Determinare
invece il reato significa non tanto il suscitare
in taluno l'idea del reato quanto l'infondere la
convinzione di eseguirlo
[illegible] soltanto l'idea esecutiva
anche la risoluzione

pag. 576

fatto ofesa del determinante, perché nel caso di
mandante volontario quello che determinando
una condotta esecutiva ha importanza, non è
la determinazione. Si ha perciò determinazione
anche quando, sebbene l'idea criminosa sia
già sorta nell'esecutore, il determinante abbia
fatto nascere in lui la risoluzione di commettere
il reato, offrendo col fatto, dalla promessa
o minaccia, la occasione di agire
Sono irrilevanti i mezzi e le forme della
determinazione: la determinazione 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 a
formare o a rafforzare nella mente altrui il
proposito delinquenziale e a determinare l'esecuzione
del reato.
Ma la intensità che il determinante voglia

o non conosca la persona dell'esecutore, o che
l'determinante o la persona del terzo non abbia
un agito per motivi nobili.

Condizione indispensabile per la punibilità dell'istigazione è che l'esecuzione del reato, a cui l'istigazione si riferisce, sia stata iniziata, alla dimostrazione che quando l'istigazione non sia stata accolta
non avendo avuto inizio il reato istigato, l'istigatore o gli istigatori non sono punibili. Lo
stesso principio vale anche nel caso che, pure eseguendo l'opera dell'istigato la istigazione

565

gli commettere il reato, questo non abbia avuto inizio per circostanze volontarie o fortuite, poi
che anche in questo caso, non ha avuto luogo l'attività esecutiva che è il presupposto della consumazione del reato.

Diversamente avviene quando sia stata iniziata l'esecuzione del reato istigato ma questo non sia portato a compimento, perchè in questo caso si
avrà il tentativo rispetto sia all'istigatore sia allo istigato. Senonchè può avvenire che l'istigato
dopo sia volontariamente desista dall'azione o volontariamente impedisca l'evento. In questi casi la
dottrina giovandosi dell'analogia a cui, perchè si tratta di una circostanza soggettiva che, come già rileviamo, non è comunicabile.

pag. 566

In questo articolo (110) incontriamo il principio della
pluralità di responsabilità penale per tutti indistintamente che in qualsiasi modo siano concorsi nel reato. Sulla base di questo principio si è parlato
di partecipazione fra tutte le forme di concorso principale e accessorio, morale e materiale, e ciò non
dipendendo dall'altro principio che regola il concorso di cause nella produzione dell'evento, per cui tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso.

— Le disposizioni sul concorso di complicità materiale (art. 61) si riferiscono a tutte le cause
sia materiali che morali sia coscienti che non intelligenti. Oltre, anche nell'ipotesi che l'illecito sia stato commesso da più persone, l'elemento
doloso, sono messo a carico di tutti i concorrenti se essi abbiano contribuito a determinare,

In quanto che l'attività dei vari concorrenti si realizza in un'associazione di cause coordinate produttrici dell'evento e, in conseguenza, ciascuno dei compartecipanti dovrà essere attribuito l'intero risultato delle loro forze associate, senza procedere alla separazione delle quote di causalità, dovendosi considerare ciascuna azione associata come causa indivisibile 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, la quale efficacia attribuisce inscindibilmente fra loro le varie azioni.

Nota 2 pag. 566 - 567

— Sulla base dell'analisi del rapporto causale nel reato nel caso di delinquenza associata, il nuovo codice ha, dunque, fissato i seguenti principi:

1°) che ciascuno dei concorrenti deve essere considerato come la reale 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 criteri prestabiliti, una efficacia maggiore di una fattispecie che all'altra delle dette cause, in quanto è azione di ciascun concorrente deve essere considerata effetto a un dato evento, come condizione dell'azione altrui e degli altri concorrenti. Tali le azioni delle quali è una condizione necessaria dell'evento e che, siccome tutte nel medesimo risultato sono state dall'evento, debbono 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 azioni poste a carico, in ragione di pieno diritto, la responsabilità dell'intero.

Oppure la nota a pag. 569, 570 - Rocco -

570

Nel concetto del codice, il concorso di più persone nello stesso reato presuppone una convergenza di attività atte alla realizzazione di un determinato

fatto costituente reato, presuppone [illegible] la consapevolezza di esplicare un'azione che si collega mediante di un fine comune finalmente diretto, un'adesione psichica del fatto del partecipe al fatto dell'altro partecipe.

L'art. 110 per ciò che riguarda la regola relativa all'elemento psicologico, si riferisce naturalmente agli artt. 42 e 43, e perciò questo elemento deve esistere nella coscienza e volontà.

Del concorso di più persone, ciascuna di esse, per la parte che la riguarda, deve agire con coscienza e volontà. Però, questo non basta. Sì, quando si tratta di reato commesso da una sola persona, bastano la coscienza e la volontà della propria azione e dell'evento che ne deriva, nel caso invece di concorso di più persone nel reato, poiché tutte le azioni costituiscono un unico causale da cui deriva l'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 volontaria implica di necessità, dunque, la consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui. —

Ora, i delitti dolosi esigono consapevolezza e tradizione, ma non sempre essa, rispetto a tutte le forme che può presentare un reato, coincide al dolo. Perciò la consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui, è il comune denominatore di tutte quante le forme di reato, sicché si può parlare di concorso anche per reati colposi.

Perché possa aversi l'istituto del concorso, occorre che il risultato dello stesso reato, sia l'autore 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'agire che unisce le varie attività, ciascuna delle quali va a portare un contributo all'altra. Ora, nel concorso in delitto colposo, tale fine è indicato dalla legge con la parola cooperazione.

Il legame che deve esistere tra il concorso di più persone nel reato dal concorso di cause indipendenti nella produzione dell'evento.

— la mancanza della concausa fisica dell'opera, la causale della propria azione o omissione, agisce nel concorso 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 funzionare solamente a titolo di tentativo, quando l'altra dell'altro concorrente abbia portato ad effetto il reato.

Allo stesso modo che non può concepirsi concorso morale non susseguito dall'azione altrui, perchè istigare a commettere un reato sarà di questo tale commesso, così non può concepirsi un concorso puramente fisico, cioè un concorso di una azione materiale senza volontà, salvo nel caso di una persona la quale non è imputabile o abbia commesso il reato per altra istigazione. Questa persona, infatti è un mero incosciente, uno strumento materiale nelle mani di colui che di tale persona si sia servito per attuare la sua volontà criminosa, è istigatore e 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 si può essere reato senza che nel fatto che lo costituisce si riscontrino l'elemento fisico e l'elemento morale. Di codesta applicazione del principio fu accennato nell'art. 115.

« Non occorre avere la qualità di funzionario ufficiale per essere responsabile di concorso in peculato commesso da altri avente la detta qualità, bastando che tale circostanza speciale, ancorché faccia mutare il titolo del reato, sia a conoscenza del 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'agente di cagionare, con la propria azione o omissione, un evento dannoso o pericoloso vietato dalla legge penale. »

Cass. penale. 12-4-1933
Repertorio 1933 Resent. Annali pen. 939 -

« Costituiscono determinazioni al suicidio tutto ciò che concorre a formare la volontà esecutiva del suicida: il consiglio, l'istigazione, le preghiere, le preunze, il comando, la coercizione morale. »

Trib. Como 28 luglio 1932 -
Magni - Giurisp. Ital. II, 145 -

« Non è contraddittorio che il giudice 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 minorenne ed inesperto; e di questo per avere imprudentemente esploso l'arma medesima. - »

Cassaz. Pen. 27-6-1932
La Quantia - Giurisp. Pen. II 437 -

1) Generalità sull'autore mediato.
2) Autore mediato e incapace.
3) " " e soggetto in errore.
4) " " e azione giustificata da legittima difesa.
5) " e ordine.
6) " e stato di necessità.
7) " e reati di pericolo mediante una forza esterna.
8) " e reati internazionali.
9) Il problema dell'elemento del fatto.
10) La natura accessoria della fattispecie.
11) Conclusione.

Vedere il § 50 del Liszt-Schmidt.

Olshausen: art. 51 Vol. 1°

pag. 217.

Vedere i lavori preparatori quanto al furto "per il o per altri". Hanno ragione in tal caso la faccenda dell'aut. med.

art. 216 del Cod. Pen. Tedesco

Sabatini: L'azione dell'insuperabile di intendere e di volere di fronte alla legge penale.

Scuola Positiva

I, 109

— Anno 1931 - fasc. 3, 4

Capelozza: L'obbedienza gerarchica causa escludente della imputabilità.

Riv. It. Dir. Pen. 376 1932

Vacchelli: Il limite dell'obbedienza gerarchica e l'art. 51.

Riv. It. Dir. Pen. 153 1932

« Repertorio 1931 pag. 412 Sentenza N° 22 -
Sulla imputabilità di mente e il dolo.

« Chi asporta denaro a scopo di vandalismo e non « di lucro, risponde del reato di danneggiamento e non « di furto. »
Rep. 1931 Appello Genova 10-3-1930 -
Cinquefrondi Foro Lig. 12

Repertorio 1931 - Per l'ordine pag. 413
Sentenze N° 37, 38 -

« L'agente quale correo per determinazione dei, al permettere di ritirare la refrattaria, fa attuare a due ragazzi un disegno, già da essi formato, di commettere un furto »
Cass. Pen. 7 giugno 1929
Pavia - Cass. Pen. 10 ff
In Repertorio 1929 pag. 115 N° 4

« Viene meno la responsabilità del correo morale pubblicatore 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. Ital. II, 16
Repertorio 1928 pg. 119 N° 1

« L'obbligo di fedeltà comporta la libertà di proprie azioni a nel dipendente che segue materialmente un fatto delittuoso ordinatogli dal suo superiore gerarchico.
Appello Bari 10-11-1928 -
Foro Puglie III, 85
Repertorio 1928 pg. 423 -

Dal Maggiore: – Momento esecutivo –

p. 7: Il reato non è mero riflessione o volitività o dovere di un evento antigiuridico, né la determinazione, o tendenza, o impulso all'evento medesimo: ma è volontà che si attua; impulso che si esteriorizza: proposito che sbocca in una condotta. È prassi, comportamento, attività esecuzione.

p. 23.

Così quando si dice che il diritto guarda al fenomeno esterno o che si applica nel campo delle relazioni esterne; o che sia il lato fisico dell'azione a differenza della morale che ne ha il lato psichico: non si vuole in quanto si affermi la esigenza della fisicità o dell'esteriorità degli atti regolati dal diritto; ma si vuole in quanto si tenti infrangere la dualità psico-fisica, che costituisce l'esigenza irriducibile 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 è dato 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 del problema giuridico generale si è potuto considerare come valido per il solo diritto penale il principio "cogitationis poenam nemo patitur"...

Certo tale frammento letteralmente non tollera ampliamenti oltre il recinto della penale responsabilità: ma, al di là dell'enunciazione letterale, opera una verità che basta che mozzando il rapporto penale ed attenga tutto il problema della responsabilità giuridica. ———

p. 26

Nei tipi di ordinamento penale ora vigenti, in cui la volontarietà dell'atto sta come cardine 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 riduce in ogni tempo la speculazione dei filosofi. .... –

La tendenza già dominante era ... di considerare il dinamismo volitivo come un processo puramente interiore, nettamente riducibile dalla condotta individuale, come un antecedente dell'attività pratica ....

il distacco tra volontà e azione è stato facilmente dimostrato fallace.
Da un esame più profondo del tema la intima correlazione dei due termini è rimasta chiarita in guisa che a ne fare definitiva: si da risultarne un'inferenzibile tratto anzi una totale identificazione dell'atto di volontà e dell'atto pratico.

p. 27

La volontà esprime, cioè, non la possibilità di una condotta che si accompagna al volere; bensì la necessità di una condotta determinata dal volere, e quella correlativa di un volere che senza la condotta, non sarebbe più 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.
(Bovio: Gentile).

p. 29

... ciò non toglie dubbio per gli ordinamenti penali vigenti che pongono il volere come fondamento dell'imputabilità:
... Il reato non potrebbe essere altro che azione sorretta e compenetrata 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 d'infermità o d'incompleto sviluppo psichico precede un processo volitivo sufficiente, il quale riaffermi l'indifferibilità dell'azione dalla volizione.

p. 36

Gli atti del folle, del cieco, dell'infante, derivano anch'essi da un dinamismo volitivo, che ne contrassegna il valore soggettivo, che conferisce ai medesimi una dignità, che vale a personificarli e a differenziarli dall'esplosione delle forze brute. Sono cioè anch'essi condotta, comportamento, azione: mentre non sarebbe tale, per assenza di una qualsiasi volontà presidiatrice, il cadere di un corpo umano per il colpo di un pastrocchio, o per effetto di piombo omicida, o per l'impeto di un vento impetuoso che lo abbatta dall'alto di un pinnacolo, o lo sorpreda su un viandante cagionandone la morte.
Il Severi, nell'intento di costruire un sistema di responsabilità indipendente da quella "normalità del volere" che è carattere e cefalgia dell'ordinamento vigente, ha creduto che tale più larga configurazione del reato non potrebbe attualmente raggiungersi se non negando l'esistenza del

37

fattore volitivo all'atto delle persone anormali o incoscienti. Ma egli non ha avvertito che altra cosa è il volere

normale, ed altra cosa il volere bastevole a reggere e a fecondare 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 agli ordinami irresponsabili esiste una volontà agente e dunque questa forza agente abnorme.

Lo intendi fondare fra volontà ed azione e la conseguente configurazione del reato come un fatto, ad un tempo psichico e fisico, devono adunque considerarsi definitivamente acquisite alla dommatica del diritto penale.

Sallelli e Romano -

art. 46 Vol. I part. I^a pg. 281 -

N° 137: L'illustre ci mostra una delle ipotesi di responsabilità per causa mediata dell'errato, la quale è coordinata con l'ipotesi dell'art. 611. Per quest'ultimo articolo è proprio offesa quella che subisce il costringimento; per l'art. 46 è proprio offesa la vittima del reato commesso dall'indirettamente costretto; nel primo caso (art. 611) il colpevole risponde per causa immediata, nell'altro (art. 46) risponde per causa mediata. Ci avviene dell'art. 81 e alcune volte le predette due disposizioni di legge, e applichino le disposizioni che il codice forma per il concorso di reati.

---

pg. 281 nota

La violenza, energia sovverchiante vuole qui in considerazione come forza che toglie la volontà altrui. Il soggetto passivo della violenza non agisce, ma è strumento dell'azione altrui; la sua volontà si esercita da quell'istante realmente in altro senso, anzi, di regola sul senso opposto. Il fatto della violenza subita non costituisce per sè un'azione del violentato, ma è solo un dato negativo per accertare positivamente il reale contegno, le reali azioni di lui, in quel momento determinato. Ne specie dovrà considerare, per questo effetto, il grado, la forza della offesa resistenza.

In relazione all'art. 48

Vol I parte I pg. 288 N. 147

Se dal lato nei riguardi della persona ingannata il reato non esiste, perchè nei suoi riguardi la punibilità è esclusa, ma esiste soltanto nei riguardi dell'ingannatore...

Si tratta di una delle ipotesi di responsabilità per cause mediate prevedute nel Codice.

L'inganno e l'induzione in errore di una persona mediante un antifisico, un maggiore 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 idoneo 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.

---

e non sembra che colui che agisce in stato di necessità attui l'esercizio privato di una potestà di diritto pubblico.

Lattanzi pg. 325 nota -

Sull'art. 54 Vol. I parte I pg. 339

(N. 183) ... di regola il pericolo nello stato di necessità sorge dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ma non si può escludere d'altra parte che la situazione pericolosa sorga dal fatto di un terzo. ....

Nell'ultimo capoverso dell'articolo si conferma quanto precisato perchè in forza della norma in esso contenuta, lo stato di necessità occorre anche se tale stato sia determinato dall'altrui minaccia, ossia per effetto di costrizione morale.

Questa disposizione si riferisce solamente alla coazione psicologica perchè minaccia del male coazione fisiologica.

Anche nella ipotesi di costringimento morale vale il principio che del fatto commesso dalla persona che si trova in istato di necessità risponde colui che, minacciando la costrinse l'altro ad agire, in conformità del principio della responsabilità per cause mediate dell'evento...

La norma in esame e quella dell'art. 46 si completano a vicenda: sono due aspetti di una medesima qualità, 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. 1° esame e che l'abbia determinata ad agire nel stato del costringimento.

pg 330

L'ipotesi fantastica della minaccia è stata contemplata per affermare che differisce non ogni minaccia ma soltanto quella che determini nell'agente uno vero e proprio stato di necessità.

La persona fisicamente costretta non risponde mai, a prescindere se sussistano o meno le condizioni volute dalla legge per lo stato di necessità. Non occorre ad es. che si tratti di un danno grave alla persona, né che sia proporzionato tra l'azione e il pericolo del danno.

È 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 perché ivi è preveduto il caso che taluno determini in altro uno stato d'incapacità d'intendere e di volere, uno stato servile psicopatologico, per esempio, mediante sostanze alcoliche o stupefacenti; o mediante suggestione o in veglia. Anche qui, è vero, l'agente si serve della persona come di uno strumento, perché egli la pone in uno stato psicologico che la fa diventare un fantoccio umano, ma questo stato psicologico è uno stato abnorme. Non si deve far confondere il caso preveduto nella disposizione in esame con il caso preveduto nell'art. 111.

In questo la determinazione avviene senza violenza di alcuna specie né fisica né psicologica.

Con le disposizioni degli art. 46, 48, 54, 93 (1) e 111 il cod. offre un sistema di disposizioni concernenti le varie ipotesi nelle quali o la volontà e la coscienza sono alterate per l'illecita opera altrui, che va dall'inganno alla violenza fisica, ovvero il colpevole, pur 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 ha agito in ipotesi 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 disponeva l'aumento della pena.

La Commiss. Parlamentare sopresse l'abbrivio che la pena dovea essere aumentata anche rispetto alle ipotesi contemplate negli art. 46, 48, 54 ult. capov.

Ora il legislatore intende che non doveva estendersi l'aumento della pena alle ipotesi predette, e che anzi doveva l'aumento della pena essere eliminato anche nel caso dell'art. 82 (86) perchè nelle ipotesi degli art. 61 e 563 è maggiore la pericolosità dell'agente rispetto la condotta di lui la adeguata punizione, in quanto che negli art. 611 e 613 si prevedono come reati per sè stanti la violenza e la minaccia per costringere a commettere un reato. —

Per l'ipotesi dell'art. 68 pen., l'aumento della pena non fu reputato necessario perchè rispetto a questo caso non esiste un congruo allarme sociale. Ciò spiega perchè non si trova nel Cod. accanto alle disposizioni degli art. 611 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'incapace strumento inconsapevole dell'azione è imputabile solamente la persona capace di penale responsabilità.

La legge non dice in qual modo poi debba essere cagionato lo stato d'incapacità, perciò qualsiasi mezzo può essere adoperato purchè atto a cagionarlo.

pg. 900 N.° 1473

Ed, come vedemmo, non è punibile il suicidio, ciò non avviene nè perchè del bene della vita si possa liberamente disporre 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 poter 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. automutilazione.

---

pg. 908 art. 580

... occorre tener presente che il delitto di partecipazione al suicidio non rappresenta una forma di concorso, sibbene costituisce un titolo speciale o autonomo di reato la materialità del quale si esaurisce con il compimento degli atti di istigazione o di agevolazione per quanto ne sia subordinata la punibilità a determinate condizioni. Lev. preparat. vol. V parte II § 664

pg. 909, 910 a proposito dell'ultima parte del N.° 1476

Ciò perchè, nel primo caso, la volontà del suicida, qua-

tenque viziati, consente quel concorso di coscienza e di volontà, per cui la consumazione del suicidio può essere considerata effetto anche della volontà dell'altro; nel secondo caso, il suicidio compiuto da persona incosciente o non libera altro non costituisce che un mezzo materiale, con cui volontariamente le è stato cagionata la morte.

Costituiscono Costituiscono concorso di persone nello stesso reato - a trattato teorica pratica del Dr. Pennisi - del Cagliari -

22 J - 15 Vol I parte III da pag 524 a pag 779

---

pag. 585

La Relazione fatta colle parti del principio che sono da noi innanzi incontrodeuji nella legislazione e nella dottrina, che tutti coloro i quali concorrono in uno stesso reato hanno la massima parte responsabile del reato medesimo, ove se chiamano l'avere di sua commesso di un quasi solidarietà tutta speciale del diritto punitivo, si distinguono due categorie di compartecipi: l'una dell'autore principale e dei rei, e gli autori accessori, l'altra dei complici per differenziare tra loro il grado di responsabilità penale, secondo la misura del rispettivo volere ed operare.

Parlando poi della partecipazione al delitto si osserva frequentemente che la frase "si è determinato altro a commettere il reato" significa che in altri stati fatti si opera la determinazione criminosa; mentre si fa riferimento alla lesa di commettere un delitto che non volle o fu impedito a compiere con le proprie mani

abbia con artifici indotto altri in errore sulla [illegible]
[illegible] dell'atto facendogli credere che non sia [illegible]
il diritto di alcuno, o lo abbia ridotto a tale stato di
[illegible] da renderla incapace di dare testimonianza
del fatto, non si dirà che egli abbia con ciò determi-
nato altri a commettere un reato, giacchè ogni cipla-
zione, anzi ogni intervento in mancanza, mancando nella
persona che è tratta in errore o ridotta in stato di
[illegible] completa. Che se un istigatore soltanto in of-
ferente, precisamente come se si fosse servito dell'o-
pera di un paese o delle forze cieche della natura
in realtà è egli il solo e vero autore, perchè che
quest'ultimo non fu veramente che un
mero strumento, di cui il malfattore si servì
per l'esecuzione del maleficio. L'istigatore come
ogni specie di vera partecipazione, si figura un autore
[illegible]

Hélie (Théorie du Code pénal - Bruxelles - 1859
difende [illegible] in nota l'Rossi accoglie la stessa
opinione ed offre degli esempi a sostegno della sua
opinione dell'autore morale all'autore fisico.
« Immaginate un uomo che comanda a un fanciul-
lo di armarsi di una torcia incendiaria o che offre
ad un bracciante vigile della galera per commettere un
omicidio, una fiaba che spinge un figlio al
delitto, un medico che eccita le passioni di un giovane
e lo lusinga come di un strumento per il delitto che
medita. In queste varie ipotesi la partecipazione mo-
rale domina il delitto, e la responsabilità dell'istigatore
è più grande. Ora basta che queste due specie di
partecipazione non siano in fatti i casi separati
da una stretta distanza, basta che l'una o l'altra
possa alternativamente esser considerata la più
grave, perchè questa istigazione non sia in fatto
materiale di [illegible] una diversa graduazione
nella sua penalità. »

Concorso primario = correità -
Concorso secondario = complicità -
Concorso morale { correità morale -
complicità morale -
Concorso materiale { correità materiale
complicità materiale.

pag 364 Pad. - senza intervento di volontà (intendasi volontà libera e cosciente) senza una è possibile che si abbia reato, così - naturalmente - non è possibile che si abbia concorso. . . —

Complicità. art 64 { per eccitamento o rafforzamento spirito di reato eccitato -
rendendosi promessa di aggiutare od aiuto dopo la consumazione del reato
per dato istruzione o mezzi allo scopo
per agevolare o assicurare la esecuzione del reato già prestati prima o durante il fatto.

pag 365 : Le distinzioni sono state necessarie nel codice per evitare che ogni forma di concorso, primario o secondario, che si qualifichi penalmente imputabile, possa sfuggire alla imputabilità . . -

Prof. Giulio Paoli –

– Principii di Diritto Penale –

– Vol. III – Cedam 1929 –

pag. 280. L'elemento subiettivo nella correità – Non è concepibile ragione di correità se tutti i compartecipi non abbiano voluto il reato, e, quindi, non ne siano tutti pienamente imputabili.

pag. 281

Ed invero senza una volontà non potrebbe intendersi una correità.

