159

di fronte
Ritenuta di errore per la remissione del reato nel caso della complicità, fondandosi sulla formula del Trébutien, per la quale la complicità è respicibile nel fatto e non già nell'autore,

---

Sotto l'impero del Codice [illegible] quando questa Corte di Cassazione trovava fondamento nella esplicita parola della Relazione Ministeriale, [illegible] ed era seguita

RIPRODUZIONE VIETATA

Sotto l'impero dell'abrogato Codice fondandosi quella giurisprudenza trovava un forte baro nella esplicita parola della Relazione Ministeriale ed era seguita dalla pubblicistica dell'epoca per tutti il Civoli

3 160

che la [illegible] ritenuta [illegible] valesse ad escludere la [illegible] non imputabilità dell'autore principale "La minorità, l'errore, l'obbietto, il torto mentale, la demenza, la veemente passione di uno dei partecipanti al delitto nessuna [illegible] mente che comunichi il beneficio della scusa agli altri partecipi che si trovano in condizioni di piena imputabilità."

Contro l'idea del Carrara questa distinzione fatta dal Carrara, l'obbiezione del Manzini[1] che l'idea di una persona imputabile accessoria di un fatto, o una persona immunità giuridica. Il fatto potrà essere accessorio del fatto, ma questa circostanza materiale non può risolvere una questione d'imputabilità" spiana la via alla [illegible] che in tutti questi casi vi sia un unico autore che si vale di un'altra persona come di uno strumento [illegible] che profitta dell'errore di un altro per indurlo ad un'azione che ha un risultato da costui non previsto, [illegible] da lui anche voluto, deve considerarsi come

Carrara Programma Vol. I pp. 418 Vedi anche: Carrara "Scritti" Vol. I § 362 pp. 605, 606 -

(1) Manzini Vol. II pp. 344 Giurisprudenza favorevole

In Civoli: Trattato pg. 588 Vedi anche: Manzini II pp. 321-328) 344, 345 -; Rocco "Trattato" [illegible] pp. 565 Majno pg. 209 n. 335; [illegible] pg. 390 - Impallomeni: [illegible] Impallomeni: [illegible]

autore effettivo di questo risultato, riducendo
ad l'ingannato ad essere nelle mani dell'au
tore dell'inganno da lui fatto in ogni opera e della
sua attività deve direttamente rispondere.
Similmente si deve considerare come esecu
tore del reato e non come colpevole d'aver determi
nato altri ad eseguirlo, chi spinge un irre
sponsabile per infermità di mente o per età
inferiore agli anni nove ad un fatto che se
fosse compiuto da un uomo sano di mente
e maggiore degli anni nove, costituirebbe reato.
Di più oltre egli aggiunge: "Se alcuno eccita
un irresponsabile a commettere un fatto che,
se fosse compiuto da un responsabile, costi
tuirebbe reato, non si ha un caso di com
partecipazione al delitto altrui, ma un delitto
eseguito dal responsabile. Ciò anche quando
il demente avesse non solo eseguita material
mente l'azione produttiva del risultato, ed
a produzione fu addebitata come reato al respon
sabile, ma se avesse concepito egli stesso il

Cf. Civoli Trattato p. 616 nota

fuori di qualsiasi suggestione altrui l'ese
cizio. Tuttavia nell'azione dell'irresponsabile
non può ravvisarsi che l'esplicazione di
una forza bruta, la quale può avvenire da
no ma non delinquere; mentre delinque
chi si adopera a rendersela nociva, sia che l'ab
bia posta in moto egli stesso, sia che abbia
soltanto alterate in un qualunque modo
le condizioni, nelle quali si svolge, e che, se
fosse rimaste immutate, l'avrebbero
conservata innocua. Come non è omici
da dell'acqua o del fuoco, ma esecutore di
omicidio chi, valendosi di una inondazio
ne o di un incendio minacciati la vita
di una persona umana, la toglie; così non
è esecutore di omicidio
e non semplice del fatto, chi si avvale di
uccidere.

Altri scrittori ritengono semplice la presenza di un non imputabile non trasformi il determinatore o il complice in un autore.

-6-

Vedi Perfetti "Il Concetto" fg. 252
Vedi anche: Moretti fg. 368

~~Questo è il pensiero del Pessina~~ "Pertanto ~~questi~~ non s'appartiene il Pessina perchè ritiene che ~~Questo è il pensiero del~~ Così il Pessina giustamente ritiene che per la punibilità dei singoli partecipi bisogna debba avere avuto del reato nella sua sostanzialità astraendo dalle circostanze. ~~Le circostanze figurali~~ Queste non si estendono dall'uno all'altro dei condelinquenti: "ciò si commetterà un omicidio con uomo di età maggiore ed una fanciulla minore di anni nove, ha un comune denominatore (omicidio) astraendo facendo per il maggiore d'età di quella condizione di età minore degli anni nove che toglie nel fanciullo ogni nota di reato avvicinando la sua entità individuale."

Così pure il Castori, "giustamente" ~~ed~~ la punibilità dell'autore fisico non modifica la condizione giuridica dell'autore morale. Onde che avesse ordinato ad un pazzo di commettere un delitto, ed il pazzo avesse obbedito, dovrebbe considerarsi pure sempre come istigatore e non come autore fisico." Egli esclude l'ipotesi che ~~un~~ istigatore, in tali casi, ~~non~~ debba considerare autore materiale: per giungere ciò bisogna sostituire alla realtà una finzione giuridica, ~~inutile quando~~ che è inutile quando si ragguaglia sull'imputabilità dell'autore morale a quella dell'autore fisico." a che, se un qualche dubbio si può sollevare nell'istigatore che l'incapace fosse affatto incosciente, anche la possibilità del dubbio sparisce, a suo arbitrio, se (dell'istigatore) agì sottratto alla volontà dell'agente. Per quanto nell'azione eseguita dalla volontà possa anche in certi casi ravvisarsi una causa dirimente di ogni imputabilità, rimane pur sempre la verità della massima "coactus voluit, sed voluit." Per ravvisare nell'istigatore il vero autore materiale bisogna che si verifichi un'ipotesi che è impossibile a succedere, e cioè che materialmente l'istigatore abbia costretto l'istigato a commettere il reato. In questo caso l'auto-

Vedi Castori fg. 641

re gatore è non come autore fisico." Egli esclude l'ipotesi che ~~un~~ istigatore, in tali casi, ~~non~~ debba considerare autore materiale: per giungere ciò bisogna sostituire alla realtà una finzione giuridica, ~~inutile quando~~ che è inutile quando si ragguaglia sull'imputabilità dell'autore morale a quella dell'autore fisico." a che, se un qualche dubbio si può sollevare nell'istigatore che l'incapace fosse affatto incosciente, anche la possibilità del dubbio sparisce, a suo arbitrio, se (dell'istigatore) agì sottratto alla volontà dell'agente. Per quanto nell'azione eseguita dalla volontà possa anche in certi casi ravvisarsi una causa dirimente di ogni imputabilità, rimane pur sempre la verità della massima "coactus voluit, sed voluit." Per ravvisare nell'istigatore il vero autore materiale bisogna che si verifichi un'ipotesi che è impossibile a succedere, e cioè che materialmente l'istigatore abbia costretto l'istigato a commettere il reato. In questo caso l'auto-

re materiale è agito piuttosto che agente
« e manca ogni concorso di azione e di volon
« tà. ». Quanto alla complicità prestata ad un non imputabile, il Castori non esita ad ammetter la perchè ritiene (come il Carrara) che la complicità abbia un carattere essenzialmente reale.
« Se il complice fosse accessorio all'autore, esso
« non potrebbe esistere che quando esistesse
« un autore, mentre basta che esista un'azio
« ne costituente reato sebbene manchi una
« persona cui sia imputabile l'azione stessa ».

Per una soluzione della questione bisogna affrontare il problema a cui altre volte ho accennato e che è di importanza capitale: se gli incapaci possano compiere azioni antigiuridiche. O, meglio, se le azioni degli incapaci possano essere giuridicamente rilevanti sì che di esse il diritto possa pronunziare un giudizio favorevole o sfavorevole. Ciò per un doppio ordine di argomentazioni: ~~alle quali~~

~~Le opinioni dottrinali sotto il [illegible] [illegible]~~
~~[illegible] le opinioni dottrinali [illegible] [illegible] all'esistenza [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]~~ strumento per
~~la commissione del reato, [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] Relazione [illegible]~~

Anche in relazione al vigente codice ~~[illegible] [illegible] [illegible] alla Relazione Ministeriale [illegible] [illegible] [illegible]~~

non mancano giuristi, i quali sostengono che ~~[illegible] [illegible]~~ [non vi sia concorso al reato del non imputabile] un unico autore che si vale di un non imputabile come di uno strumento. L'art. III viene interpretato in questo senso: « Allo stesso modo che non
« può concepirsi concorso morale non susseguito
« dall'azione altrui, così non può concepirsi
« un concorso puramente fisico, cioè un concorso
« in un'azione materiale senza volontà, come
« nel caso di una persona la quale non è impu
« tabile e abbia commesso il reato per altrui
« istigazione. Questa persona, infatti, è un
« mezzo incosciente, uno strumento mate
« riale nelle mani di colui che di tale persona
« si sia servito per attuare la sua volontà

167

a vermouth: l'istigatore è il reo ed esclusiv.
è autore del reato, sia che abbia determinato,
"sia che abbia soltanto facilitato l'azione
"del soggetto non imputabile."(1)

Analoga è l'opinione del Manzini.(2)

Invero il Vannini, "ammettendo pure che il vizio
"ammissibile una partecipazione al fatto tra
"di non responsabili e di non imputabile,
"dall'altro dalla fattispecie [illegible] dal suo
"stato [illegible] dispositivo
"cate la disposizione generale sul concorso e l'art. 111 Cod.
"stabilisce [illegible] punire più severamente la determinazione
"di persone non imputabili o non punibili per cause
"di persone o qualità personali, allo scopo di ottenere
"dare, con la minaccia di una più grave sanzione
"penale, l'incoraggiamento a delinquere che deriva
"dalla certezza di poter commettere il delitto a
"mezzo di chi non teme la pena, offrendo così un
"mezzo ottimale e con la minore probabilità di
"venire scoperti."

Ritengo di dover confutare anche il Vannini anche
dovendo portare più oltre le mie deduzioni
per tema di dimostrare che nel Codice
è ancora la forma accessoria della compartecipa-
zione diretta fatta eccezionalmente eccezionalmente entrare
nella figura dell'autore principale quella cosa.

(1) Manzini Trattato vol. II pg. 427, III

(2) Vannini Il ed. Sa. pg. 486.

Particolareggiatamente esamina i casi
il Manzini: (1)

[illegible]

Una particolare considerazione ha dato al
compilatore, e in [illegible] fuori
progetto del Magari, [illegible] che può
giustamente ritenersi abbia nel concorso di
già una pluralità di reati distinti, una
persona e una unità di reato con una pluralità di delinquenti. [illegible]
[illegible] (Ortolan). [illegible]
[illegible]

Il Magari [illegible] d'altro
[illegible] che [illegible] la determina-
[illegible] imputabilità nella ipotesi di con-
corso di soggetti imputabili e non imputa-
bili, non possa avere una soluzione soddisfa-
cente se non accogliendo la concezione fat-
talistica.

Egli critica il tentativo di ricondurre questi
casi [illegible] considerando
come
[illegible] che la persona non imputa-
bile sia [illegible] come uno strumento fisico
dell'agire [illegible] e che la causa che l'ha

(1) Manzini Trattato vol. II pg. 427, III

del reato
Commiss.
da pg.
in avanti

Magari
Riv. pen.
pg. 107 e
vedi

19

~~morte~~ della pena da una causa medi-
ta, punibile di base al principio "causa cau-
sae, causa causati". Tale dottrina
Birnbaum - ~~Pessina~~ - non vuole ad inquadra-
re tutte le situazioni. Per esempio: nel
caso che la non imputabilità derivi da una
causa di personalità di diritto penale (
~~come è nel caso~~ ~~di pazzia~~ il Re, il Reggente, Pontefice)
~~che in questa situazione, un soggetto finalmente~~
~~cosciente dell'atto~~ ~~Ora~~ il soggetto agente
è finalmente cosciente e ~~vuole~~ non può esplici-
mente utilizzare il concetto dello strumento
incosciente. « Si aggiunga che, quando
il soggetto agente viene ridotto alla funzione di
« un mero elemento strumentale, la figura
« dell'istigatore non può logicamente che assorbi-
« re in sè quella dell'esecutore: onde si può dire che
« qui non vi è più un istigatore, di fronte all'esecu-
« tore autore del reato. È tale analogamente a
« relazione di soggetti diversi ripugna, nel modo
« più assoluto, nel caso di atti concorsuali
« te compiuti da soggetti palesemente non

13

imputabili ».
~~Di fronte~~ Ogni difficoltà, ~~di chiara~~ e ~~illustra~~
giuridica - può essere superata se si ~~pone~~
abbandonando ~~due~~ preconcetti teorici: che
si tratti di reato unico il cui processo esecu-
tivo ~~criminoso~~ si distribuisce su più soggetti
coincidenti in confronto di ciascuno dei partici-
pi si debba avere un quid di antigiuridicità,
e che, pure essendoci reati diversi nel concorso
si abbia sempre, accanto ~~ad~~ un reato principale,
un reato accessorio, si ammette che dal
concorso di più soggetti nel reato sorgono
fatti distinti e diversi. ~~Per questa ragione~~
~~non~~
Esorbiterei dal mio compito ~~di~~ ricordare
qui ~~esporre~~ le ragioni per cui non si può ac-
cogliere la divisione fatta in dottrina dal
Manzini ~~per~~ ~~questa ragione~~ ~~Nicoletta~~ ~~Nicoletta~~
~~ragionando la disputa~~ fra la concezione unitaria
e la concezione pluralistica del reato commesso
da più persone. ~~Voglio qui~~ per ~~limitarmi~~ che anche

14°

~~Il Manzini nella sua sottile costruzione~~ ~~dei~~ dell'autore mediato, e che, a fine ~~ammettere~~ ~~ammettere~~ ~~altresì~~ che una ragione di opportunità, ~~non~~ ~~la~~ ~~fa~~ ~~agevole~~ rifiuto di un difensore fu~~ori~~ Bicerca, ~~non~~ può ~~essere~~ per l'ammissione di una concezione le cui fondamenta ~~non~~ ~~sono~~ ~~fonte~~ ~~inesistente~~ nell'profondo dottrina della realtà giuridica. E il nostro Codice ha certo ~~ef~~ fermato ~~ingiustamente~~ la concezione unitaria del concorso, ~~se~~ parla di "medesimo reato". Ad ogni modo, nulla ~~nella~~ ~~ci~~ ~~vieta~~ che il Manzini ~~un~~ ~~atteggiamento~~ ~~dottrinale~~ ~~assunto~~ ~~di~~ fronte alla costruzione dell'autore mediato, e questo mi conforta nel cammino verso la dimostrazione, che mi ~~sforzo~~ di dare, della sua inammissibilità. ——

15°

Jaffey ha ritenuto che l'appello negativo ~~dei~~ ~~il~~ ~~modo~~ ~~di~~ confronti dell'autore mediato, ~~la~~ ~~concezione~~ dei positivisti. ~~in~~ ~~riflesso~~ ~~di~~ ~~logica~~ ~~grave~~ ~~che~~ ~~vuole~~ ~~il~~ ~~fine~~ = ~~Essi~~ Essi sostengono la impunibilità di punire i partecipi quando l'autore materiale del delitto ~~non~~ ~~è~~ ~~imputabile~~ ~~imputabile~~, ~~in base alla loro concezione~~ in base al principio della responsabilità. Egli: "ognuno risponde secondo il grado di ~~pericolosità~~ pericolosità, per gli atti delittuosi ~~realizzati~~ e conseguiti. Ed anche chi, per commettere un delitto, ~~abusa~~ abusa dell'opera di minorenni, di ~~incoscienti~~, di infermi di mente, di alcoolizzati" deve essere ritenuto delinquente più pericoloso.[1] "

(1) Jaffey Principi. ~~pag~~ pg 585

——

21/ Negazione della possibilità di equiparare l'azione umana ad quella di una macchina. Irrilevanza contenutistica.

Coloro che, nei casi sopra visti, ritengono di abbia una qualità di autore (che di fatto viene qualificata dall'aggettivo "mediato"), danno, implicitamente, una soluzione negativa ad una precisa e fondamentale impostazione: e, cioè, di fondo (da cui scaturisce) equiparare l'azione dell'uomo all'azione di forze anche o materiali.

e fondamentale problema di fondo da risolvere preliminarmente

Ma tale soluzione positiva è tutt'altro che indiscutibile: anzi, come ritengo aver dimostrato, e l'ho già detto, che la si debba ritenere errata. Accingendomi a dimostrarlo, voglio ricordare che, dopo aver esaminato il problema della compartecipazione, ho giunto alla conclusione che secondo il vigente Codice, perché possa instaurarsi un giudizio di imputabilità e di responsabilità a carico di compartecipi, occorre che vi sia un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale. Da questo risultato partendo la mia opera fu lo studio del suddetto problema, dovendo la soluzione che ad esso ritengo di poter dare, avere un duplice valore: negativo e positivo

negativo, in quanto servirà a dimostrare infondata l'esistenza dell'autore mediato; positivo, in quanto permetterà di dare una giusta soluzione a tutte le questioni finora trattate.

Per altri termini: intendo dimostrare che, dall'una parte, sia da dimostrare che, salvo ipotesi eccezionalissime, non è possibile giungere un uomo, sia pure penalmente incapace, ad una determinazione; dall'altra, che vi può benissimo ammettere l'esistenza di un fatto inesistente, cioè che in molti casi di autore mediato, ad esempio, un passo possa compiere un'azione oggettivamente antigiuridica.

Sotto un questo punto nettamente negativo la opinione di quegli scrittori che seguono una concezione rigorosamente individualistica del diritto penale. Portano appoggio sopra il pensiero del Rocco, ad esempio, ritengono, nel 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 del penalmente incapace quest'ultimo - dice l'illustre giurista - ha in comune col reato il valore "antimatico".

Vol Rocco pg. 435-438 Vedi anche: Battaglini "Il concetto di azione" pg. 53 etc.

175

in quanto può benissimo attendere l'esistenza di una situazione socialmente pericolosa e temibile, una tale produrre quel "perturbamento sociale mediato" (incoraggiamento a nuovi fini; contagio dell'esempio; risentimento e desiderio di vendetta e di rappresaglia) che è conseguenza (immediata) 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 a ìa genere, da parte, non soltanto del reo, ma di tutti i cittadini in generale, sia sotto forma di contagio psicologico criminoso, o sia, pure, sotto forma di vendetta o rappresaglia criminose".

Ciò perchè il pericolo sociale mediato si collega all'elemento subiettivo del reato (dolo o colpa) e mancando, quindi, negli autori dannosi dovuti al caso fortuito o ai penalmente incapaci. Del resto, anche relativamente all'importanza "antimatica" che è comune

alle azioni degli incapaci ed ai reati; bisogna, secondo il Rocco, distinguere: l'imputabilità antecedente del reato è prova della personalità psicologica del reo; l'imputabilità antecedente dell'azione del pazzo o del fanciullo.

177

Non si attesta né il carattere né la personalità senza addentrarsi notevolmente nel loro contenuto. Ambedue valgono per caratteri antropologici, quale causa di pericolo per la società; ma mentre l'una attesta realmente del carattere come unità psichica della persona, della personalità, come autonoma presa di coscienza, determinazione e volontà, e di una personalità ribelle alla disciplina giuridica della vita sociale, l'altra attesta soltanto l'esistenza di una causa fisica (o anche psichica) di danno per la società, ripeto, e non meno l'omicida cosciente dell'assassino, la rovina di una frana, la caduta di un fulmine, lo straripamento di un torrente, ma non soltanto danni, ma stimoli atti ad alterare permanentemente cause di danni individuali e sociali. vv

Modernamente ~~si~~ [illegible] dalle opinioni dei positivisti e [illegible] alle azioni dei [illegible]

178

possa esser data la qualifica dell'antigiuri-
dicità oggettiva.
Se giuste tutte le considerazioni del Rocco sulla
inesistenza di un pericolo sociale mediato derivante
dalle azioni dei penalmente incapaci, non sono
però decisive nei riguardi del presente problema
penale, esse sono la base della ~~non punibilità~~ e politica mancanza
di ogni punibilità, si nei mettono - il Rocco
stesso lo ammette, al momento soggettivo del reato,
ma non influiscono.
Anzi tutto perchè, se le norme sono comandi
e quindi non possono esigere obbedienza da chi
non è in grado di determinarsi normalmente
per...

179

(1) Carnelutti, ~~Teoria Generale~~ pag. 30-31

(2) Cfr. ~~...~~ Carnelutti, ~~...~~ ... dell'antigiuridicità di Spitaler

~~... Il ... Infrazione ad analoghe ...~~ Non è difficile, da queste del Rocco, il giungere all'... Carnelutti:(1) «la concezione del diritto come comando - 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 ~~...~~ la possibilità di dare una giusta sistemazione a quei fenomeni giuridici che comunemente vengono presentati come ragioni ~~per~~ della necessità di ammettere il torto senza disobbedienza. «Certo un pazzo o, in genere, un incapace "non potest incuriam facere", come l'animale, quod sensu caret", cioè non può contravvenire 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'obbligazione di una misura di sicurezza, il risarcimento del danno, la restituzione, ecc. Queste conseguenze giuridiche (come pure la interdizione e la inabilitazione) derivano necessariamente da un comando, ma questo è rivolto agli organi dello Stato che debbono ~~...~~ al riguardo provvedere ~~...~~ ~~...~~ sostanzialmente analoga...

non è lo stesso che l'azione che la forza
della — un fatto, come non è lo stesso che
venire nella categoria del fatto l'azione
vede la cosa altrui venga portata dal vento
dal mio fondo, quantunque ne segua per
me l'obbligo della restituzione. Ciò significa
soltanto che l'impossessamento di una cosa
mobile da parte di un fatto come la pianta
come l'introduzione portata nel mio fondo
di una cosa altrui, come dei fatti giuridici;
e ciò precisamente che il danno può essere
un fatto giuridico anche senza essere un fatto
e ciò senza essere contrario al diritto."

Ora Modestamente ritengo di poter discutere
del Rocco e delle riferite argomentazioni
mi sembra chiaro che due fondamentalmente
mente sostengono un siffatto modo di pensare:
l'equiparazione dell'agire umano a quello di
una forza naturale animale e la convinzione
che il nesso causale soltanto materiale
sia fonte del diritto l'agire di una pur

181

Vedi tam ~~Il Rocco, nel suo, per esempio, uno dei maggiori~~ assertori

Modestamente ritengo di poter discutere ~~da~~ quanto sostengono gli illustri giuristi contro la equiparazione dell'agire umano a quello di forze naturali, e contro la opinione che il nesso causale soltanto imperativo e quindi escludano completamente da ogni considerazione che non possa normalmente determinare secondo i comandi, valgono le seguenti argomentazioni.

a) Il diritto è regola di condotta "inter hominis" perché solo fra gli uomini si ha vera e propria società e non anche fra gli uomini e le bestie o fra gli uomini e i fenomeni naturali.

b) Negli uomini soltanto è presente l'elemento la volontà, per mancanza assoluta, inconcepibile che sia. ~~Ho fatto molte volte~~ ~~del fanciullo [illegible] l'azione d'uomo ad una strumentale~~ ~~per forza cosa che non ha l'elemento volontà~~? È logico, giusto, che per l'equiparazione l'agire a quello di una forza materiale, si debba escludere ~~la volontà~~ nell'uomo la presenza della volontà. Ciò varrà come nei casi di uno stato di ~~non~~ ~~incoscienza~~ fisiologici

V. fascicolo 1 di fatto fg. 28

...unde una persona fu materialmente costretta ~~Una persona è costretta a fare~~ una cosa contro la sua volontà, ~~e~~ come il Maggiore Antolisei, si deve ritenere che dar ci'è condotta, comportamento, azione, non quella data appositamente agendi volontà. L'analisi del processo volitivo dimostra agevolmente indiscutibile l'elemento fisico dall'elemento psichico del reato. Il moderno, approfonditi studi della volontà ~~la~~ ~~costituisce~~ che essa sia un processo intrinseco assolutamente indivisibile della condotta ~~non~~ del soggetto, ~~e~~ ~~la~~ disgregata ~~in~~ frammenti, anzi una totale identificazione dell'atto di volontà e dell'atto pratico » ~~Il~~ Manzini più correttamente la volontà è un come energia psichica che necessariamente produce ~~non~~ è l'azione stessa nel quale "equivalente pratico della volontà". Onde si può affermare col Maggiore Antolisei e altresì

Maggiore Manzini fg. 35, 36

9

Maggiore "Manuale" pg. 6 e segg.

...dotta, e la condotta non è che l'equivalente pratico della volontà. Da ciò ~~si deduce~~ deriva ~~la regola~~ che in altre ogni altro carattere ...in stato d'incoscienza o d'incompleto sviluppo psichico ...forza irresistibile ... Esiste una volontà esterna ...qua questa forza esterna abbiamo ... Gli atti del folle, dell'ebbro, ...fanti deviarono anch'essi da un determinato volere che ne caratterizza il valore giuridico, ~~da~~ conferisce ai medesimi una ...sistenza, ~~e~~ che vale a qualificarli e a differenziarli dalle esplosioni ...della forza bruta. Sono, cioè, anch'essi condotta, comportamento, azione: mentre una cavalletta tale, per azione di una qualunque volontà fisiologica, il cadere di un corpo umano per il rotolo di un pavimento o per effetto di piombo umido, o per l'impeto di una ruota ferroviaria che lo abbatte dall'alto di un ponte o la caduta fu da un pendente cagionandone la morte ».

Maggiore Manzini fg. 35, 36

10

(2) Questa opinione è confutata dall'Antolisei ~~abbiamo visto da altro punto di vista che egli dice~~ (L'azione e l'evento fg. Egli ritiene essere «azione» quel fatto altro che esprima e riproduca la personalità del soggetto, ~~qualunque~~ qualunque atto che abbia una valore sintomatico per la costruzione della ~~personalità~~ personalità dell'autore. Sulla nozione di azione, nell'ambito della teoria generale del reato, ~~e~~ ~~sulla~~ ~~teoria~~ ~~azione~~ nel campo del diritto. ~~Antolisei~~ ~~Manzini~~ ~~Rocco~~ ~~Maggiore~~ ~~Manzini~~ fg. 35 ~~e~~ ~~seguenti~~

~~Antolisei~~ Manzini: "I reati commissivi mediante omissione" fg. 5-6 e segg.

... per[illegible] fra gli
uomini [illegible]
[illegible] e non [illegible]
[illegible] gli uomini [illegible]
[illegible] gli uomini [illegible]
[illegible] naturale [illegible]

[illegible] pag. 28

[illegible] "[illegible]
[illegible] pag. 26 e sgg.

ritenuta [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] 184

Con [illegible] e [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
opinione:

1) Con quel che [illegible] l'equiparazione dell'agire umano a
quello di una forza bruta, c'è da osservare che il diritto è regola
di condotta [illegible] hominum [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] in quanto degli uomini soltanto è presente il
requisito della volontà, per immatura, anormale, incompiuta che sia.
Vi è [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] una [illegible] [illegible]
della volontà [illegible] [illegible] la [illegible] dev'essere negativa [illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ad [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible] volontà [illegible] [illegible] del [illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] l'elemento [illegible] dell'
elemento [illegible] del [illegible] [illegible], [illegible] studio della
volontà [illegible] ha [illegible] che [illegible] sia [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] della condotta individuale ed ha dimostrato una "[illegible]
[illegible] [illegible], [illegible] una totale identificazione dell'[illegible] volontà e
dell'altra [illegible] ... [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
"La volontà non è altro che energia [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

II

185

b) Se [illegible] [illegible] l'[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] azioni; [illegible]
[illegible] [illegible] essere antigiuridiche. [illegible] vero che le norme penali
[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] e
[illegible] che [illegible] [illegible] [illegible] coloro [illegible] quali è [illegible] [illegible]
la possibilità di normalmente [illegible] [illegible] [illegible], [illegible]
innegabile che "al momento imperativo della norma precede quello
valutativo" cui soggiacciono anche le azioni delle persone incapaci;
la norma diretta [illegible] determinata [illegible] 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 antigiuridica sia dovuta ad un pazzo o ad un minore [illegible]. [illegible]
[illegible] è che sia "azione", cioè manifestazione di una volontà umana,
sia pure immatura o anormale. «L'ordinamento giuridico
[illegible] il Bettiol [11] – prima valuta le azioni umane secondo la
loro direzione oggettiva, e considera [illegible] [illegible] o [illegible]
[illegible] [illegible], 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'antigiuridicità oggettiva

(11) Bettiol "[illegible]" pag. 119

(14) Bettiol "Il [illegible]" pag. 21

« dell'azione è un presupposto della colpa. Se tanto si può rendere ad indagare se un'azione sia colpevole o meno, in quanto si tia, precedentemente, affermato il suo carattere di azione antigiuridica. »

c/ Contravvenendo a quanto afferma il Carnelutti, proprio la possibilità di conoscenza giuridica derivante dall'azione del fanciullo incapace, l'esistenza della differenziale considerazione giuridica che viene data a ciò che ha dovuto a fondare della impossibilità di equiparare l'agire con all'operare di fatto materiali; e, a mio intendimento giusto, le osservazioni del Carnelutti valgono altresì a giustificare la mia possibilità dell'incapace, non certo ad attestare che l'azione di un fanciullo e quella di un'altra della forza scatenata di un torrente non intercorra alcuna differenza.

Concludendo: anche quando si tratti di fare alle riflessioni di natura e costruzione, non è mai possibile negare la qualifica di "azione" all'opera dell'uomo, anche di qualunque incapace. Dato i due momenti della condotta e l'indifferenza dell'antigiuridicità delle collettività possa pienamente legge ritenere che anche l'incapace abbia

possa fare cose non imputabili, possano compiere azioni oggettivamente antigiuridiche.

~~Di questi principi bisogna ora fare la conseguenza esaminando~~ [187]
~~il 4°, infine, per l'ammissibilità e la punibilità della compartecipazione, è sufficiente un fatto, cioè un'azione oggettivamente antigiuridica dell'autore principale e logico che possa ritenersi ammissibile la compartecipazione nei casi in cui commettendo il~~ reputa una
~~fatto~~ ritiene di dover fare appello alla figura dell'autore mediato.

In base a questi principi passo ora ad esaminare i vari casi in cui si ritiene esistente la figura dell'autore mediato seguendo lo stesso ordine in base al quale ho esposti nel 2° capitolo della 1ª parte.

Esame critico
dei casi in cui la figura
fu ritenuta esistente
dell'autore mediato

3°) I casi di autore mediato caratterizzati dallo strumento veramente 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 condotta alla commissione di un reato sia penalmente incapace. In tutti i casi, dunque, in cui un reato sia commesso da una persona ~~imp~~ priva della capacità di intendere o di volere può ~~ritenersi~~ aversi benissimo una compartecipazione. Sono presenti per questa sia l'elemento oggettivo, cioè un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale, sia l'elemento soggettivo consistente nella adesione psichica del soggetto pienamente responsabile al fatto da questo commesso.

Una simile soluzione del problema è stata ritenuta possibile e giusta anche dalla nostra giurisprudenza in codesta sentenza.

« È colpevole quale correo per determinazione – « dice una sentenza della Cassazione – chi, allo scopo « di mettere di ritirare la refurtiva, fa attuare a

V. compartecipazione: è sufficiente un'adesione alla al conseguimento di un fine in comune fra le persone (1) compartecipanti qui intervenute nella...

(1) Cass., Roma, pag. 570 n. 346

(1) Cassaz. Pen. 7 giugno 1929 in "Repertorio Generale della Giurisprudenza Italiana". 1929 fg. 115

(2) in "La Giustizia Penale". 1929 c. 1903. Confermata dalla Cass. di Firenze con sentenza 10-4-1929. (in Riv. Pen. di Dir. Pen.) Anno I vol. 7 fg. 570

(3) Manzini Trattato I fg. 429

dove ragazzi con disegno, già da esso formato, di commettere un furto. (1)

Con più ampie argomentazioni una sentenza del Tribunale di Forlì (2) deduceva: «Non integrare un'azione o alcuna disposizione del Codice Penale l'ipotesi della colpevolezza e della punibilità di chi determina altri a commettere un reato e della non punibilità, per ragioni personali, dell'esecutore materiale del reato stesso. L'effetto voluto che abbia determinato i suoi bambini, i quali guardavano le capre al pascolo, ad entrare nel fondo altrui a danneggiare le piante è condannato a norma degli articoli 63 capov., 61 e 424 n. 6, mentre i suoi figlioli sfuggono alla legge penale per ragioni di difetto di reato.»

Il nostro Codice espressamente prevede nell'art. 111 la determinazione di un non imputabile a commettere un reato: la pena viene aumentata [illegible] fino ad un terzo. (3) Quindi la realtà di una [illegible] Il reato viene aggravato [illegible] a norma [illegible] articolo. La relazione al progetto non imputabile [illegible] Nella 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, sia

Si discute sull'estensione del concetto di determinazione nell'art. 111. Il Vannini (1) ritiene che a determinare significhi «provocare o contribuire a provocare l'altrui decisione (di commettere il reato), ingenerare in altro il proposito di commettere il reato. Se il colpevole egli aggiunge «avrebbe "determinare" si limitasse a coscienza nella persona non imputabile o non punibile un già esistente proposito criminoso, o ad eccitarne l'attuazione, non sarebbe «applicabile l'aumento di pena comminato «dall'articolo in esame a quanti altri casi, quindi, dovrebbero applicarsi le altre norme sul concorso di persone nel reato. Ritengo però inaccettabile questa interpretazione restrittiva del Vannini fondata sul valore etimologico del verbo determinare. «Il nuovo Codice nel capo 3° del titolo 4° adopera la medesima espressione «per esprimere indifferentemente tanto l'istigazione primaria, quanto all'istigazione secondaria (2) n. Dunque Invero la norma dell'art. 111 ha un valore comprensivo riguardo a tutte

(1) Vannini "Il Cod. Pen. It." fg. 484

(2) Cassaz. Roma 6 fg. 563 n. 343. Cass. Torino fg. 578 n. 349. Vedi anche Manzini II fg. 129 e fg. 423

le forme d'istituto perchè eseguito da persona non imputabile o non punibile: valore che è conferito sia dalla considerazione della pericolosità in ragione della quale nell'articolo seguente è stabilito un aumento di pena, sia dal sistema legislativo risultante dagli articoli 48, 54, e 86 del Codice messi in relazione coll'art. 111.

3

cv Rel. Min. fg. 166 (167) Verso l'uniforme Origine del vocabolo Min. 2 Cost. Rac. 111. fg. 46

sempre indipendenti dall'azione del comparteci-
pe. Ciò mette in rilievo la Relazione Ministe-
riale": « la disposizione dell'art. 115 (ora 111) è impe-
« dita in tutto il sistema del Progetto riguardante
« la responsabilità dei colpevoli, i quali determinano
« persone non imputabili o non punibili a com-
« mettere un reato.... Giova qui rilevare che
« la disposizione dell'art. 115 (111) si distingue
« da tutti i precedenti perchè in quelli si
« prevede il fatto di chi ha cagionato lo stato
« di non imputabilità o di non punibilità dell'au-
« tore del reato, mentre l'art. 115 (111) regola
« la 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 all'azione dell'isti-
« gatore. »

Il Codice ha separatamente previsto nell'art. 86
il caso di chi ~~abbia~~ abbia alcuno messo altri nello stato
d'incapacità d'intendere o di volere al fine di
fargli commettere un reato. "Del reato commesso
dalla persona resa incapace risponde chi ha
cagionato lo stato d'incapacità ».

Cfr. Pannain, Il Cod. Pen. It. Lg. 221, 349, 880

È spontaneo qui il sorgere del quesito: a quale titolo ~~risponderà~~ il che in relazione all'

Il Pannini", mentre tutto l'art. 111 [illegible] cui ha [illegible] la compartecipazione, [illegible] ritiene [illegible] l'art. 86 costituisca ~~sarebbe~~ un vero e proprio caso di autore mediato. Sta vero che, prospettandosi l'ipotesi che la persona non imputabile d'intendere o di volere commetta un reato speciale, ~~la legge~~ [illegible] non vedendo [illegible] non dice che il colpevole risponde del "fatto" commesso dalla persona non imputabile, ~~ma~~ bensì che il colpevole risponde del "reato" commesso dal non imputabile, dalla ~~quale~~ non v'è che, ove il fatto costituisca un particolare titolo di reato (es. peculato) debba rispondere il colpevole. Lo stesso dicasi per il caso che la particolare qualità personale trasformatrice del titolo del reato sia posseduta dal colpevole che, infatti l'agente materiale altro non rappresenta che la "longa manus" di costui. "

In questo particolare aspetto della questione tratterò ~~ora~~ poco in relazione ai reati propri: qui soltanto dirò che è, a mio modo di vedere, poco logico ammettere la ~~ipotesi~~ della compartecipazione quando si determina una persona che sia già non imputabile e ~~negarlo~~ quando la

determinazione si attua come produzione di uno stato d'incapacità d'intendere o di volere. Ecco un ritengo che il titolo di responsabilità di chi mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere ~~al fine di farlo commettere un reato~~ sia quello della compartecipazione.