Si tratti pertanto di commissione o di cooperazione immediata o di determinazione, bisognerà sempre che oltre al esecutore, al cooperatore immediato o al determinatore esista almeno un altro esecutore (nella commissione) almeno un esecutore (nella cooperazione immediata e nella determinazione), i quali tutti debbono essere anch'essi pienamente imputabili.

Se io commetto il reato facendo compiere atti di esecuzione ad una persona (folle, fanciullo, ecc.) io non sarò esecutore con lui, ma sarò il solo esecutore, così come se mi servo per compierlo di un mezzo di forza fisica. Se io ingaggio un passo che a mano armata insegue alcuno, il quale, datosi alla fuga, sta per sfuggire alla sua sorte, e offro il fuggitivo il mandatario perché l'inseguitore lo raggiunga e lo colpisca, se, di ciò avvenga, non sarò il cooperatore immediato del fatto, ma sarò il vero e proprio autore materiale del reato esattamente come se io avessi, per esempio, tenuto la vittima ferma in luogo che l'inserto criminale commetta elettrica: nessuno infatti penserebbe che io possa essere considerato come cooperatore immediato della corrente elettrica! – Sarò io se io determino l'incapace o commetto il reato anche questa volta il fatto sarà così come se io avessi personalmente eseguito ciò che ho fatto fare con mezzi diversi in tali casi io agisco antigiuridicamente, il mio fine di [illegible] non [illegible] [illegible] [illegible]

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 corrispondente con uno schema tipico, sia tuttavia comandata, autorizzata o permessa da una norma diversa. Siccome 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.

Infine integra il fatto e l'antigiuridicità la nozione della colpa o colpevolezza; senza di che, pur sussistendo obiettivamente un torto, non sussiste reato. Rientriamo nella colpevolezza, detta nella antigiuridicità subiettiva fin contrapposto all'antigiuridicità diversa accennata, che è detta obiettiva) la capacità di diritto penale e l'elemento psichico 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 l'esistenza dell'antigiuridicità come momento distinto dal fatto. Il fatto, cioè, non potrebbe essere, per il diritto penale, che fatto antigiuridico. Ad esempio, il Vannini (Lineamenti, pag. 18) parla di elementi negativi del reato, invece che di cause di esclusione dell'antigiuridicità, per meglio indicare la posizione delle circostanze del genere esimenti nella struttura del reato e quindi il loro valore, che non è puramente quello di una scriminante qualsiasi, ma di una scriminante che opera nel contenuto del reato, di una scriminante che nega il fatto illecito e non solamente la punibilità del fatto.

3) Più ferma, nella dottrina, si manifesta la distinzione tra il fatto con l'attributo dell'antigiuridicità, e la colpevolezza. Invero, tale distinzione, che corrisponde alla enucleazione logica ed ovvia di un momento obiettivo e di un momento subiettivo 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 essendo 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'intenda 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 nettamente scolpita 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

cate provengono, "non è imputabile" — E quanto alla partecipazione criminosa, l'art. 119 — col dettare che le circostanze (in senso lato) soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono, null'altro vuol dire che la compartecipazione sussiste 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 osservi, e giustamente, che l'ordinamento giuridico s'integra con le varie norme e prescrizioni, onde non basta che una norma dichiari un'azione perché l'illecito sussista, ma occorre che nessun'altra norma la comandi o scusi 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 od impongono il fatto altrimenti illecito. (vedi: Delitala "Il Fatto" pag. 53 e seg.). Ad es.: l'omicidio nel complesso dell'ordinamento giuridico-penale non è solamente l'uccisione di un uomo (nudo fatto materiale), ma l'uccisione di un uomo non aggressore, non condannato alla pena di morte, ecc. La descrizione che matta 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 eccezione all'applicabilità della norma, costituirebbe un caso non contemplato dalla stessa.

5) Le superiori critiche sono degne di attenzione; ed, in certo senso, nessuno potrebbe seriamente dipettendere.

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 applica più la norma che prevede il furto, l'omicidio, ecc. Semmai occorre vedere se la ricostruzione 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 anzitutto 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 presenta quindi come tipo dicotomico penale. —

Questa funzione delle condizioni di liceità penale spiega perché, da qualche autore, siano state considerate come elementi negativi del fatto.

Inoltre, giusta il rilievo del Rocco (Oggetto pag. 530-533), se esiste una liceità normale, data da un'azione non prevedutà 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 rispetto una normale illiceità, dalle circostanze che possono 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, avvertendo che non esistano cause di eccezionale liceità, constata che esiste l'antigiuridicità del fatto; infine accerta gli elementi soggettivi della colpa.

[Nota 6: L'indipendenza e la priorità della colpa rispetto all'antigiuridicità obbiettiva si esclude dalla funzione che hanno le cause di liceità del fatto. Se esiste un consenso valido, se esiste uno stato di legittima difesa, tutto occorre passare all'indagine sulla capacità di diritto penale del soggetto agente. Anche se trattasi di pazzi o di bambini, il fatto sarebbe legittimo e cioè non esisterebbe un torto.]

Il Delitala (Fatto pag. 32) ha, poi, rappresentato un altro motivo che sovverte la distinzione; e cioè il pericolo che 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, però, non ci pare fondato: perché allo stesso modo che l'autore, pur volendo il fatto costitutivo del reato, per esser 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 ovvietà, quanto se cada sugli elementi o circostanze di liceità o

di esclusione dell'antigiuridicità. 8 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 dopo aver distinguersi tra fatto costitutivo del reato e circostanze di liceità o di esclusione dell'antigiuridicità, fuori estendendosi a queste ultime l'efficacia dell'errore.

Invero, 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 sulle circostanze di esclusione della pena, le quali se siano erroneamente supposte dall'agente, fanno valutare a favore di lui. Dunque, la legge - fuori parificando il trattamento 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.

Senonché a noi sembra che proprio la considerazione del disposizione - nella legge positiva - dell'elemento soggettivo

segue a pag.

Bibliografia

Mommsen	«Römisches Strafrecht» - Leipzig. 1899.
Puchta	«System und Geschichte des Römischen Privatrechts.» - 8 Aufl. Leipzig. 1875.
Jiménez	«Der Bindende Befehl im Strafrecht» Borna Leipzig. 1904
Albertario	«Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustinianea» Milano 1921
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 1906

Brunner — « Deutsche Rechtsgeschichte » Leipzig 1887

Del Giudice — « Diritto penale germanico rispetto all'Italia » in Enciclopedia del Pessina - Vol. 5°.

Calisse — « Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII » in Enciclopedia Pessina (II vol. pag. 186 e seg. 239 e seg.)

Wilda — « Das Strafrecht der Germanen » Halle 1842

Hiss — « Das Strafrecht des ~~Deut~~ deutschen Mittelalters ». Leipzig 1920

Brunner - Von Schwerin — « Deutsche Rechtsgeschichte » - München

Heimberger — « Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit » in "Festgabe für die juristische Fakultät in Giessen". Giessen 1907

Dahm — « Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter » Berlin und Leipzig 1931.

Kantorowicz — « Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik » Berlin 1926.

Lüllfloxx — « Der Befehl im Strafrecht » Thorn - 1910 -

Antolisei — « L'offesa e il danno nel reato » Bergamo 1926

Von Ammon — « Der bindende rechtswidrige Befehl » Breslau 1928

Herzfelder — « Gewalt und Recht » München - 1890 -

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 vig. 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

Tesauro — «Manuale di Dir. Penale» Padova 1933

Kelsen — «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» 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 cosiddetta 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 1923

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 1899

Brusa — Saggio di una dottrina generale del reato (Torino 1886)

Manzini — Commento al Codice Penale (Verona 1908)

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 — Commento teorico-pratico al Cod. Penale.

Romano — Principii di diritto amministrat. Italiano Milano 1918 -

Ranelletti — Istituzioni di diritto pubblico - Padova 1935

De Valles — Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato - Padova 1931

Romano — Corso di diritto amministrativo. - Padova 1930

Giriodi — I pubblici uffici e la generale amministrazione in Trattato dell'Orlando - Milano 1900

Esposito — Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio Padova 1932.

Jirda — Funzione pubblica e servizio pubblico nell'ingiuria penale. - in Riv. It. di Dir. Penale 1935

Zanobini — L'esercizio privato delle pubbliche funzioni. Milano 1930.

Zanobini — Pubblici ufficiali e incaricati di un servizio pubblico nel nuovo Cod. Penale. – in "Studi in onore di Ugo Conti". – Città di Castello 1932.

Felix Somló — Juristische Grundlehre – Leipzig – 1927.

M. E. Mayer — Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1923.

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 subiektiven Unrechtselemente – in "Gerichtssaal" Band 89 – 1924.

Mezger — Strafrecht – München 1931 –

Hegler — Subiektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs in "Festgabe für Frank". Tübingen 1930

Beling — Die Lehre vom Tatbestand – Tübingen 1930.

Battiol — La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione. (Riv. It. di Dr. Pen. 1932 fl. 4)

Von Weber — Wandlung der Tatbestandslehre? in "Schweiz Zeit. für Strafrecht – 1931.

Finzi — Ernst Beling e la teoria del Tatbestand in "Il Giustizia Penale. 1931.

Delitala — Il fatto nella teoria generale del reato Padova 1930

Hippel — Deutsches Strafrechts –

De Valles — La validità degli atti amministrativi Roma 1917

Tosato — Le leggi di delegazione. Padova 1931

Walter Jellinek — Verwaltungsrecht – III Aufl. Berlin 1931 –

Cannellotti — Teoria generale del reato.

Benedicenti — Limiti giuridici del dovere di obbedienza delle inferiori gerarchici. – in "Archivio giur. – Luglio 1932

Longhi — La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale

Grandi — Obbedienza gerarchica militare. Indecisioni sulla legittimità dell'ordine – Riv. Penale 1931

Hecker — Der Militärstrafrichter und das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich – in "Archiv. für Strafrecht – Goltdammer 30 Band, 1882.

Meermann — Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte – Breslau 1909

Parelli — Il potere discrezionale di giudizio civile. Padova 1937 -

Zanolini — 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 Urbino. 1932.

Beling — Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. Tübingen 1903

Civoli — Manuale di dir. penale. Milano 1900

Manzini — Le dottrine generali del diritto penale - Torino 1933.

Merkel — Grundriß des Strafrechts - Bonn. 1907.

Von Koffmann — 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.

Nikolaus Gönner — Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie - Landshut 1808

Ferraris — Diritto Amministrativo - Padova 1923

Von Bar — Gesetz und Schuld in Strafrecht Berlin 1894 - 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 - Vol. I.

Valenti — La responsabilità degli amministratori. Roma 1934.

Paoli — Principii di diritto penale Vol III Padova 1929

Manduca — Il nuovo codice penale italiano e i suoi criteri organici - in "Trattato. del Codice penale Vol. I. Catania 1888

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 rechtswidri-

der Dienstbefehl — 1911
in "Festschrift für Otto Gierke" Berlin

Castri — Concorso di persone in uno stesso reato — in "Trattat. del Coglido."

Pietro Ico — Diritto penale militare in "Enciclopedia" del Perfina vol. II pag. 170.

Angioni — Le cause obbiettive di esclusione dell'antigiuridicità — Milano 1930 Ist. Edit.

Bettiol — L'efficacia delle consuetudine nel 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 Ernst Mayer — Rechtsnormen im Strafrecht — Breslau 1903

Frank — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Tübingen 1931

Antolisei — L'evento e il nuovo Codice Penale "Riv. It. di Dir. Penale" 1932 N. 1

Beling — Die Lehre vom Verbrechen — Tübingen 1906.

Nagler — 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 riparazione alle vittime degli errori giudiziari — Riv. Penale 1902 —

Chiovenda — Principii di dir. processuale — Napoli 1928

Schütze — Lehrbuch des deutschen Strafrechts — Leipzig 1874.

Hecker — Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts Stuttgart 1887.

Merzbacher — 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 1928.

Hafter — ~~Lehrbuch~~ Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts — Berlin 1926.

Paolucci — Obbedienza gerarchica in "Supplemento alla Riv. Penale" Vol. XI pag. 92

La Monica — Sulla criminalità della obbedienza gerarchica. In "Dizionario Penale" 1931 pag. 551

Battiol — Applicazione analogica della legge penale in "Riv. It. di Dritto Penale" 1931 ch. 1-2.

Carrara — Programma

Alimena — Principii di dritto penale. Napoli. 1912.

Pessina — Elementi di dritto penale. Napoli. 1892.

Longo — Commento al codice penale. Torino 1911.

Crivellari — Il codice penale interpretato. Torino 1892.

Cafalozza — L'obbedienza gerarchica come causa escludente della imputabilità. In "Riv. It. di Dr. Penale" 1932.

Graf. Zu Dohna — Recht und Irrtum. Mannheim 1925.

~~Klumfeller~~ — ~~Amtsrechte~~

Köhler — Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917

Goldschmidt — Der Notstand, ein Schulproblem. in "Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht" 1913 Heft 3-4.

Zeitz — Der rechtswidrige Befehl als persönlicher Strafausschließungsgrund für den Gehorchenden. Göttingen 1922

Manzini, Gabrieli, Colentino — Cod. Penale illustrato con i lavori preparatori. Roma 1930

Kohlrausch — Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1908

Angioni — Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale

Vannini — Concetto e contenuto dell'illecito penale in "Studi Senesi" 1933 fasc. 1-2

Battiol — Sul tentativo di partecipazione delittuosa. Annali 1932

Battiol — I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone in un reato secondo il nuovo Cod. Pen. in "Archivio Giuridico" 1931

Marfori — 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.

Flugenhenner — Das Problem des dolosen Werkzeugs. Breslau 1913

Schmidt E. — Die mittelbare Täterschaft in "Festgabe für Frank". Tübingen 1930

Beling — Die Lehre vom Verbrechen. Tubinga 1906

Erik Wolf — Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Breslau 1931

Varvinni — Concetto e contenuto dell'illecito penale

Aspfata — Il diritto di resistenza per i terzi come diritto di difesa dall'atto arbitrario.
in "Cuma" 1905.

Battiol — Sulla natura accessoria della partecipazione delitto.
Riv. P. di Dir. Penale 1930 N.5.

Delitala — "Le dottrine generali del reato"

Battaglini — Dell'azione civile per risarcimento di danno contro l'imputato assolto per totale infermità di mente. in "Studi per P. P. Zanzucchi" Milano 1939

Giannuzzi Guelfi — Delle circostanze che escludono e diminuiscono l'imputabilità. Studio sugli art 62-63 del Progetto Vigliani (24-2-1874)

Arturo Rocco — Il problema ed il metodo della scienza del D.P.

Eduardo Massari — La norma penale

G. Altavilla — I delitti contro la persona. Vallardi 1933

Barthlemey — L'influence de l'ordre hierarchique sur la responsabilité des agents. (Revue de Droit Pénal 1914)

conduca a tenere distinti il fatto costitutivo del reato dalle cause di liceità. Invero, gli elementi del fatto operano solo in rapporto con la volontà e sono insopprimibili di una efficacia puramente obiettiva, mentre d'altra parte la sola opinione dell'agente, in mancanza del fatto, non basterebbe a dar vita al reato (reato puramente putativo). Invece le condizioni di liceità - appunto per il loro carattere normativo - operano per sè stesse, ed anche se l'autore del fatto non le conosca. Se il fatto è lecito, è in via obiettiva e qualsiasi diversa opinione dell'agente non varrà che a imprimergli carattere delittuoso. Viceversa, la opinione di esistenza anche di una sola causa di esclusione della antigiuridicità, avrebbe rilevanza nel senso di escludere il dolo.

7) Quale mancanza - sul terreno del diritto presente - peculiari applicazioni della distinzione tra fatto e circostanze o cause di esclusione dell'antigiuridicità.
Per es: la revisione dei giudicati è possibile quando le nuove prove rendano evidente che "il fatto una sussiste ovvero che il condannato non lo ha commesso". Ora la sussistenza del fatto si riferisce strettamente al fatto costitutivo del reato, e cioè al fatto che corrisponde al modello legale. Non sarebbe motivo di revisione la sopravvenuta prova di circostanze di esclusione dell'antigiuridicità (Reg. 1930 art. 630)

perciò essi anche rientrano nella stretta nozione del fatto tecnicamente inteso. Sono circostanze affoggiantisi ad un fatto, ma non sono il fatto.

8) 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. Non le cause di esclusione dell'antigiuridicità si affoggiano 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 di tener presente che essa non è separazione (inammissibile nel terreno del torto penale, che è essenzialmente una unità), ma analisi e scomposizione.

9) Tuttavia obiezioni non sono mancate; e le più importanti muovono dal constatare che nel fatto sarebbero inclusi anche elementi normativi, mentre talvolta il fatto riguardevole ad un giudizio di valore. (Delitala, Il "fatto", pag. 119 e segg.).

La prima obiezione fa presente che, per es., il requisito dell'altrui della cosa sottratta nel furto sarebbe, nello stesso tempo un elemento del fatto ed insieme dell'antigiuridicità, talché - se anche il Cod. Pen. non si fosse espressamente riferimento, 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'incriminazione in questo caso non è possibile, ciò dipende dalla tesi che l'"altrui" della cosa un elemento del fatto e precisamente un presupposto dello stesso. È vero che la "altrui" è una qualificazione giuridica della cosa; ma qui il diritto si pone come fatto. Conclude il Delitala che o si ha fatto o si ha diritto, onde tertium non datur.

Ora, la grande considerazione che sono state fatte in ordine alla possibilità (certamente concepibile in via astratta) del fatto sulla cosa propria, intendendo questo reato come semplice violazione del possesso altrui – è certo che la obiezione ha un fondamento di vero pur non essendo decisiva. Effettivamente, nel fatto entrano elementi normativi, qualificazioni giuridiche. Chi è il dolo circa quell'elemento "altrui" o della cosa; si può essere una speciale posizione giuridica del soggetto passivo: per esempio, la qualità di pubblico ufficiale o membro del Parlamento, ecc. Il Delitala dice che trattasi di elementi giuridici che sono assunti come fatti; 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 e fare parte elementi normativi: qualità della cosa, qualità delle persone, relazioni giuridiche tra reo e parte offesa, tempo giuridicamente qualificato (tempo di guerra), luogo particolarmente qualificato (zona internazionale), rispetto ai quali l'atteggiamento subiettivo del reo si pone in maniera particolare.

Invero, mentre la volontà riguarda il fatto in senso stretto, e 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 irrespettivi di inclusione 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 sono elementi normativi del fatto, si riportano correttamente alla responsabilità dell'agente sulla base della sola coscienza, entro lo riconoscibile che il diritto e le qualificazioni giuridiche siano anche voluti dal soggetto.

Per vero, questo speciale atteggiarsi della subiettività rispetto agli elementi in discorso non viene disconosciuto, anzi fortemente dal Delitala. Ma egli volendo rimanere fedele alla rigida distinzione tra fatto e antigiuridicità, lo spiega con ciò che le situazioni accennate rivestirebbero 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" in dimostrando che di 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 traspaia

pensiero del Delitala; perché, dopo avere egli negato la teoria giuridica dei presupposti del fatto riducendoli a dati del fatto, distinti da questi solo in senso cronologico, spiega tuttavia la particolare posizione di quelli che chiamiamo gli «elementi normativi del fatto», riportandosi alla da lui stesso combattuta nozione di presupposti. Il nostro pensiero - che è invece costantemente negatore della categoria dei presupposti del fatto [vedi 9: Una nozione puramente cronologica dei presupposti, qual'è quella che in definitiva accetta il Delitala, conduce all'assurdo logico, cui giunge il Pergola, 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 Pannelutti ricongiunse al Massari] ci conduce ad ammettere che ne questo confluiscono elementi normativi, la cui posizione, d'espressa per l'aggiunto «normativi», è sufficiente a giustificare le speciali atteggiamento, in loro riguardo, del processo psicologico del reato.

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'effloresione vaginale eseguita da un ostetrico differisce dagli atti di libidine non per il significato fenomenico del fatto, ma per il suo valore normativo. Il Delitala ha opposto che, nel caso prospettato, la materialità del fatto (visita ginecologica) coincide precisamente con la materialità degli atti di libidine, che la differenza risiede esclusivamente nell'intervento di una condizione di lecito esercizio della professione medico-chirurgica), che si riporta quindi all'antigiuridicità. Brevemente a noi pare 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 esterna, la visita ginecologica non è, certamente, una carezza e, spesso, è anche dolorosa 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 può scomporre tale concetto nelle due parti delle quali risulta; l'una descrittiva, l'altra normativa. Ma ciò forse non è sempre possibile. —

12) Esistono, a nostro avviso, reati nei quali 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. 528 cod. pen. non considera ognuna l'opera d'arte o l'opera di scienza, onde, con modo scollegiato ricade, o non, sotto le sanzioni dell'art. 528 a seconda che abbia o non certe caratteristiche d'ordine estetico o scientifico. Il fatto non muta; nè l'esistenza o l'inesistenza del reato dipende da una speciale circostanza che escluda l'antigiuridicità, sibbene dipende dal valore che l'atto ha per se 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 opera oscena; laddove se non è di valore artistico o scientifico, la diversa opinione dell'agente non varrebbe affatto ad escludere il reato, non verificandosi in tema di buona

di fatto nè giustificabile prima parte dell'art. 47, nè giustificabile l'ultimo capoverso dell'art. 59 Cod. Pen. [Abbiamo 1°) talvolta per il giudizio di valore riferito allo stesso autore del fatto ed è decisivo per l'esistenza, o meno, del reato. Ad es. l'omesso ricorso ad un incapace non costituisce delitto se il soggetto non abbia creduto di trovarsi in presenza di un incapace. Giacchè, non può fornirsi un criterio generale per decidere quando il giudizio di valore riferito al giudice e quando riferito allo stesso autore del fatto.]

La quale conclusione conferma per l'assenza che si tratta di giudizi di valore inerenti al fatto, e non di fatto. In sintesi, a noi pare che, mentre deve accettarsi la distinzione di fatto, antigiuridicità e colpevolezza, la stessa, sia la sua relatività, non esclude che nel fatto entrino elementi normativi e giudizi di valore.

13) Ho premesso, in fine, constatare che le creazioni legislative aveva tanto in ordine al fatto, quanto in ordine all'antigiuridicità, quanto ancora in ordine alla colpevolezza. Le circostanze relative al fatto sono le più ovvie. Esse concernono le modalità più varie dell'azione, come pure l'evento (ampliamento o restrizione).

Sul terreno della colpevolezza, circostanze si hanno nelle

varie qualificazioni del dolo (premeditazione, motivi, ecc.) e nella graduazione della colpa (colpa con previsione).
Non esclude l'antigiuridicità di luogo a cose stesse.
Intanto, abbiamo visto che - nell'ampio concetto di circostanze adottato dalla legge (art. 59) - rientrano le cause di limite che non crediamo doversi ricondurre alla nozione di antigiuridicità. Senonchè esistono casi di circostanze, in senso stretto e tecnico, della antigiuridicità.
Ne sono contravvenzioni consistenti in determinate azioni compiute senza licenza dell'autorità pubblica, che sono aggravate se la licenza manchi perchè sia stata negata, revocata o sospesa o se non sia stata esposta con cerga (art. 665, 670 Cod. Pen.) 351
altre contravvenzioni consistenti in fatti compiuti senza preventivo avviso o comunicazione all'autorità per aggravarne in conseguenza l'autorità le azione (art. 667, 668) - Reato previsto dall'art. 270 e consistente nel costituire, dirigere, organizzare, associazioni [illegible] e a chiunque a tale fine aderisce, anche sotto forma simulata, associazioni già sciolte dall'autorità. - Ora, mentre la più accentuata rilevazione di antigiuridicità di un'azione può, come nel delitto del mentito nato, fondarsi sopra un elemento di fatto, altre volte l'accertamento dell'antigiuridicità può prescindere dal fatto di cui quest'ultimo. In questo caso il problema dell'elemento psicologico rispetto alla sua costanza coincide con quello della conoscenza della legge; con trattandosi di circostanze (art. 59) l'errore sulla legge non giusta per quanto riguarda nel fatto, non [illegible] dell'illegittimità [illegible] costituzione.

— La Resistenza all'ordine dell'autorità —

Altieri - Romano - Di Falco - : Commento al Codice pag. 318-319
Maggiore : pag. 182
Manzini : Concetto e contenuto dell'illecito penale pag. 88 -
Manzini : Trattato. Vol. II pag. 290 -
Longhi : La legittimità della resistenza ad atto dell'autorità nel diritto penale pag. 357 -
Stoffato : Il diritto di resistenza per i terzi non direttamente offesi dall'atto arbitrario. "Cenni" 1905 pag. 477 -
Beling : Grundzüge pag. 16
Frank : Das Strafgesetzbuch
Baumgarten : Nothstand und Notwehr (Tübingen 1911) pag. 10
Vogelius : Ueber Notwehr gegen Tiere - (Cappel 1899) pag. 45
Von Ammon : Der Bindende rechtswidrige Befehl - Breslau 1926.
Graf zu Dohna : Die legislative Behandlung von Notwehr und Nothstand in "Zeit. für die ges. Strafrechtswissenschaft". Band. 33 pag. 126 -
Oetker : Notwehr und Nothstand in "Vergl. Darst." II Bd. pag. 261.
Dattenberg : Das auf Befehl begangene Verbrechen Breslau 1915. pag. 76
Hippel : Deutsches Strafrecht - pag. 207 -

Y falso in credito
Bartol
Libri 1 Ital.

ASSR
Archivio storico del Senato della Repubblica

Introduzione

Parte I

L'aut mod nella dott Tedesca

Cap. I

Come sorge il concetto fg. dell' aut mod

Cap. II

Partecipaz. del concetto di aut mod

Cap. III

Casi in cui si ritiene la esistenza la fg. dell'aut mod

— Parte II —

Il fondam. dell'access. - della partecipaz.

Cap. I

Concetto della accessorietà della compartecip.

Cap. II

Limiti dell'access. della comp.

Cap. III

Forma di access. accolta dal cod. vigente

Indice

Introduzione pag.

Parte prima

L'autore e il reato nella dottrina penalistica tedesca

Cap. I - Concetto e requisiti del reato ed autore mediato 5

Par. 1 - Disciplina del concorso nel Cod. Pen. Ted. ivi

" 2 - Il presupposto per l'autore mediato: una comparteciparione secondo il Codice tedesco 7

" 3 Conseguenze della riforma del Cod. tedesco sull'autore mediato 10

" 4 L'autore mediato nei nuovi progetti di riforma del Cod. Penale tedesco 12

Cap. II Caratteri 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 casi ——— . ivi

Par. 2. L'autore mediato quando l'agente rimediato è uno strumento meramente passivo ——— pag. 36

" 3. L'autore mediato quando l'agente rimediato è uno strumento dolosto ——— " 52

" 4. Limiti dell'ammissibilità dell'autore mediato. ——— " 70

Parte seconda

Negazione dell'autore mediato

Cap I Critica della dottrina dell'autore mediato ——— " 88

~~Part.~~

Cap II Il problema della natura accessoria del concorso criminoso " 108

Par 1. Concetti dell'accessorietà della compartecipazione ——— " iii

Par. 2 - Limiti che concettualmente possono dare all'arf. tricia . pag. 120

» 3 - Quale forma di arrestricia risulti accolta dal sistema Catia . 140

Cap. III - Esame critico dei casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato . 153

Par. 1 - Riguardo d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani . ivi

» 2 - Negazione della possibilità di equiparare l'uomo ad uno strumento . 168

» 3 - I casi di autore mediato caratterizzati dallo strumento meramente passivo . 183

Par. 4 - I casi di autoy mutiato caratterizzati dallo sbrem=
mento folso — pag. 248

Conclusioni — 265

Battist. Nat. delitti p. 89 - 108, 127, 132, 146,
Tamini. 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 Elem. p. 109
Manzini - p. 110 ~~117~~, 119, 143, 162,
Tamini, ~~p. 110~~ Il Cod. pen. e. p. 110, 112, 135, 148, 186, 188, 189, 195, 198, 250, 252,
Jatteli e Romano p. 110, 117, 118, 162, 183, 187, 194, 200, 202, 246, 258,
Maino - p. 111, 156, 263
Civoli - p. 111 - 156, 157, 213
Tamini: Concetti e contenuto p. 112, 237

PARTE SECONDA

Mazzari - Le dott. gen. del diritto penale, p. 121, 215, 246.
Delitala Il fatto nella teoria gen. del reato p. 122, 137, 138, 176, 180, 210, 214, 215, 230, 261, 262, 45,
Delitala: Le dottrine generali del reato p. 130, 142, 212.
Mazzari. Il momento esecut. p. 133, 164, 176, 177, 207, 246.
Tamini. Il concetto di reato - p. 149,
Carrara Programma p. 154, 155
Carrara - Grado - p. 155
Manzini. Tratt. Il Cod. p. 155, 156, 185, 187, 192, 201, 205, 208, 219, 222, 224, 227, 232, 246, 250, 252, 255.
Trupallanini, p. 156,

von Liszt Schmitz (pag. 8) 26, 28, 30, 36, 39, 42, 48, 62, 63, 69, 120,
Robert von Hippel (pag. 9) 11, 26, 28, 30, 36, 42, 49, 51, 54, 72, 121,
Ernst Meyer (pag. 13) 35, 36, 39, 45, 49, 50, 57, 58, 64, 92, 99, 122, 123,
Bethol. (pag. 14), 35.
Mayer. pag. 15, 34, 36, 45, 61, 62 —
Wachenfeld — p. 63, 65. —
Köhler. Dies. v pag. 21 – 26, 47, 50, 59, 86
von Listz. 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.
~~Bethol~~ Graetzer Franz v pag 18, 36, 40, 43, 46, 48, 93,
Olshausen v. pag. 36, 59, 62, 83, v
Battenberg p. 45, 243,
~~Delsale – Filetto p. 45,~~ v
Hegler – p. 45, 73, 99. v
Bethol – Oning – 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

Pecirra-Ebmunti - p. 159
Rocito - p. 159-217, 229, 265
Cadoni - p. 159-207, 263
Mangini - p. Thurn dig. p. 162,
Ferri. p. 167,
Rocco p. 170-
Battaglini p. 170
Carnelutti p. 173.
Antolisei p. 178, 204,
Tammini Trattato comunicazioni, p. 179
Levi p. 199, 225,
Tamiatti Principali, p. 205, 218
Rel. Min p. 209, 246,

(146)

29

— Capitolo II —

1) ~~L'autore mediato nel sistema del diritto. Definizione~~ Tentativi di giustificazione. Definizione.

2) ~~Se possa essere autore mediato oltre che nella strumentazione di reato~~ ~~Estensione dell'autore mediato~~ Qualità di autore mediato anche nella "coadiuvazione" dello strumento.

3) Breve sui 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 referenziali.

3°) Se sia ammissibile l'autore mediato in tutti i casi.
Opinioni restrittive.

~~Prima~~

4°/ Inquadramento della materia e rinvio al capitolo III -

Capitolo III

1°/ Raggruppamento dei varii casi -

2°/ Quando l'agente immediato è uno strumento puramente passivo

3°/ Quando l'ag. immediato è uno strumento dotato -

4/ Se sia ammissibile l'autore mediato in tutti i reati

rale di autore entro il quale l'autore mediato rappresenta soltanto una forma speciale.. Se quella è indiscutibile, anche questa è indiscutibile.»

Non è dato però, né al Mezger né agli altri giuristi che sostengono ~~la dott~~ l'autore mediato, di distruggere la realtà della situazione. Che si tratti di una finzione è innegabile anche se si prendono

Parte II^a

— Negazione dell' autore mediato —

Cap. I Critica della dottrina dell' autore mediato.

Cap. II Il problema della natura accessoria del ~~accessorietà della partecipazione delittuosa~~ 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 I casi caratterizzati dallo " strumento meramente passivo.

§ 2 I casi caratterizzati dallo strumento dolso.

— Conclusione. —

Parte III

Esame critico dei casi in cui si ha
Soff. Sed. citiera esist. la lig. ec.

Cap I

Capitolo I:

L'autore mediato nella dottrina tedesca -

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

~~Invero~~ 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 per mezzo (Mittelperson).

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 tratta~~ l'autore ~~di persone~~ non punibile ~~di persone~~ consisterebbe in una partecipazione secondaria (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; perchè non le si applica la pena ~~in virtù di~~ per ragioni di opportunità ~~legislativa~~ (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, sia che ~~le fac~~ difetti di una particolare intenzione espressamente richiesta dalla legge, sia che non ~~altra~~ una determinata 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 intenzione, se questa è presente ~~tal~~ 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 sia completamente esente da pena: può sovvenire, 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. ~~Dopo~~ ~~sono dipinti tra i limiti di ammissibilità, sia il fondamento, sia la collocazione nel sistema dei titoli di responsabilità~~
Qui mi propongo 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 ed alla dottrina tedesche. ~~Tuttavia ~~
Esaminerò poi i varii casi in cui si ritiene esistente una responsabilità a titolo di autore mediato, tenendo presenti le opinioni dei nostri giuristi e, particolarmente, non è ozio, le ~~statuizioni~~ 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 ~~sommamente~~ insito nella presente tesi: se sia ammissibile, ~~ed attualmente sotto quali limiti~~ in base alla nostra legge, la figura dell'autore mediato. ~~sulla base della nostra legge~~

~~Capitolo I:~~ Parte I: Cap. I

Come sorge la figura dell' autore mediato.

~~È comune opinione che la figura dell'~~ autore mediato trovi origine e fondamento ~~nella dottrina del~~ legislatore, 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~~ appunto è di grande interpretazione delle parole della legge. ~~Ha avuto origine la figura dell'autore mediato, di cui si occupa il presente studio.~~

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 principale (Anstiftung) e 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 corruzione in errore, o con altri mezzi, ha determinato un'altra persona all'azione punibile (Strafbare 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 norme, 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~~ delle norme sul concorso, sono stati colpiti dalla espressione « strafbare 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 ~~occorre~~ occorra ~~un'azione principale punibile~~ un'azione punibile dell'autore principale ~~realizzata almeno sotto la forma nei limiti del tentativo.~~ (forma estremamente accessoria della compartecipazione)

(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 dichiarare esente da pena la istigazione non accolta, e quelle dell'art. 49 ~~sulla~~ (« crimine o delitto ») volevano escludere da pena la complicità nelle contravvenzioni; e si sarebbero potute interpretare nel senso che l'autore deve realizzare soltanto il Tatbestand oggettivo di un delitto, che quindi per la punibilità della compartecipazione è necessaria ~~appartiene~~ 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 rilievo la pena che la punibilità della compartecipazione come tale è dipendente dalla presenza di un fatto principale che realizzi 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 (in particolare: antigiuridicità e colpevolezza) di essa. »

Vedremo in seguito se sia completamente accettabile questa opinione del giurista tedesco: certo nella dottrina comune ~~non la~~ ~~se seguita~~ ~~la interpretazione è~~ ~~assai diversa~~, richiedendo ~~come presupposto~~ ~~della compartecipazione l'esistenza (almeno come tentativo) di un'azione~~ ~~fatto~~ azione ~~principale~~ ~~punibile dell'autore principale~~.

l'altra perchè siano puniti i compartecipi fa che l'autore principale sia punibile, ~~cioè colpevole~~

3°) Conseguenza ~~della suddetta~~ ~~cause~~ opinione: la responsabilità a titolo di autore mediato.

Più i giuristi tedeschi ~~sostenevano~~ ~~questa~~ interpretazione della norma del Codice ~~della Legge~~ portava ad un grave inconveniente. Ogni volta che l'autore principale fosse una persona non imputabile ovvero per una qualsiasi ragione non punibile, ~~sarebbe stata~~ risultava ~~impossibile~~ ~~applicare~~ ~~alle pene~~ ~~conseguenti~~ ~~in base~~ alla norma sulla compartecipazione. ~~Perciò si poteva~~ ~~considerare esistente~~ ~~in essi~~ ~~una responsabilità a titolo di autore immediato~~ punirli come autori immediati (+).

+ e quindi ciò che si faceva era proprio qualificare come Strafbare Handlung.

Per ragioni di politica criminale, ~~facendo appello ad una vuota intesa partito del principio della causalità mot.~~, la dottrina tedesca elaborò il concetto ~~espresse la figura dell'~~ autore mediato che viene sostenuto tuttora, almeno de lege lata, dal maggior numero degli studiosi, ~~e che non è stato concretamente espulso da tutti i varii progetti di un nuovo codice penale del Reich~~.

~~Studio sulla legge tedesca il principio~~ ~~seguendo respingendo~~ ~~seguendo la legge tedesca~~ una (~~nuova~~ ~~ausführliche~~ ~~cod. penale~~ del 1902) di cui

(1) Von Hippel pag. 450

(+) 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. Riusciva però insopportabile che il determinatore (Anstifter) dovesse rimanere impunito; e per questi casi faticosamente fu creato il concetto ausiliario del cosiddetto autore mediato » ~~Le complicità, in cui hanno lo stesso bisogno di una punizione, la si lasciava impunita~~ »

derare e punire senza altro come autori chiunque, agendo antigiuridicamente e colpevolmente, abbia posto una condizione per l'evento, abbia cioè aspettato l'evento

le altre persone eventualmente con lui concorrenti nella commissione del reato

Nota: ~~Ho già detto che una parte della dottrina (ed anche il von Hippel dichiara che ciò sarebbe opportuno) applica anche al caso della complicità la figura dell'autore mediato.~~

~~Di questa figura elaborata è tormentata, dalla dottrina, intend occuparmi sia in generale, cioè nel suo fondamento concettuale e nella sua ammissibilità pratica, sia in particolare, cioè ~~non~~ in relazione ai singoli casi in cui viene ritenuto esistente un siffatto titolo di responsabilità.~~

~~Sempre, così 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 è cogliere 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 frequentale ed alla complicità. Invece il progetto ufficiale del 1925 escludeva la correità e l'autore mediato ove anche la accessorietà della compartecipazione. Il progetto del Reichstag del 1927 riprendeva ~~la figura~~ in considerazione ~~del~~ la figura del coautore, ma abbandonava ~~come~~ l'autore mediato, inutile ormai perchè sua ~~[illegible]~~ regola generale compartecipazione (Anstiftung ~~und~~ e Beihilfe) subordinata alla determinazione o coadiuvazione dello altrui "colpevole" agire. Neppure la successiva emissione dell'autore mediato il Progetto di Riforma del 1930, ispirato anch'esso ad un progresso nel campo della accessorietà."

Vedi: Mezger pag. 485 -

~~II Per ovviare a siffatto inconveniente i giuristi tedeschi hanno ~~[illegible]~~ scelta la figura dell'autore mediato,~~

~~Sept~~
~~Ragionamento finalmente~~
~~La ricerca dei limiti all'ammissibilità dell'aut. med.~~
~~interessa~~

In relazione al problema dei limiti da porre alla ammissibilità dell'autore mediato mi sembrerebbe, modestamente ritenga che l'unico criterio sostenibile possa dirsi quello per il quale sia ~~in~~ ammessa la commissione mediata di un reato da parte di chi dello stesso non potrebbe essere autore immediato.

Ritengo, d'altronde, ~~[illegible]~~ che questa particolare questione ~~[illegible]~~ ~~della fattispecie dell'aut.~~ relativa all'aut. mediato ~~sia~~ è di non ~~[illegible]~~ grande interesse per la dottrina italiana ~~[illegible]~~ dato che un maggiore problema si presenta ~~il quale consiste nel rapporto della dottrina per quei~~ cioè quello ~~[illegible]~~ della necessità e della ~~ammissibilità~~ ~~e~~ sostituibilità di ~~relazione alla legge~~ questa costruzione giuridica in relazione alla dottrina ed alla legge italiana

Il ~~concetto dell'~~ autore mediato adunque, come è contemplato dal Codice, ~~una~~ è una costruzione ~~elaborato della~~ della dottrina.
I giuristi hanno ~~cercato~~ tentato varie ~~vocali di~~ giustificazioni e alcuni hanno detto trattarsi di responsabilità per azioni commesse mediante uno strumento privo di libertà del volere (così specialmente il Birkmeyer) ~~citato dal von Hippel pag. 109~~; altri hanno parlato di responsabilità penale per azioni di terze persone (così specialmente il Borchert) ~~citato dal von Hippel pag. 109~~; altri ancora lo hanno considerato una "finta qualità di autore".
Recentemente (1929) lo Hegler (vedi Ordrey pag. 115) ha costruito una "teoria della preponderanza" (Uebergewichtstheorie) che varrebbe ~~quale fondamento~~ non solo per la dottrina dell'autore mediato, ma in ogni caso di concorso di persone di un reato stesso reato. Su base ad essa, l'autore mediato è tale per lui in considerazione di reato realizza gli elementi decisivi della colpevolezza o della illiceità: per questo assunto egli è "preponderante". Nell'altro soggetto da lui ~~determinato o coadiuvato nella commissione di un reato~~ 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 conciliare la necessità con le ~~dif~~ norme positive del Codice del Reich e colla forma di accessorietà della partecipazione in esso accolta, inquadra la figura dello autore

mediato entro il concetto generale di "autore del reato", ~~[illegible] qualità~~ ~~l'autore mediato~~ definisce Hergt (vedi Studien p. 444) è ~~[illegible] una figura di~~ ~~[illegible]~~ particolarmente qualità di autore, però una particolare forma di qualità di autore: consistente nell'aver una persona che agisce senza colpa, ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

Come nel caso in cui che attua il Tatbestand si fa strumento ~~soltanto~~ soltanto come uno strumento nelle mani dell'altro gli elementi transitivi del Tatbestand vengono trasmessi, da chi li pone in essere immediatamente, a colui che agisce per mezzo di quest'ultimo come se ~~se~~ 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; Lizzt-Schmidt pg. 327; von Hippel II pg. 469, 470, 471; Beling pg. 5)

Perciò

~~Ma~~ ~~qui in cui~~ si ritenga esistente la qualità ~~di autore~~ ~~mediato~~ occorre che:

Se ne fare quindi precisa ed efficace la definizione data da Hergt: (Vedi Pottinger Ordning pag. 416)

"La qualità ~~di autore~~ ~~mediato~~ mediata è in effetto qualità di autore, però una particolare forma di essa consistente nell'usare una persona che agisce senza colpa, ~~ma che~~ ~~dunque~~ però sempre antigiuridicamente, per la realizzazione della fattispecie di un reato". (a) (a) Nota: In seguito darò anche delle opinioni che vogliono che mettere l'autore mediato anche quando il presunto strumento agisce non antigiuridicamente

L'autore mediato è ritenuto esistente in molteplici casi ~~ed in tutte è proprio la sua ammissibilità~~. ~~Raggruppe~~ ~~rò pertanto in due grandi categorie~~ una non è concepibile dovunque la dottrina sulla sua ammissibilità.

Giova pertanto un'enumerazione ~~particolareggiata~~ dei vari casi al fine di potere compiere un raggruppamento che renda chiara la successiva impostazione del problema in relazione alla dottrina italiana.