È mia opinione che il titolo di responsabilità previsto dall'art. 86 sia quello della compartecipazione, a meno che, in casi eccezionali, la incapacità di intendere o di volere non si attui nell'esecutore del reato in un semplice automatismo di atti riflessi, i quali, come ho detto modo di dire a suo luogo, escludono il concetto di "azione". Nella generalità dei casi, invece, potrà sempre aversi un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale e con esso il presupposto fondamentale per l'ammissibilità del concorso.

Senonchè se può sussistere dubbio che non vi sia, da parte del soggetto primamente

6

responsabile un'attività concordata
bile entro lo schema generale della
compartecipazione.

E

Di qui
non prendere
origine

Torre Pg. 192

6

Per chiarire questo punto giova distinguere due ipotesi:

A) Che alcuno metta un'altra persona nello stato d'incapacità d'intendere o di volere (per es. ubriacandola) e successivamente la induca, la persuada, la costringa a commettere un reato. È evidente che in questo caso si ha compartecipazione, configurandosi perfettamente una determinazione da persona non imputabile. Tanto è ciò vero che il Manzini, ribadendo da un diverso punto di vista, richiama questa ipotesi a quella prevista nell'art. 111. - «La stessa disposizione (art. 111) - egli scrive[1] - si applica anche quando lo stato d'incapacità d'intendere o di volere dell'esecutore sia stato cagionato da chi poi determinò o istigò l'esecutore stesso a compiere il fatto, perchè la norma dell'art. 86 non è incompatibile con quella dell'art. 111 e perciò sarebbe contraddittorio, in questa ipotesi, che s'addivenisse a punire più gravemente, non applicare l'aggravamento.»

[1] Manzini II pg. 428

Difatti però dal Manzini quanto alla

dell'aggravamento dell'art. 111 nell'ipotesi previste dall'
~~formulazione dell'~~ art. 86. ~~all'art. 111.~~ Mi
198
dichiaro ritengo che si debba attenere al
sistema del legislatore quale risulta esposto
nel brano della Relazione Ministeriale, che
ho prima riportato. L'art 111 prevede l'ipotesi
della compartecipazione ~~stretta~~ quando ~~un~~ l'auto-
re principale ~~si trova~~ in istato di infermità
non imputabile non punibile
indipendentemente dall'opera del partecipe.
Invece gli artt. 46, 48, 54 (anticipo alcune
argomentazioni che svolgerò fra poco) prevedo-
no casi di compartecipazione in cui l'opera
del partecipe genera nell'autore principale
~~un reato~~ la non imputabi-
lità o la non punibilità. Mi conforta
in questa mia opinione la conclusione della
creazione legislativa ~~di~~ relativa di queste disposizioni, quale
la trovo esposta nel "Commento" di Saltelli e Romano
(1) ~~nei~~ ~~lavori~~ per
~~i lavori~~ degli articoli 108 (ora 111)
e 82 (ora 86) del Progetto Preliminare ~~non~~ ~~venne~~
~~non venne~~ ~~l'aumento~~ ~~della pena~~ La Commissione
Ministeriale ~~ritenne~~ esprese l'opinione che la pena
~~non~~ dovesse essere aumentata anche nei casi
~~previsti dalle~~ ~~ipotesi~~ ~~di~~ contemplati negli attuali artt. 46, 48, e 54.

(1) Saltelli e Romano "Commento. Vol. I parte I pg. 330

199
~~a~~ ultimo capoverso. Ma il legislatore ritenne
~~che non dovesse estendersi~~ l'aumento della
~~pena alle ipotesi previste~~, e che anzi dovesse
~~l'aumento della pena essere eliminato anche~~
~~nei casi~~ ~~nel caso~~ dell'art. 86 perché nelle
~~ipotesi~~ degli artt. 46 e 54
Il legislatore invece ritenne non dovesse ad essi
estendere l'aumento della pena, e questo alle-
gò anzi l'abolì anche all'art. 86 perché la
maggiore pericolosità dell'agente in tutte queste
ipotesi trova adeguata punizione in base alle norme
~~sanzione~~ degli artt. 611
e 613 ~~ed~~ ~~che devono~~ ~~pena~~ ~~applicate~~ ~~da applicare~~
~~insieme con quella~~ che vanno applicate in base
~~ricorso di~~ alle quelle previste dal Codice per
il reato commesso. Della proposta mancanza
o post in stato di infermità di intendere o
di volere. "Per l'ipotesi dell'art. 48 poi,
l'aumento della pena ma fu adottato nemmeno
per esso rispetto a questo caso non ricorre un
congruo allarme sociale. Ciò spiega perché
non se ne trovi nel Codice, accanto alle disposi-
zioni degli artt 611 e 613 una norma che
punisca il fatto di colui che con ingenuo abu-

~~indotto altro a commettere un reato~~.

Quindi, nella presente ipotesi, il determinatore subirà la pena pel reato commesso dalla persona resa incapace, e inoltre quella prevista dall'art. 613 cpv. 1: in questo modo la pericolosità di chi determina ~~un altro~~ a delinquere una persona che ha subìto ~~la~~ quella ~~colpita~~ di chi determina al reato, resa non imputabile per persona che ~~era già in stato di~~ subisce accidentale, risulta adeguatamente colpita dalla legge.

B) Che alcuno nell'altrui faccia suscitare, in un qualunque modo, mettere in altra persona in stato d'incapacità d'intendere o di volere al fine di ~~far~~ commettere un reato. Si può ritenere che qui esista una compartecipazione? A me pare che la risposta debba essere affermativa.

Invero l'art. 83 richiede che vi sia nell'agente il fine di far commettere un reato. Poiché invero la determinazione, nel suo concetto che risulta avulso dal Codice, comprende ogni ~~forma~~ forma di attività psichica diretta a ~~commettere~~ creare in altri il proposito delittuoso. Questa influenza sulla psiche dell'esecutore si ha benissimo nel caso in cui lo si metta in incapacità di intendere o di volere. In questo modo ~~taluno~~ nessuno ad essere ~~resta~~ stato fortemente ~~a delinquere~~ resa annullata nella sua persona i freni inibitori che ~~in stato~~ normale, lo assolvono tratteniendo dal reato. Quale differenza tra chi agisce positivamente con ~~una~~ forma violenza, influenza psichica, per vincere questi freni e indurre una persona al reato; e chi agisce negativamente annullando la normalità dell'intelletto e del volere? E si ~~dice~~ dice che l'art. 86 parla di un "fine" di commettere un reato: che ~~dal fine~~ per ~~quale~~ la ~~sua~~ agire assunto ~~per~~ per ~~concorrere~~ la volontà di ~~un~~ reato, ed è legge ~~Dopo~~ Dopo aver supposto che, se una ha ~~di~~ ~~fatto~~ ~~l'esecutore~~ dopo averlo messo nello stato d'incapacità d'intendere e di volere, ciò ha

o di volere: in questo caso egli è rivolta a creare nella psiche dell'esecutore una difficoltà o addirittura un impedimento assoluto di quei freni inibitori che altrimenti lo trattenerebbero dalla commissione del reato. Quindi la ~~ratio~~ dell'art. 86 pur ~~fondata sulla~~ nell'art. 86 è prevista una causa particolare di determinazione al reato; ~~perfettamente assimilabile alla norma dell'art. 48~~ il compartecipe per determinazione subisce la stessa pena dell'autore principale, in armonia quindi con la norma generale dell'art. 110. Tuttavia il colpevole dovrà subire anche la pena stabilita dall'art. 613 n. 1 perché ~~la stessa~~ particolare forma di determinazione da lui usata è prevista dalla legge come particolare reato. Non ~~si può~~ applicare l'aggravamento di pena previsto dall'art. 111 perché questo prevede la determinazione di persona che già si trovi in stato d'incapacità di intendere o di volere.

Resta pertanto dimostrato che l'art. 86 non può costituire un caso di autore mediato e che, perciò, in tutti i casi ~~di determinazione~~ in cui l'esecutore del reato è privo della capacità di intendere e di volere può ~~esistere~~ la compartecipazione.

12

~~fatto~~ previsto dall'art. 86 che la semplice riduzione di quello stato d'incapacità risulterebbe sufficiente per far commettere un reato. Il concetto di determinazione (come incapacità ~~in qualche misura~~ parzialmente esimente di influire su altri, di un proposito criminoso, può bene comprendere il caso speciale dell'art. 86. Ne risulta che anche qui è configurabile una compartecipazione. A colui che ha posto alla ~~pena~~ pena del reato commesso dalla persona resa incapace, oltre quella prevista dall'art. 613 N. 1 ~~fare, è aumentata di come previsto l'art. 111, in quanto anche le parole ragione e l'uso~~ ~~fatto già~~ ~~ha esposto con le stesse parole del Manzini~~ ~~per non applicare anche a questa ipotesi l'aggravamento della pena~~ per andare esente da pena, ~~si~~ deve ritenere che, ~~se colui che è stato fra l'esecutore e il compartecipe~~ persona resa incapace ~~sia~~ deve aver subita l'azione altrui senza un premeditato accordo, o almeno, ignorando di ~~una~~ ciò maniera. Altrimenti anche costui che l'altro si proponeva. ~~Diversamente~~ ~~risponderà~~ ~~come già~~ risponderà del reato commesso, in questo caso, mediante azione libera in causa, a questi il disposto dell'art. 87 del Cod. Pen.

(v. Manzini, Trattato di Dir. Pen. IV, pag. 328)

-13-

In quanto [illegible] risulta pertanto
Riflette quando è dimostrata la incapacità
di della qualità di autore mediato in quel
caso in cui l'esecutore del reato sia una
persona priva della capacità d'intendere
o di volere.

Qualora, si noti la persona agisca in
stato di incapacità d'intendere o di
volere non abbia commesso alcun reato, ciò in
fatti stato è la porta al fine di fare
commettere realizzare un reato risponderà per questo
fatto in base all'art. 613 N.° 1

-14-

II°) Si previene agevolmente alla negazione dell'autore mediato nei casi in cui il presente strumento agisce in stato di ~~ovvero~~ totalmente ~~ovvero~~ rilevante. L'errore, infatti, 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 compiere chi versa in errore. Si arriva quindi un concorso di persone nel reato.

Nel raffrontare questa soluzione teorica alla disciplina normativa del codice, vanno considerati due articoli: l'art. 111 e l'art. 48.

Invero possono formularsi due ipotesi:

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

(11)

- 199 -

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

Contro questa distinzione fatta dal [illegible]

15

B) che è proprio nella previsione dell'agente l'evento dannoso dall'altrui inganno

Viene dunque a riferirsi l'art. 48 c.p. le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce reato è determinato dall'altrui inganno; ma in tal caso del fatto commesso dalla persona ingannata risponde anche l'autore dell'inganno considerato come se avesse commesso il reato. Ci si domanderà allora in relazione a questa norma ci si domanderà quale sia il rito e la responsabilità dell'ingannatore?

Cfr. Manz. Pe. 4ª ed. pg. 421

L'articolo in questione corrisponde all'art. 46 del Cod. it. - Come il corrispondente art. 46, contribuisce alla completa disciplina dei vizi della volontà e regola la responsabilità dell'agente mediato che realizza a vario titolo, ricompreso dalla fattispecie giovinetta precedente, ma che non aveva trovato finora consacrazione legislativa. La disciplina è tanto più opportuna in quanto la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la norma al concetto dello strumento materiale meglio si attaglia ad altri casi, previsti dal Codice stesso (cfr. art. 111, 86), di mera assenza al reato di persona non imputabile o non punibile a cagione di una qualità personale

-16-

cv. Delitala anche Silletti e Romano Commento pg. 288 N. 1869

cv. Manzini II pg. 469

cv. Silletti e Romano Vol. I parte I pg. 330

-17-

<< mai, che non è quello in esame. Ho riportato questa frase e parole del commento all'art. 48 per far notare che come è detto [illegible] quale un tipo di autore mediato".

Tuttavia ritengo, in base ai principi in esposti, che qui esista sia l'elemento oggettivo, sia l'elemento soggettivo per la configurazione di questo delitto anche la persona ingannata compia un fatto oggettivamente antigiuridico; inoltre nel contenuto della determinazione rientra benissimo quello della induzione in errore. Ciò, ammette, discende da un diverso punto di vista dal Manzini: "Atta determinatrice ne è un irresponsabile a commettere un fatto preveduto dalla legge come reato, anche quando l'esecutore sia stato "determinato e dall'altrui inganno"; e però, mentre costui non è punibile, la responsabilità per il reato commesso ricade esclusivamente all'ingannatore, a norma dell'art. 48 cod. pen. con l'aggravamento stabilito nell'art. 111 n.

Seguendo questa interpretazione di vedute grande importanza nel codice assume il legislatore, quando punisce con pena aumentata che determini a commettere un reato una persona già imputabile in errore, e di punire invece con la semplice pena prevista pel reato dall'errore commesso, chi con l'inganno, creando in altri una situazione di errore, ha determinato l'ingannato a commettere un fatto penale.

Inoltre ritengo di aggiungere a questa interpretazione sia la storia della creazione legislativa a cui ho già accennato sub I), sia il sistema del Codice.

"Per l'ipotesi dell'art. 48 - è chiarito nel Commento di Silletti e Romano" - l'aumento della pena non fu ritenuto necessario per tale rispetto a questo caso non ricorre un congruo allarme sociale. Ciò spiega perchè non si trova nel Codice, accanto alle disposizioni degli articoli 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 causa estranea all'opera dell'esecutore (art. 111) o l'caso in cui il stesso compartecipe, mediante l'autore principale da alla commissione del reato, cosa in cui lo stato di non imputabilità o di non punibilità (art. 86, 54, 48) è vero che da questa nostra distinzione deriva, nella presente ipotesi dell'errore determinato dall'altrui inganno, una minore pena per l'ingannatore, ma ciò presume qualunque valore venga dato all'art. 48 e non può l'interprete, per evitarlo, stravolgere la lettera del Codice.

Alla evidente insufficienza di tale criterio l'legislatore ovvia dando al giudice il grado di responsabilità, entro cui facoltà, la pena tra il massimo e il minimo dalla legge fissati.

III) È inutile ricorrere all'autore mediato nel caso in cui l'agente immediato risulta fisicamente costretto (v) assoluta coercizione fisica). Dispone l'art. 46: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto da altrui 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 ipotesi quello di autore unico, immediato anche nel caso della costrizione fisica non esiste alcun barlume di volontà: ciò che l'costretto fa non merita il nome di azione.

(1) Così Manzini, Trattato, vol. 1, pag. 101

«In questo caso è l'altro che tratta 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 priva della capacità di volere, ma in quanto nè la volontà nè l'atto

212
III Pannain Manuale fg. 287.

20

né materialmente può dirsi che l'abbia commesso (a).

Perciò dissente dal Manzini allorché egli ritiene che nel caso di costringimento fisico che determina anch'esso, e più energicamente la volontà dell'esecutore, la responsabilità esclusiva del determinatore è dichiarata nell'art. 46 ed anche in tal caso, perché si tratta di una forza più grave di determinazione è applicabile l'aggravamento dell'art. 111 n. 1.

(a) Manzini II fg. 419.

L'illustre giurista è di questa opinione perché sempre equipara l'esecutore del reato ad uno strumento sicché "determinare" significa per lui: porre in azione uno strumento per la commissione di un reato. Ma che, come, nella determinazione vede, più precisamente, 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: ma vero è che il legislatore ha ben tenuto conto che la violenza materiale esclude totalmente la volontà sicché davvero qui si ha uno "strumento".

213

21

nelle mani altrui, un corpo che viene così come potrebbe essere usato un oggetto qualsiasi nella esecuzione del fatto criminoso. È ben vero che a quando la coazione ... cade sul soggetto passivo, sia pure con qualche effetto sulla psiche, una possibilità di volta in più resistenza (coazione relativa) si applica la massima che tutti hanno una delle più acute e soddisfacenti intuizioni giuridiche Bentham: "coactus, tamen voluit", e si fa luogo all'imputabilità dell'evento, salvo l'obbligo del giudice di tener conto nella determinazione della pena delle circostanze attenuanti in cui il fatto venne commesso (art. 133 n. 3 Cod. Pen.) (b), una profonda differenza del caso previsto dall'art. 46 nel

(b) Manzini II fg. 13, 14

Quindi se la violenza, nel caso di costringimento fisico, una semplice qualità di autore immediato ed unico del reato in colui che ha materialmente costretto. «Nel caso della violenza fisica agisce soltanto colui che esercita; l'altro non agisce e non omette; non può addirittura fare né l'una, né l'altra cosa; è divenuto uno strumento, e, nel caso dell'omi-

«Legge, gli impedisce di agire[214]. E uno «legno [illegible] addetto agli scambi e l'impedisce «giova a così gl'impedisce di manovrare gli «scambi, l'ferroviere non compie veruna «omissione, ma l'altro produce la falsa posizione dello scambio e la produce nella qualità «di autore, non già di autore mediato e «soprattutto non come ferroviere – mediato[1] «Se fosse anche il caso, possibile di fare costringere, «di una persona che sia materialmente costretta ad apporre una falsa firma su di una cambiale. Essa è stata strumento come una persona che sia di altri scagliata contro una Quindi l'autore [illegible] una responsabilità [illegible] Vetrina allo fine di spaventarla. [illegible] art. 46 è prevista la violenza fisica irresistibile che toglie del tutto la volontà; invece, e quando la «coazione psichica del soggetto passivo, sia pure con «qualche sforzo e sacrificio, una possibilità «di scelta tra più motivi (coazione relativa), «si applica la massima che distingue una «delle più antiche e sapienti costruzioni giuridiche romane: "coactus, tamen voluit" e si fa «luogo all'imputabilità dell'evento, salvo il

[1] Hegel op. cit. Vedi anche: Manzini "Trattato" vol. III pp. 61, 62, 63 Crastolo op. cit. pag. 186

L'autore della Relazione tedesca fa il medesimo esempio e in altre quella prevista dallo art. 611 del Codice Penale

«dovere del giudice di tenere conto nella gravità[215] «tudine della pena delle speciali circostanze «cui il fatto venne commesso. (art 133. alt 2)» [2] e in questa ipotesi nessuno dubiterà che il fatto sopra considerato

[1] Manzini II pg. 13, 14

[2] Rel. Min. I pg. 97

IV) è retto sulla Relazione Ministeriale[3]: «La violenza fisica annulla anche altro la persona «lità del costretto, il quale diventa "strumento «materiale" di chi la costringe (agitur, non «agit)/... – Ma diversa è la condizione di chi «opera nello stato di costrizione morale psichica «questa presenta gradi e stadii, che debbono «esser presi in larga considerazione, e la forza «ad un certo punto può ammettersi il fenomeno «psichico romanistico che "coacta voluntas est tamen «voluntas", non si può disconoscere che la «costrizione può raggiungere una intensità tale «e può verificarsi in condizioni tali da giu«stificare la irresponsabilità dell'agente.»

Questo raffronto fra l'una e l'altra forma di coazione mi mette direttamente in rilievo la diversità, che tiene riaffermata nello stesso tempo [illegible] che caratterizza

[3] Rel. Min. I pg. 97

204

(1) Delitala "Il fatto" pg. 143, 144

le ragioni per cui alla coazione psichica vera dato il valore di entità autonoma 216
della comune dottrina. "Ma può eliminarsi ad esempio,
azione - scrive il Delitala (1) - un movimento
di ordine puramente fisiologico ma il risultato
di una violenza fisica esercitata sul soggetto (vis
absoluta). Per contro la "vis compulsiva" non
elimina il concetto di azione: il legislatore,
considerando umanamente il fatto, potrà la-
sciarlo impunito, se refuta che dall'agente,
nelle circostanze concrete in cui ha agito, non
si potesse ragionevolmente pretendere un diver-
so comportamento; ma l'azione esiste, perchè
esiste la volontà - La differenza fra
le due ipotesi è dunque di intensità evidente:
nel primo caso fa difetto l'azione, nel secondo
la colpa." Risulta quindi chiaro come,
esistendo un'azione oggettivamente antigiuridi-
ca, sia presente anche nell'ipotesi di
costringimento psichico, il presupposto fonda-
mentale per l'ammissibilità della comparte-
cipazione. "Il costretto - dice lo Hegel (2) - è
un autore imputabile; che costringe va
punito come determinatore e non quale autore

(2) Hegel op. cit.

25

217

mediato."
Della coazione psichica si occupa il Codice nell'ul-
timo capoverso dell'art. 54: "La disposizio-
ne della prima parte di questo articolo
si applica anche se lo stato di necessità
è determinato dall'altrui minaccia; ma
in tal caso, del fatto commesso dalla persona
minacciata risponde chi l'ha costretta a
commetterlo."
Dato che il legislatore ha compreso il caso della
coazione morale entro la disciplina generale
dello stato di necessità, coloro che in questo vedo-
no una circostanza di giustificazione del fatto
negheranno che l'azione del psichicamente costret-
to possa dirsi oggettivamente antigiuridica.
Verrebbero, una volta accolta questa opinione,
le argomentazioni che fan poco tolgono in meri-
to all'ordine dell'autorità; ma, nella pre-
sente ipotesi, ritengo inutile il ricorso ad esse
perchè è mio convincimento che lo stato di
necessità non renda lecita l'azione necessita-
ta. Come dice il Delitala (1): "prescindendo dalla
sussistenza penale, esiste l'azione necessitata

(1) Delitala: "Osservazioni" pg. 80

« dall'applicazione della pena non significa
« affatto esistenza di ragione lecita ».
Per me credo che lo stato di necessità sia
soltanto una ragione di esclusione della colpe-
volezza.
Lungi dal pretendere di risolvere per incidens
l'ardua questione del valore giuridico dello
stato di necessità, adduco qui alcune argo-
mentazioni che mi pare possano validamente
sostenere la mia opinione.
Quest'ultimo, come ben scrive il Carnelutti (1), « pubblica-
« ta che si deve prestare ai precetti del legisla-
« tore non è punto subordinata alla condizione
« che

(1) Cfr. Trattato pg. 408

« L'esempio comunemente addotto è quello di una donna
« che abortisce di un feto per far violenza un'altra don-
« na. »
Altri autori (per es. il Manzini) ritengono possibile
la configurazione nell'aiuto di un delitto di ufficio da parte
di un non ufficiale pubblico. Ciò in virtù di un principio
secondo il quale (e il passo stesso).
Ritengo più esatto nel senso che

« dale offesa sia conciliabile colla concezione della 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 morte, non per salvare la vita propria, ma per soddisfare l'odio concepito contro di esso. La differenza grandissima intercede tra queste due azioni non riguarda che lo stato soggettivo ... Però il carattere dell'ingiustizia impressa ad un fatto dalla sua contrarietà all'ordine giuridico non è punto cancellato dalla sua attitudine a far sfuggire ad un pericolo mortale. »

Si riflette inoltre alla differenza fra lo stato di necessità e la legittima difesa [illegible] nonostante la pena (l'antigiuridicità penale è [illegible]); in ambedue sono presenti tutti gli elementi oggettivi del reato (azione, nesso di

causalità, evento, ingiustizia penale) e la differenza è solo nell'elemento soggettivo del reato (dolo).

Per la commissione di un delitto proprio, si vede di un intraneo che non agisce dolosamente. (Invero è ovvio che dell'intraneo agisce dolosamente si ha una vera e propria compartecipazione in delitto proprio)

L'autore mediato nel delitto di violenza carnale (rubabile) è ammesso anche da quegli autori che sono contrari all'estensione di non qualificati della qualità dell'autore mediato (così per es. il Mayer (1)). Già perchè l'violenza carnale non viene ritenuta un delitto

28

causalità, evento). Ma nella legittima difesa manca l'antigiuridicità oggettiva del fatto; in altre parole, la lesione di un interesse altrui giuridicamente ed attualmente protetto. Nel momento stesso in cui agisce, cioè, una persona, il soggetto, in cui commette l'offesa ingiusta di cui parla l'art. 52, colui, che contro di lui si esercita la legittima difesa, viene parzialmente privato del suo interesse dalla tutela del diritto. Può dirsi lo stesso nello stato di necessità in cui l'aggressore è certo un offensore? Può dirsi che lo stato di necessità costituisce una ragione di esclusione dalla colpevolezza perché "chi agisce necessitato versa in uno stato di grave turbamento psicologico, di urto contro la decisione, è contrario" l'offendersi contro di lui. Così il Manzini: "che la legge imponga all'individuo che agisca in stato di necessità la esatta valutazione dei propri atti come per la legittima difesa tanto da pretendere ogni eccesso nell'azione necessitata e tale dovere di valutazione esclude che l'atto

Delitto. Il fatto. fg. 25

Manzini Dir. pen. fg. 88

29

necessitato trovi la sua giustificazione nel turbamento psicologico. Inoltre, come potrebbe sostenersi l'esistenza di tale turbamento nel terzo che è fuori dello stato di necessità e ammette l'illecito per salvare un altro? Si ammetterà invece nell'altro la ragione di esclusione della colpevolezza di chi si trova in stato di necessità: che il concetto di colpa implichi, accanto al momento psicologico, anche e massimamente, un giudizio di rispondenza giuridica dell'agente, e cioè 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 una causa di esclusione della colpevolezza (Schuldausschliessungsgrund, secondo la terminologia tedesca): "perché il legislatore, nonostante l'antigiuridicità oggettiva del fatto, valutando umanamente tutte le circostanze del caso, ha rinunciato a pretendere che l'agente si astenga dall'azione."

Delitto. Il fatto. fg. 28/29

30

Quindi nell'ipotesi prevista dall'ultimo capoverso dell'art. 54 esiste il presupposto fondamentale per l'~~autonoma~~ ammissibilità della compartecipazione: un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale. Per la compartecipazione esiste anche l'elemento psichico: la minaccia, invero, non è che una forma di determinazione al reato. Sarebbe assurdo, una volta negata la equiparazione della persona psichicamente coartata ad uno strumento, non ravvisare nell'ultimo capov. dell'art. 54 una responsabilità per compartecipazione. ~~Ma è stato sostenuto in questi miei libri, l'affermazione~~

Vedi Wirth op. cit. pag. 34

Ma si è sostenuta, in questa opinione, la differenza che in dottrina comunemente si rileva tra l'art. 46 e l'art. 54 ult. capov. ~~e che per~~ ~~la figura così costruita non risponderemo:~~

Mentre nel primo, una volta accertata la violenza fisica, è senz'altro esente da responsabilità chi la subisce senza alcuna limitazione, nell'ipotesi dell'art. 54 ultimo capov.

31

223

la irresponsabilità del minacciato è subordinata a tutte le limitazioni previste per lo stato di necessità. Ciò perché nell'art. 46 è prevista un'altra ipotesi di qualità di uno autore in cui usa la violenza, mentre nell'altro articolo [illegible] havvi compartecipazione e il legislatore ~~non è stato~~ ha voluto minutamente specificare quali requisiti deve avere la minaccia perché il determinato da essa al reato possa non essere punito. Perciò ha stabilito che ogni minaccia, ma solo quella per cui «si realizza quella prevista dalla legge che è il fondamento stesso dello stato di necessità.»" (1) Pannain Principale pg. 228.

Nel caso 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 perché il suo modo di determinazione costituisce già in sé un particolare reato.
Anche nella presente ipotesi il Manzini ritiene di possa applicare, accanto all'art. 54 ult. capov.

(2) Manzini Trattato II pg. 429

33

V/ ~~Alt~~ Vengono prospettati anche casi di autore mediato – come ho avuto modo di esporre nella Tesina (fg. 42) – in relazione allo stato di necessità.

Chi mette altri in stato di necessità affinché costui commetta un reato; o comunque, per la stessa fase, di uno stato di necessità già esistente di fatto, viene ~~considerato~~ considerato a rispondere quale autore mediato del reato commesso dalla persona necessitata.

Teoricamente ci può stare l'altro anche quei casi in cui la necessità di rivolgersi alla figura dell'autore mediato, dato che, come ho dimostrato sub IV, anche una persona che agisca in stato di necessità può cmq cagionare azioni oggettivamente antigiuridiche.

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

a/ Chi induce taluno al fine di far commettere un reato, a stato di necessità in cui altro si trova

l'art. 111 con la sua aggravante. Non starò a ripetere le ragioni per cui ritengo de non poter in proposito consentire con l'illustre dualista.

per la commissione di un delitto proprio, si vale di un altro 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 (nötzucht) è ammesso anche da quegli autori che sono contrari all'estensione ai non qualificati della qualità di autore mediato (così per es. H. Mayer (1)). Ciò perchè la violenza carnale non viene ritenuta un delit-

34 Rientrano in queste ipotesi: il caso in cui il colpevole, mentre il suo stato altrimenti non ci sarebbe necessario, lo determinò 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 benissimo il necessitato, se non fosse stato in errore, altrimenti salvarsi. Si applicheranno i principii relativi all'art. 113.

b) Che alcuno produca un pericolo, cioè crei in altri lo stato di necessità, al fine di fargli commettere un reato. In queste ipotesi dovranno applicarsi i principii già esposti in base sub IV parte, come dichiara il Manzini, soltanto il caso della minaccia può venire in considerazione quando si consideri il pericolo sussistente prodotto dall'opera di una persona diversa dal salvatore e dal salvato. È chiaro invero che, in relazione alla presente ipotesi,

35 possa trattarsi di pericolo involontariamente o colposamente prodotto; d'altra parte: se dal pericolo deriva una coazione fisica assoluta si ricadrà nell'ipotesi dell'art. 46; mentre se ne deriva uno stato d'incapacità d'intendere o di volere si applicherà l'art. 86 non si potrà parlare di stato di necessità perchè come dice lo stesso Manzini (""), chi ha quando chi subisce l'azione altrui 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 minaccia.

("") Manzini "Trattato" IV pg. 340

Diversi articoli del Codice a cui possono riferirsi i particolari aspetti di questa parte della questione, è implicita indicazione delle soluzioni che per essi credo si possano dare. Dopo quanto ho scritto nei numeri precedenti è inutile che io qui più oltre m'indugi. —

VI) Si ritiene autore mediato del reato commesso dal subordinato, il superiore che costringa fuori legittimo a commettere mediante l'emanazione di un ordine illegittimo vincolante.

Ritengo che, anche in questo frangente, si possa ~~costringere~~ discostare dalla dottrina dell'autore mediato: all'uopo va esaminata la diversa gravità data dal legislatore all'ordine dell'autorità. L'art 51 del Codice Italiano in ogni caso la responsabilità del superiore che abbia impartito un ordine illegittimo; mentre dichiara che l'inferiore non è punibile qualora abbia eseguito tale ordine in seguito ad errore di fatto sulla sua legittimità, ~~nel caso che~~ la abbia eseguita perché 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 principi fissati nell'art. 47, si presentano due ipotesi fondamentali: quella che l'autore dia ordine illegittimo vincolante; e che l'esecutore dia ordine illegittimo non vincolante.

87

L'indagine dei égeni rivolta a stabilire 229
quale sia il titolo di responsabilità del superiore nell'u
no e nell'altro ipotesi; e quale il titolo giuri
dico in base a cui si fonda l'ispezione nel
caso dell'ordine illegittimo non vincolante.
Per quanto riguarda il superiore il Manzini 117
scrive: « Il titolo di imputabilità è l'esecu
« bilità diretta e principale per un reato com
« messo col mezzo di un'altra persona. Il
« pubblico ufficiale che ha ordinato il reato
« è punibile sempre, cioè tanto nel caso che il
« subordinato avesse il diritto - dovere di rifiu
« tare la legittimità dell'ordine, quanto se
« non l'avesse, e così nell'ipotesi in cui il de
« linquente abbia avuto vizio l'obbligo di
« obbedire, come in quella in cui tale obbligo
« non sia sussistito. » Analogamente il
Levi dichiara: « Quanto alla posizione del
« l'ordinante l'art. 51 contiene una disposi
« zione sull'agente mediato, che è l'applicazio
« ne dei principi accolti dagli art. 46, 48, ecc.
« La legge dice che del reato risponde "sempre" il
« pubblico ufficiale che ha dato l'ordine illegitti
« mo, nel senso che la punibilità non può

Manzini Tr. 2ª ed. II pg. 271

(a) Levi Tr. Ed. Pen. pg. 229

88

« bità dell'agente materiale è a lui riguar
« do indifferente. » 230

Per me ritengo che vadano examinate distinta
mente ~~due~~ dei ~~ipotesi~~ ~~dell'ordine~~ ~~vincolante~~ e quello
~~dell'ordine non vincolante~~.

a) Nel caso che l'inferiore abbia eseguito
un ordine illegittimo non vincolante (esclu
so l'ipotesi che ciò abbia fatto perché convinto in
errore), ~~sia il datore che l'esecutore~~ si instaura
una compartecipazione: l'inferiore risponde
come autore principale, il superiore come compar
tecipe:

Alcuni autori ritengono incompatibile
l'~~azione~~ ordine con la compartecipazione:
in quanto nell'ordine l'elemento subiettivo è
il dare soggetto di configurarsi come subordina-
zione e ~~non~~ dal dovere di obbedienza sarebbe evolu-
ta dall'inferiore costretto ad accettare l'ingiu-
stizia ordinata.
Bene delittuosa. Questa opinione è ~~insostenibile~~.
~~Come il~~ Il nostro codice, quando parla di collabo-
razione di più persone ad un reato, non fa alcuna
menzione della loro posizione rispettiva o dei
mezzi usati dall'istigatore per indurre l'istigato
al delitto ... ~~Sempre~~ Alla partecipazione è
necessario che alla realizzazione dell'evento
reato
preso intrapresa dall'autore principale ~~abbia~~
~~consapevolmente~~ l'azione del partecipe per de-
terminare o favorire la realizzazione stessa.
(1) Indubbiamente l'azione del determi-
natore ha l'efficacia di determinare il subordina-
to all'esecuzione. del reato. ~~Sotto~~ che l'
~~l'ordine~~ non è ~~illecito~~ ~~se~~ ~~non~~ ~~che~~
~~non deve~~ ~~di~~ ~~eseguire~~ ~~il~~ ~~fatto~~ ~~delittuoso~~;
il subordinato è tenuto a rispondere del reato
va punito come compartecipe
commesso. ~~è partecipe~~ L'inferiore
~~fonda~~ ~~una~~ ~~esimente~~ a norma dell'art. 51°
~~ne~~ gode di ~~esimente~~ l'aggravante prevista dall'art. 112 n. 3

(1) Bettiol "Ordine a ... " pg. 102, 103

" vo Codice, ogni concorrente sia da considerare autore
" del reato o partecipe nel reato commesso con aggravi
" comune. Le due ipotesi sono essenzialmente distinte,
" perché con la prima l'istituto del concorso viene a
" perdere la sua importanza, tenuto in base alla se-
" guale, esclusa la disciplina delle circostanze che
" interferiscono tra i concorrenti mantenendo fermo il
" principio dell'unità del reato". In base all'articolo
prima parte, che annette una valutazione dell'importan-

Su questo punto è d'accordo il Manzini: "Allorché il dipendente è ogli pure punibile, per il superiore ricorre in ogni caso l'aggravante prevista nell'art. 112 N. 3, la quale comprende in sé, e quindi esclude, l'aggravante di cui all'art. 61 n. 9." (1) Manzini II pg. 491 -

(1) Manzini II pg. 491

" (determinazione a reato di persona non
" punibile), e pure, a norma di questo articolo,
" la pena per il superiore deve essere aumentata
" fino ad un terzo (art. 64)."
" Allorché il dipendente è ogli pure punibile,
" per il superiore ricorre in ogni caso l'aggravante
" prevista nell'art. 112 n. 3, la quale com-
" prende in sé e quindi esclude, l'aggravante
" di cui all'art. 61 n. 9."

b) Nel caso in cui l'inferiore abbia eseguito un ordine illegittimo ricevente, si ritiene che il superiore debba rispondere come autore mediato. Sono di questa opinione diversi autori che ritengono che l'ordine illegittimo escluda totalmente la responsabilità dell'inferiore, e che danno all'ordine illegittimo dell'autorità il valore di causa di giustificazione. Quindi bisogna affrontare il problema del rapporto giuridico da cui scaturisce l'ordine illegittimo dell'autorità.
Si ritiene da alcuni che esso costituisca una nuova circostanza di non punibilità del subordinato funzionario autorizzato e obbligato ad eseguire, egli non punito perché il legislatore, per ragioni di opportunità, rinuncia all'applicazione della sanzione.

42

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

43

L'obbedienza del subordinato sarebbe sempre un'azione lecita perché prescritta da un evento lecito a causa del quale il superiore è punito, ma ancorché esente da pena: secondo alcuni, per avere il subordinato agito in uno stato di costrizione psichica"; secondo altri, per avere agito in stato di necessità (scusante) per avere eseguito l'ordine ritenendo in buona fede di dovere sul suo dovere di obbedire; la quasi totalità ad un ordine illegittimo sarebbe scusata ritenendo dovuta l'obbedienza.

c/ Ciò ritengono, per esempio, il Moriti. fg. 328.

Meglio si ritiene dalla più moderna dottrina che l'ordine illegittimo costituisca una circostanza di esclusione della colpevolezza del subordinato. Più autorevolmente questa posizione è dimostrata dal Bettiol [1]: "L'azione dell'esecutore che realizza il contenuto dell'ordine è lecita perché essa è richiesta dall'ordinamento giuridico come fattrichey dovuta. L'esecuzione dell'ordine illegittimo è ciò ad un principio informatore delle circostanze di liceità: l'adempimento di un dovere imposto dal diritto non può essere

a favore

c/ Bettiol "Ordine.." fg. 41 ch.

« illecito, perchè una contraddizione in termini
« al diritto non è concepibile. * .... Bisogna
« tenere sempre distinta l'azione del superiore,
« che consiste nell'emissione dell'ordine, dalla
« azione del subordinato che si estrinseca nella
« esecuzione dell'ordine stesso: quella del
« superiore è azione illecita perchè in conflitto
« non con la norma che gli vieta di emanare
« l'ordine, quella del subordinato è azione
« non illecita in quanto rappresenta l'adempi-
« mento del dovere di obbedienza » Delitto
Esaminando la teoria del Binding ~~che~~ secondo la quale,
~~da un punto di vista naturalistico del campo del~~
~~diritto considerando~~ tutto il contenuto del punto
di vista della contrarietà alla norma,
e giudice del ~~che~~ subordinato è azione
è azione, ~~il Delitto~~ il Delitto assume la forma
~~la stessa~~ ~~che l'ordine sia una~~ ~~azione~~
~~di azione per~~ « l'esecutore di un
ordine antigiuridico obbligatorio compie indub-
« biamente un'azione, ma la sua azione non
« è disgiunta dall'ordinamento giuridico

Delitto
" Il fatto
pg. 118
Vedi anche
Manzini II
pg. 54.

Questo concetto ~~è~~ esprime ~~assai~~ ~~esattamente~~

« poiché, fra le due leggi, una delle quali in-
« crimina genericamente il fatto da lui commesso,
« laddove l'altra gl'impone l'esecuzione dell'or-
« dine, quest'ultima ha la prevalenza posto che
« l'ordine sia veramente obbligatorio. E questa,
« in definitiva, l'unica norma del caso in esa-
« me: La sua azione non può quindi conside-
« rarsi illecita, poiché la regola generale che
« incrimina genericamente il fatto da lui com-
« messo non ha in questo caso alcuna efficacia ».

Se, adunque, l'ordine obbligante è una circostanza di giustificazione pel subordinato, si avrebbe, accogliendo l'opinione che qui l'esecutore sia autore mediato, uno di quei casi in cui lo "strumento" agisce non antigiuridicamente. Casi molto dispersi, 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 atti puramente riflessi l'uomo può equipararsi ad uno strumento, è quasi superfluo dichiarare che l'esecutore dell'ordine illecito 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 dell'ordine illegittimo impartitogli.

Ritengo col Bettiol che anche nel presente caso, come già in quello prospettato dall'a., sia senz'altro ravvisabile una compartecipazione. Autore del reato è il subordinato; il superiore ~~è~~ compartecipe per determinazione. ~~Interpretando la norma in questo senso, ritengo di dover accogliere~~ E quanto scrive il Manzini.

Quindi concordo col Manzini[1] nel ritenere che "la dichiarazione dell'art. 51 primo capoverso non è che un'applicazione particolare della regola generale stabilita nell'art. 111 (determinazione a reato di persona non punibile) non solo in quanto [illegible] come ho già detto, ma anche perché [illegible] dell'esimente prevista dall'art. 111 come uno dei casi di compartecipazione.

Anche l'on. Sotgiu dell'ordine illegittimo Vivente, l'esimente subirà la pena che spetterebbe al subordinato per delitto commesso, aumentata fino ad un terzo.

(1) Manzini II pg. 271

Si potrebbe però obiettare che, siccome l'esimente del subordinato è lecita, manca nella presente ipotesi il presupposto indispensabile per l'ammissibilità della compartecipazione: un fatto oggettivamente antigiuridico dell'autore principale.

In risposta a questa possibile osservazione, rivedrò quanto già ho detto a pag 153 riferendo le parole del Manzini, cioè che il concetto di "fatto" comprende in sé l'azione e l'evento, la condotta e il risultato. ~~In altre branche del diritto non è raro il fenomeno che da~~ 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 l'evento ha fondamentale importanza di 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 dimostra il Bettiol [117] - dall'esecuzione dell'ordine illegittimo vincolante. Invero «la «realizzazione dell'evento non è per il subor- «dinato illecita perché il diritto gli impone di «agire in conformità dell'ordine. L'adempi- «mento di un dovere, anche se porti alla «lesione di un interesse protetto non può esse- «re illecito, perché il legislatore ha prescritto «questo conflitto di interessi ed ha imposto «ad un soggetto di agire in modo da tutelare «l'interesse prevalente, che, in questo caso, è «l'interesse dello Stato ad una rapida ese- «cuzione degli ordini impartiti dai suoi orga- «ni. L'ordine non ha la virtù di rendere «lecito l'evento, ma solo quella di giustificare «l'azione del subordinato e di escludere costui «da responsabilità penale.» [118]

Esiste quindi un fatto oggettivamente antigiu- ridico dell'autore principale anche se solo l'even- to, solo il risultato della condotta è illecito, ma

[117] Bettiol "Ordine" pg. 77, 78

48

[118] Bettiol "Ordine" pg. 93

-49-

tre eccezionalmente, per una situazione giuridica particolare, è lecita la condotta che ha prodotto. «Di fronte all'amministrazione «della partecipazione - scrive ancora il Bettiol «il carattere giuridico delle azioni del parte- «cipe non entra in considerazione: il legi- «slatore può addirittura comandare l'azione dello «autore principale e considerare tuttavia illeci- «to l'evento cagionato. La partecipazione «deve ritenersi ammissibile perché l'evento «corrisponda ad una situazione giuridica- «mente rimproverabile ipotizzata in una fatti- «specie delittuosa.»

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

[117] Bettiol "Ordine" pg. 121, 122

50

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. (Ved. pg. 48, 49). E' bene ricordare alcuni esempi che frequentemente ~~ricorrono~~ negli studi sull'autore mediato. 1°) A determina B, il quale erroneamente crede che un oggetto che sporge si ritiene sia invece una "regnatina", a ~~dargliela~~ toccarlo. A è autore mediato del danneggiamento nella stessa persona, relazione al quale B è contemporaneamente 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~~ consiglia a B di ~~fargli~~ toccare un cavo di rame. Egli sa che in quel ~~filo~~ conduttore elettrico passa la corrente ad altissima tensione. B, invece, 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. -

(1) Vannini "Concetto e contenuto" pg. 79, 80

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

« perfettamente all'ipotesi prevista nel pre-
« cetto principale non è creato se nella stessa
« persona viene ad unificarsi la soggettività
« attiva e la soggettività passiva del fatto
« stesso..... Se al fatto in cui soggetto atti-
« vo e soggetto passivo vengono a confondersi
« nella stessa persona altrui concorre, sarà
« quel fatto per il concorrente un reato, ove
« per la incapacità psichica della persona
« offesa la soggettività attiva giunga ad esau-
« rire la rilevante trapasso al terzo, il quale diven-
« ne, perciò, autore del reato. Pertanto risponde
« di danneggiamento colui che istiga il
« pazzo a distruggere i proprii oggetti, di omi-
« cidio chi istiga il folle a suicidarsi. »

L'esame dei casi: ~~L'esame sulla base dei~~
principii che ho esposti innanzi, dimostra
senz'altro che qui non possa aversi compartecipa-
zione in quanto non ~~potrebbe~~ esiste un
fatto oggettivamente antigiuridico dell'esecutore.
Chi, ad es. ~~distrugge~~ una preziosa cosa non ~~com-~~
~~mette un danneggiamento perchè l'art. 635 cpbs~~

52 264

alla quale bisogna riferirsi per dare agli esempi suddetti una disciplina giuridica conforme tenga il giusto vizio attraverso l'azione mediata.

Pur concordando sostanzialmente con quanto afferma il Rocco del Vannini, ritengo che la disciplina giuridica data da esso ad essi una soluzione qualche sia possibile in base per cui si può ad essi dare una soluzione differente.

Senza dubbio in siffatti casi non si può fare ricorso alla schema giuridico della compartecipazione perché manca un fatto oggettivo comune antigiuridico dell'autore principale. La volontà determinazione a un fatto illegittimo non costituente reato, se fosse punibile come reato a sé, quando la legge lo considerasse, non potrebbe mai aversi in conto di concorso. Il colpevole deve rispondere quale autore unico della distruzione. La soluzione proposta per siffatti casi dal Vannini non può reggersi sulla formulazione che egli le ha data. Limitarla alla incapacità psichica del soggetto passivo significa lasciar fuori molteplici casi in cui si avrebbe impunità. Inoltre se l'ultimo capoverso dell'art. 580 può lasciare adito a ritenere che risponda di omicidio chi spinge un pazzo al suicidio, non vi è alcuna ragione che possa escludere la stessa soluzione al caso del danneggiamento, la

(II) Manzini II ed. 431

ne delle cose di B o della morte dello stesso. Però la giustificazione che di ciò dà il Vannini

53

quanto non ha fatto base del Codice quel "passaggio
dalla soggettività attiva ~~giuridica~~ giuridicamente rilevante
te", di cui parla il Vannini — giustificazione della
Modestamente ritengo che la ~~obiezione~~ in tal
qualità di autore, sia da respingere
in siffatti casi ~~vada esclusa~~ nella considerazione del proces-
so di esecuzione del reato. Quando A ha indotto
B a porre la mano sul capo dell'ex fidanzata
Tizio, ha iniziato il processo esecutivo del
reato, in quanto l'opera di B non è che il
naturale completamento di esso: completamento
del quale B non è strumento per la commissio-
ne di un reato a proprio danno, ma unicamen-
te vittima dell'altrui azione. Ciascuna
Soltanto vittima ~~anche~~ può essere ritenuta autrice della propria
partecipazione in relazione al conseguimento dell'altrui
fine criminoso. Sottopongo brevemente questa mia
opinione, il confronto con il seguente esempio:
Tizio, volendo ~~soppri~~ uccidere Caio, ha trova-
to modo di porre un veleno nella bottiglia
di cui
sua preferita. Caio, ignaro, introduce
proprio
a mezzanotte nel suo corpo la sostanza letale:
si vorrà dire che Caio sia strumento e Tizio
autore mediato in questo omicidio?

Nel caso in cui sia determinato al suicidio un minore degli anni quattordici o comunque privo della capacità di intendere o di volere, considerando la sua posizione irrilevante all'azione determinatrice del colpevole, il Codice sancisce (ultimo capoverso dell'art. 580) che "si applicano le disposizioni relative all'omicidio". Così il legislatore ha equiparato ~~l'istigazione~~ al suicidio ~~il fatto di~~ chi determina taluno a suicidarsi ~~il fatto di~~ chi ~~determina~~ a suicidarsi ~~un~~ mediante violenza, minaccia, inganno o abuso di autorità. Il processo di esecuzione di un omicidio o di una azione influenzatrice della abnorme o immaturata volontà dell'istigato al fine di ~~causare la~~ causare la morte ~~di~~ il proposito di togliersi

VIII / Si ritiene esistente la qualità di autore mediato anche quando il presupposto strumento non è del tutto incapace. Ricordo qui l'esempio già addotto (pg. 50): risponde come autore mediato di omicidio colui che dolosamente fa dall'infermiere sostituire al posto del farmaco ordinato dal medico; e ciò anche se l'infermiere agisce negligentemente ed è punito, poi, per omicidio colposo. Ricordo ancora che il von Hippel ritiene si abbia qualità di autore mediato anche se lo strumento è punibile per commissione dolosa di un reato minore, ovvero, pure essendo il suo dolo diretto al reato di cui si tratta, quello dell'autore mediato è rivolto ad un evento penalmente più grave.

Dopo tutto quanto sin qui detto mi ritengo necessario aggiungere parole per dimostrare che in diversi casi la sola altra figura di responsabilità a titolo di autore mediato. Rimane da esaminare, poi, quale debba essere

invece la disciplina giuridica.

Nella ipotesi prospettata dal von Hippel non vi è dubbio che possa esservi compartecipazione. Ma affliggeranno le comuni norme sul concorso di persone nel reato?

Ma potrà esservi compartecipazione anche nel caso in cui l'autore principale abbia risposto per colpa e l'altro, il presunto autore mediato, per dolo?

In relazione all'ordine dell'autorità ~~Esaminando~~ l'ipotesi che il superiore che dà un ordine illegittimo per essere determinato da ~~chi~~ quest'ultimo il subordinato lo stesso ordine dolosamente esegua, il Battaglini ~~ritiene~~ il Battaglini ritiene che il superiore non possa essere punito come autore mediato ~~né come compartecipe per determinazione~~ (Dmitrieff) né perché il subordinato agisce con dolo, né come compartecipe per determinazione (anstiftet) perché il reato commesso dal subordinato è ~~reato~~ proprio e l'estraneo viene ad essere spogliato dall'agire doloso dell'esecutore. Il superiore dovrebbe andare impunito a qualche altra sanzione non penale.

Battaglini "ordine" pg. 112

Battaglini op. cit pg. 106 ss

(1) Bettiol "Ordine" pg. 123

57

Critica il Bettiol questa opinione e dichiara: "Noi propendiamo a ritenere che il superiore debba rispondere del fatto illecito a titolo di partecipazione colposa a delitto doloso: non vediamo perché, in base alla falsa affermazione dell'intervenuta cessazione del nesso causale, debba mutare nei riguardi del superiore una situazione di fatto mentre egli ha concorso colposamente alla realizzazione di una fattispecie delittuosa."

Condivido l'opinione del Bettiol per quanto riguarda la negazione della presunta intervenuta cessazione del nesso causale e ritengo perciò che anche il superiore vada punito per delitto colposo se la legge come tale prevede il reato commesso in esecuzione dell'ordine illegittimo. Modestamente, però, credo di dover dissentire dal Bettiol per quel che riguarda la possibilità di una partecipazione colposa a delitto doloso.

L'ammette il Bettiol in base alla giusta affermazione che per l'ammissibilità della compartecipazione basti un fatto oggettivamente antigiuridico: una volta esistente questo, nulla vieterebbe che debba concorrente risponderne per delitto colposo, anche doloso. Non bisogna considerare, invece, che qui non esiste un'azione oggettivamente antigiuridica dell'autore principale di reato, poiché questi difetta dell'elemento psichico soggettivo dell'autore principale per costituire un reato consumato. E quando, per questo elemento psichico, si ha un reato colposo, non è possibile che il compartecipe debba, dello stesso, rispondere per dolo. Ma quello menomato è carattere unitario del reato concorsuale: in questo senso da ulteriormente interpretata la unidirezionalità del reato di cui è parola nell'art. 110 del Codice. (1)

58

(1) La prevalente dottrina, in relazione al vigente Codice come già sulla base del Codice Zanardelli, ritiene ammissibile un concorso doloso in delitto colposo e viceversa. Vedi: Manzini: Trattato pag. 153; Manzini "Diritto penale" pag. 195; Manzini "Il cod. pen. it." pg. 449 e 450; Manzini II pg. 445. Rocco "Relaz. del progetto" pg. 110.

Con specifico riferimento all'ipotesi qui in esame, nella quale dovrebbe ammettersi un concorso doloso in delitto colposo, giova ricordare le precise parole del Commentario di Saltelli e Romano[1]: « Poichè nella cooperazione colposo nessuno dei partecipanti deve « aver voluto l'evento, ne consegue che non può « esservi partecipazione dolosa in delitto « colposo. Ciò però non esclude che ciascuno dei « partecipanti risponda distintamente della « propria azione dolosa o colposa. « Così per esempio, se una persona, al fine « di uccidere, consegni ad altra una rivoltella « che sappia essere carica, attivamente dolosa « sia scarica e inciti quindi a sparare contro « una terza persona per gioco, e la persona « incitata, ritenendo che l'arma sia scarica, spari « imprudentemente ed uccida, l'esecutore risponderà « di omicidio colposo e l'incitatore di omicidio volontario. »

(1) Saltelli e Romano "Commento" pg. 584 N. 360

Concludendo: qualora il presente strumento venga in esame

Concludendo: Nel caso ~~in esame~~ ~~l'imputato~~ agisce ~~con dolo~~ ~~ed è~~ ~~responsabile~~ ~~del reato~~ ~~commesso~~ ~~dall'~~ ~~strumento~~, ~~che~~ ~~si~~ ~~configura~~ ~~come~~ ~~un~~ ~~caso~~ ~~di~~ ~~mancanza~~ ~~di~~ ~~dolo~~ ~~nell'~~ ~~autore~~ ~~mediato~~, ~~ma~~ ~~non~~ ~~di~~ ~~una~~ ~~vera~~ ~~e~~ ~~propria~~ ~~qualità~~ ~~di~~ ~~autore~~ ~~mediato~~, ~~tale~~ ~~da~~ ~~escludere~~ ~~la~~ ~~compartecipazione~~ ~~di~~ ~~altri~~ ~~nel~~ ~~reato~~ ~~commesso~~.

- 150 -

b) che alcuno ai fini di un altro soggetto, mediante l'errore determinato in quest'ultimo, ~~abbia~~ ~~commesso~~ ~~un~~ ~~reato~~. Si può ritenere che sussista una "determinazione" a mezzo di errore quando l'agente abbia posto in essere ~~un~~ ~~comportamento~~ ~~che~~ ~~abbia~~ ~~avuto~~ ~~come~~ ~~effetto~~ ~~l'~~ ~~errore~~ ~~altrui~~ ~~e~~ ~~che~~ ~~sia~~ ~~stato~~ ~~da~~ ~~lui~~ ~~voluto~~ ~~come~~ ~~tale~~ ~~o~~ ~~accettato~~ ~~come~~ ~~possibile~~ ~~conseguenza~~ ~~della~~ ~~propria~~ ~~condotta~~. Invero la determinazione, nel fatto concreto, deve essere efficace, cioè deve essere stata tale da ~~far~~ ~~commettere~~ ~~un~~ ~~reato~~. Si può ritenere che sussista una "determinazione" a mezzo di errore quando l'agente abbia posto in essere un comportamento che abbia avuto come effetto l'errore altrui e che sia stato da lui voluto come tale o accettato come possibile conseguenza della propria condotta, comprende ogni forma di attività psichica diretta a creare in altri il proposito dell'azione.

60

4° Paragrafo.

I casi di autore mediato caratterizzati dallo strumento doloso.

Il seguente Codice non distingue le correità dalle complicità, col risultato, invero, di creare tra l'altro la disputa tra 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 già detto a pagina 54, risulta elaborato dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo Germanico.

Presenta un maggiore interesse per la dottrina italiana (e per le altre) quei casi in cui la qualità di autore mediato è caratterizzata dall'esistenza di uno strumento doloso.

2

I) In relazione ai reati propri (funzionali) in cui è ritenuto esistente il fenomeno ~~della~~ dell'autore mediato ~~strumento~~ (per es. a un estraneo determina un pubblico ufficiale a commettere un peculato); ~~in cui è ritenuto esistente il fenomeno dell'autore mediato mediante l'utilizzo dell'altrui strumento doloso~~ (per es. un impiegato determina un estraneo alla commissione di un delitto d'ufficio).

In nell'una come nell'altra serie di casi, i principi fin qui esposti e le norme del diritto positivo ~~non~~ permettono di respingere la configurazione ~~dell'~~ dell'autore mediato.

Per una chiara ~~esposizione~~ trattazione della questione è bene ~~non~~ separatamente studiare le seguenti ~~ipotesi~~ ipotesi:

~~a) è possibile ritenere che un estraneo commetta un reato proprio determinando un intraneo a commettere un reato proprio; b) che un estraneo a tale commissione determini un intraneo non imputabile o non punibile; c) che un intraneo determini un estraneo alla commissione di un reato proprio; d) che l'estraneo determinante alla intraneità sia, a sua volta, non imputabile o non punibile.~~

3

Un estraneo determina un intraneo alla commissione di un reato proprio: non vi è dubbio che egli debba essere punito come concorrente ex art. 110 c.p. in relazione a quei reati che richiedono nel soggetto attivo indicato dalla norma del reato una determinata qualità personale (es: pubblico ufficiale nel peculato) ovvero condizioni o rapporti personali, sociali (es. coniuge) o naturali (es: maschio nei reati militari), e compartecipi che la detta qualità, ecc. non hanno, sono nondimeno imputabili e punibili per il medesimo titolo di reato da cui risponde chi invece tale qualità possiede, perchè essi, volendo partecipare a quel reato, hanno voluto tale reato in tutti i suoi elementi.[1]

A) Un estraneo determina un intraneo alla commissione di un reato proprio: non vi è dubbio che debba essere punito come concorrente ex art. 110 c.p. in relazione a quei reati che richiedono nel soggetto attivo indicato dalla norma del reato una determinata qualità personale (es: pubblico ufficiale nel peculato) ovvero condizioni o rapporti personali, sociali (es. coniuge) o naturali (es: maschio nei reati militari), e compartecipi che la detta qualità, ecc. non hanno, sono nondimeno imputabili e punibili per il medesimo titolo di reato da cui risponde 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 - Vedi anche per es.: Vannini "Il Cod. Pen. It." pag. 454.
Opinione accolta anche dalla giurisprudenza. Cass.: "è punito che determina un pubblico ufficiale a commettere un falso è tenuto pubblico, risponde di correità nel delitto di sua ufficiale del pubblico ufficiale esercita ed del medesimo e non già del mero a quel titolo di falsità in atto pubblico commesso da persona qualificata" (Cass. Pen. 4-6-1923 - Tra Rappresentanze Gen. Giur. II. 1923) "Non occorre avere la qualità di pubblico ufficiale per essere responsabile di correità in peculato commesso da altri, quando la suddetta qualità costituisce elemento di fatto che [illegible] concorrente, la quale, pur non avendo la qualità, [illegible] del reato" (Cass. Roma 22-8-1916 - Rivista Penale 1916)

A) Se un estraneo determina non intraneo alla commissione di un reato proprio, o altrimenti in questa concorre, non v'è dubbio che debba essere punito come compartecipe. « In relazione a quei reati che richiedono nel soggetto attivo indicato dalla norma del reato una determinata qualità personale (es: pubblico ufficiale nel peculato), ovvero condizioni o rapporti personali, inerenti (es: coniuge) o naturali (es: madre nei reati militari), è compartecipe chi la detta qualità, ne è non hanno tuttavia modificato imputabile e punibile per il medesimo titolo di reato di cui risponde chi riveste tale qualità possiede personalmente, volendo partecipare a quel reato hanno voluto tale reato in tutti i suoi elementi. »

Recentemente fu deciso, a proposito di questa disposizione, che se per mancanza del requisito personale, richiesto dalla norma che prevede il reato proprio, l'estraneo non può essere punito come autore del reato proprio, può invece essere punito come partecipe per la regola dell'accessione dell'estraneo, perché in tal caso egli ha violato il dovere di rispetto verso interessi giuridicamente tutelati. »

B) Un estraneo determina alla commissione di un reato proprio un intraneo non imputabile o non punibile, ritiene la sussistenza dell'estraneo, esclusa la compartecipazione e ritiene d'altra parte anche irrimproverabile la condotta dell'intraneo mediato, perché questi è stato costretto a commettere un reato proprio per l'altrui violenza morale. L'estraneo risponde come autore mediato.

Altri autori, invece, ritenendo l'intraneo strumento nelle mani dell'estraneo, ritengono che di questo ultimo risponda del reato proprio che ha fatto commettere.

(1) Manzini, II, pag. 445, 446, della stessa opera. Così pure Il Manzini, Il Cod. Pen. It., pag. 454. Contra: Il Rocco, nella stessa opera, pag. 322, 323, nota 1, il quale afferma che giurisprudenza. Per es: Cassz. Pen. 4-6-1923, a 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 semplice falso [illegible] (Giur. Pen. 1923, 163).

interesse che esso protegge, può d'altra parte benissimo sussistere [illegible] dell'agente; ond'è che « se l'estraneo non può essere punito come « autore del reato proprio, può invece punirsi « come partecipe per la regola dell'accessione del- « l'estraneo, perché in tal caso egli ha « violato il dovere di rispetto verso interessi « giuridicamente tutelati. » (1)

Secondo Bettiol, Ordinamento, pag. 412

La siffatta ritenuta sussistenza dell'estraneo, esclusa la compartecipazione e ritenuta d'altra parte anche irrimproverabile la condotta dell'intraneo mediato, perché questi è stato costretto a commettere un reato proprio per l'altrui violenza morale. L'estraneo risponde come autore mediato.

(1) Manzini, II, pag. 447, 448, della stessa opera. Così pure Il Manzini, Il Cod. Pen. It., pag. 327, 457.

Qualora si consideri invece la fattispecie in base ai principi generali fin qui affermati, non vi sarebbe alcuna difficoltà per l'ammissibilità della compartecipazione. — Tanto se l'intraneus non è imputabile per difetto di mente, quanto se ad esempio, come è possibile, per circostanze accidentali non previste dall'agente, l'extraneus abbia posto in essere un fatto oggettivamente antigiuridico che presenta le caratteristiche di un reato proprio. Quindi nell'esempio dello stesso intraneus non imputabile, l'extraneus che [illegible] potrà essere punito come compartecipe; [illegible] pena sarà aumentata [illegible] del [illegible] Subirà la pena del reato proprio, aumentata, ad es., fino ad un terzo nel caso che abbia determinato un intraneus in difetto di mente (art. 111).

Così, per tenere presente uno fra gli esempi formulati dalla dottrina dell'autore mediato, colui che determina un pazzo a violentare la moglie (del pazzo) sarà punito non già come autore mediato dell'incesto commesso dal pazzo, ma come partecipe per determinazione.

Quindi, tanto nel caso in cui l'autore principale sia un intraneus capace, come nel caso in cui egli sia un intraneus incapace, l'estraneus che partecipa al fatto del primo commesso o tentato risponderà a titolo di partecipazione delittuosa, anche quando gli ignori la condizione o qualità personale del soggetto attivo (1).

(1) Per il Bettiol "ordinem" pg. 113

[illegible] Riferito alla [illegible] prevista dall'art. 117.

c) Nel caso in cui l'intraneus determini o costringa un terzo a commettere un reato proprio ad egli ignoto, dato che questi non può essere punito come autore di tal reato, lo potrà [illegible] Il caso

c) È da considerare ora l'ipotesi in cui un intraneus determini un estraneus alla commissione di un fatto che sarebbe un reato proprio del primo, l'esecutore avrà i requisiti richiesti dalla norma che tal reato prevede. In questo

8

c) Va considerata in terzo luogo l'ipotesi che un intraneo volontariamente determini un estraneo alla commissione di un reato proprio.

Si ritiene, in casi di questa specie, che l'estraneo debba essere punito quale autore mediato per aver commesso il reato proprio valendosi di uno strumento doloso non qualificato. (1)

Contro l'impossibilità, già ampiamente esposta in breve, 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 prevenuto strumento è fornito pienamente capace.

È forse necessario che io qui ripeta le argomentazioni critiche contro lo strumento doloso, alle quali ho largamente accennato nella parte prima?

L'esame, molto, della precedente ipotesi dimostra la mancata impossibilità di ritenere sussistente una qualità di autore sia pure mediato, in capo all'intraneo che determini un estraneo alla commissione di un reato proprio, a compartecipe principale.

(1) Questa conclusione dell'Ofisio nel Manzini nella 1ª edizione del suo "Trattato". - Vol. II pg. 329 -

L'esame della precedente ipotesi porta però alla soluzione negativa della figura dell'autore mediato, anche nella compartecipazione diretta in relazione a un reato proprio.

9

Invero l'intraneo agente non può mai commettere un reato proprio perché gli manca la particolare qualità personale richiesta dalla norma che fonda il reato proprio. Il fatto di reato proprio posto in essere da un estraneo che induca un terzo ad illeciti rapporti con sua figlia: potrà dirsi che il terzo commetta un incesto, del quale sia autore mediato l'intraneo, ma non potrà essere punito come partecipe per determinazione!

Né si adduca l'esempio dell'appropriazione indebita commessa da un privato in danno di un pubblico funzionario. Anche in questo caso l'estraneo non commette reato, ma può più l'intraneo essere ritenuto autore mediato, né tampoco compartecipe.

(1) Bettiol "Diritto penale" pg. 444 Giustamente scrive il Bettiol "è da escludere l'obbligo di conformarsi da certe azioni che il legislatore imponga a una determinata cerchia di persone, non si estende alle persone che si trovano fuori della cerchia predetta.

10

« Gli estranei non possono né realizzare [261a] il fatto
« tipico delittuoso e ledere l'interesse protetto,
« né offrire colpevolmente, vale a dire in offen-
« sione all'imperativo giuridico ... L'estra-
« neo non può mai realizzare la fattispecie
« di un delitto proprio e la sua azione non può
« conseguentemente servire di appoggio alla
« figura dell'autore mediato o a quella della
« partecipazione. » ~~L'intraneo~~

Quindi l'intraneo ~~agente~~, che ha determinato un estraneo a commettere un fatto che costituirebbe un reato ~~proprio~~ proprio, ~~è~~ deve essere fornito della necessaria qualificazione personale, non può essere né autore mediato né ~~compartecipe~~ compartecipe per determinazione ~~principale~~ del reato proprio: egli risponderà come compartecipe del reato che l'estraneo, ~~che~~ pur non avendo commesso personalmente, addirittura andrà immune da ogni pena per la commesso stesso reato. ~~Così, ad esempio, nel caso dell'incesto relazione con una fanciulla dietro istigazione del padre di questa.~~

11

265

Senonché può dare adito a dubbi il dett-
o dell'art. 117: « Se, per le condizioni o le
« qualità personali del colpevole, o per i rapp-
« ti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo
« del reato per taluno di coloro che vi hanno
« concorso, anche gli altri rispondono dello
« stesso reato ».

Legislatore

La qual ~~mens~~ dove essere ~~interpretata~~ ~~la legge~~ ~~non espressa in termini generici~~ per esempio ~~altro~~ Deve ritenersi che, ~~se manca~~ nel caso di determinazione al reato, se la qualità perso-
nale esiste nel determinatore e manchi nell'esecutore, ~~autore principale~~ si possa tuttavia avere un concorso in reato proprio?

Il Manzini [1] ritiene sufficiente che la ~~determi-~~
~~nata~~ qualità ~~personale~~ richiesta dalla ~~persona del reato~~ sia ricorrente ~~in uno~~ da uno dei ~~compartecipi~~ solo dei concorrenti qualunque sia la forma e il modo della
« partecipazione di costui e di quella degli
« altri ».

[1] Manzini V. pg. 446

Il Vannini [2] / Saltelli e Romano [3] distinguono le circostanze soggettive esclusive del reato in due gruppi: quelle ~~da una parte~~ riguardanti la persona di taluno « dei concorrenti e tali che gli altri concorrenti

[2] Saltelli e Romano Commento all'art. 117 pg. 599 e segg.

ci non avrebbero potuto commettere il reato a causa di concorso della circostanza soggettiva essenziale che è propria dell'autore (es. qualità di coniuge nell'adulterio) da, e dall'altra quelle circostanze, ugualmente proprie di taluno dei concorrenti, a causa delle quali gli altri concorrenti, anche senza di esse, non avrebbero potuto ugualmente commettere il reato." (es. qualità di pubblico ufficiale nel peculato). Questa distinzione darebbe adito ad aprire la strada ad una interpretazione analoga a quella del Manzini, una volta dato il commento sull'art. 117 e dagli esempi addotti, risulta che l'art. 117 secondo la mente del legislatore è la norma interpretativa che risponde alla necessità di chiarire, ed in caso affermativo stabilire, se ed in quali casi il fatto del concorrente debba o non debba seguire la sorte del fatto dell'autore principale.

Invero, se il dubbio dell'art. 117 è generico, tuttavia i dubbi che esso suscita sono facilmente superabili. Si tratta di accertare se una circostanza propria di taluno dei concorrenti sia stata commessa: e ciò non può dirsi quando sia mancato il concorso dell'autore principale, mancanza che rende impossibile anche il concorso del compartecipe.

Resta così da risolvere il dubbio se la qualità personale, esistente nell'autore principale, debba comunicarsi a tutti i compartecipi, anche quando manchi il fatto tipico principale del reato, anche se tale qualità personale sia elemento costitutivo del reato proprio.

Si pensi all'esempio comune: che un pubblico ufficiale determini un estraneo ad appropriarsi di cose della pubblica amministrazione. Esiste un peculato. L'estraneo è punito come concorrente nel peculato. Il delitto appropriativo è il fatto costitutivo del peculato e quello costitutivo della appropriazione perché l'estraneo agente, anche se ne fosse privo di cose della pubblica amministrazione, tuttavia non le possiede "per ragione del suo ufficio o servizio" (art. 314 Cod. Pen.); ma perché egli non lede quell'interesse particolare della pubblica amministrazione alla buona gestione amministrativa dei suoi beni di cui il pubblico ufficiale è investito, bensì quell'interesse specifico che è l'interesse che esiste a che il peculato resti delitto del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione."

Onde a me pare che l'estraneo che determina

(1) Sull'argomento vedi Vitale: "Il fatto" pg. 204, 205

14
268

mina l'estraneo non possa mai essere compartecipe in reato proprio: e ciò anche in relazione all'art. 117.

8) Infine dovrebbe considerarsi l'ipotesi in cui un intraneo determina alla commissione di un reato proprio un estraneo ~~incapace~~ non imputabile o non punibile. Ritengo però di non dovermi soffermare su quest'ipotesi perché, essendo la condizione di non imputabile o di non punibile nell'estraneo secondaria di fronte alla sua qualità di "estraneo", la soluzione di quest particolare aspetto del problema non può non essere analoga a quella dell'ipotesi prospettata sub 7.

15
268

II) Non presentano particolari difficoltà i casi ~~in cui~~ di autore mediato nei reati ~~che~~ richiedono l'esistenza di un dolo specifico. Ricordo che se chi agisce ha la generica previsione e volontà dell'evento, ma non la particolare ~~finalità~~ intenzione, lo scopo necessario per integrare il dolo specifico del reato, la si ritiene strumento doloso non intenzionale nelle mani di chi, avendo questo dolo specifico, determina alla commissione del reato. Ma considerato quest'ultimo autore mediato. (Vedi pag. 63, 64, 65).

In siffatti casi non si può dubitare che della avvenuta compartecipazione.

Cf. Delitala "Il fatto" pg. 125, 126, 127 -

Il Delitala ha dimostrato che la particolare intenzione, lo scopo, ~~ma~~ non sono elementi del fatto, ma ~~sono~~ qualche cosa di soggettivo che deve esistere al momento della esplicazione della condotta. Così anche del dolo specifico ripetitore

~~ripetuto nella fattispecie astratta~~ di un reato

corrisponde

Con ciò è detto il presupposto fondamentale per l'ammissibilità della compartecipazione

sfrondato, può benissimo compiersi un fatto oggettivamente antigiuridico che sotto tutti gli altri punti di vista corrisponde alla fattispecie oggettiva del reato risultante dal dolo specifico.

Riguardo a questo secondo dolo specifico formulansi due ipotesi: o che l'esistenza del dolo specifico nuoca all'agente, o che da esso derivi.

Onde fu ammesso come partecipe chi aveva il mero intendimento di rubare, anche se l'autore principale rubò addirittura impunito per mancanza della particolare intenzione, dalla legge richiesta.

III) Ho già scritto che da alcuni autori ritengono di abbia la qualità di autore mediato quando chi ha impiegato strumentalmente il proprio strumento non sia punibile per la mancanza di qualità personali per cui il legislatore punisce (es. Pubblico Ufficiale per peculato) la persona di minima. Così, ad esempio: Carrara op. cit. fg. 670; Maino fg. 224 n. 360; Merlin fg. 367; Manzini Ed. 1926 fg. 330 e 345.

Il Legislatore ha considerato come autore quando

Vanno applicate le comuni regole sul concorso. Le Massime (1) vuol limitare i casi previsti dall'art. 111

(1) Vedi Massime II fg. 1226

Ho già scritto che da alcuni autori ritengono di abbia la qualità di autore mediato quando chi ha impiegato strumentalmente il proprio strumento non sia punibile per la mancanza di qualità personali per cui il legislatore punisce (es. Pubblico Ufficiale per peculato) la persona di mano. Così, ad esempio: Carrara op. cit. fg. 670; Maino fg. 224 n. 360; Merlin fg. 367; Manzini Ed. 1926 fg. 330 e 345.

III) Ho già scritto che da alcuni autori ritengono di abbia la qualità di autore mediato quando chi ha impiegato strumentalmente il proprio strumento non sia punibile per la mancanza di qualità personali per cui il legislatore punisce (es. Pubblico Ufficiale per peculato) la persona di mano. Così, ad esempio: Carrara op. cit. fg. 670; Maino fg. 224 n. 360; Merlin fg. 367; Manzini Ed. 1926 fg. 330 e 345.