"Frutta qualità di autore" che qua e là ancora si incontra è errata: la qualità di autore è molto rara, perchè si seguirebbe una concezione rozza e superficiale se si limitasse la "effettiva" qualità di autore alla commissione con le proprie mani. Chi determina un altro a compiere una imputabile a rimediare qualcosa, è nell'istesso tempo autore proprio come colui che con le sue mani affina il fuoco." Concetti, questo che è una precisione formulata dal Binding nel seguente passo riportato dal Bebel: "Nulla di più inesatto che voler attribuire all'autore di oggi l'autore acquisito dell'esecuzione 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 colpevole o incolpevole o imputabile e questo autore mediato esige categoricamente il suo riconoscimento." Tali ragioni le forme di concorso nello stesso reato riconosciute dal diritto positivo: 1° qualità di autore, 2° compartecipazione. In queste sono comprese la determinazione (Anstiftung) e la complicità (Beihilfe); nella prima: la qualità di autore unico (Allein-Täterschaft), la qualità di coautore (Mittäterschaft) art. 47 e la qualità di autore mediato (Mittelbare Täterschaft).

II

Si fa poi ritorno all'definizione che dell'autore mediato dà il Mayer (pg. 376) "Chi determina un altro che per ragioni giuridiche non può essere autore a compiere un fattestreud legale va punito come autore e chiamato "autore mediato", o anche "autore intellettuale"." (1) Si illustra con ciò la cosa considerata solo il caso della determinazione che non può essere [illegible] la norma dell'art. 48 del Cod. Penale. Invero il Mayer stesso più oltre afferma che "non si può ammettere che ci fosse una persona imputabile, nell'istante che ci fosse una persona ~~[illegible] punibile~~, si configurerebbe una complicità, non c'è una azione di autore (Tatherschaft) e non può quindi di autore tale neppure in seguito alla irresponsabilità della persona usata quale mezzo." Oggi ciò ritiene: perchè la determinazione e l'autore mediato cambiano mutandosi il concetto della qualità di autore intellettuale. Concordano nella loro struttura caratteristica che è possibile il passaggio dall'una all'altra forma di responsabilità; e soprattutto perchè 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.

Contro questa opinione si son diffusi [illegible] da un lato, riferendosi al principio "quod quis per alium fecit per se ipsum fecisse videtur" (che significa equi-

(1) Definizione citata dal Kohler pg. 511.

parazione dell'autore intellettuale all'autore fisico) si trova che l'quale autore mediato, ripetuto come la determinazione dolosa ad un fatto punibile (art. 48) della crearsi intellettuale [illegible] tutto il concetto della qualità di autore intellettuale. Da un canto senza dar luogo a lacune, d'altro canto [illegible] che sia una delle punte ingiustificate [illegible] della determinazione quella derivante da ingiustificata la non punibilità del complicità dolosa a fatto preciso una punibile. [illegible] concetto della determinazione fra complicità - ed [illegible] fra complicità ingiustamente con quello dell'autore mediato. Per la complicità, nella quale la questione è fondamentalmente la medesima, ne mancò la capacità forse perché non si trovò la parola adatta. Propongo "coadiuvazione indipendente" perché "non accessoria". La punibilità segue qui, come [illegible] effettuata e specialmente come nel caso analogo della qualità di autore mediato, dalla concatenazione dolosa dell'evento. v. Questa osservazione del von Liszt fa cadere la prima delle argomentazioni del Mayer; rifiuta la seconda, dalla giusta osservazione del Mezger (pg. [illegible]) che proprio la presenza di un pazzo, di un minore o di altra persona che non possa commettere un crimine o un delitto, impedisce il sorgere della distinzione fra qualità di autore e complicità posta dalla legge; ne di essa potrebbe sopravvivere efficacemente un concetto naturale. Pertanto

to è autore mediato non soltanto chi determina, ma anche chi soltanto ordina lo strumento. L'autore mediato dà al parassita un volere che quegli gli domanda per soddisfare il suo fremente perseguitore.

A maggior ragione l'assunzione dell'aut. med. [illegible] che nei casi che sarebbero di complicità [illegible] che se si ammette il principio ispiratore dell'autore mediato, non si possono giustamente escludere questi casi.(1) (Vedi anche Von Liszt ed. 1914 - Frank pg. 105; Köhler pg. 505; Schmidt pg. 333 ed. 12) Von Liszt e Köhler. Frank e Stoß. Stoß. Frank e Köhler.

Lasciando considerazione i rapporti fra autore mediato e la compartecipazione. Essi strettamente dipendono dal regolamento concessione della accessorietà, e cioè dal maggiore o minore rigore di giudizio che viene attribuito alla compartecipazione di fronte alla qualità di autore. Si ritiene ampiamente nel capitolo seguente. III

Qui interessa intanto [illegible] di sia adito a dubitare se esista compartecipazione o qualità di autore; diverse sono le soluzioni nella dottrina [illegible] che determinano o [illegible] autore [illegible] in errore sulla esistenza della [illegible] nel [illegible] strumento perfetto. 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~~ ~~Principale~~ colui che determina o induce: e quindi sarebbe si avrebbe ~~determinato~~ compartecipazione possibile principale e non già qualità di autore mediato se il che determina (non importa se intenzionalmente) ritiene determinato capace di commettere un fatto principale ~~doloso~~ punibile. Altri autori invece seguono anche qui la teoria oggettiva che ha di mira l'effettivo quanto di singolo compartecipe (per distinguere le forme di compartecipazione) e ne gli i loro atteggiamenti psicologici. (Così: Von Hippel pg 476; Köhler pg. 514, 515 "L'autore dello agente che lo strumento da lui usato non agisce dolosamente, non può sostituire la qualità di autore in effetto mancante" ~~[illegible]~~ i vari ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~Lisst Schmidt~~ ~~[illegible]~~ Lisst pg. 321 - Nota 8) ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

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 dicono per es. il Von Liszt [1] il tentativo completo ~~già esiste~~ c'è quando gli altri elementi del reato sono lasciati alla attività spontanea dello strumento (quindi tentativo compiuto esiste già colla emissione della decisione nel fatto). ».

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 unito: 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. Gli atti di esecuzione deve compierli lo strumento. Quindi può aversi benissimo la qualità di autore mediato

(1) Von Liszt edizione 1914.

nel tentativo, ma non un tentativo di autore mediato. [1]

(1) In questo senso Vedi Von Hoffel pg. 475, 476 e Liszt-Schmidt pg. 333 ecc.

V

Derivano dalla particolare struttura della figura dell'autore mediato alcune conseguenze che ~~qui espongo più per la comprensione generale dell'argomento, che per una intima connessione con l'argomento~~ è opportuno enumerare. [1]

a) nel caso che l'autore mediato abbia determinato, anche con una sola parola più strumenti, per l'unità della attività volontaria, ~~p~~ in lui c'è soltanto un reato. Ugualmente se ha determinato uno strumento a più reati (~~Non pare~~ Credo che questa seconda ipotesi sia errata: egli sarà autore mediato di ~~tutti~~ 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

(1) Vedi Liszt-Schmidt pg. 333 nota 12

attività dell'aut. med., sia quella dello strumento.

d) la desistenza dal tentativo da parte dello autore è soltanto sussidiaria come impedimento dell'evento responsabilità

e) per valutare la ~~[illegible]~~ dello strumento è necessario riferirsi al momento in cui egli ha agito. ~~[illegible]~~ Il Von List[17] sostiene necessario riferirsi al momento in cui l'aut. med. lo ha determinato. A me pare giusta la prima opinione perchè ciò che è rilevante, l'ho già detto, agli effetti di stabilire ~~[illegible]~~ la figura dell'autore mediato è la giustificazione oggettiva, non già la opinione che di essa eventualmente si abbia.

w) Von List Ed. 1914

Per lo ~~studio~~ studio dell'autore mediato ~~quale non~~ che, come il mio, intende ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ questa

Per chi ~~come me~~ studia l'autore mediato nella dottrina tedesca, tornando allo scopo di ~~riportare~~ valutare ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

non imputabile o non punibile

56

come di uno strumento per la commissione di un reato.

(1) Mayer pg. 379

"I singoli casi ~~della qualità di~~ di autore mediato è scritto il Mayer[1] - vengono determinati in base alle ragioni che fanno dell'esecutore uno strumento. Il fatto che l'esecutore non può essere autore ~~di fatto dolo~~ ha la sua ragione d'essere: nella circostanza che egli non ha i requisiti richiesti per una delimitazione modale dell'autore e che quindi nel quando l'azione di esecuzione, non ~~attua il~~ agisce che non attuando il fattispecie legale; o nel fatto che è esclusa in lui la capacità di agire colpevolmente o ~~ad~~ soltanto la colpa, sia che essa manchi del tutto (ciò che ~~vale~~ nuovamente specialmente se alla persona mediata deve essere attribuita una ragione di esclusione della colpevolezza), sia che non esista la colpa necessaria nel caso in questione."

Bettiol "Diritto" pag 107

(1) Bettiol in il Meyer - a me pareti fosse meglio seguire il raggruppamento ~~nuovo~~ del Bettiol

~~Cerchiamo di fare un raggruppamento dei casi di autore mediato in due categorie~~

Secondo che la persona che immediatamente agisce ~~si presenta~~ non quale ~~uno~~ una "strumento meramente passivo" o quale ~~uno~~ una "strumento doloso..."

~~Cerchiamo di fare un raggruppamento dei casi di autore mediato in due categorie~~

57

(1) Mezger pg. 426, 429, 432.

Il Mezger[1] raggruppa i ~~vari~~ casi in tre categorie secondo che la persona ~~che immediatamente agisce~~ mediata agisce ~~Il Mezger~~

Bej

~~Ф Ф~~ I diversi modi raggruppano gli autori i ~~casi~~ casi in cui si presenta la figura dell'autore mediato. ~~Per esempio il Mezger li raggruppa~~ forma tre gruppi: nel primo l'strumento ~~a) autore mediato è l'autore che ha causato l'evento una volontà di una persona~~ che non agisce ~~attuando il fatto~~ conforme al modello del reato. Qui la "Rechtswidrigkeit" non è "tatbestandmäßig" modo in cui agisce.

Il Mezger ~~tiene conto del fatto che la strumento~~ tiene conto di ~~persona~~ esatta quale strumento. E forma tre gruppi: nel primo lo strumento agisce antigiuridicamente ma non conforme alla fattispecie del reato ("rechtswidrig" ma non "tatbestandmäßig"); nel secondo lo strumento agisce senza colpa; nel terzo agisce senza qualifiche in reati che ~~affanno~~ invece richiedono nell'agente autore particolari qualità.

Rinviare a fg. 2

La colpa della Mittelsperson, può valere in quanto a suo favore esiste una ragione di esclusione della colpevolezza. Così se essa ha agito in stato di necessità (Notstand) art. 54 o in stato di costrizione (Nötigung) art. 52 [1]

(1) Vedi: Mezger pg. 431; Liszt-Schmidt pg. 330

segue a pag. 7

Quanto alla costrizione ....

Autore mediato è anche chi ~~si vale~~ 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 si valse 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 ~~commettere~~ realizzare la fattispecie di un reato per evitare da parte dell'autore materiale autore

II

Lasciando l'autore mediato

(1) ~~Lasciando~~ Vedi: Von Liszt ed. 1916; Graetzer; Mayer pag. 373; Frank pg. 104; Beling pg. 30; Olshausen pag. 195; von Hippel pg. 473; Mezger pg. 429; Liszt-Schmidt pg. 328 —

2°) Quando l'agente immediato ~~è esecutore~~ ~~quale~~ strumento meramente passivo.

59

La persona che immediatamente agisce si presenta ~~anche~~ quale strumento meramente passivo anche quando non è ~~qualcuno~~ ~~fuori dalla capacità di diritto penale~~ ~~imputabilità per minorità~~ (minore età, infermità di mente, sordomutismo, ecc.) che ~~di essa si vale per la commissione di un reato~~ la determina o la coadiuva nella commissione di un reato e per questo punito come ~~e ~~ autore mediato ~~di questo~~. Su questo punto è concorde la dottrina. [1]

Una fonte di dubbi è costituita dalla "Legge sul Tribunale dei Giovani" del 16 febbraio 1913, le cui disposizioni hanno sostituito gli articoli 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 punita come reato, non è punito se, al tempo della commessa azione, secondo il

Brasile

suo sviluppo intellettuale e morale, fosse in grado di capire l'illiceità della sua azione e di determinare la sua volontà secondo questa comprensione ». Segue l'art. 4 che è affetto da causa di 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 è rimasto senza applicazione. La legge - egli dice - avrebbe potuto disporre l'ammissibilità della compartecipazione anche ~~quando l'autore principale~~ nei fatti principali, tolto ciò sì da risultarne eliminata la figura dell'autore mediato. Ed indubbiamente tale era il proposito dei redattori della suddetta legge, non dissimulato, però, dell'intenzione di non diminuire l'entità della punizione a carico dell'adulto che determini o coadiuvi il minore alla commissione del reato. Nonostante, si è applicarono, in virtù dell'art. 4, le norme sulla compartecipazione ~~penale~~ ~~in genere~~ ~~da~~ ~~andrebbe~~ ~~si~~ e in particolare l'art. 49, si andrebbe incontro ad una diminuzione di pena per l'adulto che coadiuva il 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 - ~~si deve ritenere~~ questo: « testo contiene solamente una norma in bianco: « cioè le disposizioni generali riguardo alla determinazione e alla ~~coadiuvazione~~ complicità nei reati dei « minori non vengono toccate. Poichè il Codice « Penale non conosce una tale compartecipazione, « l'art. 4 della Legge sul Tribunale dei Giovani è « attualmente privo di applicazione. »

Non lippo che la legge in nesso

(1) Vedi: Frank commento all'art. 49 C.P.G. 1871, 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 sunnominato art. 4 e ritengono, con ciò, creata dal legislatore ~~sudamericano~~ una vasta deroga alla rigida accessorietà della compartecipazione accolta dal Codice Penale e conseguentemente alla ammissibilità di un autore mediato. Il Mezger ~~ritiene~~ ritiene 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, ~~per es.~~ anche se si tratti di un minore (per es: giovane tra i 14 e i 18 anni farco), si deve, ~~affermare~~ sempre, ~~per~~ ~~da~~ per ritenere ~~fatto~~ autore mediato.

~~Chiedo se sia~~ ~~Ciò~~ A me pare si debba accogliere questa definizione contraria ~~al~~ nella fase del Beling, come più rispettosa ~~dei principi di~~ verso le istituzioni del diritto positivo. Del resto, quale che sia la soluzione di questa questione particolare, ritengo che il caso più tipico, ~~in cui si attua all'~~ dell'autore mediato è quello in cui si ha quando la persona immediatamente agente ~~non è imputabile~~ è semplicemente incapace. ~~Ma~~ ~~Il presunto è anche il persona che agisce e l'autore è immediatamente e in quale documento materialmente fa~~ quando agisce inconsapevolmente ~~e non liberamente senza libertà~~.

Se quando l'assente è una persona non imputabile, creato è imputabile di reato il presupposto per la configurazione può essere anche strumento di persona esercitando irresponsabile non è affatto elevato cioè

(1) Graetzer op. cit.

"Si può pensare benissimo – scrive il Graetzer[1] – "il caso che la persona agente sia pienamente sana "di mente e nel pieno possesso della sua ~~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 agente~~ in primo luogo quando la persona che ~~agente~~ immediatamente agisce "non può per sè essere ritenuta responsabile "perchè ha agito sotto costrizione o versando in errore."

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

~~Così~~ Invero è considerato ~~Viene considerato~~ autore mediato colui che ~~detta~~ ~~mano~~ per la ~~cadere nella~~ commissione di un reato si vale ~~di una persona~~ ~~che versi in~~ ~~in un errore penalmente~~ ~~colpevole o~~ ~~in~~ ~~imputabilità~~ la sua incapacità sia esclusa dall'errore.

(1) Graetzer op. cit.

"Si può pensare benissimo il caso – scrive il Gualtieri[1] – "il caso che la persona agente sia pienamente sana "di mente e nel pieno possesso della sua natura "sia intellettuale e che, ad onta di ciò, la determi "nazione 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 (Nothstand - art. 54 Cod. Pen. Ted.) o comunque si è valso di tale suo stato per farla commettere un 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. ~~Lo stato di costrizione tutto~~ Bisognando alla ~~disgiung. f. art. 52 Cod. Pen. unita con fatt.~~ bisogna distinguere. Si tratta di costrizione fisica (vis absoluta) o di costrizione psichica (Nötigung f. art 52 del Cod. Pen. Tedesco).

continua a pag. 7 metà

Così l'autore mediato chi, ~~un ingannato~~ individuando ~~fa sì~~ che ~~un~~ infermiere dia al malato ~~[illegible]~~ sue le medicine ordinate 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 ~~cosa di~~ proprietà di colui che la induce a prenderla, non è compartecipe per determinazione, ~~bensì~~ ma autore mediato. Gli esempi si potrebbero moltiplicare; ~~[illegible]~~ anche su questo punto è concorde la dottrina. (1)

(1) ~~Su questo punto~~ Vedi, Von Liszt ed. 14, Frank pg. 104, Beling pg. 30, Von Hippel pg. 473 ..

Quanto alla costrizione, bisogna distinguere la vis absoluta (o fisica) dalla costrizione psichica, di ~~[illegible]~~ cui dall'art. 52 del Cod. Pen. Tedesco.

~~[illegible]~~

Il Frank (2) ~~[illegible]~~ comprende in ~~[illegible]~~ una ~~[illegible]~~ categoria, ~~di~~ che per prima, i casi di autore mediato caratterizzati dal fatto che "la persona ~~[illegible]~~ sopra cui pesa non ha nessuna volontà" (per es. essa ~~[illegible]~~ spinta da una ~~altra~~ persona su di un ~~[illegible]~~ terzo e questi ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ferito). In questa categoria del Frank mi pare siano da comprendere i casi in cui ~~[illegible]~~ la persona che immediatamente agisce è materialmente costretta (vis absoluta) sotto l'amministrazione

(2) Frank pg. 104

Vedi pg. 7 bis fine.

dell'autore mediato in questi casi, obietta il Graetzer (1) che ciò gli sembra molto verisimile se forse in ~~tal caso~~ essi si realizzasse da parte del preteso autore mediato, ~~determinantesi~~ anche gli altri elementi del reato. ~~Costituenti~~. Quindi egli sarebbe un ~~stesso~~ autore immediato. L'obiezione del Graetzer, intrinsecamente giusta mi sembra però strana se la rapporto al pensiero di coloro che, accogliendo la concezione dell'autore mediato, pensano l'operare umano a quello di uno strumento materiale. Perciò ritengo che ha più logica l'opinione del Frank.

Comunemente ammessa è la qualità di autore mediato in colui che per far commettere un reato, ~~mette in opera taluno~~ abbia influito sulla volontà dell'esecutore di esso con ~~minacce~~ una violenza fisica tale da rientrare le "minacce" (esemplificate quali mezzi di determinazione dell'art 48) e da costituire una coazione, cioè una costrizione che rende non punibile l'azione del costretto. Secondo l'art 52 del codice: "Non è punibile chi ha commesso un'azione ad essa costretto". ~~Ma~~ "Un'azione punibile non esiste se l'autore mediante violenza insopportabile o minaccia di un pericolo presente in nessun modo evitabile per la sua persona ~~dell'~~ o quella di alcuno dei suoi familiari."

(1) Graetzer op. cit.

Come autore mediato risponde anche il superiore ~~e l'inferiore, obbedendo~~ che, impartendo all'inferiore un ordine antigiuridico mediante, gli ha fatto commettere un reato.

Ma qual'è il valore giuridico dell'ordine mediante? Secondo alcuni autori (1) esso ~~costituisce~~ va annoverato fra le cause di esclusione della colpevolezza (~~o impunibilità~~ ~~o giustificazione~~): costituirebbe una specie di costrizione psichica. Ed Hegler scrive (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 im"punibile. Il suo comportamento è però "contrario all'ordine sociale, è antigiuridico, "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) scriveva: "Una specie di costrizione per la persona "~~stessa~~ mentre abbiamo anche se questa, per la sua "posizione di inferiore è obbligata 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
« ha stabilita il legislatore in taluni casi. Ma
« essi, entro i limiti dell'ordine, non si può
« addossare la responsabilità all'esecutore
« per le sue azioni anche se egli è pienamen-
« te consapevole della loro antigiuridicità. Quest'
« ordine è sempre il superiore che dà l'ordine. Se però
« la persona usata non è protetta da tali speciali
« statuizioni 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) conside-
ra invece l'ordine come una causa di giustificazio-
ne del fatto (Rechtfertigungsgrund). Se lo
si guarda da questo punto di vista bisogna an-
noverarlo nel gruppo di casi in cui la persona
usata quale strumento non agisce antigiuridica-
mente. ~~È dunque che, se la persona non responsa-
bile a titolo di autore mediato. Rinvio alla
trattazione della questione nel seguito di questo
capitolo.~~ Dalle discussioni relative alla com-
~~ibilità dell'autore mediato in que~~ ed essi avrò
modo di ~~fa~~ parlare in seguito -

(1) Köhler pg. 382; Beling pg. 37.

Qui siamo fatte due osservazioni:
a/ In molti casi di autore mediato lo stru-
mento ~~può essere~~ egli stesso ~~per~~ in pari grado l'offeso dal reato.
Così per es. se alcuno determina dolosamente
un pazzo a suicidarsi: il determinatore è
autore mediato dell'uccisione, il pazzo è insieme ~~strumento~~
strumento e vittima. Così se alcuno dolosa-
mente determina una persona imperita in un caso a toccare un caso ~~della~~ elettrico ad alta
tensione: anche qui l'uccisi è contemporanea-
mente ~~lo~~ strumento. ~~Si parlerà quindi che si possa
di poter avere quindi~~ un autore mediato ~~del~~ suicidio. "Al suicida - scrive ~~il~~ Schmidt (1) - non
è giuridicamente vietato di uccidersi. Quindi
egli non può dolosamente compiere l'uccisione
di se stesso. Chi lo ha ~~determinato~~ istigato al suici-
dio ha quindi, mediante un agente non
doloso, fatto sì che risulta prodotta la morte
di un uomo. Nella persona di questo determi-
natore (lo "Hintermann") troviamo un compor-
tamento conforme al Tatbestand ed antigiuri-
dico. Se egli agisce anche colpevolmente, esistono
in lui tutti i presupposti per la qualità di
autore (mediato). Questa è anche l'opinione

(1) Lilst-Schmidt pg. 332, 333. Vedi pure: Graetzer op. cit.

del Binding. Però la dottrina dominante è contraria, se questo fosse alla ammissione dell'autore mediato.[1] Il Frank distingue: ~~ammette la qualità di autore mediato nel determinatore~~ ~~solo quando~~ nega non solo la compartecipazione, ma anche l'autore mediato nel suicidio perchè esso non è punibile; ammette però l'autore mediato se non di suicidio si tratti, ma (~~dice~~ mi pare) di autoucisione ~~in quanto~~ nel caso che la vittima-strumento non ~~avesse~~ abbia avuta alcuna volontà di uccidersi.

b) La seconda osservazione consiste nel rilevare 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. «Bisogna riguardare 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'infermiere preparare al malato argento vivo che chiama anche se l'in-

[1] Mezger pg. 426 bis 3; – Von Hippel pg. 442 nota 3;

[1] Mezger pg. 430 – Vedi anche Köhler pg. 511

fermiere agisce negligentemente e sia 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[1] la ammissibilità dello autore mediato. «L'autore mediato – egli scrive – è responsabile per ogni evento da lui dolosamente causato, in quanto concretamente ne sia ~~determinazione~~ causa psichica (Ursachung), cioè un'azione dolosa dell'agente diretta allo stesso evento». E perciò ritiene esistente la qualità di autore mediato: 1°) se lo strumento veramente 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

[1] Von Hippel pg. 473

risulta diretta ad un evento penalmente più grave.
Questo gruppo di casi mi pare (nell'ordine dell'esposizione) parte 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 comunemente compresi in questo gruppo casi in cui la Mittelsperson non può essere punita perchè le mancano particolari requisiti necessari per essere autore del reato quale è configurato nel suo modello legale.
Per es: In un reato che richiede nell'autore una determinata intensione, è strumento doloso chi lo commette (coscientemente e volontariamente) senza avere tale intensione.

≠ Da inserire a pag. 14 –

74

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.

Cantor

15 ~~14~~ 75

~~3.° Quando l'esecutore è uno strumento doloso~~

~~Contrarrea l'annullabilità di un strumento dolo~~

~~Questo uno dei punti più contro~~

~~Primo caso, interna, in questo caso gruppo~~

~~casi in cui la persona che immediatamente agisce non può essere punita non perché ~~una~~ ~~impunità~~ ~~obbligo~~ ~~la capacità di volere e la effettiva~~ ~~capacità~~ ~~di commettere il reato~~, ma perché ~~non~~ può attuarlo ~~in un modo~~ ~~nel suo modello legale~~ perché ~~per~~ ~~per~~ ~~per ragioni diverse~~, ~~non può essere~~ ~~mifisce di tale reato~~ ~~punito~~ ~~autore di~~ ~~Contro lo strumento doloso del reato~~ ~~disumanità e risponde di un reato~~

~~l'questo uno di punti più contro~~ ~~autore~~ ~~mediato~~ ~~in~~ ~~delitto~~ ~~mediato~~

~~imagine o~~

Un primo caso di autore mediato con strumento doloso, però molto discusso, è dovuto alla giurisprudenza della Corte Suprema del Reich ~~e~~ ~~di giuristi~~ seguaci della teoria soggettiva. ~~Questa~~ ~~teoria~~ ~~la~~ ~~distinzione tra qualità di autore e~~ ~~partecipe~~ ~~fondata~~ ~~soggettivi~~ ~~elementi~~ ~~puramente~~ ~~fisici~~ ~~"Poiché~~ ~~tutte le condizione sono equivalenti.~~ ~~e "causa.~~ ~~scrive~~ ~~argomenti~~

(1) Beling pg. 93

Il Beling[1] riportando, ~~e~~ per ~~utilizzabile~~, ~~il punto di~~ ~~fiori di questa teoria~~ – "manchevolezza oggetti Venuente la possibilità di distinguere fra aut

76 re e complice; quindi la differenza può essere 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, questi 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. Però si ritiene inconcepibile un autore mediato senza uno strumento e perciò ~~a colui~~ all'agente immediato, che è punito come complice, si dà il nome di «strumento dolosо» (doloses 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 ha la autonoma volontà di autore e quindi va

[1] Von Hippel pg. 476 nota 6.

considerato soltanto come complice». Dovuta alla applicazione del criterio di distinzione ~~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 dolos.~~ che introduce nella legge un elemento di distinzione pienamente sconosciuto (cioè il motivo dell'agire), sia allo strumento dolos. Non mi addentro in questa questione particolare perchè ~~essa non~~ la disputa fra la teoria soggettiva, la material-oggettiva e la formal oggettiva non ha interesse per lo studioso italiano[1] ~~e mi riserbo di altra parte di trattare sull'argomento dello strumento dolos 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, commette il reato. Si ha qui - secondo Flegenheimer - la nomenclatura del Flegenheimer - uno strumento doloso privo di qualificazione.

(1) Flegenheimer "Das Problem des dolosen Werkzeugs" citato da Pettinati "Indice" pg. 10 / Wetzel

Continua a pag. 80

in cui l'altro agisce conoscendo l'intenzione delittuosa dell'autore, quindi consapevolmente e antigiuridicamente, ma non la autonoma volontà di autore e quindi va considerato soltanto come complice. ».

Molta critica è questa estensione dell'autore mediato fatta dalla giurisprudenza. Essa, ed è in contrasto alle considerazioni di carattere dogmatico sopra esposte, introduce la certa difficoltà soggettiva nel tempo che le è estraneo e non ne ha bisogno. Se la partecipazione punibile 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 maggiore precisione giuridica, il Mezger (2) ritiene, sempre dal punto di vista della teoria oggettiva, che in siffatti casi sia applicabile l'art. 47: il presunto autore mediato e il presunto strumento doloso vanno puniti come coautori, ~~in quanto sarebbe assurdo considerare esistente una determin.~~ 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 Sem pg. 196.

(2) Mezger pg. 428

(1) Blaugen pg. 176

a mio modo di vedere, viene ~~[illegible]~~ entro questo gruppo, ~~[illegible]~~ qualificato dallo ~~[illegible]~~ strumento doloso. I casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato ~~[illegible]~~ perché la persona immediatamente agente ha a suo favore una ragione personale di esclusione della pena. Caso tipico il reato furto commesso dal figlio a danno del padre. ~~[illegible]~~ Chi che lo determina è considerato autore mediato. e la giurisprudenza. Però la molta parte della dottrina (Mezger) che qui si fa ~~[illegible]~~ far ricorso allo autore mediato. Così il Frank (1): "Senza dubbio non si oppone ~~[illegible]~~ al concetto della ~~[illegible]~~ passione per determinazione il fatto che l'autore sia da ~~[illegible]~~ attribuire una ragione di esclusione della pena, come la qualità di ascendente nel furto. Si può quindi ~~[illegible]~~ giustamente dire che la punibilità dell'istigatore ~~[illegible]~~ richiede la punibilità del fatto principale, non però quella la punibilità dello autore principale."

(1) Frank pg. 117 art. 48 II 2 Vedi anche Beling pg. 91.

Sebbene il Mezger (2) critichi questa concezione come non fondata, e la dice illogica: perché egli ritiene

(2) Mezger pg. 431

che anche a chi ha a suo favore una ragione personale di esclusione della pena manchi la colpevolezza. Certo la soluzione dei delitti su questo punto è dovuta al valore che si dà a siffatte ragioni di esclusione della pena: chi le considera soltanto come ~~[illegible]~~ cause di ~~non~~ mancata punizione per ~~[illegible]~~ motivi diversi dalla assenza della colpevolezza non può ritenere una giusta l'opinione del Frank perché il Codice tedesco ha accolto la forma estremamente accessoria ~~dell'compartecipazione~~ della compartecipazione e non già la forma "piramidale" (denominazioni queste, del Mayer.) Ma di ciò si vedrà ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ nel seguito. (andone di capo)

~~[illegible]~~ lo strumento doloso chi concepì un reato ~~doloso~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]

~~strumento bello pieno di~~ ~~[illegible]~~
Qui l'agente mediato ~~[illegible]~~
~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~
particolare qualità personale richiesta dalla legge.

perciò gli manca

(1) Mezger pg. 482

« Come autori e coautori ~~del delitto~~ proprio-
« rio e il Mezger[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 qual-
« ificata (intraneus) e dall'altro una persona
« non qualificata (extraneus), la prima, poi-
« ché ha concretato l'evento e non può essere
« compartecipe dell'azione del non qualificato
« (complice), deve ~~essere~~ avere la qualità di
« autore mediato, indipendentemente dal fatto
« se prende parte alla esecuzione, o determina
« il non qualificato, o lo coadiuva soltanto. »

(2) Köhler pg. 511, 512, così pure Olshausen pg. 496

Della stessa opinione è il Köhler[2] che fa addurre
un esempio in base all'art. 352 del Cod. Ger.
Tedesco - Autore del ~~delitto~~, in ~~questo~~ reato, di peculato
nella persona di un funzionario ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ può
essere soltanto un notaio. Non il suo contabile.
Se il 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 può essere un compartecipe per
determinazione perché tale si può essere soltanto
se un'altra persona è autore colpevole. Quindi
non è qui autore chi 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~~ offeso dal reato e l'autore ~~del reato~~
(per es: ~~un~~ il rapporto ~~[illegible]~~ di parentela nell'incesto).
Per es. è autore mediato di incesto il padre
che da un passo fa violentare la propria figlia.
Una parte della dottrina ritiene che possa essere
autore mediato non solo l'intraneo che fa com-
mettere 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

l'intraneo agisce ~~dolosamente~~ dolosamente si ha una vera e propria compartecipazione in delitto proprio).
L'esempio comunemente addotto è quello di una donna che si valga di un passo per fare violentare un'altra donna. ~~Il delitto della Nötzucht~~

Nota. ~~L'autore~~ L'autore mediato nel delitto di violenza carnale (Nötzucht) è ammesso anche da quegli autori che sono contrarii alla estensione della ~~possibilità di essere~~ qualità di autore mediato ~~ai 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: « Il punito con carcere duro chi, mediante violenza o minaccia di un imminente pericolo per la vita o l'incolumità 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 passo a commettere il delitto della Nötzucht su di un'altra donna.
Invero la Nötzucht non è nè un ~~delitto~~ reato proprio, nè un ~~reato~~ delitto di sola attività (Eigrkeitsdelikte), una

(1) Mayer pag. 377 Note 3 —

(2) Frank pag. 106 Frage ammessa all'art. 177 — ~~Hdwörterbuch~~ Oldenburg pag.

fuy. della nota un delitto di evento ».
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 ~~ist~~ determina un pubblico ufficiale alla commissione di un delitto di evento a danno della truffa (del passo stesso).
Ritroviamo su questo argomento nel seguente passaggio: per ora accenno al fatto che la migliore dottrina[1] ritiene che l'estraneo possa essere soltanto strumento, ~~mentre~~ e invece l'intraneo ~~può~~ possa essere autore sia immediato, sia mediato del delitto proprio.
Non mancano, d'altra parte, giuristi[2] i quali negano l'ammissibilità dell'autore mediato nei delitti proprii e ritengono si ~~possa~~ debba fare appello per la punizione di chi si vale del non qualificato, ~~a~~ ad una acuta ed intelligente interpretazione delle norme legali. Per es.: l'impiegato che fa compiere dal non impiegato una falsa documentazione andrebbe punito per una antigiuridica omissione in quanto non ha impedito il verificarsi di una ~~antigiuridica omissione~~ falsa documentazione.

(1) Vedi: Hoffman op. cit.; Olshausen pag. 198; Mayer pag. 377 nota 3; List-Schmidt pag. 330-331 Leipzig 1927

(2) Così il Frank in edizioni anteriori al 1929. Tra i seguaci: il Mittermayer; il Berling; il Hegler; il Wachenfeld; il von Bar; ecc. 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 coadiuva. Quest'ultimo è autore mediato, l'agente immediato è uno "strumento doloso" privo di intensione, secondo la denominazione del Flugenheimer. ‡

Questi casi il Mezger (1) li qualifica dal fatto che la Mittelperson, pur agendo antigiuridicamente, non ha però la antigiuridicità conforme al Tatbestand, non attua il Tatbestand, perché ~~le~~ particolari elementi soggettivi ~~del~~ che hanno uno speciale rilievo nel modello legale ~~Tatbestand~~ 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. 189; ecc.) e i delitti intensionali (Absichtsdelikte). Si intende che se la "Mittelperson" deve ignorare la "tendenza" o "l'intensione" esistente nell'altro ‡

(1) Mezger pg. 427, 428

‡ Vedi pag. 15 retro. —

~~al~~ chi, se ne avesse conoscenza, ~~non sarebbe più~~ assumerebbe la ~~la~~ qualità di autore e non sarebbe più "strumento doloso". (2)

(1) Sull'argomento vedi: Von Liszt edz. (1914); Köhler pg. 511; Mayer pg. 379; Von Hippel pg. 473, 474; Lizt-Schmidt pg. 332.

(2) Wachenfeld: "Mittelbare Täterschaft und dolloses Werkzeug". Vedi Rabel pg. 107 quando ~~quando~~ - Vedi anche Frank pg. 105, 106.

(3) Beling pg. 31

Non si creda però che sia pacifica, almeno in linea di principio, la ammissione dello ~~figura~~ "strumento doloso".

Contro di esso, ad esempio, il Wachenfeld (2) 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 spezza 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 aiuto e propria compartecipazione.

Anche il Beling (3) è contrario

allo strumento doloso. « Lo strumento doloso - ~~stesso~~ - dimostra la sua insopprimibilità perché determina in modo l'esistenza di una personalità nell'agente: la ammette ("doloso") e la nega ("strumento"). »[1] Ritiene, però, che si possa escludere anche senza ricorrere (come invece il Wachenfeld) al concetto dell'intervenzione del nesso causale: ~~A~~ basta interpretare rettamente le ~~singole~~ fattispecie legali di reati. Non si deve però credere che la negazione dell'autore mediato con strumento doloso comporti 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 ricongiungere la impossibilità di punire, in ossequio al principio cardine "nullum crimen sine lege". Così quando, in reati che richiedono nell'autore determinate strettamente personali, da due persone concorrenti ~~nella produzione~~ nessuna realizza in sé, insieme, sia tali elementi, sia gli altri inerenti alla

(1) Beling pg. 34

qualità di autore. « Se, per esempio, A ha determinato B (~~autore~~ pienamente ~~imputabile~~ capace) a prendere una cosa altrui con l'intenzione di portarla ad A che se ne voleva appropriare illecitamente, B non è ladro (autore principale 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 egli, ma B, ha compiuto l'azione conforme al fatto bestand. ».

~~Quindi completo non punibilità: fuori della dottrina dell'autore mediato.~~

(1) Tomandy 2 Mirdel. Ettore Pettinf.

Alla opinione negativa del Wachenfeld e in difesa dello strumento doloso (su opposizione) vanno ricordate le argomentazioni dello Schmidt[1] che ~~nega~~ egli, ~~nega~~ fu seguendo seguace della teoria oggettiva, riconosce ~~giust~~ la possibilità di uno strumento doloso, che, come si è detto all'inizio di questo paragrafo, è principalmente ammesso dai seguaci della teoria soggettiva. Al Wachenfeld ritiene ~~che~~ che l'azione dolosa di una persona intervenuta

il nesso causale, lo Schmidt oppone che bisogna determinare il concetto del dolo a 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, quindi, che pensano che nell'agire libero è ineseparabile dello strumento doloso si conferisce 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 della volontà del soggetto agente alla 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 alla persona qualificata.

Lo Schmidt quindi ammette sia lo strumento passivo, sia lo strumento doloso. La sua concezione dell'autore mediato ~~si estende a~~ tutti i reati.

Ma vuol porre maggiormente ed esporre l'interessante e dibattuto problema dei limiti dell'autore mediato.

(1) 2121 Schmidt pg. 331

4°) Limiti dell'ammissibilità dello autore mediato.

Invero quasi tutti gli autori ritengono che non debbano essere esclusi dalla compartecipazione mediata dei reati proprii, ~~sia autori proprii di~~ quei diritti che concettualmente ammettono dapertutto la figura dell'autore mediato (per esempio il Graetzer, ~~Foltzer l'ha accolta~~ il Gerhard Schmidt), altri si contrappongono ~~altri~~ che sono favorevoli a più o meno ampie restrizioni. ~~Questi ultimi hanno raggruppato~~ ~~in parte queste restrizioni~~ ~~Alcuni di questi~~ Vengono derivate dal diritto positivo, ~~fatto~~ ~~con~~ ~~e~~ ~~esclusa~~ ~~dell'~~ autore mediato nel delitto di falso giuramento (art. 151) per ~~esistente~~ all'esistenza dell'art. 160 del Cod. Pen. Ital. che espressamente ~~[illegible]~~ punisce ~~come~~ "chi induce un altro alla prestazione di un falso giuramento"; e del pari ~~è escluso~~ ~~dell'~~ autore mediato nel delitto di falso documento ~~[illegible]~~ commesso da un pubblico ufficiale (art. 168) ~~[illegible]~~ grazie all'esistenza dell'art. 247 ~~che~~ ~~che~~ appositamente configura e punisce quale reato

la induzione di un impiegato, che non agisca col necessario dolo, a compilare una falsa documentazione. ~~Occupando il principio della Unzurechnungsfähigkeit~~ ~~Unzurechnungsfähigkeit~~ ~~è seguito il Geßler (Geßler-Haftung)~~ ~~il Geßler~~ (1) ~~afferma che queste opinioni sono contrarie ai principi generali ed ingiuste e lo secondo la sua definizione~~

(1) Geßler op. cit. pg. 57

Altre restrizioni invece sono formulate dagli autori in base a principi di ordine generale. ~~Ora la dottrina non dissente: a me pare sia opportuno un accenno ad esse affinché meglio più completi risultati. Il quadro, sia quest'ultimo, delle dottrine dell'autore mediato.~~

Di una prima e notevole restrizione alla amplissima capacità dell'autore mediato è implicita nelle opinioni di coloro che negano la strumentabilità di uno strumento doloso.

Un'altra, molto importante, è affermata da quei giuristi che ritengono ~~[illegible]~~ impossibile la qualità di autore mediato quando la persona mediata agisce antigiuridicamente.

~~Si intende che qui trattasi dell'~~ antigiuridicità, cioè ~~della~~ la contraddizione tra il fatto rispondente al modello astratto della legge e l'ordinamento giuridico. ~~Questa contraddizione~~ Tende a mancare se una data norma permette o comanda ~~un~~ un fatto che un'altra norma generale incriminatrice vorrebbe punito. Si domanda, adunque: può aversi la figura dell'autore mediato quando l'agente immediato non ~~compie un fatto ognitto~~ agisce antigiuridicamente?

Il von Hippel (1) dà a questo quesito una risposta affermativa. Nei casi rari - egli dichiara, una fattispecie possibile quella in cui ~~l'incapace~~ la Mittelperson agisce conforme al diritto. ~~Nei casi~~ Può certo sostenersi una compartecipazione ~~se~~ dal momento che per questa è richiesto un fatto principale punibile, e bisogna ricorrere all'autore mediato per evitare lacune ed ingiuste casi di non punibilità. ~~che non~~ Così se l'autore mediato intenzionalmente produce uno stato di pericolo (legittimo

(1) von Hippel pg. 471, 472

una difesa, stato di necessità) affinché chi
fosse in pericolo leda una terza persona
per la propria salvezza. Ciò nell'ordine del-
l'assenza antigiuridicità che l'inferiore agisca
in buona fede e quindi, per la sua persona,
lecitamente. Del pari nella delega mda
zione di ordine di un pubblico ufficiale affin-
ché questi, dal suo punto di vista in adem-
pimento del proprio dovere e quindi oggetti-
vamente in conformità al diritto, violi interessi
protetti di terze persone. (Per es.: perquisizioni
della libertà ingannando un funzionario
sull'esistenza dei presupposti per l'arresto
di una persona).

(1) Domandare a Marchiò

Anche lo Hegler (1) ritiene si possa rispondere
affermativamente al quesito indicato. Egli
ritiene che affiancare la sua teoria della
preponderanza (di cui ho già detto a pag. 88),
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 per la colpevolezza e l'illecitità del fatto. Ne deriva che si possa avere casi di autore mediato anche se l'uomo mediato
persona una azione antigiuridicamente, pur
che antigiuridica sia l'operato di chi la determina o la coadiuva. A sostegno della sua tesi
Hegler adduce tre esempi di casi in cui l'autore mediato, ma non un agire antigiuridico dello strumento.
1°) Quando l'autore mediato abbia posto
in istato di necessità (Notstand)
o di costrizione (Nötigung). 2°) Quando
abbia agito in istato
di legittima difesa. L'esempio di
Hegler è il caso furto di Guglielmo Tell, dalla mirac
ciata mela di suo figlio.
Hegler un dando
contro il suo posto nella testa di suo figlio.
Le azioni
Hegler scrive
antigiuridicamente e
naturalmente prodotte al
Hegler autore mediato.
Quando la persona

nare la colpevolezza, sia anche l'illiceità del fatto.

~~Meritano un cenno~~ Per es.: è giustificata dalla legittima difesa. ~~e dall'aver agito in stato di~~ ~~(Hirschfeld, Notstand art. 122 del Cod. Cir.)~~. ~~Secondo~~ ~~[illegible]~~ Per esempio: Tizio, volendo uccidere Caio, lo determina ad aggredire armato di coltello, ~~un altra persona~~ Primo, la cui Primo è buon tiratore e porta seco la rivoltella: in stato di legittima difesa egli si difenderà ed ucciderà Caio, così come Primo vuole. (Hegler ~~[illegible]~~ qui ~~un omicidio di cui~~ Primo è l'autore mediato dell'omicidio in persona di Caio, omicidio commesso valendosi di una Mittelsperson che certo non agisce antigiuridicamente. giustamente

Contro questa costruzione dello Hegler, il Bettiol[1] obietta che Tizio, il quale spinge Primo ad aggredire, ~~[illegible]~~ affinchè questi, legittimamente difendendosi, lo uccida, non può essere

(1) Bettiol "ordine" pg. 117

chiamato a rispondere come autore mediato dell'uccisione di ~~Secondo~~ Caio, ma deve rispondere solo di istigazione al tentato omicidio. Quello che ~~Tizio~~ Tizio ha realmente voluto e cagionato è la violenza ingiusta in danno di ~~Secondo~~ Primo, ma la morte di ~~Secondo~~ Caio che, sebbene decisa, giace fuori dell'efficienza causale dello atto di istigazione, il quale si indirizza a far sorgere in ~~Secondo~~ Caio la decisione di aggredire ingiustamente ~~Primo~~ Primo.»