Il Legislatore ha considerato come autore quando

Vanno applicate le comuni regole sul concorso. Le Massime (1) vuol limitare i casi previsti dall'art. 111

(1) Vedi Massime II fg. 1226

– Conclusione –

I risultati della trattazione ~~del problema~~ dell'autore mediato, a mio parere possono ~~essere~~ così essere riassunti:

a) è da respingere la costruzione figurativa dell'autore mediato sia perché fondata su presupposti inaccettabili, sia perché affetta da gravi ~~incongruenze~~ inconvenienti nei molteplici casi in cui ad esso si fa ricorso.

b) La costruzione dell'autore mediato, se nella versione alla nostra vigente legislazione penale, si dimostra inutile, poiché come lo stesso Codice Rocco ~~ha~~ ~~dovuto~~ fatto, ~~ha dovuto~~ per tutti i casi in cui ~~si~~ sorgere dubbi o presentarsi lacune.

c) Dell'esame ~~della~~ ~~dottrina~~ ~~tutte~~ ~~le~~ ~~teorie~~ ~~esposte~~ ~~in~~ ~~questo~~ ~~lavoro~~ ~~ha~~ ~~dovuto~~ ~~risultare~~ ~~che~~ ~~nessuna~~ ~~di~~ ~~esse~~ ~~è~~ ~~in~~ ~~grado~~ ~~di~~ ~~dare~~ ~~una~~ ~~sistemazione~~ ~~soddisfacente~~ ~~dal~~ ~~punto~~ ~~di~~ ~~vista~~ ~~giuridico~~ finale, delle norme del Codice penale. Invero ~~per~~ ~~la~~ ~~quale~~, anche ~~le~~ ~~varie~~ varie figure intermedie, ~~il~~ reato avente come unico autore, ~~il~~ costretto ~~e~~ ~~il~~ reato ~~avente~~ ~~come~~ ~~autore~~ ~~mediato~~, in cui ~~la~~ ~~volontà~~ ~~del~~ ~~costretto~~ ~~è~~ ~~viziata~~ ~~da~~ ~~violenza~~ ~~o~~ ~~da~~ ~~errore~~ presenti ~~profondi~~ contrasti. Ond'è che da quella che, in

Qualora, si noti, la persona messa in istato d'inca_
pacità d'intendere o di volere non abbia commesso alcun
reato, chi in tale stato l'ha posta al fine di farle com_
mettere un reato, risponderà per questo fatto in base al_
lo articolo 613 N.1.

Da quanto innanzi risulta pertanto dimostrata la ine_

---

(1) Vannini: "Il Codice": pag: 28.

AMMINISTRAZIONE DELLA PROVINCIA
DI BARI

Bari, li ..... 193... - Anno...

UFFICIO ..... Num. .....

Risposta a nota

del ..... *Num.* .....

OGGETTO

Per la tesi

273

Fascicoli ~~Estratti~~

1) Beling : Grundzüge -
3) ~~Frank~~ : ~~Kommentar~~ Carnelutti : Teoria generale del reato -
3) Carrara : Programma -
4) Frank : Kommentar -
5) Graetzer : Mittelbare Täterschaft in Bezug . . .
6) von Hippel : Strafrecht
7) Hoegel : della Zeitschrift -
8) Höpfner : Sulla dottrina dell'autore mediat -
9) Köhler
10) von Liszt
11) von Liszt - Schmidt
12) Mayer : Die allgemeine Teil des deutsches Strafrecht
13) Mezger : ~~Strafrecht~~ Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln
14) Mezger : Strafrecht
15) Cod. Pen. Tedesco - Olshausen -
16) Pessina -
17) Saltelli - Romano -
18) Zimmerl : Principii della dottrina della partecipazione

Minutata *da* .....

Il Capo Ufficio .....

Copiata *da* .....

B E L I N G

pag: 30

§ 18. EVENTO CHE ATTUA IL TATBESTAND.

Una diversa considerazione è necessaria nei casi in cui chi attua il Tatbestand si presenta come soltanto uno strumento nelle mani di un altro. Questo è il caso se egli non ha preso su di sè, consapevolmente, con propria responsabilità, la realizzazione dell'evento; ma era giuridicamente tenuto, o incapace di intendere, o irresponsabile o versante in un errore che gli nascondeva il nesso causale, ecc.ecc., mentre c'era un altro che lo ha determinato alla sua ~~volontà~~ attività o che glie l'ha resa possibile (per es: Primus ha determinato mediante chiamata (Zuruf) il pazzo Secundus ad uccidere X; 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, abbia egli stesso ucciso, rubato, ecc. tenendo conto della circostanza che è lo stesso se alcuno metta in movimento una macchina o un uomo che non agisce come "personalità" (Persönlichkeit). Nel linguaggio giuridico ciò vuol dire: gli elementi trasmissibili del Tatbestand vengono trasmessi da chi li pone in essere immediatamente, a colui che agisce per mezzo di quest'ultimo, come se l'altro li avesse, tali elementi, realizzati usando, invece che un uomo, delle cose. Questa figura si chiama: autore mediato.

Non è applicabile la figura dell'autore mediato quando si tratta di elementi del Tatbestand supremamente personali. Per es: nel falso giuramento si tratta di un giuramento proprio cosicchè chi induce un altro a giurare inconsapevolmente il falso, con ciò non attua egli stesso il Tatbe-

stand del falso giuramento, malgrado che 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 (usato come strumento) rappresenta una attuazione del Tatbestand. Se per es: A ~~ha~~ determinato il pazzo B ad uccidersi o a danneggiare una sua propria cosa; o se ha determinato B, anche se sano di mente, a un comportamento pel quale, senza prevederlo, si è prodotta la morte o un danneggiamento, B non ha certo compiuto Un Tatbestand legale (Il suicidio e il danneggiamento di una cosa propria non ricadono sotto gli artt: 211, 303; ma A in questo modo ha "ucciso un altro" e rispettivamente ha "danneggiata una cosa altrui", nel senso degli art: 211 e seguenti e rispettivamente 303 del Cod. Penale.

In piena contrapposizione con tutti i casi in cui B era soltanto "strumento" sono quegli altri ai quali egli, in propria responsabilità, come

pag: 3 1

"personalità" ha preso parte. Qui non passa ad A, che ha indotto B al suo comportamento e glie l'ha reso possibile, la direzione; egli ha provocato l'agire di B. Se B nella propria responsabilità (senza essere pazzo, nè in errore sulle conseguenze del suo agire) ha ucciso sè stesso o un terzo o ha danneggiato una cosa a lui o ad un terzo appartenente, non si può parlare di A; B ha ucciso sè stesso o un terzo o ha danneggiata una cosa altrui come richiedono i Tatbestände degli artt: 211 e segg: e 303. Qui riassumiamo: a) se B ha compiuto un Tatbestand legale (per es: uccisione di un terzo; danneggiamento di cosa altrui) A è punibile dal punto di vista della partecipazione accesso- ria - Vedi § 76 - b) se B non ha attuato alcun Tatbestand legale (per es: suicidio; danneggiamento di cosa propria), ne deriva anche per A la impunità, poichè dovrebbe accadere che prendano posto i propri Tatbestände legali, i quali

sppunto consistono nella influenza su altre personalità.

Nei casi in cui B agisce come "Personalità" si parla comunemente di una "interruzione del nesso causale attraverso il suo comportamento" (invero, a cagione della libertà del volere di B, A non ha posta in essere una "causa" per l'evento). Con ciò, però, è esagerata l'importanza della libertà del volere. Si perviene anche senza questa costruzione ausiliaria se si sta sulla base dei Tatbestände legali e li si interpreta secondo il significato comune del linguaggio.

pag: 8 9

LA COMPARTECIPAZIONE ACCESSORIA

§ 76 A. Essenza della compartecipazione accessoria.

I) Che la legge abbia creati i concetti del "mandato" e della "complicità" è dovuto al fatto 1°) che ogni Tatbestand legale comprende soltanto quelle persone che hanno fatto appunto ciò che corrisponde precisamente al Tatbestand (colui del quale non si può dire che abbia ucciso un uomo" non è addirittura punibile secondo gli artt: 211 e segg). 2°) che però azioni di preparazione e azioni secondarie in relazione alla attuazione di un Tatbestand da parte di un'altra persona dovevano ben essere considerate dal punto di vista della politica criminale. Dall'una parte quindi quei concetti stanno in contrasto acuto col concetto di autore (inclusa la figura dell'autore mediato); dall'altra essi sono modellati sulla qualità d'autore (sui Tatbestände legali che la caratterizzano), sono quindi accessori riguardo alla qualità dell'autore. Poichè la legge stabilisce una punibilità per il mandante e il complice, li rende "autori" in un senso amplificato della parola, e il concetto così derivante degli "autori nel senso più ampio" si scompone ora in "qualità di autore propriamente detta" e "compartecipazione".

II) Il diritto tedesco vigente passa dalla dipendenza puramente concettuale, astratta dalla figura di compartecipazione dai Tatbestände legali, alla dipendenza dalla esistenza di un fatto principale (art: 48, 49). Se si ricerca se uno sia punibile come mandante o come complice, ciò si può fare soltanto in relazione ad una determinata azione di un altro, che porta in sè tutti i contrassegni di un'azione punibile. Perciò mandato e complicità sono inconcepibili:

1°) Dove non c'è una altrui azione di esecuzione che attui il Tatbestand almeno nella forma del tentativo. Non è sufficiente che una tale azione "doveva" verificarsi (mandato e complicità quindi si possono pensare soltanto come "compiuti" attraverso lo accadimento di un fatto principale; mandato e complicità tentati giuridicamente non sono possibili). Ugualmente non è sufficiente una azione altrui che non attui un Tatbestand legale (quindi per es: non c'è mandato o complicità nel suicidio).

2°) E' inoltre inconcepibile comparteci pazione penale ad un fatto principale non antigiuridico.

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

Difficoltà presenta, al riguardo, la "Legge sulla Gioventù" art: 4. Prima di essa la situazione giuridica era cosifatta che l'adulto il quale produceva o rendeva possibile l'attività di un fanciullo, di un giovane, non ancora penalmente capace, era autore mediato, che si serviva del fanciullo o del giovane come strumento, poichè ad essi manca la ~~possibilità~~ responsabilità. La legge avrebbe potuto disporre che d'allora in poi mandato e complicità potessero riferirsi anche a fatti principali senza colpa, che cioè, in questo modo, il

concetto dell'autore mediato fosse eliminato. Così perònon ha fatto (sicchè adesso come prima non c'è compartecipazione ai fatti dei pazzi). La legge sulla gioventù (art: 4) dice soltanto: "La punibilità del mandante e del complice dalle norme degli artt: 2 e 3 - che disciplinano la non responsabilità- non è toccata". Con ciò è detto che un nuovo regolamento non dovrebbe esserci. Il commento ufficiale mostra sì che si voleva arrivare alla compartecipazione a fatti di fanciulli e di giovani non responsabili. Questo pensiero non è però maturato. Indubbiamente non si voleva diminuire la punibilità dello adulto che collabora nella attuazione del Tatbestand da parte di penalmente minori. Questo però accadrebbe se si applicasse al prender parte a fatti di penalmente minorenni 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 meno gravemente.Le intenzioni del commento ufficiale sono quindi contraddittorie in sè 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 le norme generali riguardo il mandato e la complicità in reati di penalmente minori non vengono toccate. Poichè il Cod. Pen. non conosce una tale compartecipazione, l'art: 4 della Legge sulla Gioventù attualmente è senza applicazione.

pag: 9 1

4°) Una compartecipazione non è possibile a fatti principali,inèui la colpa dell'autore non è tale che il fatto sia sanzionato con una sanzione penale adatta. (Per es: non c'è compartecipazione al danneggiamento colposo).

5°) Ugualmente non c'è compartecipazione a fatti principali che non sono punibili per mancanza di presupposti per la sanzione penale (Strafdrohungsbedingungen). Per es: una rissa che non ha avuto le conseguenze gravi indicate nell'art: 227.

E' però indifferente se a favore dell'autore principale esiste una ragione personale di esclusione della pena (Strafausschliessungsgrund) e specialmente non ha influenza il fatto se sono presenti o no tutti i presupposti processuali per la perseguibilità del fatto principale.

III) Il compartecipe accessorio non deve compiere gli elementi del Tatbestand legale; specialmente elementi supremamente personali in lui non è necessario che siano presenti (soltanto nell'autore principale devono esserlo). Perciò anche per es: un non impiegato che determina un impiegato alla corruzione (art: 332) è punibile come mandante secondo gli art: 332 e 48 (Compartecipazione ad un delitto proprio).

IV) L'antica dottrina usava per distinguere in classe gli autori in senso ampio, i concetti della qualità di causatore intellettuale e fisico?. Fisico doveva essere "il prender parte materiale"; intellettuale la manifestazione di pensieri, di idee. La qualità di causatore intellettuale si combinava col mandato. Questa distinzione in ogni caso non è fondamentale. La qualità di causatore intellettuale può essere tanto una qualità di autore mediato (per es: comando ad un pazzo); quanto mandato o (per es: dando una informazione su domanda) complicità.

V) Studio oggi una forma di compartecipazione: a) favoreggiamento e ricettazione artt: 257 e segg; sono delitti indipendenti. b) complotto e associazione a delinquere.

Nell'ambito della compartecipazione accessoria sono soltanto: mandato e complicità.

pag: 91

§ 77 LE PARTICOLARITA' DEL MANDATO E DELLA COMPLICITA'

Data l'esistenza di un reato, mandante è chi ha fatto sorgere nell'autore principale il proposito di compiere il Tatbestand.

.....

pag: 92

II 3° gruppo di periodi). La soluzione del problema della distinzione tra T"aterschaft und Anstiftung la vediamo nel fatto che non ognuno che abbia posta una "causa" per l'evento con ciò è già autore; invece per la qualità di autore è decisiva la configurazione generale datale dal Tatbestand 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" mentre ciò risponde al vero per l'autore ed anche per l'autore mediato.

.....

IV) La differenza fra complice e autore è oggettiva (da ciò segue che anche il dolus dell'autore e quello del complice sono differenti). Così anche la opinione dominante nella dottrina. Nell'ambito della cosidetta teoria oggettiva, la teoria "material-oggettiva" vuol trovare il criterio nel fatto

pag: 93

se l'agente abbia posta una causa per l'evento (qualità di autore) o soltanto una condizione subordinata (complicità). Ivi, secondo Frank, il porre una "condizione diretta (fisica), positiva" deve caratterizzare l'autore, il porre una condizione indiretta (psichica) o negativa deve caratterizzare il complice. Questi pensieri non concludono niente, postochè si riconosce che differen

ze di valore causale non esistono fra le condizioni dell'evento. La differenza fra qualità di autore e complicità può essere colta soltanto nelle configurazioni prodotte da singoli tipi di delitti, e specialmente dai Tatbestände legali. Questa dottrina si chiama teoria formal-oggettiva.

Totalmente diverso è il pensiero della cosidetta teoria soggettiva (Von Buri, R. G.): poichè " condizione " e " causa " sono identiche mancherebbe oggettivamente la possibilità di distinguere fra autore e complice; quindi la differenza potrebbe essere soltanto psichica: autore è chi ha posto in essere una condizione con animus auctoris; e complice chi l'ha posta con animus socii; quegli ha voluto il fatto come suo proprio, questi come un fatto altrui. Se per es: A e B hanno cooperato per la morte di X, secondo questa dottrina è decisivo sapere chi ha avuto un interesse proprio alla morte di X; questi è autore anche se solamente ha dato all'altro l'arma o ha trattenuto l'ucciso; l'altro però (che non era interessato alla morte di X) è complice, anche se egli tutto solo ha compiuta l'attività fondamentale del Tatbestand (l'atto di uccisione).

Talvolta la teoria soggettiva si limita alla cooperazione contemporanea; si ammette quindi che azioni di preparazione oggettivamente si presentano come complicità. La teoria soggettiva non è soltanto da respingere perchè non tiene conto della forma legale dei Tatbestände e del significato comune delle parole, e perchè introduce nella legge un elemento di distinzione pienamente sconosciuto (cioè il motivo dell'agire: se uno per interesse proprio all'evento o per altre ragioni agisce); ma anche per causa delle sue conseguenze inevitabili: secondo questa teoria ognuno dovrebbe andare impunito, anche chè solo per sè stesso ha realizzato il delitto, se non avevà interesse proprio all'evento (per es: il bandito prezzolato che ha ucciso X, senza aver interesse alla di lui vita o morte, e che ha agito soltanto per conto di un mandante die

I) Le attività che non sono punibili dal punto di vista del mandato o della complicità perchè manca un fatto principale punibile, perchè non sono generalmente sottratte alla pena.

1°) 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 tipi appositi di reati: delitti sui generis. Per es: per l'accordo privo di successivo evento per azioni punibili (al posto del mandato tentato che non c'è nel Cod. Pen.) secondo l'art: 49 a, 159; inoltre per certi casi in cui una persona si serve di un'altra come strumento; in cui, quindi, non si tratta dell'art: 48, e d'altra parte non è punibile come autore mediato dell'azione compiuta dallo strumento poichè il delitto in questione richiede commissione supremamente personale. (Binding: in certo modo commissione manu propria). Così gli art: 160, 271.

II) In quanto non c'è nè qualità di autore (incluso l'autore mediato) nè una forma della compartecipazione abbiamo l'impunibilità. Vedi art: 2 Cod. Pen. e Costituzione del Reich art: 116.

Questo risultato abbiamo specialmente laddove un tipo di reato mostra elementi supremamente personali (nel Tatbestand o nella colpa) e dove di due persone cooperanti nessuna compie nè gli elementi supremamenti personali, nè gli altri inerenti alla qualità di autore.

Se 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 voleva appropriare illecitamente, B non è ladro (autore principale del furto), poichè non aveva l'intenzione, richiesta dall'art: 242 per caratterizzare l'autore; "di appropriare a sè la cosa"; A quindi non è mandante; A inol

tre non è ladro perchè non egli, ma B ha compiuta l'azione che attua il Tatbestand. O se C ha determinato il pazzo D acchè questi si appropriasse antigiuridicamente 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; poichè, sebbene si trasmetta la attività di D, come strumento, a C come autore mediato, possiamo soltanto con ciò constatare che C ha posto D in possesso della cosa: manca quindi in C l'elemento supremamente personale del Tatbestand: l'appropriare a sè stesso (sibi ipsi).

Questi casi manifestano una lacuna della legge, che però, data l'esistenza dell'art: 2 del Cod. Pen. e 116 della Costituzione non può essere riempita senza un atto del legislatore (mediante creazione di nuovi tipi di reati, come ha fatto già in alcuni casi qui appartenenti: per es: nell'art: 160).

Il tentativo di arrivare alla punibilità attraverso il concetto dello strumento doloso fallisce per la inammissibilità di questo concetto. Però tali casi in pratica si trasformeranno spesso così che almeno un comportamento successivo punibile sia dato (così A se detiene la cosa apportatagli è punibile per ricettazione) art: 246.

Del commutatore -

- pag. 6, 7
- " 14 le parole sottolineate -
- " 14 prima. ; 15 fine ; 16 prima -
- " 23, 24, 25 senza note -
- " 28, 29, 30, 31, 32 -
- " 37, 38, 40, 41 i bracci segnati -
- " 46 fine, 47 prima. -
- " 71
- " 74, 75, 76, 77, 78 solo i bracci segnati staccandoli col punto e a capo -
- " 80, 81, 82, 83 con le note seguenti -
- " 88
- " 89, 90
- " 91, 92, 93
- " 116, 117 -
- " 124, 125, 126 e nota 1

pag. 129, 130 senza la nota -

pag. 159 fine, 160, 161, 162, 163, 164 prima

pag. 138

pag. 142, 143, 144

" 159 fine, 160, 161, 162, 163, 164 prima

" 186

" 199

" 202, 203, 204, 205

" 221 fine, 222 fino a 232 e 233 metà

" 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242

pag. 250

" 253, 254, 255

" 288, 289, 290, 291

" 294

" 296 fine, 297 metà, 298 metà, 299, 300, 301 prima parte -

pag. 306 -

Pagine N° 83

pag: 6)) In linea di massima si può affermare con sicurezza che la pena meno imperfetta è quella che ha la maggiore idoneità ad agire in modo benefico sulla società (sugli altri) e sul delinquente. Ma avrò occasione di dimostrare subito come, sotto tale aspetto, la conciliabilità sia molto relativa.

Il verp è che si punisce l'autore del fatto dannoso per far paura a tutti (quindi agli altri ed a lui medesimo) così che non commettano altri fatti consimili. La pena agisce sul reato costituendo un controstimolo rispetto al reato medesimo. Essa ha nell'prganismo sociale una funzione paragonabile a quella dei fagociti nell'organismo animale; tende a divorare i batteri del reato. Perciò la sua funzione essenziale è quella della minaccia.

Il vero successo della pena si ha quando non vi sia bisogno di applicarla. Se, commesso il reato, la si infligge ciò non si fa se non per rinsaldare la minaccia con la esperienza della sua serietà. Sotto quest'ultimo aspetto si comprende la convenienza della pubblicità degli atti, in cui consiste la punizione.

Contro questa verità è vana la obbiezione fondata sui limiti o anche, se si vuole, sulla inesistenza del potere di autodeterminazione. Se ne potrà dedurre, quando il presupposto

pag: 7)) sia vero, che la pena agisce poco o anche, se si vuole, che non agisce affatto, ma non che, se agisce, agisca in modo diverso: potrà darsi, insomma, che la paura della pena conti poco o non conti nulla, ma ciò non toglie che la pena si stabilisca essenzialmente per far paura. Insomma le obbiezioni qui considerate possono riguardare il valore del diritto penale, o anche del diritto in genere, ma non il suo fondamento.

La lotta contro il reato,mediante la pena,consiste dunque nello stabilire un rapporto di causalità tra il reato e la pena. I momenti di questa operazione sono i seguenti: a) determinazione del reato; b) determinazione della pena; c) determinazione della causalità fra i due termini.

Teoria del processo penale

pag: 14))
La fattispecie e la statuizione sono le due parti della norma.

Reato e punizione debbono essere legati da un rapporto di causa a effetto. In questo rapporto sta la chiave della lotta del diritto contro il reato o, in altri termini,del sistema giuridico penale. La determinazione del reato e della pena non conterebbe nulla senza questo legame,che fa del reato la causa e della pena l'effetto: Perciò il reato si considera come un fatto giuridico; e la pena è la conseguenza in che consiste la sua giuridicità.

pag: 15))
Se è vero pertanto che il diritto penale opera annodando un nesso di causalità tra il reato e la pena,e che questo nesso si stabilisce col rendere se non addirittura certo almeno sommamente probabile che quando è accaduto il danno, consistente nel reato,accada anche il danno consistente nella pena,cioè interessando determinate persona a infliggere questo secondo danno,nel senso che ne viene a loro attribuito

pag: 16)) il potere e imposto il dovere,la determinazione della causalità penale si risolve nella attribuzione a questi organi di questo potere e nella imposizione di questo dovere,o,in altri termini,nella disciplina della punizione. Poichè d'altra parte il complesso degli atti,mediante i quali la pena si infligge,cioè la punizione si compie,si chiama processo penale,ecco la determinazione del nesso di causalità tra reato e pena si compie con l'ordinamento del processo penale.

Il processo penale trasforma la punibilità in punizione attraverso le tre fasi dell'accertamento del reato,della determinazione della pena,della esecuzione della pena.

La giuridicità del reato.

pag: 23)) Il reato è un fatto. Ciò vuol dire una modificazione del mondo e_ steriore. Non si commette un omicidio,un furto,una ingiuria senza che lo stato di fatto preesistente (ciò che vi era prima) venga alterato. La sem_ plice modoficazione del mondo interiore (cogitatio) non basta a costituirlo. Il reato è un atto. Ciò vuol dire una modificazione del mondo esteriore de terminata dalla volontà umana. A prescindere dall'aspetto storico e politi co della questione,certo è che la legge positiva non minaccia la pena se non agli uomini affinchè si conducano in un modo piuttosto che in un altro Tanto i fatti quanto gli atti interessano il giurista per la loro relazio_ ne con le norme del diritto.

Sotto questo punto di vista si sogliono dire del reato due cose che,almeno in apparenza,non vanno d'accordo:che,cioè, il reato è un fatto o un atto giuridico e,insieme,un fatto o un atto antigiuridico. Se i giuristi seri hanno da evitare le formule,che danno ai loro discorsi le apparenze della scienza occulta,bisogna cominciare a spiegarci intorno a questa specie di in dovinello.

L'aggettivo "antigiuridico" e il sostantivo "antigiuridicità",di cui gli stu diosi italiani del diritto penale usano ed abusano,vogliono essere la tradu_ zione delle voci tedesche "rechtswidrig" e "Rechtswidrigkeit". Comincio ad
* pag. 24
osservare che la corrispondenza tra questi vocaboli è molto dubbia. Lette_ ralmente "rechtswidrig" e "Rechtswidrigkeit" significa,in italiano, "contra_ rio" e "contrarietà al diritto". La antitesi di "rechtswidrig" è "rechtsmässig ("conforme al diritto"), mentre la negazione di "antigiuridico" è "giuridi_ co". Basta questo avvertimento terminologico affinchè si comprenda come in italiano la definizione del reato come fatto antigiuridico crei una difficol_ tà,anzi una confusione che in tedesco non si avvera. Conviene,per lo meno,

al fine di evitarla, chiarire che "giuridico" nel composto "antigiuridico" non significa "regolato dal diritto" ma "conforme al diritto"; solo così si intende come il reato possa essere insieme un fatto giuridico e un fatto antigiuridico.

Ma questo lato verbale della questione non ha certo una grande importanza. Ciò che preme assai più di sapere è se le due qualità di fatto "contrario al diritto" e di fatto "regolato dal diritto" si ano realmente due qualità diverse.

Se la legge comanda di non rubare o di non uccidere, il furto o l'omicidio sono senza dubbio in contrasto col diritto. Peraltro la legge, intesa come norma giuridica, non si limita a codesti precetti bensì la sua natura richiede (Pag: 35)) la fusione del precetto con la sanzione: il comando è giuridico solo in quanto al precetto: "non rubare" aderisce la sanzione: "chi ruba è punito". Ne deriva che, come un atto è contrario al diritto perchè richiama la snazione. Insomma la così detta antigiuridicità, o meglio il contrasto con il diritto, non è che la espressione o meglio la ragione della giuridicità, cioè dell'essere regolato dal diritto, onde chi voglia continuare a servirsi della fraseologia corrente finirebbe logicamente in questo bisticcio: il reato è una fatto giuridico perchè è un fatto antigiuridico. Il bisticcio, naturalmente, scompare quando si dica, con maggiore semplicità e correttezza di linguaggio, che il reato è un fatto giuridico perchè è un atto illecito. Io non riesco a comprendere perchè gli scrittori italiani di diritto penale non se ne si ano accorti se non pensando, da una parte, a un eccessivo ossequio, anche nei suoi elementi verbali, alla scienza tedesca; dall'altra a quello splendido isolamento, che non permette a loro di tener conto del pensiero e del linguaggio oramai ben fermo e chiaro nel campo del diritto civile?.

Appunto le considerazione che seguono mostreranno che il reato appartiene a quella categoria di fatti giuridici,che si chiamano,non per altro se non perchè sono contrari al diritto,fatti illeciti.

Il reato come atto illecito.

pag: 28)) La nota caratteristica dell'atto illecito sta in ciò che esso costituisce la violazione di un obbligo. La presenza nel reato di questo carattere è addirittura manifesta. Se,invero, la norma che istituisce un reato minaccia a chi lo commette una pena,essa si risolve nella imposizione dell'obbligo di non commetterlo,cioè nella subordinazione dell'interesse a commetterlo all'interesse contrario mediante il vincolo imposto alla volontà dalla minaccia della pena. Che il divieto di compierlo o la statuizione dell'obbligo di non compierlo sia p non sia espressamente enunziato è un particolare di struttura dell'ordine giuridico,che non ha alcuna influenza sulla natura del reato; comunque il precetto,il cui riflesso subbiettivo è l'obbligo,costituisce un imprenscindibile prius della sanzione.

Il carattere del reato,da questo punto di vista, è la illiceità. La dottrina moderna del diritto penale ama scomporre questo carattere in dua momenti che essa chiama antigiuridicità e colpevolezza.

Chiedo il permezzo un istante di fermarmi sulle parole.

pag: 29)) Alcune osservazione da me fatte dianzi (n.11) credo che dimostrino,anzitutto,la convenienza di mettere da parte il primo di questi vocaboli, che è,per lo meno,equivoco quanto malagevole. Disgraziatamente noi non abbiamo in italiano una voce,la quale si presti ad esprimere quella nota di contrasto col diritto,che risalta così chiara nel tedesco Rechtswidrigkeit come nel latino iniuria, e neanche a tradurre il vocabolo tedesco Unrecht,pure assai meno espressivo. (1).

(1) Per lo più Unrecht viene usato con lo stesso significato di Normwidrig-

keit: cfr. per es: Thon, Norma giuridica e diritto subbiettivo (Rechts_ norm un subiektives Recht), pagi 2 e, da ultimo, Mezger, Diritto penale (Strafrecht), § 18, 163; ma vi sono pure di quelli che pongono una differenza tra i due vocaboli, attribuendo a Unrecht un significato sostanziale, che Rechswidrigkeit non avrebbe; cfr. Zimmerl, Costruzione del sistema del diritto penale (Aufbau des Strafrechtssystems), pag: 41 e segg: probabilmente il meglio che si possa trovare, in questo ordine, è la parola contra, la quale mantiene intatto, nel suo stretto senso di contrario, il concetto fondamentale di diritto e, d'altra parte, mi pare ormai entrata nell'uso comune della teoria generale.

Debbo confessare che neanche al fine di designare il lato subbiettivo della illiceità la voce colpevolezza mi sembra felice. Sopratutto perchè si richiama a quella delle due specie dell'elemento psicologico, che è la colpa, anzichè al genus, in cui si comprende anche il dolo; tanto è vero che nel linguaggio giuridico tedesco, mentre si designa con Schuld o Schuldhaftigkeit l'altro lato della illiceità, diverso dal torto, la seconda forma specifica di Schuld, accanto al dolo, viene chiamata Fahrlässigkeit; ma l'esempio non mi sembra imitabile sia perchè la negligenza non esprime integralmente il concetto dell'illecito colposo, sia perchè questa designazione della seconda specie dell'illecito in confronto con l'illecito doloso ha nel nostro linguaggio radici troppo profonde perchè sia possibile estirparla. Per tanto il vocabolo (pag: 30)) colpevolezza è che, occhio re, deve essere mutato. [illegible] il pregio della precisione non sia mai pagato troppo caro. Perciò mi sono risoluto ad abbandonare la voce colpevolezza per sostituirla con disobbedienza, la quale mi sembra meglio atta a indicare, nella sua maggior a_

piezza, l'atteggiamento soggettivo dell'illecito e così, accanto alla colpa, anche il dolo; l'uso di questo vocabolo non è del resto, una novità nel campo degli studi del diritto; comunque spero che quanto potrò dire in seguito a proposito della volontà nel reato chiarirà la ragione e il vantaggio del mutamento.

Torto e disobbedienza sono i due momenti della illiceità. Se l'uno possa esistere disgiunto dall'altro è una questione di teoria generale, la quale si riannoda nientemeno che alla concezione fondamentale del diritto; solo chi non ne riconosce la natura imperativa può ammettere il torto senza la disobbedienza. Faccio questa osservazione affinchè il lettore, anzitutto, voglia comprendere che la questione non può essere risolta qui e che, d'altra parte, la risolvono con leggerezza coloro che non si rendono conto di queste sue profonde radici. Desidero però soggiungere che per quanto la concezione del diritto come comando porti con sè la congiunzione del torto con la disobbedienza, così che si tratti di due facce di un fenomeno solo, dritto e rovescio di una stessa medaglia, non per questo chi la segue si trovi in difficoltà per sistemare "damnum sine pag: 31)) quei fenomeni, i quali si sogliono richiamare per dedurne la necessità di ammettere il torto senza disobbedienza. Certo un pazzo o, in genere, un incapace, non potest iniuriam facisse, come l'animale, quod sensu caret, cioè non può contraddire a un comando perchè il comando non si rivolge a chi non è in grado di riceverlo; ma ciò non esclude che anche il fatto di un pazzo possa determinare delle conseguenze giuridiche, quali sono la applicazione di una misura di sicurezza o, se non il risarcimento del danno, la restituzione e quali derivano, necessariamente, da un comando; tale comando è diretto agli organi dello Stato, che debbono provvedere alla attuazione di quelle misure b alla esecuzione (restituzione) e riguarda solamente il contegno di costoro. Alla stessa guisa la stessa pazzia può determinare quella conseguenza giuridica, singolarmente

analoga alle misure di sicurezza,che è la interdizione o la inabilitazione, senza bisogno di ammettere che la pazzia sia...un torto come non c'è bisogno di definire nella categoria 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 significa soltanto che l'impossessamento di una cosa mobile da parte di un folle come la pazzia o come la introduzione fortuita nel mio fondo di una cosa altrui sono dei fatti giuridici; e più precisamente che il danno può essere un fatto giuridico anche senza essere un torto cioè senza es_

pag: 32)) sere contrario al diritto. La siste_ mazione di tali fenomeni si raggiunge dunque con facilità distinguendo il danno dal torto e riconoscendo che il primo può essere un fatto giuridico anche senza essere torto,cioè anche senza essere,come sogliono dire,antigiuridico: danno è il genere e torto è la specie; perciò ogni torto è un danno, ma non ogni danno è un torto; danno è un fatto e può non essere un atto giuridico; torto non è che un atto,e perciò a comporlo entra la volontà (1).

(1) I romani dicevano,con mirabile precisione, "pauperies" come "damnum sine iniuria facientis datum" (Ulpiano, loc. cit.).

Comunque, anche se il torto possa esistere disgiunto dalla disobbedienza,fatto è che l'uno e l'altro debbono congiungersi per formare la illiceità; e perciò, in quanto il reato è un atto illecito,debbono coesistere nel reato. Altro è che nella composizione del reato e,in genere, dell'illecito si distinguano e perfino si contrappongano il c. d. elemento psicologico al c. dè elemento materiale; certo questi possono esistere disgiunti in rerum natura, ma soltanto dalla loro fusione deriva la illiceità.

Il reato come illecito penale.

pag: 37)) Vi ha illecito civile quando l'atto è colpito con sanzioni diverse

dalla pena; viceversa l'illecito è penale quando opera contro di esso anche la pena.

pag: 38)) Ovunque un atto è colpito da una pena ivi è illecito penale. Ciò non vuol dire che ivi sia un reato. Secondo me, conviene ammettere che i due termini non si equivalgono; il secondo è contenuto nel primo. Ogni reato è un atto illecito penale ma non ogni illecito penale è un reato.

pag: 40)) Mi par chiaro che non altrove la differenza debba essere cercata se non nel modo col quale la sanzione viene attuata. Ora proprio sotto questo aspetto chi osserva la grande massa degli atti illeciti penale si accorge che per taluni la pena viene inflitta mediante quel caratteristico insieme di atti, che si chiama il processo penale, e per altri invece mediante atti diversi, quali possono essere lo stesso processo civile oppure i c. d. procedimenti disciplinari, amministrativi, fiscali e via dicendo.

pag: 41)) Non vogliono dire la stessa cosa perchè, se si tien conto del processo di cognizione, si procede, anzitutto, non per punire ma per accertare se si debba punire e perciò si può procedere anche per non punire; d'altra parte, pure col processo esecutivo si può punire chi non deve essere punito; non debbono, invero, confondersi il fenomeno giuridico sostanziale e il fenomeno processuale. Ma è pur vero che il procedere è il mezzo esclusivo del punire, onde non si punisce se non procedendo e la negazione del processo comprende così la negazione del reato.

Tale promiscuità o equivalenza di formule si poteva avvertire ad ogni passo nel codice penale cessato; si confronti, ad esempio, l'art: 46 ("non è punibile colui...") con l'art: 53 ("non si procede contro colui...."), onde la esistenza o la inesistenza del reato, cioè della giuridicità penale di un atto,

si esprimeva indifferentemente con la nozione della punibilità o non punibilità come della procedibilità o improcedibilità dell'azione penale.
Costituisce tuttavia un merito formale del codice nuovo avere conseguito, sotto questo aspetto, una maggiore unità di linguaggio; invero la esistenza o la inesistenza del reato vi è quasi sempre raffigurata piuttosto come punibilità del fatto che come procedibilità dell'azione; la unità non è però tanto rigorosa che non sia sfuggita talvolta anche questa seconda espressione o altre equivalenti; ricordo, l'art: 11, ove, invece che "è punito" si legge "è giudicato".
Così nel processo penale deve essere riconosciuto il secondo carattere differenziale, di natura giuridica, del reato dalla massa degli atti illeciti. Con una espressione, che può avere l'aria del paradosso, ma ha certamente il contenuto della verità, io vorrei dire che non tanto il reato è il presupposto del processo penale, quanto il processo penale è il presupposto del reato.
Se il reato è una specie del genere atto illecito penale, anche esso, a sua volta, è un genere, il quale si suddistingue, secondo diversi criteri, in una quantità di specie. La più ampia di queste distinzioni apparisce dalla stessa struttura fondamentale del codice, il cui libro secondo riguarda i delitti e il terzo le contravvenzioni.
Anche questa distinzione impegna un problema analogo a quello che fu accennato al punto precedente. Il criterio distintivo fu a lungo cercato, con risultati più o meno soddisfacenti, nella portata sociale dell'atto mentre conviene impostarlo, ai puri fini dello studio del diritto, solamente sulla sua struttura giuridica. Su questa via si era messa da ultimo una parte della dottrina, alla quale saggiamente ha aderito, col nuovo codice, lo stesso legislatore.
Invero giusta l'art: 17 le pene sono diverse secondo che si tratti di delitto o di contravvenzione. Ciò vuol dire che delitto e contravvenzione sono due

specie di reato che si distinguono per la qualità della pena: delitto è il reato punibile con la morte, con l'ergastolo, con la reclusione o con la multa; contravvenzione il reato punibile con l'arresto o con l'ammenda (1).