(1) Mezger. "Mittelbare Täterschaft" domandare a Nicola

Sostanzialmente analoga è la critica che fa il Mezger[1]: come già Hegler nell'episodio famoso di Guglielmo Tell, così qui Primo dovrà difendersi per avere creato uno stato di pericolo. Non si può estendere l'concetto di autore mediato oltre i limiti ~~di~~ all'infinito e particolarmente oltre la diretta influenza sullo strumento. Anche se Secondo è un fatto ~~[illegible]~~ non può mai configurarsi

È interessante la critica del Mezger[1]! Egli ritiene impossibile ~~di configurare~~ configurare nell'esempio in esame una commissione mediata dell'omicidio in danno

di Caio Secundus, attraverso Lucrezio Tertius che legittimamente si difende. Non è mai possibile che sia strumento una persona che agisce lecitamente. Qualora si allorquando all'insulto di Caio ~~la figura~~ dello autore mediato si lo si ritenga esistente altera iaos in cui è direttamente il rapporto fra lo strumento e colui che lo determina o lo coadiuva. * Quindi ~~[illegible]~~ si possono considerare ~~due di~~ ~~[illegible]~~ diverse situazioni giuridiche: che Secundus sia una persona normale o sia un incapace. Nel caso che sia una persona normale la capace si lasci determinare ad aggredire un altro e da ciò ~~[illegible]~~ la morte di Titio imputet! Titio è imputabile. Nel caso, invece, che Caio sia un fanciullo o persona che si trova in errore sulla legittimità del suo assalto contro Lucrezio Tertius Titio coscientemente sacrifica un innocente. E qui egli va considerato è punito come autore immediato: non è il caso di ricorrere ad una figura di autore mediato. Caio, nella produzione ~~[illegible]~~, cioè di legittima difesa,

* Si potrebbe però ripugnare che si tratti di un caso in cui lo strumento è contrapposto ~~[illegible]~~ all'offeso ~~[illegible]~~. Qui Caio ~~[illegible]~~ determina Caio ~~[illegible]~~ a fare ~~[illegible]~~ di Lucrezio ~~[illegible]~~ in stato di legittima difesa. A questo punto osserva il Mezger.

che ha causato, conoscendo e prevedendo le conseguenze, volontariamente, assunto queste conseguenze, la morte di Caio incolpevole senza che, come nel caso precedente, la libera volontà di Caio escluda la punibilità. Quindi Titio si affida caso è autore immediato della uccisione di Caio fanciullo, o vergente in errore. Non è il caso di una figura di autore mediato ~~[illegible]~~ quando Lucrezio che agisce lecitamente. (1)

Nota — (1) Al concetto della produzione di uno stato di pericolo ricorre anche il Mezger per giustificare la punibilità di Gerber nell'esempio del primo gruppo di casi. In essi però egli ammette la figura dell'autore mediato in quanto ritiene la dolo correttamente ritenuti, lo stato di necessità e la Nötigung ritenute come ragioni di esclusione della colpevolezza.

fine della nota

~~[illegible]~~ Nel terzo gruppo di esempi il Gerber adduce casi in cui lo strumento agisce antigiuridicamente ma è contrapposto ~~[illegible]~~ mentre l'offeso dal reato. Tre esempi: A induce dolosamente il figlio C ad uccidere.

2°) Indurre l'affrancdito C, sottoposto alla sua sorveglianza, a mangiare un pezzo di salsiccia non fritto. 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, essa appartiene allo stesso C. ~~3°) A indurre taluno da lontano il passo C ad uccidersi~~

Anche qui l'originalità del Mezger è interessante sia per le discussioni fatte alla teoria dello Hegler sia perchè dimostra le complicazioni a cui va incontro la dottrina dell'autore mediato.

~~Nel caso di Mezger - così come nel II caso~~ Nel primo caso, il Mezger si rifà al dettato degli articoli 211 e 168 del Codice Penale, i quali puniscono l'omicidio. Il comune significato che essi ~~riguardano~~ ~~intendono~~ nell'espressione "chi uccide un uomo" intendono dire: "chi uccide un altro uomo" ~~diverso da sè stesso, "un altro uomo"~~ e pertanto è escluso che il suicidio sia da essi previsto. Nè esso è punito da alcun'altra norma. Pertanto

~~se la omicidio quando~~ chi ha ~~colui~~ determinato o coadiuvato un altro nel suicidio è impunibile, poichè non ha ucciso un altro uomo, non ha cioè commesso un'azione che risponda alla fattispecie astratta degli articoli 211 e 168. Però ciò vale se ~~l'uccisio~~ ~~la persona~~ il suicida fino all'ultimo momento aveva la libera decisione "sulla morte o la vita e quindi se egli, capace e responsabile, ha voluto effettivamente uccidersi. Nel caso, invece del passo C, ~~ed~~ ~~ora~~ ~~ancora~~ il Mezger - tale decisione è mancata, nè può dirsi che egli per sè abbia agito attraverso il Tatbestand. a Questo non è vero. La sua azione (il suicidio) è una parte essenziale di tale azione di A che è conforme al Tatbestand dell'omicidio. La cosa principale è in siffatti casi l'intero ~~svolgimento~~ svolgimento (Gesamtvorgang). Le singole parti di questo intero ~~svolgimento~~ ~~che~~ ~~si~~ corrispondono ~~alla fattispecie~~ al modello legale, sono, come parti della attuazione di un Tatbestand, antigiuridiche". Quindi non esiste un caso

di autore mediato con Mittelspersonen agente lecitamente. Analogamente il Mezger osserva che nel secondo e nel terzo degli esempi su riferiti non debba parlarsi di autore mediato. Se si tien presente l'intero ~~svolgimento~~ accadimento, ~~indivisibile nelle sue parti~~, A non è ~~autore in~~ causatore 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 conforme al fattispecie del modello ~~di~~ reato previsto nell'art. 303 (Cod. Pen. Ced.): distruzione di cosa altrui. —

Queste critiche del Mezger non sono totalmente accettabili soprattutto perchè riferite ad una nozione "estensiva del concetto di autore, che, ~~con il Thomas~~ finisce ed distruggere gli stessi modelli dei reati quali sono posti dalla legge, ~~che~~ ~~un fare~~ fuorviante credo valgano a dimostrare l'artificiosità dell'opinione dell'Hegler."(1) Per un criterio ~~chiaro~~ più giusto di ~~fondare sta completamente negativo, come dicevo~~

(1) Per una ampia critica vedi Rodriguez Devesa, pg. 115-116

~~Ff~~ ~~addirittura dalla complicità per seguito interno alla comm. di~~ che si della

(1) Mezger: Strafrecht pg. 426 vedi nella stessa Hoffner op. cit.

fatto mente compatire col Mezger allorchè affermò a lecitamente la ~~forma mediata~~ Mittelsperson deve agire illecitamente; perchè, dove agisca lecitamente, non può servire ad un altro per la commissione di un reato. ~~Tuttavia~~ Per l'affermazione di questo principio mi dà un'impressione di inutilità, ~~che~~ giacchè la considero un puntellamento di un edificio che per ben più gravi debolezze è destinato a crollare. Ma di ciò in seguito.

Ora intendo brevemente accennare ~~accenni~~ a completamento dell'esposizione, fra ~~tradizionale~~ dottrina dell'autore mediato, ~~alle~~ ad altre restrizioni che dagli autori vengono poste alla concettuale ammissibilità dell'autore mediato. ~~Il principio~~ ~~Atanis~~ ~~In~~ Soprattutto ~~dagli~~ principalmente si ~~autori~~ che ~~non~~ ~~possa essere autore mediato per~~ contengono ~~un giusto~~ ~~la ammissibilità dell'autore mediato~~ la ammissibilità della configurazione mediata di della sempre considerare se il presunto autore mediato avrebbe potuto commettere lo stesso reato in qua-

(1) Alhausen pag. 136 vedi anche: ~~Kollmann~~ 512 ~~I~~

lità di autore immediato. «La qualità di autore mediato – scrive l'Alhausen[1] – non è concepibile in tutti i casi in cui l'autore intellettuale non avrebbe potuto realizzare egli stesso immediatamente il fattestimo, per difetto di qualità o rapporti necessari» per es.: ~~la qualità di uomo nel delitto di violenza~~ ciò ha particolarmente importanza ~~per l'autore mediato~~ in relazione ai ~~reati~~ delitti propri.

(1) Höffner op. cit.

In questo ordine di idee lo Höffner[1] pone un principio generale: nega la possibilità dell'autore mediato dovunque ~~ove~~ si ~~potrebbe~~ possa sussumere ~~l'autore mediato solo~~ colui che determina ~~lo che cadrà~~ ~~sotto~~ sotto la definizione legale del reato e quando non si possa contestare su lui la qualità di autore.

Applicando questo principio egli ritiene che non possa essere autore mediato ~~estraneo~~ nei delitti propri perché una azione illecitamente in qualsiasi modo una norma che non a lui si dirige ma ad altro.

Altre limitazioni all'ammissibilità dell'autore mediato ~~deduce~~ vengono fatte dal concetto della azione tipica.

(1) Höffner op. cit.

Così l'Höffner[1] ~~esclude~~ ritiene escludano la possibilità dell'autore mediato a quelle azioni il cui ~~dove~~ l'evento consiste nella produzione di un rapporto specialmente di un contatto fra l'agente ed una altra persona o una cosa ~~(a questo gruppo appartiene la maggior parte dei~~ e così esclude dalla compatibilità mediata la maggior parte dei delitti contro la moralità fra cui la Notzucht (la violenza per lo speciale delitto dell'art. 197);

b) le azioni consistenti in una dichiarazione su di un fatto proprio o su altra cosa che riguarda la persona stessa del dichiarante. (~~Esclusione~~ è incluso quindi ~~dell'~~ autore mediato nel falso giuramento)

c) le azioni che presuppongono una certa qualità ~~fisica~~ nella persona agente

d) le azioni, infine, la cui esecuzione si riferisce a concetti concreti (per es. cavalcare, guidare, pedalare, ecc.).

Pretendono espunte le limitazioni alla ammissibilità dell'autore mediato, il Köhler[1] scrivendo: "Il determinatore che si serve di un'altra persona per la esecuzione del reato non può essere detto autore mediato: "se gli manca le particolari qualità richieste dalla legge per essere autore; o se, secondo il significato di una determinata norma, essere autore può essere considerato chi esegue materialmente; e formalmente se l'azione, a chi è stato determinato, personalmente non è vietata." Segnare marcia

Oltre mi indugio più oltre su questo argomento che presenta poco interesse per lo studioso italiano, come ritiene il Liszt-Schmidt[1], la migliore delimitazione della ammissibilità va fatta caso per caso interpretando le fattispecie dei reati. Quasi sempre è vero che una sola persona esegue il reato.

Il principio di ammissibilità, sempre che si voglia rimanere nell'ambito della legalità, non estenderà la qualità di autore mediato oltre i limiti che potrebbe la qualità di autore immediato.

[1] Köhler pg. 512 Vedi anche il Beling op. cit. che parla di "elementi fisicamente personali"

[1] Liszt-Schmidt pg. 334 Del problema dei limiti da porre all'ammissibilità dell'autore mediato,

Le limitazioni che molti giuristi, da parte di autori diversi, si sforzano di porre alla ammissibilità dell'autore mediato, tendono a mettere in riconoscimento implicito degli inconvenienti, delle contraddizioni, delle assurdità a cui dà luogo questa costruzione giuridica.

La stessa apparente facilità del principio sopra esposto per il 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.

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

Qui mi sforzo a dare una qualche giustificazione al mio atteggiamento costantemente negativo per quanto riguarda questa costruzione giuridica.

Anzitutto una critica di carattere formale: perché si è di qualche distinguere un "autore mediato". Se si vuol separare l'azione del fare dall'intento, ecc. e quale di una "forza" [illegible] è logico dare un senso da questo punto di vista

Ci si esprime alcune nella particolare critica quella che a noi pare esiste in fondo questa costruzione giuridica

[illegible]

[illegible]

[illegible]

diverso a chi fa assalire il suo nemico da un fianco e a chi lo fa ~~[illegible]~~ dal fianco opposto, ~~[illegible]~~ dal suo capo. "L'unica figura ammissibile dovrebbe essere quella dell'autore immediato."[1] Chi se poi si vuol porre in rilievo nel nome una particolare caratteristica, questa non può ~~essere~~ consistere nella mera sostituzione di una immagine diversa per l'essere umano, fosse anche una bestia, e quella di sfilarsi di frase brute e materiali. ~~Lego~~

Per secondo luogo bisogna notare che, se nei reati materiali, ~~essendo posto~~ data la particolare rilevanza dell'evento, ~~che~~ che in un qualsiasi modo può essere cagionato, la figura dell'autore mediato non dà luogo ad inconvenienti troppo evidenti, non lo stesso può dirsi nei reati formali e in genere per 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."[2] Ho creduto in proposito un'acuta osservazione verso dello Hegel:[3] "Un autore ferocetto inglese

[1] Pettoni: "Diritto penale" pg. 417

[2] Venezian: "Il Cod. Pen. It." pg. 482

[3] Hegel op. cit.

gli scrive — a dire che il Parlamento Inglese tutto è fatto, eccetto che fare di un uomo una donna. "La dottrina dell'autore mediato gli è superiore in questo senso: perchè rende possibile la violenza carnale a danno di una donna commessa da un'altra donna in qualità di autore mediato ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

come autore mediato di un'appropriazione indebita,
« ma fondandosi allora ammettere una mediata com-
« partecipazione del reato e non fondandosi affatto, stan-
« tesi l'assoluta detenzione le regole del con-
« corso, a questo si ammetterebbe: o a lasciare tutto
« punito (come nel caso dell'appropriazione indebita)
« il partecipe che nell'ipotesi dell'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 pri-
« vata nel caso dello stupro violento commesso dal
« passo)».

Volendo ovviare alle ~~debolezze~~ ~~della~~ assurdità della dottrina dell'autore mediato, il Beling (nella sua « Dottrina del Reato) collega alla distinzione fra reati formali e materiali, la nota ~~divisione~~ distinzione fra reati che ~~riflettono~~ e non ~~ammettono~~ l'autore mediato; ~~ammettono~~ ~~solamente~~ ~~quanto~~ ~~solamente~~ ~~collaterale~~ che tra l'azione di un soggetto e l'evento sia interposto l'agire di una persona usata quale strumento. L'evento prodotto dall'

(1) Graetzer op. cit. pg. 57

(2) Beling "Grundzüge" pg. 40

strumento si può attribuire a colui che con la sua azione lo ha messo in moto. A di questa dottrina, la si è già detta, ~~è seguita~~ ~~dal~~ ~~Beling~~; anzi il Graetzer (1) e, di recente, la Bettiol ritengono ammissibile l'autore mediato in tutti i reati. Per sostenere questa opinione si fa appel 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.

Quindi ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ il Bettiol (2) sostiene l'opinione dello Schmidt - aperta ad un frantumamento delle singole fattispecie delittuose con l'accordare al giudice un potere discrezionale troppo ampio in relazione alla responsabilità di comportamenti umani sotto gli astratti modelli di legge. È questo affermare che al legislatore spetta che siano evitati turbamenti nella vita in comune: proprio al fine di evitare questi

« danni sociali egli sfotterà in rari casi quelle
« azioni od omissioni che normalmente l'agente
« compie. Ma con ciò egli sottrae al giudice la facoltà di prendere in considerazione l'antisocialità di una condotta umana che non si adegua perfettamente ad un tipo legale, perchè altrimenti sarebbero sfuggite a fattispecie legali ed il principio "nullum crimen sine lege" sarebbe irrevocabilmente violato. ».

Nelle legislazioni che, come il Codice Germanico e l'abozzo Codice Zanardelli, distinguono la concorrenza delle conflicità e sviluppano una forza minore, la costruzione dell'autore mediato dà luogo a due possibilità ugualmente contrarie all'opportunità pratica e alla giustizia.

Invero: o si ritiene che l'autore mediato sia soltanto "che determina", la stessa persona agente come strumento e, in tal caso, le azioni di complicità sono in relazione ad illeciti commessi da persone non imputabili rimangono

se si esclude il concorso nel caso di un altro principale non imputabile, si perpetrerebbe un effetto ugualmente contrario

impunite; o si considera autore immediato anche chi coadiuva il non imputabile e si costituisce in altra una distinzione che quasi prima facie sembra ricevere alla minore gravità di una violazione della legge in che nella legge, e nella realtà delle cose. Ed è vero tà di che ricorre nella commissione di un reato un altro, ma pure pari, è tra diversa dalla volontà di che del reato nel essere autore, sia pure servendosi di un strumento umano incapace o inesperibile.

soggetto

Si considerino inoltre i casi possibili di errore del fruente autore mediato sulla capacità dell'altro soggetto. Ho già esposto le soluzioni che, secondo Lizst-Schmidt, vanno date a siffatti casi: soluzioni fondate sulla rilevanza dell'errore quando conviene soluzioni giuridiche. Ma c'è da notare che molte volte colui che determina o che coadiuva non è in grado di comprendere la incapacità della persona che immediatamente agisce. Se può fare impressione a favore dell'autore mediato, l'esempio della madre che fa un'arma di mano al suo tenero figlioletto

perché con essa colpisce un'altra persona; può essere più dannosa volare in contrario un altro esempio: quello di una persona che cadesse in adolescenza alla commissione di un reato. Lo è difficilmente può essere accertata, in molti casi, prima del giudizio: ebbene, per tutto lo giorno di differenza in quell'aspettare potrà essere ~~tutto~~ ~~un complice o~~ un autore mediato o invece soltanto un complice nel caso che l'adolescente abbia più di 14 anni e sia giudicato capace di intendere e di volere. Caso, questo, di non indifferenti gravità per quelle legislazioni che differenziano gradualmente pena in corrispondenza del varia forma che la partecipazione.

Ma non basta: lo Hegel[cit] fa notare che la valutazione dell'infermità di mente non è affidata al criterio soggettivo. Lucapace ~~per questo è pericoloso~~ ~~è solo quegli~~ la cui passione ~~sia costituita dal furore~~ ~~sia come morbo, sia come conseguenza~~ ~~incapacità di intendere e di volere~~, e riconosciuta nella pronuncia giudiziale. Nessun rilievo avrà

[cit] Hegel op. cit.

la possibilità soggettiva di ~~[illegible]~~ accertare ~~che~~ ~~[illegible]~~ determinare in una persona normale o invece un infermo di mente alla commissione di un reato?

Si consideri ancora il caso che la persona ~~determinata~~ accertare ~~[illegible]~~ quando fu determinata ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

alcune di critiche che possono muoversi
se fuori queste ragioni contrarie all'ammissibilità dell'autore mediato, affondate nella diversa valutazione penale delle complicità di fronte alla correità, cadono nel nostro diritto che equipara tutte le possibili forme di compartecipazione; ben altre ragioni ~~critiche non permettono~~ ~~ragioni~~ ~~di~~ di essere nettamente contrarie ad ogni ammissibilità dell'autore mediato. Eccole:

1°) La figura dell'autore mediato si fonda su di una finzione. « Contro le finzioni nel diritto penale - scrive lo Hoegel[1] - esistono sempre sempre considerevoli nel senso che esse sono assolutamente non vere ». Rendendosi conto di tale grave debolezza della costruzione giuridica che è oggetto del presente studio, i più moderni giuristi, come ho già avuto modo di esporre, sostituiscono il concetto dell'autore mediato (genere) entro il concetto di autore (genere). Così cercano di sostenere le barcollanti membra dell'uno con le forze vive dell'altro. In questo senso affermato, il Mezger[1] scrive: « La legge non conosce l'espressione

(1) Hoegel op. cit

(1) Mezger Strafrecht pg. 425

« autore mediato » ; anche sicuramente essa può fare 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 sopra riportato sinteticamente le opinioni, distinguere 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 dolosamente quest'ultimi, appunto la disordinata varietà delle opinioni attesta il grave sforzo che si fa sulla realtà per comprimerla entro gli schemi della costruzione dottrinale.

[1] Simmel op. cit.

Che si tratti, adunque, di una finzione, è dimostrato brillantemente dallo Simmel.[1] Questi prende le mosse dalla quistione 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 trovano ragione della loro estensione e prima della conformità ai Tatbestände legali: ~~Esse informano~~ non potrebbero, quindi, essere punite se non intervenissero le norme sulla compartecipazione, le quali estendono ad esse la applicabilità delle sanzioni penali. Per sapere se una azione sia da considerarsi conforme al modello legale, se, cioè, appartenga alla sua sfera interna, bisogna volta per volta interpretare ~~il modello~~ il modello legale del reato. ~~da cui si tratta~~ È ovvio che tale interpretazione non possa essere disgiunta dal vagare della libertà soggettiva del giudice ~~eventualmente~~ eventualmente commenti nel reato.

Ecco, quindi, il lato debole ~~dell'autore~~ della

concezione dell'autore mediato. Lo Simmel addure questo esempio: A ha determinato B a sparare contro X. Agiscono ambedue con dolo. Evidentemente l'azione di B è una azione di esecuzione (~~Ausführungshandlung~~ Ausführungshandlung) ~~che coincide~~ conforme al quella descritta nel tipo astratto del reato (nel caso presente l'omicidio). ~~B ha~~ L'azione di A, invece, è conforme al tipo del reato solo come azione della sfera esterna: e ciò in seguito - come si è detto - alla esistenza delle norme sulla compartecipazione. Se queste non ci fossero, l'azione di A rimarrebbe impunita: ~~perché non potrebbe essere punita~~ perché il Tatbestand dell'omicidio prevede l'uccidere e non il determinare un altro ad uccidere.

Ora, il, per caso, B, l'esecutore, è un irresponsabile, vero in errore come mai sarà punito A quale autore? ~~Il fatto~~ L'azione di A rimane oggettivamente identica. « E forse diventa l'azione di A - si domanda lo Simmel - per la mancanza del dolo di B, in un tal fatto, una azione

forme al Tatbestand, un'azione, cioè, della sua interna rispetto al modello legale? La pretesa di designare l'azione di A come conforme o non al Tatbestand secondo la situazione soggettiva di B, mi sembra strana.

E, in realtà, ~~[illegible]~~ [illegible] l'azione di B come se fosse commessa da A: ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

che, date le norme statuizioni del Codice del Reich, le quali ~~davano alla~~ avevano la compartecipazione una forma estremamente accessoria, sia una necessità legale e politica-criminale quella di ovviare con la figura dell'autore mediato alla lacuna della compartecipazione. Come dice "il Dahm" (1): "L'autore mediato riempie la lacuna della partecipazione. La partecipazione quella che presenta la qualità di autore.".

(1) Chiamato Dahm citato nell'art.

Senonché il ~~fatto~~ ~~concetto dell'autore mediato~~ l'esame del concetto dell'autore mediato, a parte le critiche che gli si possono muovere, ne si prende quel che è più importante, come inutile quando è raffrontato alla nostra legge. La ~~Legge~~ ~~richiede un'azione punibile per l'instaurarsi della compartecipazione.~~

Ma ~~quando~~ se relativamente al nostro Codice ed ai nostri principi giuridici ~~della dottr. dell'autore~~ mediato ~~potrebbe una input construzione dottrinale~~ critica. Sia una ~~elaborazione complessa figura giuridica creata per sfuggire ad inconvenienti pen~~ costruzione dottrinale

la ritengo inammissibile ed inutile.

~~creata per sfuggire ad norme~~ ~~creati dal diritto positivo~~ si possono ~~sforzare~~ avuti di debbono sforzare alla meglio le incertezze e gli stiracchiamenti quando essa risponde ad una necessità creata dallo stesso diritto positivo. Ma quando la legge offre modo di ~~fare~~ agevolmente di sciogliere ogni caso della realtà, ~~solo~~ pratica, solo si conosce ~~ricorrere~~ una creazione, ~~una soluzione~~ dottrinale a che fare sia inutile e dannoso.

Quindi la mia negazione dell'autore mediato ~~non tanto studiare~~ ~~presuppone la dimostrazione~~ richiede ausiliarie che lo dimostri che la figura di ausiliarietà della compartecipazione accolta dal vigente codice ~~fuorviante~~ è ben diversa da quella che, nel codice federale, ha dato vita alla figura dell'autore mediato. In secondo luogo ~~debbo~~ e dottrina penale ~~esaminare~~ i vari casi in cui ~~si~~ ritiene esistente la qualità di autore mediato per ~~dimostrare~~ ~~se possibile~~ ~~sia essi inutile~~ ~~che~~ come si possa ~~fare~~ in base ai principi giuridici che reggono la qualità di autore e il concorso di persone nel reato, fare a meno dell'autore mediato, che giustamente lo Hegel chiama ~~qualifica~~ "mostruosità bruciata fuori dalla storia del diritto penale.".

di autore unico

Parte II ª

Capitolo II º: Il problema della ~~accessorietà della partecipazione~~ natura accessoria del concorso criminoso.

1º) Connessione col problema dell'autore mediato.

(1) Mayer - pag. 391
(2) Dahm rel. "Ordnung"

Prima di passare all'esame critico di taluni casi in cui si pretende costituita 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 connessione «estremamente accessoria» (1) della partecipazione ~~al~~ dal che richiede la commissione di una "Straftat Handlung" ~~di~~ quale presupposto della ammissibilità e della punibilità della partecipazione, è sorta nella dottrina penalistica germanica la figura dell'autore mediato. Sulla necessità di questa costruzione mi basta citare le parole del Dahm (2) «L'autore mediato riempie le lacune della partecipazione, la partecipazione quelle che presenta la qualità di autore.»

In relazione a questo problema troverò modo di esporre il mio modesto modo di pensare: e ciò mi sarà utile sia per la chiarezza del presente lavoro, sia per rendere agevole l'esame della coerenza tra le premesse concettuali e le conclusioni negative sui confronti dell'autore mediato alle quali è mia convinzione che si possa e debba giungere.

Paragrafo I º

~~Cap. I~~

Concetto della accessorietà della compartecipazione

~~27) Un importante Capo fondato di un autore primi~~

~~Che si intende per natura accessoria della compartecipazione?~~

(1) Bettiol: "Concorso" pag. 223
(2) ~~Vedi anche~~ Bettiol "Natura Accessoria" pag. 417

«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 in altro suo scritto (2) meglio precisa:»

125 2

(I) Manzini: Trattato Vol. II pg. 418 — Vedi anche Vannini: Cod. Pen. Ill. pag. 473 Commento art. 110; Saltelli e Romano: Commento pg. 584 N. 343 — Pel Codice abrogato: Majno: Commento pg. 204 N. 340; Crivellari Trattato pg. 600 Vol. I.

«o condizionale 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~~ necessaria dipendenza della considerazione giuridico-penale delle azioni dei partecipi dalla ~~[illegible]~~ rilevanza giuridico-penale dell'azione dell'autore principale è ~~concorde~~ comunemente ~~la~~ 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 Mayer (che a me sembra 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 soggettiva offende la oggettiva, sempre è inegualmente la suddetta dipendenza. Invero si fi-gurione comune che il reato si abbia nei casi che sarebbero benissimo commisurabile da una sola persona: invero nessuna logica è punibile che ti abbia, concorrendo più persone, nel reato una punibilità oltre il limite del principio di esecuzione, cioè oltre i limiti del tentativo, che assume valgono quando il reato è dovuto all'azione di un'sola persona~~

~~In uno modo di vedere, teoricamente,~~ La accessorietà della compartecipazione trova la sua ragion d'essere nella efficacia ~~[illegible]~~ fondamentale del principio di causalità e di quelli che sono i cardini di ogni legislazione penale che meriti 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, scrivea del sviluppo ~~dei fatti~~ delle attività umane, trovanti in relazione causale con l'evento ~~vietato~~ illecito quelle che, per la diretta e

a Presupposto d'ogni forma di compartecipazione delittuosa è ~~[illegible]~~ a un reato (consumato o tentato) sia stato commesso." (II)

(II) Manzini: Trattato Vol. II pg. 418 — Vedi anche Vannini: Cod. Pen. Ill. Reato pg. 117 Commento all'art. 110; Saltelli pg.

(1) Ammessa dalla Estore

(2) Pestrini: Elementi pg. 251

Dei vari autori citati ~~Ciò che effetto [illegible] punibile di citare per [illegible] autorevole [illegible]~~ Il Pestrini (1): «Il concorso al reato richiede, per essere punibile, che il reato stesso avvenga. Egli è indifferente se il reato si avveri sotto la forma di malefizio consumato ovvero se ti rimanga nei confini di delitto criminoso; ma è necessario che il ripetimento del comune sia alcunchè di criminoso in sè stesso e punibile, e non altro, come consato, perchè i vari concorrenti siano considerati e puniti come compartecipi di un reato a tutti comune.» Il relatore al nuovo Codice è riaffermato lo stesso principio: ~~[illegible] indispensabile per la punibilità dell'~~

univoca efficacia, direi "commissione produttiva", non tale cioè, tanto da qualificare ~~come~~ sua altro antigiuridico. 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 alla singole norme della parte speciale del codice, rimarrebbero nascoste nell'ombra del penalmente ~~irrilevante~~ indifferente. Però le norme sul concorso non configurano nuovi tipi di reato e perciò la loro ~~efficacia~~ applicabilità è ~~tutta~~ subordinata all'esistenza di un reato strutturato ~~secondo i due principi fondamentali che ho sopra messo in luce~~ "Nulla poena sine crimine", ~~: occorre la esistenza di un reato almeno costituito~~ come principio di esecuzione, ~~e perciò le norme sul concorso trovano applicazione~~. ~~Ora~~ Il principio di esecuzione ~~fa richiede~~ presuppone un esecutore, un autore principale: è chiara quindi la dipendenza della ~~azione dell'autore principale di quest'ultimo~~ punibilità, e punibilità della compartecipazione dall'azione quest'ultimo.

almeno

(1) Tutto ciò trovo magistralmente espresso in un passo del Vannini e lo riporto anche a costo di incorrere ~~nella noia di~~ in una ripetizione:

Vannini: "Il Codice" pag. 441-442 ~~Vedi anche E. Beling: Grundzüge pag. 89 op. cit.~~

Concetto già espresso dallo stesso autore in "Concetto e contenuto, pg. 104. Nello stesso ordine di idee: Beling Grundzüge pg. 89; Zimmerl op. cit; Bettiol ordine. pg. 104.

"Le norme principali (o norme "madri" come le ha chiamate da noi il Masari), formulano nella loro parte precettiva, "la ipotesi astratta di un fatto costituente la tipica violazione del "bene giuridico dalle norme stesse protetto; offesa, scrive Sud dice, "il modello dei singoli reati: il modello, ad esempio, di quel che è "omicidio, il modello 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 sono "però, le norme principali, le sole norme incriminatrici ~~che esistono~~

«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 dal fa«tto principale, nulladimeno si rifolvono in elementi comuni predet«ti del reato stesso. Sono queste le norme sul concorso di più perso«ne in uno stesso reato; norme generali perchè 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, perchè non rispondente o «inadeguata ~~all~~ a quella definita nella norma principale stessa[1]».

(2) Vedi anche: Vannini "Concetto" pag. 104 Bettiol "Ordine" pag. 104

Senonchè il Codice Vigente ~~non distingue alcuna~~ ha soppresso ogni distinzione tra le ~~partecipazioni tutte le~~ forme di compartecipazione al reato ~~tra~~ morale e materiale, ~~principale e secondaria, necessarie e non necessarie~~; e, ancor più, non parla di "partecipazione" ma di "più persone" ~~che~~ «concorrono nel medesimo reato». Si farà ~~parlare~~ sorgere difficoltà a concepire, in relazione al Codice Rocco ~~di~~ una accessorietà della partecipazione? E, ~~ancor più~~, potrà sia aperto l'adito a dubitare se un ~~di~~ ~~fatto~~ ~~di~~ ~~fare~~ ~~tuo~~ autore principale?

(1) Bettiol "Ordinato" 224 "Lineamenti" pag. 224

«Il succo dell'indagine-tesi di 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 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 seconda, esso serve a disciplinare le relazioni

(1) Tornare indietro al punto dove ha avuto inizio la freccia.

che intervengono tra i concorrenti mantenendo fermo il principio
« dell'unità del reato » In base all'art. 114, prima parte, che ammette
una ~~graduazione~~ valutazione della importanza dell'opera prestata dal singolo partecipe; in base alle espressioni « determinazione » e istigazione » ~~che~~
che compaiono in altri articoli, e ~~presuppongono una distinzione~~ « implicano l'intervento di un autore
~~tra fatti~~ intellettuale e ~~di una~~ distinto dall'autore materiale; e infine ~~considerando~~
~~la~~ dal codice distinzione delle circostanze attenuanti, esimenti ed aggravanti;
il Bettiol ritiene che il nostro codice abbia ~~seguito~~ realizzato la teoria delle
due ipotesi e che ~~di fronte all'~~ perciò risulti riconosciuta la esistenza di un autore principale e quindi
~~l'opera dell'~~ autore principale ~~e quindi riconosciuta~~ ~~tenuta~~ il problema della natura accessoria continua a ~~mantenere~~
~~la sua~~ dunque presentarsi agli studiosi con la caratteristica di una grande importanza. »

Bettiol "Diritto" pag. 44

per il modo in cui

~~Da ciò si può dedurre che la giusta opinione del Bettiol tende a confermare la~~
~~che nella questione proposta dalla~~ nella stessa motivo ~~sulla disciplina~~
~~sancito dal codice Rocco.~~ Questo, a ~~mio avviso~~ è avvenuto è stato
~~tutto per ragioni di politica criminale~~, avendo voluto il legislatore da
distinzioni e gradazioni della compartecipazione nel reato, è stata separatamente ha
determinazione legislativa e di politica criminale
~~uso di fronte alla pena~~ di tutti i concorrenti nel reato
distinguere le norme dalla congerie delle ~~distinzioni~~ questioni esistenti
sul modo e la ragione delle distinzioni tra le varie forme di compartecipazione. Perciò il nostro legislatore ha sancito il principio di uguale
responsabilità penale per tutti indistintamente coloro che siano concorsi
nel reato. Non si procede più alla separazione delle quote di
causalità, dovendosi considerare ciascuna azione associata come
causa indivisibile dell'evento, ma non si prescinde ~~a priori di fatto~~
~~che~~ che sarebbe impossibile, dalla considerazione ~~causale quale~~ delle posizioni
agente di fronte ~~alla sua~~ alla norma violata. Quel concorrente o quei concorrenti che compiono l'azione ~~in~~ tipicamente perdettrice
e della violazione del bene giuridico da quella norma penalmente protetto, meritano
senza dubbio il nome di esecutori, di autori principali. Nessuna considerazione, almeno in via di principio, è possibile sulla loro maggiore o minore efficacia causale, ma non si può prescindere dalla
loro posizione ben diversa da quella di altre persone concorrenti
nello stesso reato.

(4) Saltelli e Romano pag 566 N: 344.

Il Vannini ~~[illegible]~~ prescinde dalla considerazione di un autore principale, ma nella ~~sua~~ sovraferita ~~concezione~~ 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 ~~sua~~ inoltre ~~concezione~~ opinione ~~di~~ qui ~~sta~~ esposta la trovo 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 tuttora di un "autore principale" se pure equiparato nella pena "in astratto" agli altri compartecipi, e che, per la ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, si richieda ~~un~~ da ~~[illegible]~~ di questo autore principale, un principio di esecuzione del reato. —

2° Paragrafo: 3°/ Limiti della accessorietà della partecipazione.

Mentre ~~la~~ comunemente ammessa è la accessorietà della partecipazione, ~~ne sono [illegible]~~ ~~diversi~~ ~~tra~~ variamente intesi nella dottrina e variamente codificati nelle legislazioni sono i limiti di tale ~~accessorietà~~ essa.

La fissazione di questi limiti è molto importante. Dottrinalmente ~~[illegible]~~ ~~Affermata~~ la estensione data alla accessorietà nel Codice Zeduyo, che richiede, per l'intervento della compartecipazione, una "strafbare Handlung", ha detto bastare, come lo si è detto della figura dell'autore mediato.

~~Ho già detto che il Cod. Penale del Perù richiede, per es., nel Art. 48 che la determinazione si sia rivolta a far commettere una "strafbare Handlung": quindi per la punibilità del determinatore si richiede che l'autore principale compia almeno un principio di esecuzione di una azione punibile, ciò di una azione fatto punibile. Tale sarà volta che il fatto commesso dall'autore principale risulti impunibile, si fa ricorso allo qualità mediata di autore mediato.~~

È perciò di grande importanza il quesito: ~~il principio di esecuzione~~ ~~a~~ ~~al~~ principio di esecuzione criminosa, quale significato va attribuito? Dunque, in ~~che~~ quale ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~considerare~~?

~~Bettiol: "Metar.~~ ~~"Il significato che una tale espressione può assumere - scrive il Bettiol - varia a seconda che si considerino certe circostanze~~

Credo ~~sono~~ di dubbio ~~fosse~~ ~~dissi~~ ~~come la giustezza~~ ~~della opinione del B~~ senza altro riconoscere che l'opinione del Bettiol risponda alla realtà.
Personalmente ritengo inoltre che egli ~~tenti~~ con ferma proprio nella ragione di tecnica legislativa ~~che la trae il legislatore~~ in base alla quale il legislatore ha creduto opportuno ~~[illegible]~~ affermare "il principio della uguaglianza responsabilità penale per tutti coloro che siano concorsi nel reato" (1). Invero il nostro legislatore ha ~~[illegible]~~ voluto "cioè" troncare sul nascere il groviglio delle questioni collegate alla ~~[illegible]~~ ~~di una differenziazione 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. E su questo appunto 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.

(1) Saltelli e Romano pg. 366 N. 344

Non si procede quindi fino alla distruzione od alla sola
trasmissione delle quote di complicità "dovendosi considera-
re ciascuna azione ~~[illegible]~~ attribuita come causa indivi-
sibile dell'evento", ma non si prescinde dalla
considerazione della diversa portata delle attività
dei singoli partecipi di fronte alla norma incri-
minatrice. Colui al quale si deve ascrivere la
tipica azione contraria al precetto penale, è l'esecu-
tore, l'autore principale: equiparato agli altri esecutori nella pena,
ma non confondibile con essi. ~~[illegible]~~

(v. Pallotti e Romano p. 566 N. 344)

Mentre è comunemente ammessa la accessorietà
della partecipazione, si sono variamente ~~[illegible]~~
~~nella dottrina~~ fatte ~~[illegible]~~ nelle opinioni dottri-
nali e nelle norme legali: ~~[illegible]~~
La fissazione però, di essi è molto importante
si ricordi che proprio della ~~[illegible]~~ estensione data
alla accessorietà nel Codice Zanardelli ha avuto ori-
gine la figura dell'autore mediato.
La questione qui si presenta nei seguenti termini:
il principio di esecuzione da parte dell'autore prin-
cipale, perseguito per l'instaurarsi della compartecipa-
zione, in che deve consistere? La legge parla di
"reato", ma è facile notare che la nozione di
reato, non ha una ~~uniforme~~ minuziosa e indiscutibile estensione. Ricorde-
rò per esempio che ~~secondo l'opinione di~~ alcuni giuristi
ritengono che "tutte le volte che la pena non sia
applicabile il fatto così di costituire un reato, per
potendo contenutalmente costituire un illecito civile
e amministrativo." ~~Ciò avviene ad esempio~~ ~~[illegible]~~
~~[illegible]~~ Il caso tipico si avrebbe nel ~~[illegible]~~ reato fatto in
furto commesso dal figlio in danno del padre: l'immunità

(v. Rossi Parti - pg. 7 bis)

In tale caso ~~qui non reato~~ quel principio di esclusione criminosa necessario per l'~~instaurarsi~~ amministrativi e punitivo della compartecipazione.

S'dunque aperto l'adito a diverse concezioni sulla estensione della difendibilità della partecipazione dall'attività dell'autore principale.

O meglio, in che essa deve consistere?

Il Codice parla di reato in sè

~~Se è collegato, quindi alla notizia~~

~~Se che essa deve essere? Invero diverso~~

~~valore può darsi che~~ deve consistere in elementi di Senza dubbio ~~che principio di esclusione deve sussistere~~ criminosa ~~nel reato~~: altrimenti non si tratterebbe di concorso di persone in un reato. ~~compartecipazione criminosa~~ Ma del reato dovrà poi essere l'estensione. Per esempio ~~alcuni giuristi~~ (1) ritengono che ~~manchi il reato quando~~ non sia applicabile il fatto agli di costituire un reato, pur potendo eventualmente 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'instaurarsi della compartecipazione. Se si considera poi che il reato è un fatto antigiuridico e colpevole, si vede quanto facilmente si possa dare

c1) ~~Dato~~: Questo è, ad esempio, l'opinione del Massari. Corrente alla sua concezione che presupposti generali del reato siano: l'esistenza di un precetto penalmente sanzionato e l'esistenza di una sanzione penale, esprimendo in incoercibile "che un fatto possa sorgere a reato se manchi la sanzione. ~~Si osserva in contrario - egli scrive in "Dottrine Generali" pg. 65-66 - che in alcuni casi, come nel furto da parte di un figliuolo (art 433 C.P.)~~

... "~~tutte le volte che la pena non sia applicabile il fatto cessa di costituire un reato, pur potendo eventualmente costituire un illecito civile o amministrativo~~

Massari: 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 Massari, vedi Delitto e fatto nella teoria gen. del reato pg. 82 e sgg.

~~(e) Così il Manzini~~.

superficiali alla nozione di reato. Per coloro[1] i quali richiedono la punibilità in concreto affinchè un fatto assurga alla qualifica di reato, non potremo trovarci di fronte ad un rifiuto di esecuzione criminosa del furto tra prossimi congiunti, 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 prospettato c'è una esecuzione criminosa e, conseguentemente, è ammissibile una partecipazione ... ~~in tutte le forme~~ Ne deriva che, considerando ~~sia~~ la maggiore o minore comprensibilità 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.

~~Sua punibile~~

4°) La graduazione della accessorietà secondo il Mayer.

La "dipendenza dalla azione dell'autore (Tätterhandlung) - 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 mischiando le argomentazioni altrui. Questa confusione ne deriva dal fatto che non si è considerata la possibilità di una graduazione, la quale, invece, è essenziale in 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). Eccole:

a) ~~Una~~ forma "minimamente accessoria": la punibilità del compartecipe dipende dal fatto che l'autore abbia realizzato

[1] Mayer pag. 390, 391

Il Mayer[1] volendo ovviare alla confusione dominante entro la dottrina della accessorietà e considerando che la graduazione è essenziale nel fenomeno di ogni dipendenza

Quindi la questione della ~~[illegible]~~ sussistenza della accessorietà nasce più forse per le qualità personali

un Tatbestand oggettivo, cioè la fattispecie di un reato prescindendo da ogni considerazione sull'esistenza o meno della colpa, forma ritiene ~~dice~~ 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. Più che dagli artt. 48 e 49, il Mayer, dall'art. 50 del Codice Penale Germanico deduce che questo abbia adottato la ~~questa~~ forma estremamente accessoria della compartecipazione. Egli critica la disciplina del Codice; ma solo parzialmente, perchè considera come si è visto la figura dell'autore mediato e solo lamenta che debba ritenersi ~~rappresentata~~ la coadiuvazione esplicata ~~prestata~~ a favore di un ~~quando l'autore principale sia un colpevole~~ non imputabile.

d) La forma «iperaccessoria»: la punibilità del compartecipe dipende anche dalle qualità personali dell'autore «cioè le circostanze che aumentano 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 il cui disposto ho già riferito nel capitolo II).~~

Zimmerl "Prem. pri."