(1) I risultati della classificazione del reato tra gli atti giuridici tentata in questo capitolo possono riassumersi nella seguente tavola sinottica:

atti giuridici
- essenziali
  - provvedimenti negozi
  - atti dovuti
  - atti illeciti
- non essenziali

reati
- illeciti penali
  - delitti
  - altri
- illeciti non penali civili
  - illeciti penali
  - contravvenzioni

La classificazione dei fatti giuridici, quale risulta dal testo, può riassumersi in questa tavola sinottica:

fatti giuridici
- principali
  - costitutivi
  - modificativi
  - estintivi
- accessori = condizioni giuridiche
  - condizioni costitutive
  - condizioni impeditive
  - condizioni modificative

Vi è un solo fatto (giuridico) penale costitutivo: il reato (3).

(3) Intendo qui fatto giuridico nel senso proprio chiarito al punto precedente, in antitesi a condizione giuridica. Vi sono invece, accanto al reato, altri fatti penali accessori, cioè condizioni giuridiche costitutive. E poichè anche questi sono presupposti della pena, non mi pare esatta la definizione che del reato (in lato senso) dà, per esempio, il Mezger, come "la azione punibile, e così come il complesso dei presupposti della pena" (Diritto penale (((Strafrecht), pag: 88).

La conseguenza giuridica, che consiste nella attuazione della pena (punizione), non si deve avverare senza che questo fatto esista, onde al principio: nulla poena sine lege si può aggiungere il principio: nulla poena sine crimi-

ne.Se,in altre parole, il reato è una sottospecie del fatto giuridico pena_
le, è la sola specie del fatto penale costitutivo. Non vi è un'altra causa
della punizione in luogo della ~~legge~~ reato.

.....

Elementi subbiettivi e elementi obbiettivi del reato.

pag: 71)). Un reato,come ogni atto giuridico, è un uomo che agisce; detto in mòdo ancora più semplice, un uomo che si muove. Fisicamente non si può scin_
dere l'uomo dal movimento; logicamente sì. Questa scissione si esprime con_
siderando l'atto,o,in particolare,il reato a parte subiecti o a parte obie_
cti. Ciò vuol dire,insomma,considerare il modo di essere dell'uomo prescin_
dendo dal modo di essere del movimento, o viceversa, il mòdo di essere del
movimento, indipendentemente dal modo di essere dell'uomo.
In questo senso si può parlare di una considerazione o di una teoria subbet_
tiva e di una teoria obbiettiva del reato; e a questo schema logico,in ulti_
ma analisi,si riduce il profondo e fecondo contrasto tra le due concezioni
politiche del diritto penale,delle quali l'una tende a far prevalere,nel trat
tamento giuridico del reato,il peso degli elementi obbiettivi, l'altra a ri_
conoscere la preponderanza degli elementi subbiettivi.

pag: 74)) Chiamiamo dunque capacità quel modo di essere (o quell'insieme di modi di essere) del soggetto, in sè, da cui dipende l'effetto giuridico del_
l'atto medesimo.
Invece quando il modo di essere (o l'insieme do modi di essere) del soggetto, influente sull'effetto giuridico dell~~i~~

pag: 75)) l'atto, consiste in una relazione tra il soggetto attivo e il sog_
getto passivo concernente il bene conteso (infra, n.77), parliamo di legit_
timazione.
Fin da ora mi sembra di poter constatare che,come vi è una capcità negozia_

le (al negozio), così vi è una capacità penale (al reato); e che del pari la legittimazione non è,per esempio,un requisito soltanto degli atti leciti,ma anche degli atti illeciti e,in particolare,del reato (legittimazione penale).

Consideriamo,adesso,come mi sono proposto poco fa, non già l'uomo che si muove,ma il movimento,prescindendo dall'uomo. Di che cosa è fatto il movimento?

a) Prima di tutto,di un mutamento del mondo esteriore. Se tutto rimane come era prima, non c'è movimento. Qualcosa si muove se qualcosa muta.Fino a che nulla si muta,ci può essere una cogitatio, ma non un atto. In particolare, non ci può essere un reato (cogitationis poenam nemo patitur).

Per i negozi come per i provvedimenti talé mutamentp del mondo esteriore prende il nome di forma.

Per gli atti illeciti in genere e per i reati in particolare non ha mai sentito che se ne parli. Ma non so perchè? A me pare che risponda al progresso della scienza giuridica adoperare le stesse parole per segnalare i medesimi fenomeni.Onde,con riserva di tornare più oltre su questo tema, avverto fin da ora che chiamerò forma questo elemento dell'atto e del reato.

Un uomo che si muove, a differenza da una cosa che si muove, ha una meta.

Noi parliamo, a questo proposito di ,scopo; e l'ultimo chiarisce il meccanismo del fenomeno,il quale consiste in una proiezione anticipata della realtà esteriore nella nostra mente. Ma lo scopo non basta affinchè si determini la forma. La rappresentazione mentale di un evento è una condizione necessaria a tal uopo, non anche la condizione sufficiente. Lo scopo non è più che la metà del materiale psicologico dell'atto; esso rimane,infatti, nella sfera intellettiva; ma l'uomo non agisce se alla intelligenza non si associa la volontà.

Questa è ciò che colma il vuoto tra il punto di partenza e il punto di arrivo, tra il sasso e il bersaglio.

I penalisti parlano qui di elemento psicologico; i civilisti,più semplicemente,

di volontà. Con riserva di dimostrarne la convenienza più tardi (n. 68), adot_
to per ora questo secondo vocabolo.

Ma la analisi dell'atto, aparte obiecti, così non è finita. Se lo scopo, verso il quale l'uomo agisce, è una imagine, questa imagine donde proviene? Basta una osservazione elementare per rispondere come ciò che si riflette sul nostro schermo mentale sia un avvenimento, per cui viene soddisfatto un bisogno. Se un bisogno non lo spinge, l'uomo non si muove. Ma affinchè un bisogno lo spinga occorre che vi sia un bene, capace di soddisfarlo, a portata del movimento; o, in altri termini che il movimento lo porti in una posizione favorevole alla sod disfazione di un bisogno. Questa posizione è l'interesse. Ciò non vuol dire ch l'uomo non si muove se non per raggiungere un interesse, e così, se non esiste ub interesse da raggiungere. Il movimento non è altro che l'attuazione dello interesse e l'interesse non è altro che il punto di arrivo del movimento. Ma l'interesse non è lo scopo, poichè quest'ultimo è un fenomeno di ordine subbiet_
tivo; lo scopo è dentro e l'interesse è fuori dell'uomo (infra, n. 49). L'in_
teresse è, invece, la causa dell'atto, appunto perchè se non v'è quella posizione da raggiungere, l'uomo non agisce. Così la causa e la forma sono i due poli del l'atto, attraverso i quali il circuito è stabilito dalla volontà. Questo terzo elemento dell'atto, accanto alla forma e alla volontà, è stato avvertito e an_
che studiato dai civilisti, i quali vi hanno, appunto, dato il nome di causa.

Ecco, a parte obiecti, la triplice categoria degli elementi del reato: forma, volontà e causa. Chi considera il reato staticamente li pone in quest'ordine. A chi, invece, lo osserva nel suo divenire i tre elementi si presentano in ordi_
ne inverso, procedendo dalla causa alla forma attraverso la volontà.

Se noi sottoponiamo ad analisi un fatto, che la legge prevede come un reato, ci si accorge che non tutti i suoi caratteri sono rilevanti dal punto di vista della legge penale. Ciò vuol dire che per alcuni e non per altri suoi caratte_
ri il fatto viene considerato come antisociale e perciò è colpito con la pena.

298

Si prenda per esempio una lotta tra due uomini che avvenga in luogo pubblico o privato, con armi da taglio o con armi da fuoco, tra maschi o tra femmine, ecco dei caratteri penalmente indifferenti; viceversa che il corpo dell'uno subisca o non subisca una lesione e ne derivi o non ne derivi la morte, questi sono invece caratteri penalmente rilevanti. Si intende che la rilevanza o la indifferenza procede dalla idoneità o non idoneità del fatto fornito di dati caratteri a cagionare quel turbamento sociale, il quale deve essere evitato. Si intende anche perchè la descrizione necessaria a costituire il divieto penale basta che consista nella indicazione dei caratteri penalmente rilevanti, mentre cagionerebbe un inutile ingombro la indicazione dei caratteri penalmente indifferenti. Così l'omicidio è descritto, quanto alla forma, con un solo carattere: atto che "cagiona la morte di un uomo" (art: 575). Or questa non è la descrizione di un fatto, sibbene il principio o il frammento di una descrizione; indicazione di una categoria, e basta. La norma penale, in quanto descrive e prevede la forma del reato somiglia a certe caricature, le quali, anzichè riprodurre tutti i lineamenti di un volto, ne segnano soltanto poche linee salienti. Con un'altra imagine, si potrebbe pensare qui si disegni in chiaroscuro; nell'ombra rimangono i caratteri indifferenti.

Se è comodo, pertanto, considerare la descrizione del reato come un modello, sul quale gli uomini debbano confrontare, prima di compierle, le loro azioni, non è del tutto preciso; piuttosto che un modello, sarebbe giusto vedervi una indicazione di connotati (1).

(1) Precisamente il complesso dei connotati indicati dalla legge è ciò che secondo il linguaggio giuridico tedesco, si chiamava in un primo tempo il Thatbestand; si direbbe quel tanto del fatto che è rilevante per il diritto penale. Secondo questa più vasta accezione, la thatbestandsmässige Handlung o, più correttamente, il thatbestandsmässige That è il fatto (concreto) in quanto possiede i caratteri indicati e la Thatbestandsmässigkeit è la conformità al modello e si risolve non tanto in uno dei caratteri quanto nel carattere di reato. ~~(Lehre von Verbrechen) pag: 3, pag: 20 e seg., par: 10 e seg.~~ In un secondo tempo però per iniziativa del Beling. (La teoria del delitto. (Die Lehre von Verbrechen) pag: 3, pag: 20 e seg., pag: 10 e seg. e passim), la nozione del Thatbestand si è venuta restringendo e orientando, se pure con molta in-

certezza,su uno soltanto tra gli elementi del reato e precisamente sul suo elemento formale,il quale si isolò così, a poco a poco, dagli altri elementi obbiettivi e subbiettivi. Sotto questo profilo la dottrina del Tharbestand segna un vero progresso della teoria generale del reato,sebbene ciò non debba indurre a negare la utilità del vecchio e più ampio concetto,il quale,se pure non sia altro che una applicazione al campo penale della nozione del fatto giuridico, ha il merito d'aver ricondotto,più o meno consapevolmente,il reato entro questo schema fondamentale.

Non,pertanto, ~~considerare~~ ogni modo di essere dell'atto,considerato in ciascuno dei suo momenti,obbiettivi e subbiettivi,influisce sulla punibilità e, così, sulla illiceità dell'atto; ma solo alcuni,onde conviene distinguere tra questi e quelli,cioè a dire tra i modi di essere rilevanti e i modi di essere indifferenti. Ma sembra che calzi a questo proposito il nome pag: 82)) di requisiti del reato per indicare quei modi di essere dell'atto, i quali influiscono sulla punibilità,cioè fanno dell'atto un reato. Parlando di requisiti non si intende così di esprimere se non la rilevanza giuridica degli elementi in quanto sono forniti di tale rilevanza. Insomma requisito del reato è quel modo di essere di ciascun elemento dell'atto,da cui la legge fa dipendere la esistenza o la gravità del reato. In questo senso la parola requisito è usata nell'art: 1104 del cod. civ., quanto ai contratti,dove requisito non è la qualità personale del contraente,ma quella qualità in cui consiste la capacità; non il consenso,ma il consenso valido; non la causa,ma la causa lecita.

Pertanto il lettore vorrà notare che, a rigore, mentre le nozioni di forma, causa e volontà si riferiscono agli elementi (e il requisito consiste in un dato modo di essere della forma,della causa,della volontà), le nozioni della capacità e della legittimazione si riferiscono,invece,piuttosto al requisito che all'elemento: elemento è invero la qualità dell'agente e la sua relazione con il soggetto passivo. Perciò, a rigore, agli elementi,subbiettivi o obbiettivi del reato,così rappresentati: qualità dell'agente,relazione tra l'agente e il paziente, forma, causa , volontà, corrispondono,come requisiti la capa-

cità, la legittimazione, la forma vietata (1), la causa illecita, la volontà

il colpevole (dolosa o colposa) (2).

(1) Se per Thatbestand si vuole intendere non tanto il complesso di tutti gli elementi del reato, quanto il complesso dei suoi elementi formali, alla forma vietata corrisponderebbe, in termini diversi, la Thatbestandsmässigkeit (conformità al modello dell'atto vietato) e questa esprimerebbe non già il carattere, ma uno dei caratteri del reato, accanto alla Rechtswidrigkeit e alla Schuldhaftigkeit, cioè il carattere formale distinto dal carattere causale e dal carattere intenzionale del reato.

(2) La formula, corrente nella letteratura tedesca e, di riflusso, nella moderna letteratura italiana, che risolve il reato nei tre caratteri azione, antigiuridicità, colpevolezza è, secondo la mia opinione, assai meno utile per la analisi del reato. Il suo difetto principale sta in ciò che essa non chiarisce, in primo luogo, quali siano gli elementi del reato; in secondo luogo non distingue tra elementi e requisiti. La antigiuridicità e colpevolezza di un fatto, invero, risultano da un modo di essere dei suoi elementi; or questi, appunto, e il loro modo di essere si tratta di sapere in cosa consistano. Il difetto si aggrava in quella parte della letteratura italiana, la quale, scambiando i caratteri con gli elementi, costruisce la formula così: reato = fatto + antigiuridicità + colpevolezza, senza accorgersi della eterogeneità tra il primo e gli altri due termini.

Espressione del concorso di questi requisiti è la illiceità penale o meglio, tenendo conto di quanto fu osservato al n. 16, la qualità di reato. Se non concorrono tutti, il reato non c'è come non c'è l'acqua fino a che insieme con l'ossigeno non si combina l'idrogeno, in una certa dose. Appunto la illiceità non può essere considerata come una qualità o un requisito, che debba presentare il fatto per essere reato, ma è la qualità medesima di reato, come risulta dal concorso di quegli elementi; essere penalmente illecito e essere reato sono, invero, (salva la differenza rilevata al nè 16) la medesima cosa.

pag: 88)) Ma la classificazione dei reati contenuta nel secondo e nel terzo libro del codice non ne esaurisce tutte le varietà. Chi vuol convincersene, ad esempio, rifletta che un omicidio o un furto cambia, non solo come atto materiale, ma altresì come atto giuridico, cioè come reato, secondo che sia stato commesso da chi era sano di mente o da chi era parzialmente infermo (art: 89); cambia perchè, in questo secondo caso la pena è diminuita e, così, la

301

efficacia o la qualità giuridica dell'atto è diversa; peraltro,nonostante il cambiamento,rimane sempre un omicidio o un furto. Qualcosa di simile av_viene per il reato tentato e per il reato concorsuale: tentar di rubare e rubare sono due atti diversi e,del pari, uccidere o stigare a uccidere; ma il variare del requisito (formale) non determina un mutamento del nome,co_sicchè anche il furto tentato o la correità morale in omicidio rimangono una species del furto o dell'omicidio. Insomma,non tutte le diverse qualità di reato sono nominate nel codice; anche in materia di reati,come in materia di contratti,per quanto in senso diverso,si può parlare di resti innominati (1).

(1) Presso a poco questo ordine di considerazioni induce la dottrina tedesca a contrapporre i tipi di reato autonomi ai tipi non autonomi oppure le specie di reato (Verbrechensarten) alle c. dè forme di manifestazione (Erscheinungs_formen): cfr. per es: Beling. Elementi di diritto penale (Grünzüge des Straf_rechts),undicesima edizione, § 15, pag: 22 e segg: A me la distinzione presentata sotto il punto di vista della tipicità o atipicità dei requisiti sembra più utile ai fini della teoria generale.

~~pag: 89))~~ Come ho già detto,affinchè vi sia reato,occorre la presenza di tutti i suoi requisiti costitutivi e la assenza di tutti i suoi requisiti impeditivi. Basta la mancanza di uno di quella o la presenza di uno di questi affinchè il reato non esista. Il fatto, nel quale ricorrono tutti i requisiti costitutivi meno uno o rispetto al quale mancano tutti i requisiti impeditivi meno uno,è tanto poco reato quanto il fatto, a cui difettano tutti i requisiti costitutivi. Non vi è tra il reato e il non reato una zona intermedia; ogni fatto,se non è un reato,è un non reato.

Anche di tutti gli altri atti giuridici si può dire la medesima cosa; e in particolare dei negozi:ciò che non è un negozio è un non negozio. Peraltro,in tema di negozi,il sistema dei requisiti equipollenti,che si riflette principalmente nell'istituto della annullabilità, fa sì che il non negozio possa diventare un negozio per virtù della acquiescenza del soggetto,rispetto al

302

quale il negozio ha da esercitare il suo effetto; perciò il negozio annullabile apparisce come un ens medium tra il negozio ed il non negozio. Per il reato questa possibilità non esiste.

Nonostante la verità qui enunciata, vi è una certa tendenza del nostro pensiero a distinguere tra il fatto, che non è reato perchè gliene mancano tutti i requisiti costitutivi, e il fatto, la cui qualità di non reato dipende soltanto dalla mancanza di alcuno tra questi o dalla presenza di un elemento impeditivo. In particolare noi abbiamo una certa inclinazione a chiamare resto il fatto, che ha la forma del

pag: 90)) reato, per quanto manchi qualche altro elemento, per es la capacità o la volontà, o per quanto la punibilità sia esclusa, per esempio, dalla legittima difesa: in questo senso si parla, così, di reato non imputabile o di reato commesso in istato di legittima difesa. Non si può spiegare questo linguaggio se non con un diverso valore della parola reato, la quale talvolta si adopera per indicare il fatto, che ha tutti i requisiti della punibilità, e talora per indicare il fatto, che ne ha solamente alcuni. Qualche volta perfino la legge adopera la parola in questo secondo significato: veda il lettore ad esempio l'art: 86 del cod. pen. Qualche cosa di simile avviene anche per il negozio e per il contratto: quando si parla di negozio o di contratto nullo, ciò che si chiama negozio o contratto è un quid, che non ha tutti i requisiti del negozio o del contratto. In fondo, la figura del negozio nullo equivale logicamente al non negozio; e, sempre dal punto di vista logico, il reato commesso dall'incapace o in istato di legittima difesa potrebbe ben definirsi come un reato nullo, appunto perchè, sebbene ne abbia la forma, non è un reato.

Pag. 91)) Si capisce che in un regime giuridico,come il nostro,dominato dal principio:la legge è uguale per tutti,le qualità personali,dalle quali dipende la esistenza o la inesistenza del reato,abbiano da essere estremamente rare.In verità,si tratta di una eccezione a quel principio; e basta questa osservazione per rendersi conto della rarità.

Realmente,oggi,tali qualità sono soltanto quattro:l'età, la infermità mentale, la nazionalità, la sovranità.

a) Perchè il minore o il pazzo,se rubano o se uccidono,non vengono puniti? Se si considerano queste norme in confronto con quelle,che regolano gli effetti dei negozi conchiusi dall'infans o dall'amens,ne vien fuori una differenza,che pare perfino strana:queste si risolvono nel non consentire al fanciullo o al pazzo di contrattare; quelle invece nel permettergli di delinquere; le parole non sono esatte al cento per cento,ma le adopero per esprimermi con maggiore energia. Questa specie di antitesi si spiega solo fino a un certo punto con lo scopo delle norme,che governano il negozio o il reato. Quanto alle prime si tratta di agevolare,quanto alle seconde di ostacolare determinati eventi. Al primo di questi fini si capisce bene che la legge stabilisca l'incapacità del fanciullo o del demente in quanto vuole che agisca in vece di lui un altro più idoneo a tutelare l'interesse in giuoco. Ma per impedire il reato a che giova la impunità del delinquente fanciullo o del delinquente pazzo? Al contrario,non è senza fondamento di verità l'idea che codesta impunità finisca per indebolire la energia della minaccia penale; del resto è cosa risaputa che l'uso o l'abuso della infermità e della semin_fermità mentale come mezzi di esclusione o di diminuzione della pena costituisce,senza dubbio,un grave inconveniente nella lotta contro il reato.Il vero è che,sotto il profilo della esemplarità,anche il fanciullo o il demente potrebbero,anzi dovrebbero essere puniti. Ma ho già detto che l'istituto del_

la pena non è dominato soltanto da codesta esigenza,sibbene anche dal prin_ cipio di giustizia. Appunto la giustizia non permette che al reato di un a_ dulto o di un fanciullo,di un uomo sano di mente o di un infermo corrispon_ da la medesima pe,a. Se vi corrispondesse,la pena sarebbe ingiusta; e la pe_ na ingiusta è una pena d'ammosa.

Pertanto la impunità del minore e dell'infermo è una concessione che il bi_ sogno della esemplarità della pena fa al bisogno della sua giustizia.

b) La ragione,per cui sarebbe ingiusta la punizione di un fanciullo o di un infermo,sta nella loro incapacità di intendere e di volere. Ma allora, poichè,come vedremo,il reato non esiste senza l'elemento psicologico,cioè senza il concorso della intelligenza e della volontà,che bisogno c'è di una norma speciale per escluderlo? Già l'art: 45 del vecchio codice:"nessuno può essere punito per un delitto,se non abbia voluto il fatto che lo costituisce"; e il nuovo articolo 42: "nessuno può essere punito per una azione od omissio_ ne prevista dalla legge come reato,se non l'abbia commessa con coscienza e volontà". Non basta,dunque, l'art: 42 per escludere la punizione del minore o dell'infermo?

Basterebbe certo; ma sarebbe richiesta,di caso in caso,la indagine specifica se l'atto sia stato commesso con coscienza e volontà. Ora è opportuno che la legge,la quale ha da procurare la certezza, deduca la mancanza della coscien_ za o della volontà da certe qualità o stati della persona,le quali,normalmen_ te,la escludono. Dal punto di vista politico è la stessa cosa; dal punto di vista giuridico la cosa è diversa perchè sulla punibilità influisce non più il modo di essere dell'atto (a parte obiecti) bensì il modo di essere della persona,che lo compie (a parte subiecti) e così non si tratta più di constatare la presenza dell'elemento psicologico,come requisito costitutivo,ma la pre_ senza di una qualità dell'agente,come requisito impeditivo del reato.

pag: 116)) Il fenomeno grezzo fu già osservato al n.30. Per averne la impressione immediata basta che il lettore scorra il libro secondo e il libro terzo del codice penale; a ogni passo egli sarà colpito dal contrasto tra le due formule, che cominciano col pronome "chiunque", e quelle invece, che pongono come soggetto agente "il cittadino", "il pubblico ufficiale", "la moglie", "il marito" e via dicendo. Ciò vuol dire che vi sono dei casi, in cui non solo una qualità, ma una posizione dell'agente influisce sugli effetti penali del ~~reato~~ suo atto e, così, costituisce un elemento (subiettivo) del reato; ho già detto: una posizione dell'agente nel conflitto di interessi risolto dalla legge penale.

pag: 124)) Quando da una delle posizioni dell'agente, che al punto precedente ho tentato di classificare, dipende non tanto il come, quanto il se, cioè la esistenza del reato, ciò può avvenire nel senso che il requisito abbia efficacia costitutiva oppure impeditiva. Sulla differenza tra queste due ipotesi non torno (supra, n. 33), nè intendo mostrare più che con qualche esempio come l'una e l'altra si avverino secondo la nostra legge.

a) La configurazione più frequente è quella, che risponde alla nozione dell'elemento costitutivo: così avviene per l'art: 242 quanto alla cittadinanza, per l'art: 328 quanto alla qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, per gli art: 556 e 560 quanto allo stato coniugale dello agente, per gli art: 707 e 708 quanto alla qualità di condannato e via dicendo: ciò vuol dire che il fatto del portare le armi contro lo Stato, dell'omettere o ritardare un atto dell'ufficio o del servizio, del contrarre matrimonio o del congiungersi carnalmente con persona diversa dal coniuge, del possesso ingiustificato di chiavi alterate, di grimaldelli o di valori non costituisce un reato se chi lo compie non sia un cittadino, un pubblico ufficia-

le o un incaricato di pubblico servizio,un marito o una moglie,un condanna_

to per determinati delitti o contravvenzioni (1)

(1) Non contrasta con la concezione della posizione dell'agente come requi_ sito costitutivo del reato il fatto che anche chi non si trovi in tale posi_ zione possa partecipare al reato medesimo in qualità di cosutore (infra, n.110 e seg.); per quanto,invero,sull'atto del partecipe influisca la connes_ sione con l'atto dell'autore principale,ciò non toglie che si tratti di due atti e perciò di due reati distinti,nè,per esempio,la istigazione al pedula_ to è il peculato,onde se la prima può essere commessa anche da chi non sia pubblico ufficiale,resta sempre vero che soltanto chi sia pubblico ufficiale può commettere il secondo.

b) Più raro è il caso,in cui la legge attribuisce alla condizione dell'a_ gente efficacia impeditiva; ma non rarissimo:ricordo gli art:307 e 418,giusta i quali che l'agente sia prossimo congiunto degli associati esclude il reato di assistenza si partecipi di cospirazione o di banda armata o di assistenza alla associazione a delinquere; l'art: 649 che esclude,del pari,la esistenza del reato contro il patrimonio quando corrano tra l'agente e il paziente i rap porti di parentela ivi previsti; l'art: 598 che attribuisce efficacia impedi_ tiva della illiceità penale delle offese contenute in iscritti e discorsi ri_ volti alla autorità giudiziaria o amministrativa e concernenti l'oggetto della causa o del ricorso alla qualità di parte o di patrono di chi le ha formula_ te; l'art: 728 che statuisce la non punibilità del trattamento idoneo a sop_ primere la coscienza o la volontà altrui fatto a scopo scientifico o di cura "da chi esercita una professione sanitaria".

pag: 120)) Fenomeni di così grande importanza,come quelli di cui mi sono oc_ cupato nei punti che precedono,non potevano certo sfuggire alla osservazione degli studiosi del diritto penale. Appartiene infatti a questo punto di vista la distinzione tra i c. d. reati comuni e i reati propriii;migliore mi sembra la terminologia tedesca quando parla di Sonderverbrechen,che si tradurrebbe meglio con reati particolari e ancor più quando usa l'altro vocabolo:Stand_

verbrechen,che vuol dire letteralmente reati di posizione.

Ma così non si fa se non constatare che ci sono dei reati,i quali possono essere commessi da chiunque e altri,il cui compimento non può avvenire se non da parte di certe persone; una verità ancora rudimentale.

Ciò che resta da fare in primo luogo è l'allargamento del campo dell'indagine,il quale permetta di constatare la varia rilevanza ~~sostitutiva~~ della posizione dell'agente,onde accanto alla sua rilevanza costitutiva deve essere segnalata altresì la rilevanza impeditiva,modificativa,aggravante o attenuante del reato.

In secondo luogo,dopo l'ampliamento,viene l'approfondimento della indagine: che differenza esiste tra il reato particolare e il reato comune? Chi ragiona con pazienza si accorge che la differenza è nella struttura:per il reato particolare acquista rilevanza giuridica un elemento dell'atto,che nel reato comune rimane invece allo stato di indifferenza; ciò vuol dire che il reato particolare ha un requisito di più. D'altra parte anche il reato aggravato o attenuato dalla posizione dell'agente nostra,all'analisi,questo requisito ulteriore.

Perchè io chiami tale requisito legittimazione al resto risulterà degli argomenti esposti al punto che segue.

pag: 138)) Il primo risultato dell'osservazione è questo:se l'interesse perseguito dall'agente è tale,che il diritto ne garantisce la prevalenza sullo interesse leso,la lesione non costituisce reato.

pag: 142)) Una rilevanza impeditiva dell'interesse dell'agente,in considerazione della sua qualità,è riconosciuta dagli art: 52, 53 e 54? Il concetto

308

unitario di tali disposizioni è il seguente: se l'interesse perseguito dallo agente è protetto dalla legge con la attribuzione di un diritto o con la imposizione di un dovere, la lesione dell'interesse altrui (il danno) che ne consegue non è punibile purchè vi sia tra la persecuzione dell'uno e la lesione dell'altro un rapporto di necessità. Pertanto il danno cagionato per la necessità della persecuzione di un interesse, quand'anche esistano gli altri elementi del reato, e in particolare la forma e la volontà, non è un reato se l'interesse perseguito sia protetto dalla legge mediante il riconoscimento di un diritto o la imposizione di un dovere. Questo principio è attuato in diversa misura e enunziato in diverso modo secondo i casi.

a) La ipotesi massima, dal punto di vista della importanza dell'interesse perseguito dall'agente, è quella, in cui la legge lo protegga mediante la imposizione di un dovere. In tal caso, quando l'adempimento del dovere renda necessario il danno altrui, questo danno non è mai punibile. Il codice penale non enunzia il principio con la dovuta ampiezza; invero l'art: 53 riguarda soltanto il danno cagionato con l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica; se ne deduce, appunto, che il danno non è punibile quando sia recato per la "necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità", cioè quando rappresenti una conseguenza necessaria della persecuzione dell'interesse pubblico, costituente il dovere del pubblico ufficiale o della persona da lui richiesta. Qui pertanto basta soltanto la natura dell'interesse a togliere carattere di reato al danno necessario.

++ pag. 143

b) Quando, invece, l'interesse sia protetto dalla legge con la attribuzione di un diritto al suo titolare, la legge distingue secondo che il danno sia cagionato con la sua persecuzione a chi abbia o non abbia assunto la iniziativa della sua lesione, cioè secondo che il danno sia subito da un offensore o da un neutro. Secondo questa differenza si scindono le due ipotesi conosciute sotto il nome di legittima difesa e di stato di necessità.

308

aa) Se danneggiato è l'offensore, purchè il danno si contenga nei limiti della necessità, cioè sia proporzionato all'offesa, la punibilità è esclusa qualunque sia l'interesse perseguito, quando la legge ne faccia un diritto; appunto l'art: 52 statuisce la impunità di "chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

bb) Se danneggiato è un neutro, la impunità è stetuita solamente in quanto si tratti del danno cagionato per la necessità della persecuzione dell'interesse (protetto) alla incolumità del corpo di chi non abbia il dovere di esporsi al pericolo e non lo abbia volontariamente cagionato; dice l'art: 54 che "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dal la necessità di salvare sè od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona,

pag: 144)) pericolo da lui non volontariamente causato nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo" e aggiunge che "questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo".

c) Oltre a questi casi, dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di un diritto, nei limiti poco fa brevemente delineati, non si può riconoscere influenza impeditiva all'interesse dell'agente, per quanto apparisca degno di protezione. La valutazione della illiceità della causa nel campo penale è fatta dal legislatore, non affidata all'interprete. Non esiste in diritto pena le la efficacia impeditiva della causa lecita in genere, come esiste invece, in diritto civile, quanto ai negozi per la causa illecita; esistono solamente alcune determinate cause lecite, a cui la legge attribuisce tale efficacia. Se l'interesse dell'agente non quadra in uno di codesti schemi, non conta nulla al fine di escludere il reato (1).

(1) E' perciò che la indagine intorno alla liceità penale degli atti apparte_
nenti all'esercizio della professione ledici-chirurgica non può essere util_
mente condotta,almeno in linea generica,sul terreno della causa,o,come oggi
comunemente si dice,della antigiuridicità;invero, anche a voler considerare
codesti atti come adempimento di un dovere,si dovrebbe sempre cercare in una
norma specifica il limite del dover medesimo; altrimenti,per esempio,il me_
dico non risponderebbe mai di omicidio o di lesioni colpose del paziente; in
ciò sta una conferma se non della vanità, almeno della superfluità della nor_
ma generale contenuta nella prima parte dell'art: 51.La soluzione del proble_
ma qui accennato deve trovarsi,invece,operando anzitutto col requisito della
forma: non è detto che ogni alterazione del corpo umano,e,sia pure,ogni muti_
lazione debbe risolversi in una lesione,posto che nella nozione di questa rien
tra quell'elemento del danno,di cui parlerò più tardi; vi sono certamente dei
casi in cui il risultato dell'intervento del medico o del chirurgo esclude
già sotto ogni profilo l'esistenza del reato. Quando non sia così e posto che
non esista il consenso dell'offeso (al quale io ritengo che,in questa materia
si debba riconoscere piena efficacia non parendomi dubbio che il paziente,se_
condo il linguaggio dell'art: 50 cod.pen., possa disporre del diritto sul suo
corpo ai fini della sua conservazione), il quesito sulla punibilità non può
risolversi se non alla stregua dei principii sullo stato di necessità,mentre
non opera nel nostro diritto nè il consenso presunto dell'offeso,nè,in genere,
il c. d. principio della deviazione degli interessi (Güterabwägungsprinzip).

pag: 159)) Chi considera il processo psicologico,che mette capo alla azione,
può agevolmente scomporlo in tre fasi.

a) L'interesse determina la azione prima di tutto mediante la rappresen_
tazione (sullo schermo) mentale dell'agente della situazione (del mutamento)
consistente nell'interesse raggiunto.

pag: 160)) Così l'interesse(la causa) si proietta nello scopo,il quale non è
altro che una antecipazione fantastica dell'evento. Appunto la rappresentazio
ne è un'operazione della fantasia,per virtù della quale un evento comparisce
sullo schermo mentale dell'agente così che i suoi sensi ne sono stimolati con
una certa approssimazione allo stimolo,che ne riceverebbero in realtà.

b) Ci sono delle rappresentazioni così fatte che il processo psicologico
dell'azione si arresta a questa prima fase; vorrei dire che abortisce dopo di
questa. Ce ne sono delle altre,invece,le quali sono idonee a farlo proseguire
Queste sono le rappresentazioni,che determinano il desiderio. Appunto per la

loro relazione sull'equilibrio psicologico dell'agente le rappresentazioni si possono distinguere in tre categorie: attraenti, indifferenti e repulsive;le seconde lasciano l'equilibrio intatto,le altre ne determinano una alterazione in senso inverso:direi,per farmi intendere, centripeta o centrifuga.Precisamente il desiderio accompagna soltanto le rappresentazioni attraenti,le quali poi son quelle che riguardano eventi idonei ad attuare un interesse del soggetto. Il desiderio nasce dal bisogno e consiste in una inclinazione dell'uomo verso un bene,che si reputi idoneo a soddisfarlo.Se il bisogno rappresenta,come mi par certo,una situazione di squilibrio,il desiderio esprime la tendenza allo equilibrio mediante il godimento del bene,che appaga il bisogno.

Mi sembra inutile avvertire che il desiderio è una fase del processo psicologico,che qui cerco di studiare,non il processo intero e nemmeno la sua conclusione; perciò il desiderio non è certo la volontà,ma questa nasce da quello;direi che il desiderio nè è l'embrione.Non basta desiderare per volere;ma non si vuole se non si desidera.

c) Certo,non tutto ciò che si desidera si vuole. Come pag:161)) il processo volitivo può arrestarsi alla prima fase,cioè alla rappresentazione,così può abortire allo stato di desiderio.Il vero è che per diventare volontà,il desiderio ha ancora una fase da percorrere.La azione,poichè è un movimento,è uno sforzo; l'uomo non affronta questo sforzo se non prevede che gli giovi per l'appagamento del bisogno.Non basta; può darsi che la azione mentre determina l'appagamento di un bisogno e così mentre procura del piacere, impedisca la soddisfazione di un altro o di altri bisogni e così cagioni del dolore; anche questo conto del dare e dell'avere,cioè questo bilancio preventivo dell'azione in tutte le sue conseguenze entra nel giudizio.Tale giudizio,che vien fatto in base alle regole dell'esperienza,si chiama la previsione:visione preventiva o anticipata del risultato della azione.

Tale giudizio può essere più o meno rigoroso; appunto in ordine al grado della

loro idoneità alla previsione gli uomini si dicono previdenti o anche prudenti e imprevidenti o imprudenti; ma gli imprudenti sono quelli che giudicano senza cautela,non quelli che non giudicano. Affinchè il desiderio si converta in volontà il giudizio,bene o male,~~non volere~~ deve essere stato fatto.Perciò si può prevedere senza volere,non volere senza prevedere.

Tale giudizio,se mi si permette la espressione in termini economici,si riferisce al rendimento e al costo della azione.

a) Dal primo di questi lati il giudizio deve concludere alla attuabilità dello scopo affinchè l'uomo si muova. Attuabilità dello scopo non vuol dire certezza e neanche probabilità del suo raggiungimento,ma soltanto possibilità. Occorre un giudizio di assoluta impossibilità affinchè il processo volitivo abortisca allo stato di desiderio; basta,al contrario,una infinitesima probabilità che lo scopo sia raggiunto affinchèi il processo possa continuare.Non dico,affinchè continui: che continui o non continui dipende da una serie di pag: 162)) fattori quali sono l'intensità del desiderio,il temperamento del soggetto e il costo dell'azione.