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 avere

restringe la interpretazione estensiva come quella che finisce col distruggere gli stessi Tatbestände, "~~tal~~ producendo" una distruzione dello "intero sistema penale" saldamente fondato sul principio "nullum crimen sine lege". La teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände ~~considera~~ considera i modelli legali come fatti in modo che comprendono soltanto l'azione dell'autore, non quella dei compartecipi. Queste, come azioni della sola esterna, sarebbero fuori dei Tatbestände e, per mancanza di conformità ai Tatbestände (quella 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 sussumibili sotto i modelli fissati dalla legge. Queste speciali norme sono affinate quelle sul concetto, che Mayer chiama "ragioni di estensione della punibilità" e che Simmerl vorrebbe chiamare "ragioni di estensione del Tatbestand", poiché, per mezzo di queste norme, viene esteso il Tatbestand speciale, che comprende solo le azioni di autore, anche ad azioni della sola esterna". In base a questa teoria, lo Simmerl ritiene "chiara" una certa dipendenza dal fatto principale. ~~Quindi egli avanza quattro concessioni della accessorietà~~ a) "Si potrebbe in primo luogo "concepire la accessorietà soltanto nel senso che ~~dovrebbe~~ debba "essere realizzato, totalmente o parzialmente, un fatto principale "antigiuridico, per poter punire i compartecipi, dato che siano "colpevoli." In questo modo basterebbe ~~un~~ ~~sul~~ fatto principale ~~di una qualsiasi antigiuridicità~~ qualificato come illecito dal contrasto con una norma giuridica qualsiasi: si potrebbe avere compartecipazione anche in un illecito civile. Giustamente però lo Simmerl respinge questa concessione in quanto manca la antigiuridicità ~~di fronte al diritto~~ penale: invero solo particolari azioni il legislatore ha creduto di vietare mediante la sanzione penale ~~configurandole~~ tipicizzandole per modo

"~~Simmerl~~ "Anche lo Simmerl, in base alla ~~dottrina~~ teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände, ritiene evidente una certa dipendenza della compartecipazione dal fatto principale. Egli formula quattro concessioni della accessorietà."

"Simmerl op. cit.

e solo di questo la relazione ad esse può avere compartecipazione rimanendo

legali. b) Una seconda costruzione è possibile: richiedere come fatto principale una azione antigiuridica e conforme ad un Tatbestand. È la concezione accolta dal Codice Austriaco e ritenuta migliore dal Mayer e da molti altri giuristi tedeschi di lege ferenda. c) La terza costruzione è quella del Codice Tedesco: per la punibilità dei compartecipi è necessaria una azione principale antigiuridica, conforme ad un tipo di reato Tatbestand e per di più colpevole. Lo Zimmerl ~~ritiene che~~ ritiene che l'accoglimento di questa costruzione o di una delle precedenti dipende dalla diversa concezione che si può avere della compartecipazione: se si intende la partecipazione come un concorso nella colpevolezza (Mitschuld) o un semplice prendere 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 disobbedienza, ma la influenza di questa diversa gravità sul compartecipe non può essere tale da subordinare la compartecipazione al principio di esecuzione di un fatto principale "colpevole". "Tuttavia si potrebbe tener conto di questa sfumatura di colpa mediante una specie di commisurazione della pena". d) Infine, respingendo l'altro, egli enuncia la quarta concezione della accessorietà: "si deve un fatto principale punibile in concreto".

Zimmerl -

Opinione personale.

f) La graduazione della accessorietà secondo il Bettiol. Sostanzialmente analoghe alle ipotesi costruite dal Mayer, ma completate 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 del problema della accessorietà.

Bettiol "Natura" pag. 61

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 sua partecipazione nei confronti di colui che è concorso con «la sua opera fisica o psichica». Non è questa che la forma «minimamente accettata» ~~del~~ ~~sec~~ Mayer. Il Battiol cita il giurista tedesco Herzog come favorevole all'accoglimento di questa tesi: la strafbare Handlung «entrerebbe già punibile l'azione del partecipe ~~ma~~ ~~conforme~~ ad un Tatbestand oggettivo. Quindi le ~~condizioni~~ cause ~~esclusive~~ ragioni di esclusione della pena e della colpa, previste nella parte generale del Codice, avrebbero ~~una~~ un'efficacia puramente personale.

Anche il von Hippel se non erro, è "de lege ferenda" favorevole a questa tesi ~~in quanto~~ dato che 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 dell'complicità nelle sue «trattenzioni)~~ si sarebbero potute interpretare nel senso che l'auto- «re deve realizzare soltanto il Tatbestand 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 princi- «pi del nostro codice, che la compartecipazione non è altro che la «concausazione dell'evento.».

Giustamente criticata dal ~~Binkmann~~ Battiol, questa ~~opi~~ concezione è inammettibile, direi quasi, per difetto. in quanto ~~si contenta del semplice~~ di tre elementi o momenti del reato: fatto, antigiuridicità,

se parla di cui nell'art 48,

risulta

Vor Hippel pag. 448

Battaglia pag. 341

vale qui un esempio del delitto (1): se chi uccide ha l'intenzione di uccidere un suo nemico e gli fornisce un'arma, l'agressione avviene; l'aggredito si difende ed uccide l'aggressore ~~valendosi del diritto di difesa~~. Poi, astrattamente esser considerato come un istigatore o come un complice, ma la sua attività si è svolta in costanza ed è perciò impunibile. Non ha detto niente, ma "difende" e sarebbe assurdo chiamarlo a rispondere di un delitto che non esiste. ~~Bettiol "Natura~~

e colpevolezza fare conto di un solo (il fatto) prescindendo dalla considerazione ~~di cause~~ di ragioni esistenzialmente che possono escludere non solo la colpevolezza, ma, quel che più importa, la antigiuridicità del fatto stesso, ~~cioè la sua valutazione negativa del tipo giuridico~~

B) In secondo luogo si potrebbe far dipendere la ~~ammissibilità~~ punibilità della partecipazione dalla punibilità in concreto dell'azione dell'autore principale. È la ipotesi che l'Immanuel respinge senz'altro. Anche il Bettiol vivamente critica questa costruzione secondo la quale, ad es., chi ~~determina~~ coadiuva il figlio di famiglia nel furto domestico dovrebbe, o subire la pena andare impunito, o ~~essere considerato~~ quale autore principale nelle mani della persona non punibile ~~dovrebbe essere~~ considerato come uno strumento intelligente ~~nelle sue mani~~. Queste conseguenze disastrose ~~permettono~~ richiedono la sola ~~negare~~ respingere senz'altro questa costruzione inammettibile "per eccesso".

Rimangono le altre due ~~costruz~~ ipotesi, che il Mayer denomina "forma ~~limitatamente~~ estremamente accessoria e "forma limitatamente accessoria".

C) La prima ~~sola~~ fa dipendere « la ammissibilità 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 l'azione degli incapaci ~~del minore, del pazzo~~ non possa essere giuridicamente rilevante e quindi neppure antigiuridica. Tali azioni non ~~può~~ potrebbero mai essere ~~in~~ costituire una "strafbare Handlung" ~~(cfr. Lanzardello art. 63)~~. ~~Ai sensi~~ ~~Lo fa sì che~~ Ciò fa sì che possa pienamente ~~seguirsi~~ condividere quella parte della dottrina che riconosce il ~~rag~~ il carattere dell'antigiuridicità anche nelle azioni dei penalmente incapaci. Mi sforzerò di chiarire meglio ~~in~~ nel seguente capitolo questo aspetto del problema. Il Bettiol cita l'opinione ~~Birkmeyer considera difficilmente le circostanze rigetta~~ Citerò qui ~~soltanto~~ l'opinione del Birkmeyer (1), il quale ritiene che

Se si stabilisce in principio si mostra che la antigiuridicità come ipotesi ~~non possa~~ ~~distinguersi~~ dalla colpevolezza; e che l'azione sia punibile

Birkmeyer: citato dal Bettiol: "Natura" pag. 151

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. È 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 nettamente sostiene come la meglio accoglibile e l'unica adatta ad ~~[illegible]~~ eliminare gl'inconvenienti 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 «dica quella azione che ledi «interessi tutelati, indipendentemente 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

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 Vannini e dal Manzini. E ciò ritengo perchè, come scrive il Maggiari[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 sè ogni considerazione effettuale, ed è soltanto condotta."

[1] Maggiari "Manuale" pg. 114

La questione, pertanto, va posta in questi termini: perchè 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 la maggioranza dei nostri giuristi. Si ritiene, infatti, che la capacità dell'agente sia un necessario presupposto dell'antigiuridicità

(lo agente del fatto sarebbe un nihil giuridico); e che l'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 non 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 colposo". È aperto quindi l'adito alla concezione dell'autore mediato. Mercè di questa via, la dottrina tedesca ha dato poi all'autore mediato un'estensione molto più grande. Invece la dottrina italiana, a quando scrive il Vannini,[1] pur attenuandosene potesse ammettere partecipazione nel fatto di "persona non imputabile, cioè in un fatto che per ragioni subbiettive non costituisce reato ..... non ha mai trovato, invero, ... 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 stabbe, secondo la dottrina, in ciò, che mentre nel

[1] Vannini "Il ed. Pen." pg. 480, 481

« fatto del non imputabile mancherebbe l'elemento
« psichico richiesto dalla legge per l'esistenza del reato
« nel fatto della persona imputabile ma non responsa-
« bile il reato sussisterebbe, solo difettando la San-
« zione, annullata nel caso individuale. » A que-
sto modo di pensare della dottrina italiana giu-
stamente il Vannini fa rimprovero di "incoerenza"
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. se "agli effetti del concorso, affermiamo
« 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 responsa-
« bile e al fatto del non imputabile; oppure si
« vuole alludere al reato come « ente giuridico »,
« come fatto illecito penale e sino a che 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, inteso 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 osse-
vazioni del Vannini, con le quali d'altronde pie-
namente concordo ~~sugli opposti che~~ perché esse
si riferiscono all'esame delle norme del diritto po-
sitivo, voglio qui rilevare che contro la soluzio-
ne del problema della accessorietà, prospettata sub c,
si possono muovere quali argomentazioni avver-
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
~~nel tempo~~ per parte, che le azioni degli insanità
possano benissimo qualificarsi come oggettivamente
antigiuridiche. E, con la più recente dottrina (Bel-
tella, Vannini, Bettiol, Heinitz ecc.) penso che nel
~~diritto~~ impedire di distinguere la antigiuridicità
oggettiva dalla colpevolezza (antigiuridicità soggettiva).
« Il concetto di antigiuridicità - scrive al riguardo

(1) Per ~~Bettiol~~ espressioni ~~critiche~~ nella dott. tedesca vedi Zeltbel "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 delimitazio-
« ne dei fatti. »

Credo pertanto che dobbiamo accogliere come unica tesi
sostenuta nel sistema del pubblico quella che il Mayer
~~denomina la forma dottrinalmente autorevole~~

Credo pertanto che l'unico modo in cui possa essere
~~si~~. Il rapporto di dipendenza a cui si dà luogo
di accessorietà consiste nel richiedere, per dare luogo
zio di responsabilità dei partecipi, che esista un fatto
oggettivamente antigiuridico dell'autore principale
~~consistente il principio di accessorietà~~.

Riferirò ancora dal Delitala[1] un'argomentazione
che credo decisiva, a ~~fondare~~ sostegno della mia tesi
~~dif~~ opinione: « Un concorso nella colpa - scrive
l'illustre giurista - non è concettualmente possibile.
« La colpa è qualcosa di personale e di squisitamen-

(1) Delitala « Il fatto » pg. 62

« te soggettivo che consiste, nel suo momento norma-
« tivo, nella disapprovazione giuridica dell'agente,
« e, nel suo momento psichico, in una relazio-
« ne psicologica tra il fatto e il suo autore. Per
« quanto concerne la colpa, fra complice e Pdc.
« tale si riferisce all'obbligato Codice Guardiani/esecu-
« tore non c'è nessuna differenza; ciascuno pone
« in essere un'azione colposa e non è quindi am-
« missibile che la responsabilità dell'uno dipen-
« da dalla colpa dell'altro. »

« Si deve dunque concludere che la responsabilità del
« partecipe non dipende dal "fatto colposo", ma, più
« propriamente dal "fatto oggettivamente antigiuridico"
« dell'autore principale; in altre parole, dalla realtà
« e dalla logica 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 risulta accolta dal vigente codice.

Non ha torto ~~il List~~ lo Schmidt quando afferma che "l'accessorietà è soltanto una parola comprensiva la quale designa la relazione di diritto positivo fra le qualità di autore e di compartecipazione."

List-Schmidt op. cit. pg. 32

Nelle sue parole trova 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 ~~la soluzione~~ è necessario esaminare ~~se la~~ se la soluzione ~~ritenuta~~ migliore del problema della accessorietà che si è dimostrato essere la migliore consentita ~~risultati sostenibile~~ in base alle norme del Codice. In altre parole si tratta di ~~stabilire~~ stabilire se in base alle ~~dalla~~ norme della legge ~~quale~~ 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 » ma, 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 sibbene « 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.~~

~~Siccome il Codice non dice espressamente quale presupposto oggettivamente richiede per l'ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, bisogna cercare di dedurre dal sistema degli articoli 110-119 quale forma di accessorietà risulti accolta dal nostro legislatore.~~

Delitala "Osservazioni" pag. 102

Riferendosi al Progetto Preliminare del 1927, il Delitala" ritiene degno 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 » ~~Inoltre egli~~ trova lodevolmente sancita « l'esigenza che il fatto al quale si concorre sia oggettivamente un fatto illecito » nel capoverso dello 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 adottata la forma limitatamente accessoria della compartecipazione.

Anche questa è la mia opinione, ma ritengo sia necessario dimostrarlo con un ~~maggior~~ ~~più~~ accurato esame delle norme sul concorso. Due articoli vanno particolarmente

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 sono concorsi 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 valore di una~~ ha importanza la esclusione di quella che il Mayer chiama "forma minimamente accessoria": infatti le ~~cause~~ ragioni di esclusione della antigiuridicità (per es. la legittima difesa) hanno, per esso, valore nei confronti di tutte le persone concorrenti nel reato.

~~Di~~ Di maggiore importanza è la regola sancita nella prima parte ~~dell'art.~~ dello stesso art. 119: « 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 ».

Quali sono 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 possono in tale espressione rientrare anche quelle « che riguardano l'imputabilità del soggetto attivo, togliendogli la « capacità di intendere e di volere? » (1)

(1) Bettiol "Orientiamo", pag. 116

Il Delitala, ~~ti~~ come si è visto, è per la seconda ipotesi se ritiene in questo articolo sancita l'indipendenza della partecipazione dalla imputabilità o dalla responsabilità dell'autore principale.

Il Manzini, ~~invece~~, autorevole asserore della opinione che ritiene giuridicamente 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 strumen« to 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-

(2) Manzini II pag. 428

« tà personali che rendono impunibile l'esecutore perchè egli
« si trova in determinati rapporti col soggetto passivo del reato,
« come nel caso della prima parte dell'art. 119. In questo caso
« soltanto il determinatore o istigatore si rivela, come prevede
« poi l'art. 111, maggiormente pericoloso e più facile riesce
« 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 del non punibile se la pena risulta 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 allo accoglimento di quella per la quale le "circostanze soggettive" sono anche quelle che escludono la colpevolezza dell'agente. ~~Basterebbe quindi che per la stabilire la loro incomunicabilità il codice avrebbe accolto la forma limitatamente accessoria: nel caso dell'incapace potrebbe instaurarsi un comune concorso e l'art. 111, istituirebbe che comunque 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. Senonchè il Bettiol non vede altro oggetto che l'art. 111 costituisca una "deroga" al primo:~~

N. 1

Relazione Min.le pag. 166, 167 N.° 135

Però, ~~riformando~~ nell'art. III egli vede sancita una deroga alla limitata forma della accomandita; e ~~tutta~~ deroga che trova conferma nelle parole della Relazione Ministeriale: "In sostanza

"

"

"

"

Il Delitala, invece, ritiene in questo articolo sancita l'indipendenza della partecipazione dalla imputabilità o dalla responsabilità dell'autore principale: quindi ~~[illegible]~~ ci viene adottato nel vigente codice la pena limitatamente alla 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 disposizione dell'articolo citato restrittivamente facendovi « rientrare solo quelle circostanze che incidono sulla « effettiva applicazione della pena, lasciando in « tutta la colpa dell'agente (art. 649), o proporrei « in tale espressione rientrare anche quelle che « riguardano l'imputabilità del soggetto attivo « togliendogli la capacità di intendere e di « volere ? ». (1)

(1) Bettiol: Lineamenti. pg. 226

Propenso allo accoglimento di questa seconda interpretazione per la quale ~~stabilendo~~ stabilita la inconmunicabilità ~~delle~~ delle circostanze che escludono la impu-

tabilità, risulta nel fodo ~~risulta~~ 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 ambedue le ipotesi mettendo in relazione l'art. 113 con l'art. 111 ed è giunto alla conclusione che il codice ~~adotta~~ recepisce la forma limitatamente accessoria della compartecipazione con una eccezione, costituita dall'art. 111, e limitata al caso della determinazione di un reato imputabile. ~~Qui si ha~~ Colui che "ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, risponde ~~nella~~ del reato da questa commesso come autore principale mediato." Ciò ritiene il Bettiol ~~fondatamente sul~~ in base alle esplicite parole della

(2) Rel. Min. pg. 167 n. 135

Relazione Ministeriale (1): "Si ~~si~~ fortuna, nelle ipotesi 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 se ne serve per fini delittuosi."

Ritengo però inammissibile questa eccezione al prin-

cipio della indipendenza della compartecipazione delle colpevolezza (e quindi dal suo presupposto: la capacità) dell'autore principale.

È vero che dal dettato dell'art. 111 ~~sembra~~ sorge ~~una~~ dubbio sul ~~la domanda~~ ~~se esiste~~ titolo di responsabilità ~~risponde~~ ~~di~~ determinatore ~~mira~~, se quale partecipe o quale autore; ma non ritengo che sia concepibile che una stessa norma ~~siano~~ ~~può~~ stabilisca due diversi titoli di responsabilità. ~~Se si ha~~ Il fondamento formale ~~dedotto dalle~~ delle parole della Relazione Ministeriale può essere benissimo annullato da due osservazioni: a) l'una è di carattere formale e ~~la fa la stessa~~ deriva dalla stessa Bettiol ~~in~~ ~~un principio~~ ~~Sua Scritto~~ (2) il nuovo codice aveva accolto l'anomala figura dell'autore mediato che identifica l'autore principale ad uno strumento qualsiasi, sicché ~~avrebbe potuto~~ il costrutto legislatore parla di "determinazione" di uno strumento? b) l'altra è desunta al Vannini (1) a settore ~~la~~ Ministeriale dice, ~~a proposito dell'~~ secondo in relazione all'art. 111, che nella determinazione di persona non imputabile si ha solo un'apparenza di concorso, in realtà l'art. 111 parla

(1) Bettiol "Natura accessoria" pg. 431

(2) Rel. Min. pg. 167

(1) Vannini "Il Rel. Min." pg. 689

di "reato" e non già di "fatto" del non imputabile, ~~che ugual diritto che~~ a 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 del proscioglimento dovrà basarsi sulla "non punibilità" o "non imputabilità" dell'imputato; non dirà che il fatto non costituisce "reato". Se un altro suo scritto il Vannini stesso dimostra che nel Codice sono accolti, per esigenze segnate alla realtà fenomenica, tre le concezioni del reato storicamente fissate ~~del reato~~ 1°/ la concezione preventiva per cui "reato" è ~~il fatto nuoce nel punto penale~~ quella fattispecie astratta, che funge da modello di condotta penalmente illecita. Così nell'art. 1° ~~del~~ del Codice. 2°/ la concezione oggettiva per cui "reato" è il fatto che nella sua esteriorità, cioè oggettivamente, riproduce la fattispecie astratta modello da nel precetto penale. Così nell'art. 44 "reato" del non imputabile ~~non può essere trovare la pun~~ ~~il fatto nuoce~~ ~~non~~ esclude ogni dovere

1°/ Vannini "Il concetto di reato" pp. 331, 332

nazione 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 atto non punibile. ~~Questa~~ Questa concezione è accolta ~~reato~~ negli articoli 85 e 45; e per es. l'art. 85 parla di "fatto previsto dalla legge come reato" quando considera esclusa l'imputabilità dell'agente. ~~Da queste osservazioni il Va~~

Questi continenti osservazioni del Vannini permettono di contrapporre alla proposito del legislatore la volontà legale concretamente espressa dal contesto delle norme del codice. Se il fatto del non imputabile è qualificato come "reato" (art. 44) ~~che~~ le, quindi, è perfettamente concepibile che vi partecipi un correo. (tipo riguardato il parole dell'art. 110) ciò ~~l'art. 44 è esplicitamente formule~~ ~~quando~~ ~~fra più persone concorrono nel medesimo reato~~ significa che il Codice vigente ha accolto la formula limitatamente ancorata della compartecipazione e che per l'imputabilità e la punibilità della compartecipazione è sufficiente il fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

Ecco quindi il sistema del Codice: l'art. 110 prende il concorso nella sua normalità; l'art. 111 aggrava la pena del compartecipe per determinazione quando l'autore principale ~~[illegible]~~ sia non imputabile (cioè infermo di mente, ecc.) o sia 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". (v. Rel. Min. pg. 164 N. 135)

L'art. 119 I.a 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.

Su base a questi principi che risultano accolti nel Codice precedente ~~in~~ ora all'esame critico dei varii casi in cui la dottrina tedesca ritiene esistente la figura dell'autore mediato —

III Capitolo

~~Seguirò in questo esame l'ordine che è~~ ~~dei casi in cui si ritiene esistente la figura~~ ~~dell'autore mediato, nello stesso ordine che~~ ~~ha esposizione fatta nel 91 capitolo della~~ ~~prima parte.~~

1°) Rassegna d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani ~~Ritengo opportuno premettere uno sguardo~~ ~~d'insieme sulle opinioni dei giuristi italiani~~ ~~relative al tema oggetto del presente studio.~~ ~~riguardo a questo particolare problema.~~ —

(All'esame di casi in cui parte di autori)

~~2°) Accenno alle opinioni dei giuristi italiani~~

Con maggior logica che non la dottrina tedesca fin quanto essa ~~ha~~ disconosciuta "autore mediato", ma sulla base dello stesso principio di equiparazione dell'agente 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 ne è l'esecutore come ~~agente innocente~~ di uno strumento.

Il Carrara però distingue tra la determinazione e la complicità: ~~sopra~~ nella prima (1) ritenendo questo che si chiama "autore del fatto" che si ~~[illegible]~~ di un pazzo, di un infante, di un cieco.

(1) Carrara: Programma vol. I pg. 368 citato