Se la previsione fornisce il quadro di tutte le conseguenza possibili della azione occorre dunque che fra tali conseguenze rientri l'evento desiderato,affinchè, dal lato del rendimento,il ~~risultato~~ giudizio dia risultato positivo.

b) D'altro canto occorre che il giudizio metta capo a tale probabilità di eventi sfavorevoli che non se ne generi una repugnanza tale da vincere il desiderio dell'evento proiettato nello scopo.Può darsi invero che l'evento desiderato si riconosca attuabile,ma insieme con altri eventi spiacevoli,la cui rappresentazione provochi una emozione contraria al desiderio e idonea a soffocarlo. E' precisamente in questa estrema fase del processo volitivo che tende a operare l'istituto penale; mentre altri mezzi di lotta contro il reato ne aggrediscono la formazione psicologica nelle fasi anteriori,la minaccia della pena non tende se non a creare una repugnanza per la offesa determinata dalla

rappresentazione delle sue conseguenze secondo il diritto. Sotto questo aspet
to,nella terza fase dell'iter volitivo,come un momento della previsione,rien_
tra ciò che si può chiamare il giudizio di liceità (e,in particolare,di li_
ceità penale) dell'evento. Ciò non vuol dire che tale giudizio venga sempre
pronunziato; che ci sia o non ci sia dipende dalla educazione,dal temperamen_
to,dallo stato d'animo dell'agente come da una quantità di altri fattori;vuol
dire soltanto che,quando sia compiuto,reagisce a questo punto e in questo mo_
do sulla formazione della volontà.
Soltanto quando,per continuare a esprimermi in termini economici,il bilancio
preventivo delle conseguenze della azione si chiude con un saldo attivo,cioè
quando il rendimento dell'azione non appare superiore al suo costo,alla fine
della terza fase il processo volitivo si compie e il desiderio esplode nella
azione.
pag: 163)) Queste sono (oserei dire,a lume di buon senso) le fasi,in cui si
scompone il processo volitivo.Non ho bisogno di aggiungere che per osservar_
le,almeno nella maggior parte dei casi,occorre il microscopio; nella realtà
il processo si compie spesso,anzi quasi sempre,con tale velocità che le sin_
gole fasi non se ne possono cogliere a occhio nudo.La descrizione,che io ne
ho tentata,potrebbe perciò paragonarsi a quella riproduzione rallentata dei
movimenti,che costituisce,se non mi inganno,una delle applicazioni scienti_
fiche più interessanti del cinematografo; e perciò io mi spiegherei anche
che a qualcuno possa sembrare strana e perfino grottesca;ma strano è per noi,
appunto,tutto ciò che non siamo abituati a osservare.
Appunto perchè il processo può abortire in una delle sue fasi,fino all'ulti_
mo momento,e d'altra parte,volontà non vi è se non in questo momento ultimo,
quando la energia psichica si muta in energia fisica,la legge non dà all'in_
tero processo il nome di volontà,ma parla,invece,di intendere o di volere op_
pure di coscienza e di volontà. Certo vi può essere coscienza senza volontà,

314

ma non volontà senza coscienza,onde probabilmente sarebbe bastato indicare il requisito della volontà affinchè si intendessero,con ciò,richiesti tutti gli elementi o ingredienti psicologici,senza i quali non esiste la volontà.
Posta questa analisi,il problema della volontà nell'atto si comprende come possa riguardare:

a) la esistenza della volontà:il movimento del corpo umano dipende o no da un processo siffatto?

b) la consistenza della volontà:il processo volitivo,da cui il movimento dipende,è un processo normale?

c) la direzione della volontà: l'evento a cui mette capo il movimento, è compreso nell'ambito del processo volitivo?

Nel primo e nel secondo aspetto il problema riguarda il voler; nel terzo riguarda il voluto. Una accurata distinzione tra questi aspetti ritengo che sia indispensabile per dipanare l'ardua matassa dei fenomeni giuridici penali,che mostrano la rilevanza della volontà.

pag: 104:

pag: 186)) Il dolo consiste nella coincidenza tra il mutamento vietato e la intenzione dell'agente.

pag: 199)) Obbedienza e disobbedienza esprimono la conformità o la disformità tra il volere di chi comanda e il volere di chi è comandato.
La obbedienza e la disobbedienza sono dunque due atteggiamenti della volontà.
Per obbedire o per disobbedire occorre volere e volere in un determinato modo.

a) Non disobbedisce chi cagiona un evento vietato senza volere,cioè senza che il movimento del suo corpo sia determinato da quel processo psichico,

che mette capo alla manifestazione di volontà. Non tanto però la legge attri_ buisce allo svolgimento di questo processo efficacia costitutiva del reato, quanto efficacia impeditiva a determinati fatti che lo escludono,quali sono il caso fortuito,la forza maggiore,il costringimento fisico.

Del pari non disobbedisce chi cagiona un evento vietato se il processo voliti vo,che lo determina,è viziato da errore,nei limiti che furono chiariti al n.61

pag: 202)) Queste riflessioni mi consentono perciò di definire l'elemento psicologico del reato come volontà diretta ad uno scopo diverso dall'evento comandato dalla legge. Questa ampia figura si distingue nelle due specie, conosciute sotto il nome del dolo e della colpa: dolo è la volontà diretta a uno scopo contrario all'evento comandato o,in altri termini,diretta allo evento vietato; colpa è la volontà diretta a un evento diverso tanto dallo evento comandato quanto dall'evento vietato.

pag: 203)) Il centro di gravità del concetto del dolo sta dunque nella di_ rezione della volontà o intenzione.Ma quando si può dire che un evento ca_ gionato dall'uomo è voluto da lui o,in altre parole,è oggetto della sua in_ tenzione? La risposta molto semplice,che io ricavo dalla analisi del proces so volitivo condotta al n. 58 è questa:quando l'evento,che egli ha cagiona_ to, è stato da lui desiderato. Il deisderio, non (pag: 204) altro che il desiderio,distingue,nella massa degli eventi cagionati dall'uomo,gli eventi voluti dagli eventi non voluti. Perciò il desiderio è l'elemento che serve a distinguere il dolo dalla colpa.

pag: 205)) Il desiderio è il bacillo della volontà.

Della forma del reato -
Rilevanza penale del mutamento esteriore

pag: 221)) Anche la osservazione più grossolana dei fenomeni del diritto pe_

nale mostra,infine,la influenza che esercita sulla punibilità quel mutamento del mondo esteriore,in cui l'atto si concreta.

Se nulla muta e così,malgrado la cogitatio,il mondo pag: 222)) resta come prima,il reato non c'è. Ciò vuol dire che un mutamento è,anzitutto, elemento costitutivo del reato. Non c'è descrizione di reato la quale non consista nella indicazione di codesto mutamento: "chiunque cagiona la morte di un uomo" (art: 575); "chiunque offende l'onore o il decoro di una persona" (art: 594); "chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui"(art: 624):l'omicidio,l'ingiuria,il furto sono,prima di tutto,qualche cosa che avviene,cioè un atteggiamento del mondo esteriore che muta (1).

(1) Contro i dubbi sollevati su questo tema vedi benissimo Antolisei,L'azione e l'evento nel reato, n. 48,pag: 95 e segg:,il quale però ha torto quando nega il carattere sensibile del mutamento (ivi,n.49, pag: 97) bene affermato, invece,da Arturo Rocco,L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, in Opere giuridiche,I,n.102,pag: 314:la ragione,da lui addotta,che il pericolo non sia "un fatto esteriore percepibile coi sensi",non mi persuade appunto perchè il pericolo non può non essere la alterazione di una situazione esteriore e tutto ciò che è esteriore è percepibile coi sensi.

Non basta un mutamento ma occorre un dato mutamento affinchè sorgano gli effetti penale; e questi effetti sono diversi secondo che il mutamento presenti diversi caratteri.Se io lancio un sasso senza colpir nulla e nessuno,questo non è un reato; se,lanciandolo,danneggio invece una cosa,un animale o un uomo,questo può esser il diverso reato di danneggiamento in genere (art:635), di danneggiamento di animali altrui (art: 638) o di lesione personale (art:582 Non basta,infine,che l'agente creda di produrre un mutamento e,precisamente, quel mutamento che la legge punisce,se quel mutamento non si produce;il così detto reato putativo è reato erroneamente supposto (art: 49 cod.pen.) non è che un pseudoreato (supra, n. 81).

Peraltro,quando si tratta di rilevare compiutamente la influenza che il mutamento esteriore determina nel campo penale,la ressa dei fenomeni è tanta che la osservazione deve farsi attenta e sottile.Non mi sembra che un rilievo

pag: 223)) accurato e quindi,prima di tutto,ordinato di tali fenomeni sia possibile a chi non premetta una analisi del concetto stesso di mutamento, quale fu ora grezzamente esposto.
Questa analisi tende a mettere in luce gli aspetti (n.73 e segg:), gli elementi (n. 77) e le qualità (n.78) del mutamento.

Azione ed evento.

pag: 223)) Ogni mutamento del mondo esteriore può essere considerato sotto due punti di vista,nel suo divenire e nel suo essere.Secondo questi due punti di vista il mutamento si presenta come azione o come evento:la azione è il momento dinamico, l'evento il momento statico del mutamento;l'uno e l'altro non sono due elementi fisicamente isolabili del fatto,ma solo due aspetti logicamente distinti;insomma,ancora una volta,il dritto e il rovescio di un medaglia.Ciò vuol dire che ogni azione ha il suo evento e,viceversa,ogni evento ha la sua azione; non c'è,invero, essere senza divenire nè divenire senza essere.Si potrebbe anche esprimere la distinzione dicendo che la azione è un movimento e l'evento un mutamento) ora lo stesso movimento è un mutamento,come il mutamento è un movimento (1).

(1) Soltanto perchè l'evento è il processo considerato nel suo essere anzichè nel suo divenire si può considerarne l'azione non soltanto come un prius logico,ma altresì come un prius cronologico,e così ammettere che "l'azione e l'evento costituiscano una serie" (Massari,Il momento esecutivo del reato, n.61,pag: 72) o che l'azione finisca dove comincia l'evento (Antolisei,op. cit.,n. 50,pag:101): precisamente l'evento costituisce il punto di arrivo dell'azione.Vi è così,tra azione e evento,successione cronologica,ma non intervallo.
Di un intervallo soltanto allora si può parlare quando,essendo la azione,come si dirà oltre nel testo,il momento volontario del movimento,che si traduce in un evento dato,il movimento necessario a costituire l'evento medesimo, cominciato come movimento volontario,debba proseguire come movimento naturale (per es:,in questo senso la somministrazione del veleno precede nel tempo la morte della vittima). Secondo questo criterio Massari formula la distinzione tra reati formali e reati materiali poichè chiama formali quei reati,nei quali "il prodursi dell'evento coincide con lo svolgersi dell'attività criminosa,in guisa da aversi il fenomeno di due momenti del reato tra loro inseparabili" e materialiquelli altri,in cui "l'azione e l'evento non

non presentano necessariamente tale inscindibilità,ma si pongono temporal_
mente scindibili" (Le dottrine generali del diritto penale, pag: 185).

pag: 224)) Ci sono dei mutamenti transitori e dei mutamenti permanenti;al_
tro è,per esempio,che io lanci un sasso e lo riporti dov'era,altro è che io
lo lasci dove cade,altro che il sasso rompa un vetro ma anche nel prima ca_
so c'è un mutamento poichè,mentre il sasso è lanciato e finchè non sia ri_
portato a l suo posto,il mondo è diverso da quello che era prima;e,del re_
sto,le nozioni di transeunte e di permanente sono affatto relative (1).

(1) Su questa differenza nel carattere del mutamento,il quale sia atto a du_
rare anche dopo che sia cessato il movimento oppure scompaisca con il ces_
sare di questo,si fonda la tormentata distinzione tra i c. d. reati istanta_
nei e permanenti,in cui l'attributo si riferisce alla azione (offesa;ihfra
n.74) non all'evento (danno,ivi); permanenti sono appunto quei reati in cui
la offesa deve durare affinchè il danno continui ad esistere (Dauerdelikte):
un esempio dei primi è l'omicidio o il furto,un esempio dei secondi il pla_
gio (art: 603) o il sequestro di persona (art: 605)D'altra parte la rileva_
ta differenza nel carattere del mutamento può essere spiegata con la distin_
zione tra beni giuridici distruttibili e indistruttibili,di cui parla il Cam_
pus,Studio sul reato permanente,cit. da Massari, Le dottrine generali del di_
ritto penale,pag: 97,sebbene la sua terminalogia non mi sembri corretta. Ap_
punto perchè la permanenza è attributo dell'azione,non dell'evento,si avver_
te che non bisogna confondere la permanenza del reato con quella dei suoi ef_
fetti (Manzini, Trattato di diritto penale italiano, I, n. 233, pag: 662).

Così si analizza il mutamento sul puro terreno logico. Ma quando si conside_
ra la rilevanza giuridica dei fenomeni il risultato dell'analisi subisce
qualche modificazione. Questa modificazione riguarda il momento dinamico del
pag: 225) mutamento,cioè la azione; quanto al momento statico,cioè all'even_
to,non vi è nulla da dire oltre a ciò che è già stato detto:si tratta di un
mutamento o di una modificazione del mondo esteriore.

a) La legge dice: "chi cagiona la morte di un uomo". Il momento dell'e_
vento rilevante per il diritto è soltanto il movimento di chi uccide.Ma è
ben noto come questo movimento non sia,a sua volta,altro che uno degli ele_
menti di quel più vasto e complesso movimento, a cui corrisponde la morte;
il lettore rifletta alle minime proporzioni del movimento umano in confron_
to col movimento naturale in una infinità di omicidii,dal caso di chi sposta
con una piccolissimo sforzo l'equilibrio di un macigno pericolante facendolo

rovinare addosso alla vittima al caso di chi provoca sopra di questa una scarica elettrica premendo impercettibilmente un bottone. Ciò vuol dire che non l'intiero momento dinamico dell'evento costituisce azione in senso giuridico ma soltanto il suo momento dinamico umano, cioè quel tanto di partecipazione, che tocca all'uomo nel gioco delle forze produttive dell'evento. Io posso staccare un frutto dall'albero altrui o posso raccoglierlo in grembo mentre cade staccato dal vento; il soffiare del vento è bensì un movimento, ma non una azione. Da questo lato, la nozione di movimento è più ampia che quella di azione. pag: 226)) b) Da un altro, invece, è più ristretta. Invero movimento è antitesi di inerzia come mutamento è antitesi di permanenza dello stato anteriore. Ma se certi fenomeni del diritto penale si considerano alla stregua di questa nozione, vi sono dei reati nei quali non si trova nè azione nè evento. Il lettore rivolga la sua attenzione, per esempio, all'art: 328 del cod. pen., ove si punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico ~~ufficiale~~ servizio ; oppure all'art: 593, che considera come reato la estensione dal dare immediato avviso all'autorità o dal prestare assistenza nelle condizioni ivi previste: in questi come in parecchi altri casi l'uomo è punito non perchè muta ma perchè non muta il corso naturale delle cose.

Dal punto di vista politico questi casi si spiegano facilmente pensando come i fini, che l'ordine giuridico si propone di raggiungere con lo strumento penale, non consistono sempre nel lasciare inalterato, ma talora invece nel pag: 227)) l'alterare quel corso naturale; posto, per esempio, il valore sociale della vita umana, non basta che non si faccia nulla per far morire, ma può occorrere che si faccia qualcosa per far vivere o in altre parole non solo che non si alteri il corso degli eventi quando volga favorevole a quella vita ma altresì che si alteri quando volga contrario, onde tendono fondamentalmente allo stesso fine le disposizioni degli art: 575 e 593 che puniscono, sia pure in misura diversa, chi fa e chi lascia morire. Insomma, la pena custo-

disce non soltanto obblighi di astensione,la cui violazione consiste in un fare e così in una azione,ma altresì obblighi di azione,i quali si violano, invece,col non fare cioè con la inerzia (1).

(1) Vi sono dei danni che la legge tende ad evitare imponendo soltanto degli obblighi di non fare; altri ai quali si riferiscono soltanto obblighi di fare; altri infine,rispetto ai quali sono stabiliti obblighi così di fare come di non fare.Quando si dà quest'ultima ipotesi il reato può assumere così la forma della commissione come della omissione; se prende quest'ultima gli si dà il nome di reato commissivo improprio o reato commissivo mediante omissione. Più esatto sarebbe forse distinguere tra reati omissivi,reati commissivi e reati promiscui.Se rispetto a questi ultimi sia pure possibile la commissione,nello stesso atto,di elementi commissivi e omissivi, è una questione che non ho ragione di risolvere (cfr. Vannini,. U.reati.commissivi mediante omissione,n. 16,pag: 33 e segg:). Del resto,il reato promiscuo, quando si compie in forma di omissione,presenta tutti i caratteri del reato omissivo.

Ma dal punto di vista logico questi fenomeni reagiscono profondamente sulla nozione dell' azione.Il vero è che ciò che influisce sulla punibilità non è più soltanto un movimento ma anche una inerzia.La quale inerzia è senza dubbio un quid fisico esteriore,nel senso che esiste in rerum natura tanto lo ubmo che si muove quanto l'uomo che sta fermo; ma è un quid diverso anzi in verso al movimento,onde se anche la inerzai può determinare,come la azione, la punibilità e deve essere ricompresa nella nozione della azione,non è aperta altra via a chi voglia regolarsi secondo la logiva fuor da quella di allargare co_

pag: 228)) desta nozione,facendo denna azione,anchè un movimento,un comportamento umano.

Questa è la nozione genrica di azione,alla quale corrispondono due nozioni specifiche: azione come movimento o azione come inerzia.

Naturalmente questo ampliamento della nozione comune di azione ai fini del diritto deve avere la sua ripercussione nella terminologia. Basta rileggere le ultime parole del periodo precedente per rendersi conto che se non

pag: 228)) si chiarisce bene il significato dei vocaboli,chi apprende il diritto può essere su questo tema pericolosamente disorientato:come mai azio_

321

ne,che è antitesi di inerzia,può comprendere anche quest'ultima? Questo è precisamente uno dei temi,sui quali i giuristi sono costretti a valersi di un linguaggio convenzionale. Ma,in pratica, il significato comune di azione si insinua facilmente nel discorso giuridico; ciò avviene ai giuristi ed è avvenuto allo stesso legislatore quando si contrappone azione ad omissione. Ora in questa formula il significato diàazione non è quel significato ampio che comprende ogni specie di contegno punibile e corrisponde al significato di evento,sibbene un significato più ristretto,che si riferisce soltanto al contegno attivo o positivo. Si nota così un duplice significato della parola azione. Quando azione si contrappone a evento come il divenire allo o,in altri termini,come la causa all'effetto, questo termine comprende in sè anche la omissione.Invece,quando se ne fa la antitesi di omissione,la parola azione ha il significato più ristretto di momento dinamico o causale positivo in contrasto col momento causale negativo. Questa difficoltà terminologica non è difficiele da superare.

La legge non la supera,ma la mette da parte evitando di nominare il genus, a cui le due species (azione e omissione) appartengono. Ma la scienza non può seguirne l'esempio,poichè la logica del sistema esige che alla unità dell'evento si contrapponga e trovi espressione verbale la unità del momento opposto.E' chiaro che questa unità si raggiunge nel concetto di contegno o comportamento dell'agente,il quale può essere così positivo (azione, movimento) come negativo (omissione,inerzia). E' poi una questione di mera convenienza quella di dare al genus il nome di comportamento,riservando così il nome di azione per indicare una delle due species (comportamento pag: 230)) positivo); oppure di chiamare azione il genus cercando per designare quella species un nome diverso. A me sembra preferibile questa seconda soluzione perchè il termine azione serve meglio a scolpire il concetto generico del divenire,proprio del genus; e perchè a colorire la antitesi

322

tra il contegno positivo e il contegno negativo può servir bene.
Pertanto la nozione di azione ha il suo germe non già nel movimento, ma nel comportamento o contegno fisico dell'agente e si precisa in quel comportamento della persona che entra nel quadro delle condizioni necessarie per l'accadere dell'evento.
A sua volta la azione si distingue in commissione o omissione, secondo che il comportamento consista in un fare o in un non fare. Secondo che la azione appartenga all'una o all'altra specie, i reati si classificano, dal lato formale, tra i reati commissivi o tra i reati omissivi.

Offesa e danno

pag: 230)) C'è un'altra questione terminologica da risolvere. Il concetto di azione e di evento è comune all'elemento materiale di tutti gli atti giuridici: se si scompone, come un reato, così un provvedimento, un negozio o un atto dovuto, il risultato della analisi è lo stesso; ne residuano, insieme con altri, questi due corpi semplici. Ma la azione e l'evento del reato hanno un carattere particolare, che li distingue dall'elemento formale degli atti giuridici o, più esattamente, degli atti giuridici leciti; la radice del reato è qui. Quando si tratta di un reato il mutamento del mondo esteriore consiste nella lesione di un interesse altrui. La azione e l'evento del reato sono, così, il momento dinamico e il momento statico della lesione di un interesse.
x pag. 231
E' certamente opportuno che questo carattere sia posto in rilievo con le parole, onde io chiamo la azione del reato offesa e danno il suo evento. Azione e evento sono, pertanto, il genus; offesa e danno, la species (1).

(1) Il danno è precisamente un modo di essere dell'evento, onde alla voce danno corrisponde la frase evento dannoso; danno è quell'evento che consiste nella lesione di un interesse. Appunto perchè un atto è un reato, in quanto il suo evento è un danno, si può affermare la identità tra l'evento del reato e il danno. Tale identità è ammessa in prevalenza dalla dottrina del diritto penale (cfr Vannini, Il reato, Riv. pen., 96, pag: 207), per quanto questa continui ad adoperare con predilezione, e non ne vedo bene il perchè, il vocabolo generico anzichè la parola danno. Non mancano le opinioni contrarie (cfr An-

323

tolisei, op. cit., n. 42, pag: 86 e n. 45 pag: 90 e segg:), ma la loro fragilità è manifesta; così, quando Antolisei distingue l'evento come effetto naturale dal danno come conseguenza giuridica del reato egli scrive senza dubbio una delle sue pagine meno felici: che il danno sia una... conseguenza giuridica dell'atto può ritenersi senz'altra come un errore. In ordine a questo suo modo di pensare Antolisei attribuisce un significato diverso alla parola offesa nel binomio offesa e danno; cfr. L'offesa e il danno nel reato, pag:30 e segg:.

Se l'evento punibile è il reato, nel suo momento formale statico, e, d'altra parte, se l'evento stesso è il danno, ecco logicamente riconfermata la verità della opinione da me altrove manifestata che il danno non deriva dal reato, ma è il reato (un elemento del reato). E' appunto, il reato in una delle sue facce o fasi; uno degli aspetti del suo elemento formale (il rovescio della medaglia). Ciò è detto con sufficiente precisione nell'art: 40 poichè dall'evento dannoso si fa dipendere l'esistenza del reato; e questo basta a dimostrar l'errore dell'altra formula, contenuta nell'art: 185, secondo il quale il reato cagiona il danno: se il reato dipende dal danno, il quale ne costituisce così un elemento, il danno non ne può essere una conseguenza. Probabilmente per una residua incertezza di pensiero su questo punto, oltre che per aderire al linguaggio corrente nella dottrina, l'art: 40 dice: evento dannoso, anzichè danno; ma si intenda bene che il danno è una qualità, cioè un modo di essere dell'evento, non una sua conseguenza: la ferita nella lesione personale come la perdita del possesso della cosa nel furto è il danno, non lo produce.

× pag. 232

Al fine di dissipare i dubbi, che persistono su questo tema, giova riflettere che se la offesa e il danno sono due aspetti logici di un processo identico, considerato nel suo lato dinamico e nel suo lato statico, conviene rendersi conto, per comprenderne a un tempo la unità e la distinzione, del diverso punto di vista da cui, quando si parla dell'uno o dell'altro, il fenomeno viene considerato. Questo è, in un caso, il lato dell'agente, nell'altro il lato del paziente: la offesa è la proiezione causale, il danno la proiezione effettuale del fenomeno; la offesa è la proiezione causale, il danno la proiezione intellettuale del fa-

nomeno; la offesa l'agente che lede,il danno il paziente che viene leso.Perciò taluno dice:posto il reato di uccisione di un animale,offesa è la uccisione del cavallo,danno il fatto che il proprietario non lo possa adoperare per recarsi al mercato.Il che è vero,ma soltanto perchè questo fatto non è altro che la espressione del primo dal punto di vista del paziente.Se infatti danno è lesione di un interesse e interesse è una posizione favorevole al soddisfacimento di un bisogno,la distruzione di un bene è un danno in quanto taluno si trovi perciò in una posizione meno favorevole per il soddisfacimento di un bisogno; appunto la uccisione dell'animale è un danno in quanto è un danno in quanto lede l'interesse del suo proprietario relativo al bisogno di locomozione e,fra altro,non gli permette di recarsi al mercato.Non la distruzione del mio violino in sè e per sè è una offesa,ma perchè impedisce la soddisfazione del mio bisogno di suonare; onde che io non possa più suonare non è un fatto diverso dalla offesa,ma il fatto medesimo visto dal rovescio,invece che dal dritto,come ciò che subisce il paziente invece che come ciò che viene operato dall'agente.

* pag. 233

Definire il danno come la conseguenza nociva dell'offesa è qualcosa che si risolve,per chi sappia "ficcar lo viso in fondo", nel riconoscere che è il fatto medesimo come situazione del paziente anzichè come movimento dell'agente.Non la diversità del fatto,ma la diversità della luce proiettata dall'uno e dallo altro punto di vista distingue la offesa dal danno.

Tra offesa e danno si conclude l'iter criminis, il quale non è dunque se non la espressione del trasformarsi la prima nel secondo.La azione muove dall'agente, l'evento mette capo al paziente. Dalla parte dell'agente il reato è offesa, dalla parte del paziente è danno.La linea,che divide i due momenti o le due fasi,è una verticale,che passa per il punto di incontro dell'agente col paziente: per l'omicidio,il momento nel quale il coltello dell'uccisore tocca l'epidermide della vittima.

325

Rapporto tra offesa e danno

pag: 233)) Non basta avere scomposto, come si è fatto nei punti precedenti, il momento esteriore del reato nei due elementi della offesa e del danno, mostrandoli scissi l'uno dall'altro; conviene ora che l'intelletto si fermi non più sulla loro scissione, ma sulla loro connessione.

a) Se vien chiesto a un uomo di buon senso cosa sia un omicidio, risponderà: un uomo che ne uccide un altro. Egli riunisce così nella nozione le due fasi o le due facce del fenomeno: l'aspetto statico e l'aspetto dinamico, il movimento e il mutamento, la uccisione e la morte, l'offesa e il danno, la causa e l'effetto. Il buon senso ha ragione.

Si vuol dire con ciò che il fatto comprende l'intero iter del mutamento, dal principio alla fine; e che questo iter, proiettato per diritto, cioè dal principio verso la fine, è la causa e proiettato per rovescio, cioè dalla fine verso il principio, è l'effetto. Così causa ed effetto, come azione ed evento, non sono se non due aspetti logici di un medesimo processo: causa è il fatto che diventa, effetto è il fatto che è diventato; causa è l'espressione del divenire, effetto è l'espressione dell'essere. Appunto il divenire non è altro che un eterno fluire di causa e di conseguenze e noi non possiamo separare queste da quelle se non sezionando logicamente il corso della vita. Appunto perciò la catena delle cause è infinita o, in altre parole, la causalità è una catena, che non ha nè principio nè termine; ogni interruzione del suo corso è arbitraria; solo con l'aiuto della logica noi riesciamo a distinguere un anello da un altro.

Conviene anzitutto star ben fermi a questo principio per cui rientrano nella nozione di causa, come processo causale, tutti gli elementi del divenire di un fatto; ciò vuol dire ciascun elemento, senza il quale non sarebbe divenuto. Posto l'affondamento di una corazzata per un colpo di cannone, il buon

senso dice con indifferenza tanto che ne fu causa il poderoso proiettile quanto la debole corazza.

Ma quando poi si considerano,ciscuno per sè,codesti elementi,ci si accorge come nel loro complesso debba essere tracciata una fondamentale distinzione. Il mutamento si risolve nell'antitesi di due modi di essere,dei quali uno si soprappone e uno si cancella; ora non è la stessa cosa che l'elemento del processo ~~causa~~ causale appartenga all'uno o all'altro. Si può parlare,per chiarire la differenza,di elementi attivi e di elementi passivi; i primi appartengono a ciò che produce,i secondi a ciò che subisce il mutamento.Sotto questo aspetto la distinzione tra il proiettile e la corazza è del tutto espressiva. Così si distinguono le cause dalle condizioni. Se per causa si intende,invece l'elemento di quel processo,la causa si contrappone alla condizione. Si nota anche a questo una di quelle incertezze,determinate,in ultima analisi,dalla povertà del linguaggio,le quali poi esercitano una influenza perniciosa sulla chiarezza dei concetti.Io confido che lo studioso possa sentire il beneficio di questi avvertimenti tra poco,quando si tratterà di valutare il rapporto tra il danno e la omissione.

Ciò spiega perchè anche la condizione,come la causa,stricto sensu si trovi in rapporto eziologico con l'effetto; questo,invero,non risulta solamente dagli elementi passivi:il colpo di fucile non sarebbe diventato una uccisione se un uomo non si fosse trovato sulla traiettoria del proiettile.Ma il valore di questo rapporto è diverso e la sua diversità rosulta precisamente quando la causa o la condizione consiste nel contegno dell'uomo.

b) Quando si tratta di determinare gli elementi del divenire di un fatto,cioè di giudicare se un altro fatto appartenga o no a quel complesso,di cui ho parlato sub a), allora cominciano le difficoltà: questo è il problema pratico della causalità,per risolvere il quale l'uomo si sforza di risalire il corso della vita,cioè di ricostruirlo artificialmente al fine di

scevera re ,nel momento dinamico del fatto,gli elementi essenziali dagli elementi accidentali,cioè,in buona sostanza,le causa dalla non cause.In questo duro compito l'uomo non opera con altro sussidio,che non sia quello della sua esperienza e non raggiunge altro risultato che non sia un risultato di probabilità.

Voglia il lettore impadronirsi bene di questa idea che il mezzo della verificazione causale non è altro che la esperienza. Soltanto così egli si renderà conto del come giochi in codesta verificazione il criterio della probabilità. Il vero è che la esperienza umana non è infallibile e che le sue leggi non esprimono più che un nesso di probabilità tra due ordini di fatti pag: 238)) Pertanto noi ci dobbizmo accontentare di un nesso di probabilità per la verificazione del rapporto causale non già perchè tra causa ed effetto il nesso non sia di necessità ma perchè alla nostra limitata intelligenza di uomini il nesso tra due fatti non si rivela,attraverso la esperienza, se non sub specie della probabilità. Il rapporto causale è qualche cosa che noi non riesciamo a cogliere se non imperfettamente; la nozione della probabilità contiene appunto la confessione di questa imperfezione e perciò la riserva relativa alla fallacia della regola di esperienza.

Tenga ancora presente che dunque un giudizio di necessità si contiene certamente nella affermazione del nesso causale,ma ciò che deve essere la conseguenza,posta la causa e non,invece,la causa posta la conseguenza; che, insomma,il danno trovi la sua causa nella offesa vuol dire che,posta la offesa,il danno ne doveva derivare ma non che non potesse derivare anche da una azione diversa da quella offesa. Che, pertanto, il processo di verificazione causale debba farsi risalendo il corso della storia,e così rovesciando il cammino degli avvenimenti non autorizza a rovesciare anche i termini del problema causale: che un fatto sia causa di un altro significa che posto

328

il primo debba avvenire il secondo ma non che posto il secondo debba esiste re il primo.

Se queste riflessioni sono esatte è lecito dubitare che certe frasi correnti per designare il criterio di soluzione del problema causale,onde si parla di causalità necessaria o di causalità adeguata,siano corrette e convenienti. Basterà osservare,dal lato della correttezza,che la necessità e la adeguazio ne sono la espressione stessa della causalità; una conseguenza non necessa_ ria non è una conseguenza e una causa non adeguata non è una causa. Quanto alla convenienza si finisce,così,per far credere ai pratici che occorra per la diagnosi del reato qualcosa di più che la verificazione,tra la offesa e il danno,del nesso causale. Meglio insegnar loro,semplicemente,che per la ri cerca di questo nesso bisogna ricostruire col sussidio della esperienza il divenire del danno e ricercare se,secondo la esperienza,tolta la offesa dal complesso dei suoi elementi,il danno ne sarebbe derivato. Questa non è la teoria della causalità necessaria o della causalità adeguata ma semplicemen_ te della causalità (1).

f pag: 239))

(1) Perciò,secondo il mio avviso,la differenza tra le due note teorie della causalità equivalente (von Buri,Contributi alla teoria del diritto penale e al codice penale,1894) e della causalità adeguata (von Bar,La dottrina del nesso causale nel diritto,in particolare nel diritto penale,1871 e von Kries, I principi del calcolo della verosimiglianza,1886) è piuttosto differenza di punto di vista che di contenuto:la prima tien conto del come la causa è,la seconda del come la causa può essere valutata e così la prima del giudizio di causalità nel suo valore logico,la seconda nel suo valore pratico. A sua volta la c. d. teoria della causalità rilevante (cfr. la nota I a pag:242) considera la causa come è valutata dal diritto e così il giudizio di causa_ lità nel suo valore giuridico.
D'altra parte il problema rzlativo al criterio del giudizio di adeguazione, di cui parla,per esempio,Florian,op. cit.,I, § 55, pag: 545,non riguarda la causalità ma la previsione e perciò l'elemento psicologico del reato non il suo momento formale.

Ora la esperienza guida a collocare nel momento dinamico di dati fatti anche il contegno dell'uomo,cioè a ravvisarne in questo contegno non tanto la cau_ sa quanto una causa. Non è altro,invero,che la esperienza,in base alla quale si giudica se un uomo muore dopo essere stato colpito con un coltello,il con_

tegno di chi lo ha colpito è causa della sua morte. Questo collegamento eziologico può essere ravvisato così quando il contegno dell'uomo consista in una commissione come quando consista in una omissione (supra,n. 73). Cagiona la morte per fame tanto chi toglie il cibo alla vittima quanto chi, avendone, non glie ne dà. Peraltro, pag: 240)) impiegando le osservazioni esposte supra sub a), il lettore comprende che si può, in tema di omissione, parlar di causa solo nel suo significato più largo; che se invece questo termine sia preso nel suo significato più ristretto, e perciò in antitesi a condizione, solo la commissione si presta a concretare il rapporto (strettamente) causale con l'evento, mentre il rapporto tra questo e la commissione non può essere se non condizionale: appunto il contegno di chi non dà, avendone, del cibo a un affamato e perciò lo lascia morire, non costituisce un elemento attivo, ma un elemento passivo del divenire precisamente perchè non agisce per produrre, ma si limita a lasciar subire il danno.

Il rapporto condizionale tra il contegno omissivo dell'uomo e il danno viene espresso dalla legge con la formula del non impedire (art: 40). Nella sua riduce la formula è esatta in quanto non impedire un evento significa precisamente lasciar sussistere lo stato atto a subire il mutamento. Deve ritenersi anche esatta la equazione, stabilità dal capoverso dell'art: 40, tra il "non impedire" e il "cagionare", purchè si intenda "cagionare" in relazione al significato ristretto e specifico di causa e, così, si avverta che nel primo comma dell'articolo si allude al rapporto causale in senso ampio e nel secondo si parla di causa stricto sensu: appunto l'evento può essere conseguenza della omissione cioè
pag: 241)) causato da questa solo in quanto si ricomprenda tra le cause anche la condizione.

Il risultato di queste osservazioni è nel senso che tra offesa e danno deve e-

sistere un rapporto causale,in senso lato. Dico tra offesa e danno,non tra danno e reato.Invero l'atto non è,nel suo momento formale,solamente azione, ma azione + evento, e precisamente la azione dell'evento o l'evento della azione o,in altri termini,azione e evento in rapporto causale.Insomma,l'atto non è nè la coltellata,nè la morte,ma questa più quella,cioè la uccisione.Perciò è errata la proposizione consueta,secondo la quale il reato è la causa del danno.L'errore si dimostra subito riflettendo che l'omicidio non è il colpo di coltello dà per sè,ma il colpo che uccide,cioè azione e evento insieme. Questo è un caso tipico di ignoratio elenchi; si confonde così il reato con la azione; questa è veramente la causa del danno,ma questa non è il reato,sibbene una porzione del suo elemento formale.

pag: 242)) Il rapporto causale lato sensu tra offesa e danno ammette delle distinzioni,si potrebbe dire dal lato qualitativo e dal lato quantitativo. Sotto il primo aspetto può essere causale stricto sensu o condizionale. Sotto il secondo causale stricto sensu o concausale.

Così si sono stabilite,per quanto concerne l'aspetto del mutamento,alcune nozioni,le quali agevolano la classificazione dei fenomeni,che,dal lato della forma,chi procede all'analisi del reato deve raccogliere e osservare (1).

(1) Ponga il lettore attenzione a ciò che finora,nel testo,io ho cercato di stabilire sul terreno logico il rapporto tra offesa e danno senza proseguire,per adesso,nella indagine della rilevanza giuridica di tale rapporto (infra,n. 81).Che,pertanto,solamente la commissione possa avere un valore causale (stricto sensu) del danno mentre alla omissione si può riconoscere non più che un valore condizionale non significa nè che solamente al valore causale della prima nè che sempre al valore condizionale della seconda la legge riconosca effetti giuridici penali; quale influenza eserciti su tali effetti il rapporto di causalità,nei suoi diversi tipi e gradi,è una questione da risolvere secondo il diritto positivo.Probabilmente se si fosse data una certa cura a distinguere tra il lato logico e il lato giuridico,o anche tra questo e il lato politico del problema della causalità,molte incertezze e molte oscurità si sarebbero risparmiate.Probabilmente di tale distinzione si rende conto,con maggiore o minore chiarezza,la c. d. Relevanztheorie, giusta la quale non basta,ai fini della punibilità,che esista il rapporto causale tra offesa e danno,ma occorre che tale rapporto sia preso in considerazione dal diritto; aggiungo pericon maggiore o minore chiarezza perchè

la rilevanza non deve essere messa al posto della causalità, nè la causalità e la rilevanza essere concepite come due requisiti della punibilità (cfr: per esempio M. E. Mayer, La parte generale del diritto penale tedesco ((Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts)) cit. da Mezger, op. cit: § 15, pag: 122 e Mezger medesimo, ivi, specialmente pag: 124), il requisito è sempre costituito dalla causalità, a cui spetta il valore di requisito del reato anzichè solo di elemento dell'atto (supra, n. 32), in quanto sia rilevante ai fini penali.

pag: 250)) Si può stabilire la nozione del bene conteso (oggetto del reato) come quel bene o quel complesso di beni, che costituisce l'oggetto dell'interesse leso dall'agente o, in altri termini, il cui godimento viene scemato a danno del paziente.

Rilevanza penale dell'offesa e del danno

pag: 253)) Il lettore se voglia ricordare che non si dà azione senza evento nè, perciò, offesa senza danno; ricordi anche, per quanto possa sembrargli pedantesco, il paragone della medaglia, di cui azione e evento, offesa e danno rappresentano il diritto e il rovescio. Ciò vuol dire che quando si punisce alcuno per avere offeso, lo si punisce necessariamente per avere danneggiato e viceversa. Perciò una distinzione tra reati di azione e reati di evento intesa nel senso che vi siano dei reati senza evento e, rispettivamente, dei reati senza azione è contraria alla logica.

Ma può ben darsi che per determinare le conseguenze giuridiche e, in particolare, le conseguenze penali di un atto la legge lo consideri soltanto dal lato della offesa oppure soltanto dal lato del danno così che sia rilevante soltanto la azione, qualunque sia l'evento, o soltanto l'evento, qualunque sia l'azione. In questo secondo caso la distinzione tra reati di azione e reati di evento è logica e fondamentale: il reato di azione non è il reato a cui manca lo evento, ma rispetto al quale l'evento è giuridicamente indifferente e, in altri

pag: 254)) in altri termini, per la cui struttura l'evento è bensì un elemento, ma non un requisito (supra, n. 32).

Appunto, chi considera le norme costitutive dei reati si accorge agevolmente come talora la legge, ai fini della punibilità consideri l'atto dal lato dell'azione, talora dal lato dell'evento. Voglia, per esempio, il lettore porre a confronto l'art: 594, che descrive il reato di ingiuria, con l'art: 575, che statuisce il reato di omicidio: le due formule "chiunque offende l'onore o il decoro di una persona..." e "chiunque cagiona la morte di un uomo" segnano con precisione questa ~~cagiona la morte~~ diversa considerazione dell'atto sub specie della offesa recata o del danno cagionato.

pag: 255)) Discende naturalmente da queste riflessioni che soltanto il reato di danno e non anche il reato di offesa ammette quelle forme anomale che sono il reato tentato e il reato preterintenzionale; appunto perchè tali forme si distinguono per la divergenza, in meno o in più, tra il danno cagionato dall'agente e il danno previsto dalla legge, il loro presupposto è che la descrizione del mutamento sia fatta mediante la indicazione del danno; chè se venga fatta, invece, mediante la indicazione della offesa, essendo indifferente, come fu detto, la qualità e la quantità del danno, manca la possibilità stessa della divergenza tra danno legale e danno reale.

Rilevanza penale del rapporto tra offesa e danno

pag: 288)) Infine si tratta di osservare se e come, secondo la legge, sia rilevante quel rapporto tra offesa e danno, il cui valore logico mi sono studiato di chiarire al n. 76.

a) Dice l'art: 40 che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione". A fini scientifici, la formula può essere resa più breve e più precisa: "nessuno può

esser punito per un danno,che non ha cagionato". Ciò vuol dire che non basta la offesa e il danno a costituire il reato, ma occorre il rapporto causale tra di quedti; e perciò tale rapporto entra come requisito costitutivo del reato. Se io colpisco con una fucilata un uomo,il quale,un attimo prima,è morto di aneurisma,non si tratta di omicidio per quanto esitano così la offesa come il danno caratteristici di questo reato perchè manca tra di loro il rapporto causale.

Tale rapporto tra offesa e danno è chiaro in una quantità di formule del codice penale,ove la offesa è descritta come la azione che cagiona il danno:"chiunque cagiona un incendio" (art: 433); "chiunque cagione una inondazione" (art: 426 ; cfr. art: 428, 430, 438, 449); "chiunque...cagiona con un grave nocumento" (art: 499); "chiunque cagiona la diffusione di una malattia " (art: 500); "chiunque cagiona l'aborto" (art: 545); "chiunque cagiona la morte" (art: 575; cfr. art: 582); "chiunque...cagiona la ubriachezza" (art: 690) e via dicendo.

+ pag: 289))

b) Qualche volta la offesa basta da sola,secondo la esperienza, a produrre il danno. Qualche altra volta la esperienza dimostra che la offesa non sarebbe divenuta il danno senza il concorso di altri fatti,con i quali e non soltanto con quella si compone il momento dinamico del danno. Il vero è che talora il momento dinamico ~~del danno~~ di un fatto è semplice,talora è complesso,nel senso che si può scomporre in più fatti; quando si dà questa seconda ipotesi,noi parliamo,anzichè di causa unica,di concorso di cause,onde ciascuna causa assume figura di concausa. Poichè il processo causale si svolge necessariamente nel tempo,in quanto si ~~può~~ possibile sceverare la posizione cronologica di ciascuna concausa,essa può essere rispetto a ciascun'altra preesistente,simultanea o sopravvenuta. Appunto l'art: 41 aggiunge che "il concorso di cause preesistenti p simultanee o sopravvenute,anche se indipendenti dall'azione od omissione del

colpevole,non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od emissione e l'evento". Il capoverso ultimo estende la disposizione anche al caso in cui "la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui". Ciò significa che requisito costitutivo del reato in genere non è tanto il rapporto causale,quanto il rapporto concausale tra offesa e danno,nel senso che non è necessario il primo,ma è sufficiente il secondo. Quasi ancora più che l'accertamento del rapporto causale,l'accertamento del rapporto concausale impégna una delicata questione di esperienza; tanto più delicata quanto più sia complesso il quadro delle concause. Si tratta di stabilire se l'evento si sarebbe verificato senza un fattore dato. Quando la esperienza suggerisce a tale domanda una risposta positiva,il carattere di concausa a quel fattore non può essere riconosciuto. Non ho bisogno di aggiungere

pag: 290)) che la valutazione deve farsi riguardo all'evento,come si è verificato,anche rispetto al luogo e al tempo,non rispetto ad un evento diverso. La legge,all'art: 41, applica questo principio alle cause sopravvenute poichè stabilisce che esse "escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento"; ma è chiaro che il medesimo principio regge l'indagine anche rispetto agli altri due tipi di concause, simultanee e preesistenti (1).

(1) Vi sono dei casi in cui che l'offesa sia legata al danno da un nesso concausale anzichè da un nesso causale aggrava e attenua la pena:si consulti nel primo senso l'art: 111 e nel secondo l'art: 62 n. 5. Il vero è che,allora, da elemento aggravante o attenuante non tanto funge la qualità del nesso quanto per l'art: 111,il modo della offesa e per l'art: 62, il fatto dell'offeso (supra,n. 23).

Di questa sufficienza del nesso concausale tra offesa e danno a determinare la punibilità della legge fa una serie di applicazioni,delle quali qui alcuna merita di essere particolarmente richiamata.

a) La applicazione più rilevante riguarda la ipotesi del reato concorsua-

335

le (art: 110 cod. pen.; infra, n. 101 e seg:); poichè vi è qui molteplicità di offese con unità di danno, ciascuna delle offese è legata al danno da un nesso concausale; appunto ciò che tiene insieme le varie offese concausale; appunto ciò che tiene insieme le varie offese nel reato unico è questo rapporto per cui ciascuna funge da concausa di un medesimo danno. D'altra parte che ciascuna offesa, per quanto sia un atto illecito, non escluda la punibilità delle offese concorrenti, è a sua volta applicazione del principio statuito nel capoverso ultimo dell'art: 41.

b) Appunto perchè la illiceità della offesa concorrente, come non esclude la efficienza penale di una offesa, del pari non è necessaria a costituirla, si capisce come la non punibilità di un offensore non escluda la punibilità di chi lo ha determinato a recare un danno punibile; quanto, pertanto, pag: 291)) l'art: 111 statuisce che "chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso", non fa che applicare il principio dell'art: 41; soltanto ne fa applicazione con una terminologia assai dubbia: a prescindere da ciò che la persona non punibile non commette un reato, ma solo arreca un danno, è chiaro che chi la ha determinata non risponde del reato altrui ma del reato proprio, cioè della offesa consistente nell'aver determinato altri a danneggiare e del danno che, sia pure concausalmente, ne è derivato.

c) Un'altra ipotesi di sufficiente del nesso concausale tra offesa e danno si verifica nei casi previsti dagli art: 46, 48, 54, 86; qui l'offesa non consiste nell'avere determinato altri a offendere, ma nell'aver posto altri in condizioni da offendere mediante la violenza, l'inganno, la minaccia, la determinazione di uno stato di incapacità; e anche qui non tanto chi pone altri in tali condizioni risponde del fatto altrui, e tanto meno del reato altrui, quanto della offesa, consistente nell'avere determinato le condi-

zioni medesime, e del danno che, attraverso l'azione di altre concause, quella offesa ha cagionato.

d) Infine con il principio qui ricordato si spiega la disposizione dell'art: 87, per cui la incapacità dell'agente non esclude la sua punibilità quando egli se la sia procurata al fine di commettere il reato o di procurarsi una scusa: qui la offesa consiste non già nella azione compiuta nello stato di incapacità, ma nella azione diretta a mettere l'agente in tale stato, pur o altresì l'atto inidoneo purchè vi sia danno debba essere colpito è una questione di pura convenienza politica.

pag: 294)) Questa coincidenza tra il fatto reale e il modello legislativo è, in sostanza, ciò che i tedeschi chiamano Thatbestandsmässigkeit.

pag: 296)) Esistono invece senza dubbio reati a forma libera della seconda classe distinta poco fa, la cui forma pertanto è determinata da un relazione obbiettiva con lo

Forma vincolata e forma libera

pag: 296)) Ciò che ho chiamato adesso lo stampo esteriore del reato può essere più o meno compiutamente disegnato dalla legge o può anche non essere segnato affatto.

Quando la legge determina comunque, per uno o più dei suoi lati, la forma del reato, questo si può dire a forma vincolata; non ho bisogno di aggiungere come questa categoria presenti una grandissima varietà di gradazioni secondo che il disegno della forma sia più o meno compiuto nei diversi aspetti, che ho considerato in questa sezione, onde si degrada dal reato a forma più strettamente vincolata fino a quel reato, in cui il vincolo formale, ~~è~~ è minimo: tale è, se non mi inganno, l'omicidio, in cui l'appresorizione formale si riduce alla indicazione del danno.

Contro la categoria dei reati a forma vincolata si pone quella dei reati a forma libera, il cui carattere sta in ciò che la legge non ne determina la forma se non attraverso una relazione con lo scopo. Da un punto di vista lo-

gico questa relazione può essere considerata così dal lato subbiettivo come dal lato obbiettivo: la prima di tali ipotesi si verifica quando la legge punisca qualsiasi atto compiuto in direzione di un certo scopo cioè con una certa intenzione; la seconda quando la punibilità dipenda non tanto dalla direzione verso uno scopo quanto dalla idoneità a conseguirlo. Da un punto di vista pratico tanto l'una quanto l'altra di tali ipotesi potrebbero dar luogo alla punizione; se,invero,soltanto l'atto idoneo a conseguire lo scopo o altresì l'atto inidoneo purchè vi sia danno debba essere colpito è una questione di pura convenienza politica.

Non mi pare che reati a forma libera nella prima di queste due figure esistano nel diritto positivo italiano.

pag: 288)) Esistono invece senza dubbio reati a forma libera della seconda classe distinta poco fa,la cui forma pertanto è determinata da un relazione obbiettiva con lo scopo:tali sono,oltre ad alcune specie di attentato,quando si risolva in modo negativo il dubbio proposto al capoverso precedente, da un lato il tentativo,dall'altra la partecipazione al reato concorsuale o,in altri termini,il reato tentato (supra,n. 65) e il reato in concorso (infra,n. 102 e segg:); appunto sono punitì come tentativo o come partecipazione a un reato atti la cui forma è determinata soltanto per la loro relazione obbiettiva con lo scopo: tale relazione obbiettiva non consiste in altro che nella idoneità dell'atto a conseguire lo scopo,cioè a cagionare il danno voluto; per il tentativo,la idoneità è espressamente richiesta dall'art: 56; per la partecipazione non ne parla espressamente l'art: 110, ma la necessità del requisito si ricava dal principio di causalità enunciato dall'art: 40 e ripetuto, per incidens, nell'art: 116: se la puni-

pag: 299)) bilità dell'atto del concorrente è subordinata al nesso di causalità fra la sua azione e il danno,in che consiste il reato concorsuale, ciò vuol dire che quell'atto dev'essere idoneo a produrlo (1).

338

(1) Idoneità si risolve nella attitudine a divenire secondo l'ordine norma_
le delle cose.
Pertanto nei reati a forma libera si scorge la sufficienza
pag: 300)) ai fini penali di qualunque forma idonea a raggiungere lo scopo,
con un fenomeno sciettamente analogo a quello che si nota nel campo degli
altri atti giuridici e,in particolare,del negozio, la cui disciplina pure ri_
volta a un'accurata analisi sui le due figure della forma libera e della for_
ma vincolata.

Può essere che il paragone,sotto questo aspetto,del reato col negozio sia per
cagionare al lettore riflessivo qualche sorpresa; egli si accorgerà,infatti,
che le prescrizioni formali quanto al primo sono assai più frequenti e comples
se che quanto al secondo. Ci sono,per esempio, dei contratti a forma vincola_
ta (es. art: 1314 cod. civ.); ma si può dire che costituiscono una eccezione
e d'altra parte i requisiti formali,quando sono prescritti,sono senza confron_
to assai meno numerosi e complicati che quelli relativi al reato.Già il con_
fronto tra il diritto penale e il diritto civile mostra una rapporto tra di
loro,quanro alla libertà di forma,che oserei dire insospettato:questa liber_
tà,che è la regola in diritto civile,diventa rarissima in diritto penale.
Probabilmente questo paragone potrebbe essere ripetuto con risultati di un cer
to interesse anche rispetto a qualche altra zona del diritto,per esempio,al di
ritto processuale; allora si vedrebbe che,almeno quando la indagine degli atti
del processo sul specie della forma sia condotta a qualche profondità,la fami_
glia degli atti a forma libera è assai più numerosa nel diritto processuale
che nel diritto penale e che,d'altra parte,al tradizionale rigore del diritto
processuale quando la forma è vincolata non ha nulla da invidiare il diritto
penale,il quale deriva dalla esigenza della determinazione al reato di cui ho
parlato in principio di questeàmie meditazioni (n.6), è riconosciuto da quella
scuola tedesca,la quale pone la Thatbestandsmässigkeit (in senso stretto;supra
pag: 81,nota I) come uno dei caratteri

339

pag: 301)) del resto: appunto il Thatbestand,in questo senso,non è altro che la forma legale o il modello formale e un atto non è resto se non coincida col modello medesimo; peraltro il Thatbestand e la Thatbestandsmässigkeit non sono affatto nozioni esclusive del diritto penale:il contratto come la sentenza o come la legge ha il suo Thatbestand e il contratto o la sentenza thatbestandswidrig sono nulli per la stessa ragione che il danno, se non presenta la forma voluta dalla legge penale,non è resto (supra,n.34).

Equivalente formale

pag: 301)) Quando ho studiato la natura degli atti ~~giuridici~~ leciti e,in particolare,degli atti processuali dal lato della forma mi è parso di poter osservare un fenomeno,al quale ho dato nome di equivalente formale o di forma equivalente perchè consiste in ciò che la legge,dopo avere stabilita la forma del negozio,cioè la forma che questo deve avere affinchè dati effetti ne discendano,ammette che i medesimi effetti si producano anche quando il negozio assuma una forma diversa,che viene perciò considerata come equivalente a quella.

Io mi domando se un fenomeno analogo non si verifichi anche nel campo del reato. Prego il lettore di considerare,per esempio,l'art: 46 cod.pen.:ivi si statuisce che "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" e poi si aggiunge,al capoverso: "in tal caso del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza". Disposizioni analoghe si trovano all'art: 48 per l'autore dell'inganno,allo art: 54 per l'autore della minaccia,all'art: 86 per chi "mette altri nello stato di incapacità di intendere o di volere,al fine di fargli commettere
pag: 302)) un reato",all'art: 111 per chi determina al reato una persona

340

non imputabile o non punibile.

La formula di queste disposizione è molto interessante: "chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile....risponde del reato da questa commesso"; stando alla lettera parrebbe che qui la legge stabilisca una responsabilità per delitto altrui; ma il vero è che ciò che fa la persona non punibile è recare un danno,non commettere un reato,appunto perchè la punibilità non dipende dalla forma soltanto ma da un complesso di altri requisiti e il reato,invece,consiste,nell'atto di chi ve la ha determinata onde la formula esatta sarebbe quest'altra:"chi determina una persona non imputabile o non punibile a commettere un atto (o a recare un danno), il quale,se chi lo ha commesso si trovasse con una diversa qualità o in una diversa condizione personale,sarebbe un reato,è punito come se l'atto stesso fosse stato commesso da lui (o come se il danno stesso fosse stato da lui recato)". Ma proprio la analisi logica di questa formula,come,del resto,la sua stessa fattura legislativa mostra il rappoto di equivalenza di cui ho parlato:appunto un atto è punito come un altro,in quanto si ritiene equivalente a quest'altro e perciò pare,per quanto non sia,che taluno sia punito per un atto altrui (1).

(1) Vi è un caso in cui l'atto equipollente è punito cin maggior severità ch l'atto principale:infatti l'art:111 cod. pen. aumenta la pena per "chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personal" in confronto con la pena stabilita per l'atto commesso da questa.

Sotto questo punto di vista parmi doversi considerare il trattamento che l'art: 87 fa alle c. d. actiones liberae in causa: se,giusta l'art: 42,l'azione commessa senza coscienza e volontà non è punibile,l'azione punibile nel caso previsto dall'art: 87 non è il colpo di fucile sparato da chi pag: 303)) si trovava ormai in istato di incapacità,bensì il compiemento degli atti idonei a determinare tale stato e il dire che chi li abbia compiuti risponde del reato commesso si risolve in una forumula analoga a quella

menzionata or ora, vale a dire nella statuizione della equivalenza tra il fatto di chi si mette in condizione di incapacità per commettere un reato e il fatto di chi lo commette.

pag: 305)) La modificazione del mondo esteriore, che caratterizza il reato consiste, a sua volta, in una alterazione della posizione reciproca di due soggetti rispetto a un bene e perciò nella soddisfazione (più o meno compiuta) dell'ineteresse del primo (agente) e nella lesione (più o meno compiuta) dell'interesse del secondo (paziente) rispetto al medesimo bene.

Carnelutti: azione con pluralità di danni — } Reato composto
Antolisei: " con pluralità di eventi — }

Dal " Carnelutti: Teoria generale del reato " 342

p. 316

Reato con pluralità di agenti:

Può essere, ancora, che alla unità del danno corrisponda non tanto molteplicità di azioni quanto molteplicità di agenti: la dose di veleno viene preparata da uno e propinata da un altro. In questo caso ancora il reato è complesso, ma di quella specie del genere reato complesso, che si chiama reato concorsuale.

Ora questa è una figura che, a differenza da quella del reato complesso (almeno nel senso, in cui la ho usata al punto precedente), è ben conosciuta e dalla ~~sapienza~~ scienza del diritto penale e dalla legge medesima: infatti il capo terzo del titolo secondo del primo libro del codice è precisamente dedicato al concorso di persone nel reato. Per quanto concerne la teoria vi è anzi questo rilievo da fare che, mentre il nome di atto complesso si impiega quasi soltanto dalla dottrina extrapenale, invece quello di atto concorsuale è un apporto della dottrina del diritto penale alla teoria generale del diritto.

p. 317

Qui, ai fini di quest'ultima, deve appunto essere chiarito che la figura del reato concorsuale si inquadra nella nozione del reato e perciò dell'atto giuridico complesso, la quale, rivelata nel campo del diritto amministrativo e del diritto civile, appartiene in realtà al diritto in genere. Al qual proposito è interessante notare come questa nozione sia stata elaborata, in principio, soltanto con riguardo all'atto compiuto da più agenti, al quale appunto fu data la denominazione di atto complesso. Solo più tardi un passo più avanzato nella costruzione della teoria ha permesso di constatare come dell'atto complesso, in antitesi con l'atto semplice, vi siano due tipi, secondo che la molteplicità di azioni derivi da uno o da più agenti e come a questo secondo si convenga precisamente il nome, che i penalisti gli hanno dato, di reato concorsuale.

Il quid novi del reato concorsuale riguarda pertanto la forma; appunto per effetto del concorso l'elemento formale del reato si decompone nel senso che ciascuna delle offese rappresenta una frazione di ciò che sarebbe l'offesa

dello stesso danno,qualora il reato fosse semplice.

Il reato concorsuale si scompone pertanto in una somma di atti secondo varie ipotesi,che meritano qui di essere considerate:

a) Può essere che uno solo degli atti,che concorrono a produrre il danno, sua punibile mentre gli altri sia esclusa la punizione. Tale ipotesi è considerata dall'art: 111,giusta il quale " chi ha determinato a commettere il reato una persona non imputabile,ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale,risponde del reato da questa commesso"; qui però,se l'atto è concorsuale,non è concorsuale il reato poichè altro reato non v'è che la determinazione; sulla improprietà di linguaggio,in cui è caduto il legislatore in questo articolo,ho già richiamato l'attenzione del lettore:reato è l'atto dell'istigatore,non dell'istigato,onde qui potrebbe parlarsi,tutto al più, di pseudoconcorso o di reato pseudoconcorsuale.

p. 318

b) Può darsi che a) ciascuno degli atti concorrenti sia tale che sarebbe un reato anche se fosse rimasto solo o che invece b) da solo non presenti i caratteri del reato.

ad b) Per chiarire questa seconda ipotesi debbo osservare fin da ora come una conseguenza singolare di quella che potrei chiamare la decomposizione formale del reato concorsuale stia in ciò che,quando il reato è concorsuale,può diventare punibile una parte dell'iter actus,la cui punibilità è esclusa per il reato semplice:alludo a quella parte,che nel reato semplice è mera cogitatio e nel reato concorsuale può assumere l'aspetto della determinazione o istigazione; ciò si spiega riflettendo che,quando gli agenti sono più,il pensiero deve essere tra di loro comunicato,onde la cogitatio,manifestandosi,prende forma. Sotto questo profilo non sarebbe inesatto dire che il concorso può cagionare non tanto una decomposizione,quanto una moltiplicazione dell'elemento formale del reato. Ma perciò la determinazione o istigazione è punibile soltanto come specie di concorso,cioè in quanto la azione determinata o istigata si

344

compia. Ciò non esclude che,anche quando non sia seguita dal danno,la istiga_ zione a recarlo o l'accordo con un'altra persona per recarlo possa essere forma sufficiente di un atto punibile; se sia o non sia tale è oggetto di una delicata questione politica a cui la nostra legge dà soluzione negativa con l'art: 115 ([1]) salvo che per certi reati particolarmente gravi (cfr. art:302, 304,322 cod.pen.) Ma,quando pure la soluzione fosse inversa,la istigazione come reato a sè sarebbe sempre profondamente diversa dalla istigazione come specie di concorso nel reato: un esempio di questa diversità il lettore può trovare appunto nello stesso codice penale osservando le disposizioni contenu_ te nei citati art: ~~304~~ 302, 304 e 322. p. 319

ad a) A sua volta la prima delle ipotesi segnalate poco fa si sdoppia se_ condo che ciascun atto,considerato in sè,costituisca un reato della stessa specie del reato concorsuale oppure un reato di specie diversa : basta,affin_ chè il lettore si renda conto di questa differenza,che confronti due concor_ renti in omicidio,la cui azione consista nel crivellare col pugnale il corpo della vittima,con due altri uno dei quali lo colpisca e l'altro lo aiuti ad occultare il cadavere; questo ultimo atto sarebbe un reato anche se non fosse compiuto in concorso,ma lo punirebbe,come favoreggiamentopersonale,l'art:378 anzichè,come omicidio,l'art: 575.

Della distinzione tra le ipotesi ora considerate sub (a) e b) si può trovare traccia nel linguaggio della legge quando parla di chi sia"stato determinato a commettere un reato o a cooperare nel reato" (art: 114 u.p.); a rigore chi sia stato determinato a commettere un reato coopera in un reato (concorsuale) e chi coopera in un reato commette un reato (in concorso);ma la diversità del_ la frase si spiega appunto pensando che talvolta l'atto del concorrente costi_ tuirebbe un reato a sè e talvolta no. D'altra parte,soltanto con riguardo a ta_ le distinzione si può spiegare che tra gli agenti in concorso si contrappongano l'agente o gli agenti principali ai cooperatori (una distinzione siffatta, per esempio,è riflessa nell'art: 117): questi ultimi sono quei concorrenti,

[1] Per quanto concerne il dubbio se in tal caso si possa ravvisare il tentativo (del reato a cui la istigazione o l'accordo si riferisce) è chiaro che tale norma si richiami all'art. 56, nel senso che esclude la punibilità della istigazione o dell'accordo in sé considerato; il collegamento tra le due norme è manifesto non solo per la esclusione della pena, ma per l'ammissione della misura di sicurezza. Del resto se non fosse così l'istigatore al regicidio si dovrebbe ritenere punibile a norma dell'art. 276, ma si comprenderebbe la norma autonoma dell'art 302

345

la cui azione, da sola, o non costituirebbe un reato o costituirebbe un reato diverso da quello che diventa per la sua fusione con le altre nel reato concorsuale. p. 320

Ciò vuol dire che il (vero) reato concorsuale (a differenza del reato pseudoconcorsuale; supra, sub a) si risolve in una somma di reati singoli. Secondo che ciascuno degli atti costituenti i reati singoli, considerato da solo, appartenga o non appartenga alla stessa specie penale degli altri, credo che si potrebbe distinguere, estendendo al diritto penale una denominazione usata nella teoria dell'atto complesso amministrativo, il reato concorsuale eguale dal reato concorsuale ineguale. Del pari, secondo il rapporto cronologico corrente tra le varie azioni, il reato concorsuale può presentare, come l'atto complesso in genere, le due figure del reato concorsuale contemporaneo e del reato concorsuale successivo.

I reati singoli si sommano nel reato concorsuale in quanto ciascuno di essi concorre a cagionare il danno. Perciò, come ho già notato (supra, n. 91), la azione di ciascuno degli agenti è in rapporto causale col danno e la sua punibilità si spiega esattamente col principio per cui basta che la azione, per essere punibile, costituisca la concausa del danno considerato come reato; l'art: 41, al quale manifestamente si coordina l'art: 110, chiarisce nel suo ultimo comma come questo principio si applichi "anche quando la (altra) causa (concausa) preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui".

Ma non basta che più atti singoli concorrano a determinare un danno punibile affinchè ne sorga il reato concorsuale. Questo non è soltanto una somma di reati, ma è una somma di reati che costituisce un reato solo. Per capire questa specie di indovinello io vorrei suggerire un paragone tra il reato concorsuale (o, in genere, tra l'atto concorsuale) e la universitas personarum o la universitas rerum. Se non mi inganno vi è qui un pregevole punto di contatto fra la teoria degli elementi e la teoria degli atti giuridici. Anche pag. 321

347

le universitates personarum sono,insieme,una somma di persone e una persona come,insieme,le universitates rerum sono una cosa e una somma di cose; più esattamente,una somma di persone o di cose che il diritto considera anche come una (sola) persona o una (sola) cosa. Ora proprio come i romani chiamavano il grex corpus universum ([1]),io vorrei dire che il reato concorsuale è universum crimen ([2]).

NOTE: ([1]) A voler essere esatti,la espressione universum corpus,a differenza da universum ius,non è delle fonti,ove si parla invece di unum corpus (§ 18 Ist. de leg. II, 18), ma anche di grex universus (l. 30 § 2 D. de usurp.et usuc., XLI, 3).

([2]) Se ad alcuno sembri seducente il paragone,lo avverto che una visione comparativa della teoria degli atti con la teoria degli elementi giuridici e, tra questi,con la teoria delle cose,gli potrebbe mostrare che mentre il reato semplice assomiglia alla res unita,non solo il reato concorsuale ma ancora il reato composto (infra,n.110) e il reato continuato (n. 111) possono essere avvicinati alla res ex distantibus e definiti come universitates criminum mentre in mezzo alle due categorie estreme,il reato complesso individuale ha i caratteti della res ex cohaerentibus,in quanto le singole azioni che lo compongono sono bensì parti del reato,ma non reati a sè.
Pertanto il problema disputato tra i cultori del diritto penale (cfr.Massari Il momento esecutivo nel reato,n. 70,pag. 198 e seg.) intorno alla "configurazione,unitaria o pluralistica,del reato commesso da più persone concorrenti" si risolve con facilità quando si ricorra ai concetti,molto noti in teoria generale,da un lato dell'atto complesso,dall'altro della universitas rerum vel personarum. Anche rispetto a ogni altra specie di atto complesso,e,in particolare,rispetto al contratto,che rientra,appunto,in questa figura generica (v., per la terminalogia,le mie Lezioni di dir. processuale civile, VII,n. 887), si presenta il medesimo problema:lo stesso contratto,appunto,è un negozio complesso il quale si risolve in due o più (contratto plurilaterale) negozi semplici.

Ma cosa è dunque ciò che in unum vertit i singoli fatti? Certo è che non basta, per formare un reato concorsuale,il vincolo di causalità tra le varie azioni e il danno o,in altri termini,la unità del danno:se Tizio e Caio,per una combinazione fortuita,colpiscono insieme Sempronio,per quanto risulti che la morte non ci sarebbe stata senza l'azione dell'uno e dell'altro,nessuno vedrà in ciò una ipotesi di correità in omicidio, e quando,per esempio,la azione dell'uno sia stata dolosa e l'altra colposa o fortuita,si avranno così due distinti omicidii, uno doloso e uno colposo o anche un omicidio e un atto non punibile. In che consista il legame,che fa dei reati singoli non solo una summa ma una universi-

p. 322

tas criminum,mostra anzitutto la intuizione:gli atti di Tizio e di Caio costituiranno,invece,un omicidio solo,se Tizio e Caio si mettono d'accordo per colpire. Questa intuizione si verifica col raziocinio quando si riconduca la figura del reato concorsuale all'altra figura del reato complesso con un agente solo (supra,n.100): affinchè più azioni possano essere considerate come un atto solo nonostante la pluralità degli agenti occorre che questi agiscano come agirebbe uno solo cioè in virtù di una volontà concorde. Ciò che vertit in unum i singula crimina è pertanto la concordia delle singole volontà,o,in altre parole,la comune volontà, come i singula capita si unificano nel grex per la comune destinazione. Io non avrei difficoltà a servirmi,per il chiarimento della nozione del reato concorsuale,delle parole stesse che usa il codice civile per scolpire la nozione del contratto,il quale è la figura storicamente meglio delineata dell'atto complesso:accordo (art:1098) o consenso (art:1104). Non tanto dunque,la unità del danno quanto l'accordo per produrlo costituiscono il requisito del reato concorsuale,il quale potrebbe ben essere definito come un (solo) danno punibile cagionato mediante accordo tra più persone.

Reato in concorso

Come ho detto,il reato concorsuale non è solo una somma,ma prima di tutto una somma di reati singoli. Ciascuno di questi può chiamarsi reato in concorso.

Il carattere del reato in concorso sta in ciò che esso non è reato autonomo,ma un elemento del reato complesso. Corre tra il reato in concorso e il reato concorsuale la stessa differenza che separa la parte dal tutto. Appunto perchè,anzichè essere un reato a sè,il reato in concorso è parte di un reato diverso,è soggetto a una disciplina diversa da quella che riceverebbe se fosse un reato autonomo. In altre parole la sua coesistenza nel reato concorsualecon gli altri reati in concorso reagisce sulla va

348

lutazione penale dell'atto singolo. Questa reazione dev'essere qui studiata sistematicamente secondo il metodo, che m'è servito per lo studio del reato autonomo; io intendo perciò considerare, requisito per requisito, il reato in concorso per determinare rispetto a quali requisiti si verifichi la reazione, cioè la singolarità della sua disciplina.

Ragioni di opportunità mi consigliano però di, invertire l'ordine dei requisiti, quale fu seguito nel capitolo precedente; la opportunità sta in ciò che, come il carattere saliente della figura del reato in concorso riguarda la sua forma, su questo anzitutto è bene che si fermi la attenzione dello studioso.

Forma del reato in concorso.

La legge non precisa in che consista la azione del concorrente; essa adopera soltanto una formula vaga quando parla di "cooperazione nel reato" (art: 112 n.I, 113 e 114); inoltre menziona quella specie di cooperazione, che consiste nella determinazione o istigazione (art: 112, 114, 115), e chiarisce che il concorso può consistere anche in una attività relativa alla preparazione del reato.

a) Logicamente la nozione della cooperazione si risolve anzitutto in ciò che ciascuno dei concorrenti tenga una parte del contegno, la cui totalità costituirebbe l'elemento formale del reato se l'agente fosse un solo. Qualunque sia questa parte, dal momento in cui la intenzione esplode in volontà e la azione comincia al momento in cui il processo causale è compiuto e la azione finisce, la cooperazione deve essere riconosciuta.

b) Quando l'agente opera da solo, il processo psicologico che precede l'azione, qualunque ne sia lo svolgimento non costituisce elemento sufficiente di reato (supra, n. 72). Non è escluso che ne rimangano

p. 324

tracce esteriori (es:appunti memorie), ma tali ~~manifestazioni~~ manifestazioni del pensie_
ro,per quanto costituiscano una azione,non solo l'azione dell'evento pu_
nibile,cioè la offesa che produce il danno. Peraltro può darsi che sulla
formazione della volontà dell'agente altri influisca mediante una di quel_
le manifestazioni del pensiero,che si chiamano consigli o incitamenti;or
questa è una azione la quale,a differenza dell'altra considerata poco fa,
può essere in rapporto causale coldanno punibile in quanto la esperienza
permetta di ritenere che la offesa non sarebbe avvenuta senza di essa.
Sotto quest'altro aspetto la nozione della cooperazione nel reato concor_
suale va oltre i limiti dell'azione nel reato semplice,in quanto può dar_
si una forma di cooperazione,alla quale non corrisponde una forma di a_
zione autonoma punibile; in altri termini la ipotesi del concorso nel rea_
to akkarga la nozione del suo elemento formale.

c) Vi è di più. Ho già notato che elemento caratteristico del reato concorsuale è il consenso. Quale sia più precisamente il concetto del con_senso cerch rò di chiarire al punto che segue; fin da ora però mi è agevo_le stabilire che non si può consentire con altri senza manifestare ad al_tri il proprio pensiero; ora anche tale manifestazione è una azione. Ciò ~~non~~ vuol dire entra in ogni caso, nella forma del reato in concorso quel_la manifestazione del pensiero dell'agente ai concorrenti,che è necessa_ria affinchè si formi il consenso. Affinchè vi sia un ~~reato~~ correo anzi_chè semplicemente un reo occorre che non solo egli concorra a produrre il danno punibile mae che egli manifesti in proprosito il suo pensiero agli altri agenti.

Risulta da queste riflessioni che la forma del reato in concorso è qual_cosa di meno e qualcosa di più in confronto con la forma del reato auto_nomo:

a) qualcosa di meno,in quanto basta a costituire il reato in concorso una forma che non basterebbe a costituire il reato autonomo:ciò può veri_

ficarsi già per la c. d. cooperazione materiale (supra,sub a), la quale può consistere anche nel compimento di una parte della azione necessaria a costituire il reato autonomo (es: cooperazione nella preparazione del reato) ; ciò si verifica sempre per la c. d . cooperazione morale (supra, sub b).

b) Ma la forma del reato in concorso esige anche qualcosa di più che la forma del reato autonomo; questo qualcosa di più,senza il quale non vi è reato in concorso, è la dichiarazione di volontà necessaria a formare il consenso tra i concorrenti e vorrei dire che sta a compensare il qualcosa di meno osservato al capoverso precedente nel senso che giustifica politicamente la identità di pena stabilita per chi commette il reato da solo e chi concorre a commetterlo con altri. Dichiarazione di volontà vera e propria,come sottospecie della manifestazione differenziata dallo scopo della comunicazione del pensiero (supra, n. 71); appunto,mentre la forma del reato autonomo consiste soltanto in una manifestazione di volontà,la forma del reato in concorso si compone di una manifestazione più una dichiarazione di volontà; quest'ultima è la dichiarazione di volontà rivolta ai concorrenti e diretta a creare l'accordo,senza il quale reato concorsuale non esiste (1).

(1) Non c'è bisogno che io aggiunga come si tratti in ogni caso di una dichiarazione di volontà a forma libera,cioè attuabile con ogni segno idoneo alla manifestazione del pensiero; questa libertà di forma,per cui l'agente può dichiarare verbis vel re,può rendere meno visibile la dichiarazione a un osservatore superficiale,ma non riesce a nasconderla a chi dell'elemento formale del reato in concorso faccia una analisi severa.

P. 326

La cooperazione nel reato,della quale ho ora cercato di chiarire la nozione e in cui consiste la forma del reato in concorso è,pertanto,profondamente diversa dalla forma del reato concorsuale o,forse più esattamente, dalla forma che questo avrebbe se fosse commesso da una persona sola. Tuttavia, secondo l'art: 110, il reato in concorso è punito con la pena stabilità per il reato concorsuale. Ciò vuol dire che gli effetti penali

352

del reato in concorso si regolano non già secondo la sua forma ma secon_
do la forma del reato concorsuale.
Si intende che,quando la legge parla di pena stabilità per il reato con_
corsuale,si riferisce a questo reato con tutti i requisiti formali,non
solo costitutivi,ma altresì impeditivi o modificativi; pertanto degli ar_
t: 118 e 119,giusta i quale le circostanze oggettive che escludono,aggra_
vano o attenuano la pena,sono valutate rispetto a tutti i partecipi,alme_
no per quanto riguarda la forma,non ci sarebbe affatto bisogno:che,per e_
sempio,l'aggravamento di pena derivante dal tempo o dal luogo in cui ha
agito l'esecutore materiale,debba colpire anche l'istigatore è già sta_
tuito dall'art: 110.
Il principio della punizione del reato in concorso secondo la forma del
reatoconcorsuale o,in altri termini,della irrilevanza penale della forma
formadel reato in concorso è però,in limiti variabili secondo le diret_
tive di convenienza politica,attenutato nel senso che alla forma medesi_
ma si riconosce una rilevanza aggravante o attenuante rispetto agli ef_
fetti giuridici determinati dalla forma del reato concorsuale. Appunto
in relazione a questa limitata rilevanza della forma del reato in concor_
so la dottrina e la legislazione distinguono,dal lato formale,la partecì_
pazione al reato in varie categorie,che il codice abrogato formulava co_
me correità e complicità,e,poi,come complicità necessaria e non necessa_
ria. Tali categorie sono scomparse dal codice vigente,ma ciò non signi_
fica che la forma del reato in concorso,cioè il modo della cooperazione
abbia perduto ogni rilevanza; al contrario,giusta gli art: 112,113 e
114,ne può derivare un aumento o una diminuzione di pena:
a) un aumento quando si tratta di cooperazione morale,la quale consi_
sta nel promuovere,organizzare o dirigere il concorso (art: 112 n.2) ov_
vero nel determinare persone soggette all'autorità,direzione o vigilan_
za dell'agente (art: 112 n. 3) ovvero minori di diciotto anni o in ista_

353

to di infermità o di deficienza psichica (art: 112 n. 4);

b) una diminuzione quando l'opera prestata dal concorrente, fuori dai casi indicati nell'art: 112, "abbia avuto minima importanza nella preparazione o, nella esecuzione del reato" (art: 114 p. c.) ovvero quando il concorrente sia stato determinato alla cooperazione nelle condizioni previste dai n. 3 e 4 dell'art: 112 (art: 114 u. p.).

Volontà nel reato in concorso -

Il regime particolare della volontà nel reato in concorso riguarda non già il problema della esistenza e della consistenza ma della direzione della volontà (intenzione; supra, n. 58).

Dal punto di vista della esistenza e della consistenza del volere il reato in concorso si regola come il reato ordinario o autonomo: ciò risulta dall'art: 119 p. p., giusta il quale "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"; per quanto la classificazione delle circostanze fatta dall'art: 70 lasci, secondo il mio avviso, a desiderare non solo per il criterio che la ispira (supra, pag: 71, nota I), ma altresì per il modo della sua formulazione, certo è che se uno dei concorrenti abbia operato per caso fortuito, per forza maggiore o per costringimento fisico (art: 45 e 46; p. 328 supra, n. 59), ciò esclude la sua punibilità, ma non la punibilità altrui. Quanto alla direzione della volontà, ciò che conta è non tanto l'obbiettivo della azione ~~comune, vale a dire il~~ singolare dell'agente quanto l'obbiettivo dell'azione comune, vale a dire l'obbiettivo dell'accordo. Qui, probabilmente, può giovare la definizione romana dell'accordo come in idem placitum consensus, in quanto esprime precisamente la identità dello scopo. In questo senso si può parlare di una volontà comune dei partecipi al reato come dei contraenti (art: 1131 cod. civ.); ma non perchè le volontà non siano diverse, ma in quanto si dirigono sul me-

354

desimo obbiettivo; comune è non la volontà, ma la sua direzione cioè la intenzione. Ora la intenzione rilevante nel reato in concorso non è, appunto, la intenzione individuale, ma la intenzione comune dei partecipi, cioè la intenzione di ciascuno in quanto riguarda non lo scopo parziale, ma lo scopo totale o complessivo; e così il reato voluto da ciascuno dei concorrenti, secondo la frase dell'art: 116, è il reato concorsuale, non il reato in concorso.

a) La rilevanza della intenzione comune nel reato in concorso è identica a quella della intenzione individuale nel reato autonomo. Perciò quando si avveri una divergenza fra tale intenzione e l'evento, il regime del reato in concorso è identico a quello del reato autonomo. Ciò può accadere per il reato concorsuale allo stesso modo e per le stesse ragioni, in cui e per cui può accadere per il reato autonomo o ordinario, vale a dire per un difetto di esperienza; perciò possono darsi anche rispetto al reato concorsuale le figure del reato colposo, del reato aberrante, del reato tentato (e in genere dell'attentato), del reato preterintenzionale, delle quali ho parlato al n. 64 e seg:; e quando si danno, ciascun reato in concorso è trattato come se fosse un reato autonomo della specie ora indicata.

v. 329

In particolare, non v'è alcuna difficoltà ad ammettere il concorso nel reato colposo, espressamente previsto, al fine di eliminare ogni dubbio, dall'art : 113; appunto i dubbi poterono essere cagionati dall'incerta soluzione del problemma della volontà nella colpa (supra, n. 70); ma quando si ammette che anche dove vi è colpa, vi è intenzione e ciò che separa la colpa dal dolo è soltanto la qualità dell'evento voluto in rapporto con l'evento comandato, diviene manifesto che un accordo può riguardare un evento, se non contrario, diverso dall'evento comandato (1).

355

(1) Ma non può essere nè aberrante,nè colposo,nè tentato,nè preteriten_
zionale il reato in concorso di per sè,cioè quando non sia tale il rea_
to concorsuale,appunto perchè rilevante è la forma complessiva come la
intenzione comune; perciò la adeguazione della forma alla intenzione
si valuta fra questi due termini,non tra la forma e la intenzione dello
atto individuale.

b) Naturalmente la esistenza di una intenzione comune suppone la con_
vergenza delle reciproche intenzioni.
Se le intenzioni sono divergenti il consenso è escluso. Se,pertanto,giu_
sta i principi che dominano il reato singolare,il danno cagionato in con_
corso può essere messo in conto a ciascun partecipe in quanto coincida,
per i caratteri penalmente rilevanti, con la intenzione comune,dovrebbe
essere esclusa la responsabilità del partecipe per il danno accaduto
quando questo,pur essendo stato voluto da alcuno dei concorrenti,non cor_
risponda all'accordo; quanto meno la responsabilità del partecipe dovreb_
be essere contenuta entro i limiti della coincidenza tra il daanno cagio_
nato e i caratteri penalmente rilevanti dell'evento contemplato nell'ac_
cordo. Posto che,pertanto,Tizio abbia istigato Caio a derubare oppure a
ferire Sempronio,e Caio,invece,lo abbia ucciso,la responsabilità di Ti_
zio nel primo dei due casi dovrebbe essere esclusa,nel secondo dovrebbe
essere limitata al ferimento. p. 330
Peraltro l'art: 116 dispone che "qualora il reato commesso sia diverso
da quello voluto da taluno dei concorrenti,anche questo ne risponde,se
l'evento è conseguenza della sua azione od omissione"; Il reato di cui
qui si parla,come commesso e voluto è,naturalmente,il reato concorsua_
le,non il reato in concorso. Se e quali ragioni politiche possano con_
sigliare questa deroga ai principi del diritto penale in tema di rile_

vanza della volontà quando si tratta di reato concorsuale, non intendo discutere; debbo soltanto constatare che, dal punto di vista giuridico, in quanto per tal modo il partecipe sia punito per un danno non voluto si pone senza dubbio a suo carico una responsabilità obbiettiva. La portata di questa gravissima disposizione viene però attenuata dal capoverso dell'art:116 ove, disponendosi che "se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave", si ristabilisce, almeno parzialmente, la rilevanza dell'intenzione.

c) Infine, secondo i principi che regolano il reato individuale, la responsabilità dell'agente è subordinata alla coindidenza tra il danno cagionato e i caratteri penalmente rilevanti del danno voluto. Ciò vuol dire che, se alcuni aspetti del danno cagionato non corrispondono a quelli dell'evento voluto, le conseguenze penali che ad essi si collegano non possono essere messe a carico dell'agente[2].

Si intende che questa regola dovrebbe essere particolarmente operosa in tema di reato concorsuale ove, più di uno essendo gli agenti, è meno improbabile che qualche aspetto dell'evento, non foss'altro per la imperfetta comunicazione delle reciproche intenzioni, rimanga fuori dalla intenzione comune; è perciò che, secondo la dottrina, la responsabilità del partecipe suppone, dal lato dell'elemento psicologico, la scientia maleficii, cioè quella conoscenza dell'evento in tutti i suoi aspetti penalmente rilevanti, che è un presupposto della sua volizione.

p. 331

Peraltro, anche da questo lato, la legge, in tema di reato concorsuale, ha portato un duro colpo ai principi della responsabilità penale subbiettiva statuendo, nell'art: 118, che le circostanze aggravanti obbiettive e perfino le circostanze aggravanti subbiettive "quando abbiano servito ad agevolare la esecuzione del reato" siano valutate a cari-

co del partecipe anche se non le abbia conosciute e, perciò, anche se non rientrino nella intenzione comune. Ne deriva che, per esempio, l'istigatore del furto viene punito secondo l'art: 61 n. 5 o n. 11 anche se, non avendo egli saputo che l'esecutore avrebbe agito di notte o che egli fosse ospitato dal derubato, tali requisiti del reato siano estranei alla sua intenzione.

Pertanto, nel reato in concorso, il valore della volontà è identico a quello, che a tale elemento appartiene quando il reato è autonomo quanto alla sua esistenza e alla sua consistenza; ma se ne distacca quanto alla sua direzione.

a) in quanto la intenzione rilevante è quella che si riferisce allo evento dell'azione complessiva, non della azione singolare o, in altri termini, non tanto la intenzione dell'agente quanto la intenzione comune ai concorrenti; inoltre

b) in quanto la rilevanza della intenzione comune è limitata nei termini segnati dall'art: 116 e dall'art: 118.

Causa nel reato in concorso.

Come ciascuno dei reati in concorso ha la sua forma e la sua intenzione così ha la sua causa, poichè non v'è atto senza causa, nè, perciò, reato. Se, anzichè essere in concorso, il reato fosse autonomo, sarebbe la sua causa che dovrebbe essere valutata ai fini penali secondo i principi esposti nel capitolo precedente alla sezione terza. Ma la qualità di parte nel reato concorsuale, che costituisce il carattere del reato in concorso, fa sì che agisca sui suoi effetti penali non solo la forma e la volontà comune (concorsuale), ma altresì la causa del reato concorsuale. Quipercò a proposito della causa (come, del resto, anche a proposito della legittimazione; infra, n. 106)., il problema presenta qualche maggiore difficoltà che non per la forma e la volontà, per ciò che mentre la forma e la volontà degli atti singoli sono idonee a combinarsi in una forma e

358

in una volontà (intenzione) comune, onde si può parlare di una forma e, almeno fino a un certo punto, anche di una volontà (consenso) del reato concorsuale, non così avviene per la causa, ché gli interessi attivi dei singoli partecipi non si può fare un interesse solo (comune) e il reato concorsuale si definisce dunque, necessariamente, come un reato con pluralità di cause (supra n. 98). Ma come anche il reato con pluralità di cause deve trovare il suo regime, così si intende che, giusta l'art: 110, la causa di chiascuno degli atti in concorso reagisca sugli effetti penali di ciascun altro in quanto, diventando essa una delle cause dell'atto concorsuale, sia idonea a costituire, impedire o modificare gli effetti penali di questo.

a) Posto che la causa abbia efficacia costitutiva, dipende dal sapere se tale efficacia appartenga ~~senza~~ anche a una delle cause (concausa; supra n. 98) il decidere se la esistenza dintale causa rispetto ad uno dei reati in concorso determini la punibilità anche dei partecipi, il cui atto abbia avuto una causa diversa. Ho già avvertito che per lo più la questione deve ricevere una soluzione affermativa; onde, per esempio, il medico il quale abbia cagionato una lesione personale all'assicurato, che se ne è servito per lucrare una indennità da infortunio a danno dell'assicuratore, sarà punibile giusta l'art: 642 anche se il fine del suo atto sia stato semplicemente quello di guadagnarsi l'onorario per avere eseguito l'atto operativo. Se non fosse così non sarebbe rispettato il principio stabilito dall'art: 110, giusta il quale il partecipe è punito con la pena statuita per il reato concorsuale, mentre per la punibilità dell'atto previsto dall'art: 642 non occorre che il fine di conseguire il prezzo (rectius, la indennità) di una assicurazione contro infortuni sia la causa esclusiva della azione.

b) Identica è la soluzione e la ragione di questa per il caso in cui la causa abbia efficacia modificativa; perciò se anche, per esempio, uno solo dei correi in sequestro di persona abbia lo scopo di rapina o di estorsione, cia-

scuno di essi sarà punibile giusta l'art: 630 anzichè giusta l'art:605,salv
va la questione intorno alla conoscenza di tale scopo,la quale impegna la
interpretazione dell'art: 119 p. cè. sul punto se la eccezione ivi stabili_
ta al principio della responsabilità subbiettiva,insieme con i requisiti sem
plicemente aggravanti,possa corcernere anche quelli aventi efficacia stret_
tamente modificativa.

c) Per la efficacia impeditiva della causa come per la sua efficacia ag_
gravante o attenuante statuiscono certamente gli art: 118 e 119 poichè sen_
za dubbio,secondo il linguaggio del codice,quella che io chiamo causa leci_
ta è una circostanza che esclude la punibilità come si comprendono tra le cir
costanze attenuanti o aggravanti le cause particolari delle quali ho parla_
to al n. 54. Ma il dubbio nasce subito,in linea di interpretazione ,quando
si tratta di sapere in quale delle due categorie di circostanze,distinte
dall'art: 70, debba collocarsi il requisito causale,posto che non solo la
enumerazione contenuta nella prima e nella seconda parte dell'art: 70 non
ne fa alcun esplicito cenno,ma i suoi termini sono tali da non permettere
di ricomprenderlo in alcuna delle due ,il che apparirà fino a un certo
punto naturale a chi consideri come nell'ambiente scientifico,in cui
il codice è stato elaborato,la nozione della causa del reato non fosse an_
cora scoperta. Non resta all'interprete senon orientardi,anzichè sulla pa_
rafrasi contenuta nei due comma dell'art: 70,sulla natura del requisito
causale in ordine alla distinzione tra soggetto ed oggetto,sotto il quale
aspetto io non esiterei a collocare la causa tra i requisiti obbiettivi poi
chè sto che,secondo il mio giudizio,la nozione dell'interesse attivo,in cui la
causa si risolve, è essenzialmente obbiettiva. Perciò mi sembra di dover
concludere che quando tra le cause dei reati in concorso una ve ne sia,a cui
la legge riconosce efficacia impeditiva oppure aggravante oppure attenuante,
la sua efficacia si comunica a tutti gli altri reati,secondo l'art: 118 p.

c. e~~p~~ 119 cap. sebbene io non nasconda più di qualche titubanza in_
torno alla convenienza politica di questa soluzione per quei casi nei
quali,come ho accennato più sopra, la rilevanza della causa deve rite_
nersi riconosciuta non tanto a una delle cause dell'atto quanto alla
sua causa intera o complessiva.

Legittimazione nel reato in concorso.

La impostazione logica del problema della legittimazione rispetto al
reato in concorso è identica a quella del problema della causa; se si
può parlare di una forma e,entro certi limiti,di una volontà del rea_
to concorsuale,la causa è ancora più la legittimazione si riferiscono
non a questo,ma al reato in concorso; con altre parole,mentre la for_
ma e,nei limiti ora detti,la volontà si riflettono sul reato in con_
corso dal reato concorsuale,il contrario avviene per la causa e,del
pari, per la legittimazione,onde non tanto ciascun reato in concorso
subisce,sotto questo aspetto,la influenza del reato concorsuale quan_
to quest'ultimo e perciò gli altri reati concorrenti la influenza del
reato in concorso. Il problema,insomma, è nel senso se e fino a qual
punto la legittimazione di uno dei partecipi reagisca sulla punibili_
tà degli altri.

Questo problema si risolve nel modo stesso che fu seguito or ora a pro_
posito della causa.

Quando una determinata posizione dell'agente è considerata dalla legge
come un requisito costitutivo,impeditivo o modificativo del reato,do_
vrebbe dipendere dalla interpretazione della norma,che riconosce ta_
le efficacia,il sapere se,concorrendo nel c. d. reato proprio insieme
con chi vi sia anche non vi sia legittimato,la legittimazione del pri_
mo spieghi anche in confronto del secondo il suo valore. Si possono
confrontare,sotto questo profilo,due reati proprii radicalmente diversi

quali sono il portare le armi contro lo Stato italiano (art: 242)e lo a_
dulterio (art: 559) o il concubinato (art: 560). Nessun dubbio che questi
ultimi ammettano la correità di chi non si trovi nella posizione di coniu
ge mentre il dubbio mi sembra gravissimo rispetto al primo:la ragione stes
sa della norma contenuta nell'art: 242 mi sembra escludere che,se il con_
corrente non sia cittadino italiano,possa ammettersi a suo carico il rea_
to. Ciò vuol dire che la legittimazione esistente rispetto ad alcuno dei
reati in concorso reagirà o non reagirà sugli altri secondo che il testo
e lo spirito della norma,che ne statuisce la efficacia,consenta o non con_
senta.
Questa soluzione semplice e ragionevole non è però quella adottata dalla
legge. Il codice non regola compiutamente,con norme apposite,il reato in
concorso dal lato della legittimazione; non è prevista invero la ipote_
si più importante,che concerne la legittimazione costitutiva; ma vi si di_
spone in modo particolare così per la sua efficacia impeditiva come per la
sua influenza modificativa (stricto sensu), aggravante o attenuante.

a) La legittimazione impeditiva,posto che,per la disposizione testua_
le dell'art: 70 n. 2, essa è collocata fra le circostanze soggettive,li_
mita la sua efficacia alla persona a cui si riferisce per la disposizio_
ne testuale del primo comma dell'art: 119. La convenienza di una norma
così assoluta mi sembra discutibile: se,invero,ad esempio,la ratio degli
art: 307, 418 o 649 induce facilmente a negare la comunicazione della cir_
costanza escludente a chi non si trovi nel rapporto di parentela pre_
visto dalla legge,ben diversa mi sembra la cosa quando si consideri lo
art: 598 o,ancora meglio, l'art: 728: perchè mai egi,non esercitando u_
na professione sanitaria,assiste un medico nel trattamento idoneo a sop_
primere la coscienza o la volontà altrui a scopo scientifico o di cura,
non deve fruire della impunità?

362

b) Per la legittimazione modificativa dispone l'art: 117 che "se per le condizioni o qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato". A prescinde- re da un manifesto difetto della formula (1), mi sembra assai dubbia la congruenza di questa norma con quelle che negano invece, salva la ipotesi considerata dal secondo comma dell'art: 118, la efficacia impeditiva, aggravante o attenuante della legittimazione rispetto ai concorrenti che ne sono sforniti. ₸

(1) Questo difetto consiste nella contrapposizione del colpevole agli altri concorrenti, affatto illogica nella ipotesi del reato concorsuale: la posizione, la cui rilevanza giuridica si estende ai concorrenti giusta lo art: 117, non riguarda uno piuttosto che gli altri tra i vari agenti, ma ciascuno di essi, onde la formula dovrebbe essere rettificata così: "se, per la posizione di uno tra gli agenti, il reato da lui commesso sia diverso da quello che sarebbe rispetto agli altri, ciascuno degli agenti risponde del reato medesimo".
Tale incongruenza dev'essere apparsa allo stesso legislatore se ha cercato di attenuarla almeno in parte concedendo al giudice il potere di diminuire la pena rispetto a quei concorrenti, per i quali manca la legittimazione, qualora per virtù di questa il reato diventi più grave.

b) Quando la legittimazione costituisce un requisito aggravante, la sua valutazione a carico degli altri partecipi è subordinata, giusta il secondo comma dell'art: 118, a che la posizione in cui consiste "sia servita ~~ad~~ agevolare l'esecuzione del reato". Questa condizione mi sembra ragionevole e mostra, se non mi inganno, una buona intuizione del criterio da me sostenuto in principio di questo paragrafo.

c) Infine la sua efficacia attenuante è limitata alla persona, a cui si riferisce, dal primo comma dell'art: 118.

Capacità nel reato in concorso.
Man mano che si procede, seguendo a ritroso l'iter criminis, dalla forma alla volontà alla causa alla legittimazione si può dire che a poco si affie-

volisce la influenza,che esercita sul regime del reato concorrente la sua commessione con gli altri nel reato concorsuale: massima per quanto concerne il requisito formale questa influenza si riduce al minimo in tema di legittimazione. Comunque,anche per quanto concerne quest'ultimo requisito,la punibilità del partecipe si adegua in parte al modo di essere di un atto diverso dal suo. Ma questa influenza sparisce del tutto,finalmente,sul terreno della capacità. Qualunque sia il modo della rilevanza della qualità di agente,questa rilevanza si limita a quello dei partecipi,al quale la incapacità si riferisce.

a) Per quanto concerne la sua efficacia impeditiva dispone espressamente in tal senso l'art: 119,prima parte,con riferimento all'art: 70,che pone senza dubbio il modo di essere,onde deriva la incapacità,tra le circostanze subbiettive. Una applicazione di questa norma generale si può vedere nell'art: 111,ove è prevista la punizione,perfino aggravata,di chi abbia istigato al reato un incapace.

b) Per la efficacia attenuante della incapacità provvede con altrettanta chiarezza l'ultima parte dell'art: 118;

c) e per la efficacia aggravante (ipercapacità) la seconda parte dell'articolo medesimo,poichè esclude dalla regola della comunicabilità,ivi stabilita,quelle circostanze aggravanti che l'art: 70 u. c. chiama "inerenti alla persona" e tra le quali pone le circostanze relative alla imputabilità e alla recidiva.

==========

3

364

CARRARA : PROGRAMMA (Parte generale vol.1°)

pag: 366) (Ma un delitto possono prender parte parecchie persone.Giu_
stizia vuole che tutte siano chiamate a rendere conto della parte presa
nella infrazione della legge; ma vuole altresì che ciascuno ne risponda
proporzionalmente alla influenza che ha esercitato sulla infrazione.Di
qui la importanza della dottrina della complicità.

pag: 367) (L'autore principale del delitto è colui che eseguì l'atto con_
sumativo della infrazione. Coloro che agli atti consumativi presero par_
te,sono o coautori o correi,ma tutti delinquenti principali.Tutti gli
altri che parteciparono o al disegno criminoso,o agli altri atti,ma non
a quelli della consumazione,sono delinquenti accessori o complici in la_
to senso.

La filosofia,che ha per oggetto enti puramente ideologici,può bene rav_
visare un autore psicologico in colui che,concepita un'idea,seppe ordi_
narla a completo disegno. Ma la scienza penale che ha per oggetto i so_
li attiesterni e dei pensieri non si occupa se non per indagare le ca_
gioni di quelli,non può parificare l'autore di una idea all'autore di
un fatto.Il delitto per lei è un ente giuridico che,risultando dalla
contraddizione tra un fatto e la legge,non ha vita se non è material_
mente offesa la legge con un fatto:e l'autore di questo fatto è
soltanto colui che materialmente lo consumò.

Nota. Pag: 368) Dicendo che l'autore del delitto è colui che material_
mente lo eseguisce,si presuppone per necessaria deduzione dei principi
fondamentali,che nell'autore materiale ricorra la criminosità:vale a
dire che egli operi come essere moralmente libero,e così con responsa_
bilità del fatto suo. Se l'autore materiale era un pazzo,un infante,un
coatto,o vittima di errore,sicchè egli non sia imputabile,in lui si
rappresenta
rappresenta più un agente,ma uno strumento cieco e puramente passsivo del_
la volontà prava di colui che lo mise in moto:l'essere morale in costui

sparisce,e non resta che la materia agita dall'altro.E come non può dir_ si autore dell'omicidio il sasso che uccise,così non è autore dell'omi_ cidio il pazzo o il coatto che lo consumò come cieco o passivo strumen_ to del malvagio che lo spinse all'atto.L'autore è colui che con la mano lanciò il sasso,colui che con le arti proprie spinse l'infante o il men_ tecatto ad uccidere.Quando il fatto materiale non può riferirsi come a sua causa morale alla volontà libera ed intelligente di chi lo esegui_ sce, non è fatto di questo:costui è la lunga mano di chi volle il de_ litto, edàl suo braccio si valse come puro materiale strumento. Questi allora sta bene che chiamisi autore del fatto.

§ 429) Chi ideò il reato e ad altri ne commise la esecuzione,è l'autore della idea,non della offesa alla legge.Il giurepenale ravviserà in costui una causa del fatto; e chiamandolo "primo motore" del delitto,lo perseguiterà con rigore anche se vuolsi,ugualm a quello che spiega contro chi lo eseguisce. Ma tra l'essere causa o motore di un fatto,e l'esserne autore vi è differenza essenziale. Può alcuno aver concepito il disegno di un quadro nelle più minute sue parti; può altri avere con danaro indotto il pittore a porre in tela cotesto disegno. Questi due saranno rispettiva_ mente cause del nascimento del quadro,e potranno averne anche un meri_ to; ma l'autore è colui che col pennello gli diede esistenza.

La foggia di chiamare autore del delitto lo istigatore venne più recen_ temente reietta dal dottissimo Berner (Mag 1871) osservando che il delit_ to essendo un fatto esterno,vale la regola che per essere autori di un fatto è necessario esserne causa esterna:limitando la regola soltanto nel caso di irresponsabilità dell'esecutore.

Le scuole criminali erano d'accordo nel distinguere i motores criminis dagli autores criminis. Pare che fosse Tittmann il primo che riunì gli uni e gli altri sotto una stessa denominazione. Quindi gli Alemanni en trambi li espressero col solo vocabolo:Urheber al quale troviamo appun_ to nei lessici corrispondere la doppiù significazione di:autore e primo motore. Ma neppure tutta la scuola germanica assentì a tale denominazio_

ne ". Mittermayer, (Nuovo Archivio di Diritto Criminale pag: 125) sosten_ ne doversi con diverso nome distinguere nella scienza: l'autore (Täter) ed il motore (Urheber). E dall'uno e dall'altro distinguere l'ausiliato_ re ed il fautore.

pag: 371) Il delitto si compone di: elemento fisico (moto del corpo, at_ ti esterni) senza del quale la infrazione della legge non è possibile; ed elemento morale (disegno criminoso, intenzione) senza di cui la mate_ riale violazione del diritto è un accidentale infortunio. Ora la parte_ cipazione dei più individui può essere avvenuta in un solo di questi e_ lementi, o in ambedue. Di qui sorge la partizione di questa teorica: 1°) concorso di azione senza concorso di volontà. 2°) concorso di volontà senza concorso di azione. 3°) concorso cumulativo di azione e di volontà.

1°) Concorso di azione senza concorso di volontà: in tutti i casi in cui avvenga ad alcuno di coadiuvare altri in un delitto senza saperlo e voler lo. Manca la intenzione di violare la legge e ringetto a lui l'azione, ben chè materialmente offensiva della legge, non è imputabile. a) costui potè avere una intenzione innocentemente distinta: credette dare opera a cosa lecita mentre in realtà un malvagio di cotesta opera sua traeva profit_ to per violare la legge. b) potè avere intenzione criminosamente distin_ ta : quando Caio credette aiutare Tizio a commettere un delitto più lie_ ve, mentre questi con l'aiuto di lui dolosamente consumò in realtà un de_ litto più grave, che Caio non prevedeva nè voleva. Canone nella teoria della complicità è il seguente: il fatto materiale può essere comunica_ bile fra più partecipi, la intenzione non è mai comunicabile da indivi_ duo a individuo. c) potè agire con intenzione indiretta negativamente mala; versare cioè in un fatto colpevole. Ma nei fatti colposi non può esservi complicità. d) potè essere infine in stato di intenzione imper_ fetta essere cioè nel quarto grado del dolus. e) Concorso per quanto efficiente, al delitto altrui, non rende mai partecipi del delitto se non

vi fu intenzione determinata a coadiuvarlo.

2º) Concorso di volontà senza concorso di azione: a costui è imputabile il fatto altrui perchè la sua volontà abbia esercitato sull'animo dello agente una influenza efficace; e la sua responsabilità si misura sul grado maggiore o minore di tale influenza. Costui allora dicesi causa morale del delitto. In lui non s'imputa il pensiero; oltre l'atto interno è intervenuto un atto esterno che ha violato la legge ed allora anche la manifestazione del pensiero diviene politicamente imputabile in quanto abbia dato impulso a quel fatto esterno violatore della legge.

pag: 378) Non è già che abbiasi un reato senza forza fisica; questa è nell'altro e basta: perchè la differenziale tra forza e forza sta appunto in questo che la forza fisica si comunica fra i partecipi dato il concorso morale, e secondo le condizioni del medesimo. Inoltre anche il reato di chi istiga altri a delinquere senza che egli prenda parte all'azione ha la sua forza fisica speciale. Questa si rappresenta nell'atto esterno col quale l'istigatore s'impadronisce della volontà altrui e la spinge al delitto.

Forme della partecipazione morale: mandato; comando; coazione; consiglio; società a delinquere.

pag: 380) Il comando è un mandato a delinquere imposto con abuso di autorità da un superiore ad un inferiore.

La coazione è un mandato a delinquere imposto con la minaccia di grave male.

Sono mandati qualificati. Queste due forme di complicità morale hanno ciò solo di particolare, che in ragione della maggiore influenza che può avere esercitato sull'animo dell'agente o l'autorità o la minaccia, se ne minora l'imputazione dell'autore fisico e se ne aumenta l'imputazione di chi ne fu causa morale. E tale aumento e rispettivo decremento possono giungere sino al punto di esonerare da ogni responsabilità l'autore fisico e far ricadere tutta la imputazione del delitto sulla causa mora-

le . Ciò avviene quando l'esecutore debba considerarsi non come strumento attivo,ma come strumento passivo dell'altro:o perchè non ebbe una volontà libera,come nei congrui casi il coatto; o perchè non ebbe una volontà intelligente nel rapporto della colpevolezza,come nei congrui casi il comandato.

pag: 382) La società,il consiglio e il mandato hanno questo di comune; che in loro stessi non possono considerarsi come tentativi del delitto pattuito,consigliato od ingiunto perchè con loro non si dà principio alla esecuzione del delitto. Ove non vogliano perseguitarsi come rei di delitti sui generis e per sè stanti non possono il mandante, il consigliere ed il socio imputarsi in ragione di complicità finchè l'autore fisico nonnha dal suo canto posto in essere almeno un tentativo del delitto motivo. Si può essere complici di un tentativo,ma tentativo di complicità non si ammette. I pratici esprimevano questa verità col Brocardo:mandans tenetur causa mandati,non ex mandato.

3°) Concorso di volontà e di azione: concorre in siffatto modo chiunque oltre a volere la violazione del diritto che il reato minaccia,interviene personalmente ad alcuno degli atti che ne costituiscono l'elemento materiale. Per ben calcolare il grado di imputazione bisogna distinguere l'azione criminosa in tre momenti: preparazione,esecuzione, consumazione. La preparazione si distingue dalla esecuzione per la univocità; la esecuzione dalla consumazione per la presenza coefficiente(non già meramente accidentale del soggetto passivo della consumazione. Gli atti che non si riferiscono univocamente al delitto sono preparatori per es: il ladro si munisce di uno scarpello.Quando gli atti acquistano univocità criminosa comincia la esecuzione per es: il ladro ha confitto lo scarpello nell'uscio per aprirlo. Siamo alla consumazione tostochè il ladro dirige l'opera sua sulla cosa che vuol rubare. Nel tentativo la nozione degli atti preparatori porta ad esimerli da ogni imputazione per la incertezza

368

della loro tendenza criminosa; nella complicità l'avvenuta consumazione effettiva rivela con certezza la direzione degli atti anche meramente preparatori. Nel concorso di azione al delitto altrui la distinzione suddetta fa nascere tre forme di partecipazione: correità (agli atti consumativi); ausilio prossimo o remoto (agli atti di preparazione o di esecuzione) aderenza e favoreggiamento (agli atti posteriori alla consumazione).

Pag: 418) Riepilogando dovrebbero dividersi i partecipanti al delitto altrui in cinque categorie: a) i motori che possono essere o esclusivi o concomitanti; b) gli autori ai quali si assimilano i coautori o correi; c) gli ausiliatori che possono essere o prossimi o remoti o necessari o accidentali; d) i continuatoriee)i fautori.

Spes data ad evadendum est auxilium ad committendum. (Bartolo).

Anomalie della imputazione nella complicità

Il principio assoluto che la imputazione si misura sulla ragione composta della forza materiale e della forza fisica del delitto. Come altrettante deduzioni di cotesto principio noi trovammo le regole secondo cui la imputazione del mandante,del socio,del consigliere,del correo o dell'ausiliatore,si gradua proporzionatamente a quella dell'autore principale secondo il più o meno che la complicità presenta nelle rispettive sue forze fisica e morale. Ma tali regole di proporzione presuppongono lo stato ordinario e normale del concorso della volontà e delle azioni. Questa normalità può sparire ogni qual volta intervenga una modificazione o nei rapporti che legano i partecipanti fra loro o nei loro rapporti con la legge penale. In tre modi: a) cessazione di coerenza tra le volontà degli agenti; b) mancata coerenza dell'azione alla volontà del partecipe:l'esecutore del delitto viola un diritto più importante di quello previsto dai suoi partecipi;

c) mancata coerenza nella posizione giuridica dei cordelinquenti.

(pag. 428)

pag: 628) Le circostanze materiali inerenti al "fatto" criminoso si comuni_ cano fra i più compartecipi al delitto. Le circostanze inerenti alle "perso_ ne" non si comunicano. La complicità non è mai accessione alla persona,ma al fatto; è reale,non personale.Questa regola è assoluta; ma sorgono difficoltà nella sua applicazione.

Vi sono delle circostanze così intuitivamente personali,che non può emerger_ le occasione di dubbio. La minorità,l'errore,la ebrietà,il sordomutismo,la demenza,la veemente passione,di uno dei partecipanti al delitto,nessuno vor_ rà sostenere che comunichi il benefizio della scusa agli altri partecipi che si trovano in condizioni di piena imputabilità.

Del pari vi hanno delle circostanze che sono così intuitivamente materiali, da non porgere occasione di dubbio circa la loro comunicabilità a tutti i partecipi.Lo scasso,la scalata,la falsa chiave,la violenza ed altre circostan ze materiali che abbiano servito di mezzo al furto,e che ne aumentano la quan tità politica,non possono non essere comuni a tutti coloro che scientemente presero parte al delitto così qualificato,benchè costoro non abbiano per avven tura di propria mano operato essi la violenza o la effrazione.Coteste circostan ze sono così unificate al fatto criminoso,che non se ne possono declinare le conseguenze da chi volle e cosdiuvò il fatto,sapendolo accompagnato dalle me_ desime.

Tutta la difficoltà nasce in ordine a certe circostanze,le quali,ben lungi dal l'essere reali,sono propriamente intrinseche alla persona, ma pure influiscono sul titolo del reato. La domesticità nel ladro,dalla quale nasce il titolo di formulato, si comunica essa ai compagni non domestici? La qualità di pubblico ufficiale deteriora essa le sorti dei partecipi del falso commesso dal tabellio ne? La qualità di figlio nell'uccisore aggrava essa anche la responsabilità dei partecipi nel parricidio?

Quando coteste qualità meramente personali,oltre ad influire sul titolo (lo che

può configurare una efficacia meramente nominale) o danno la essenza al nuo_ vo reato,o ne furono mezzo,deve certamente farsene rinfaccio anche a coloro che nella propria persona,non le avevano ma che al fatto di chi le aveva par teciparono con scienza delle medesime; e così delle medesime profittarono. Quando niente di ciò si verifica,le opinioni sono diverse (vedi nota pag: 433) ma sembra soverchio rigore il comunicare un'aggravante a chi in sè non ne ave_ va la causa,per la mera ragione dell'ossequio alla nomenclatura.

NOTA :

F R A N K

Dritter Abschnitt - Teilnahme III

Pag: 1 0 4

Si sogliono distinguere da una parte l'autore unico, dall'altra i coautori e i più autori, inoltre la qualità mediata e immediata di autore.

Qualità di autore mediato c'è indubbiamente quando uno produce o tenta di produrre un evento penalmente rilevante attraverso un'altra persona in modo che, tuttavia, egli appare causatore dell'evento. Questo è possibile, secondo ciò che abbiamo detto sopra:

1°) Se la persona mediata non ha nessuna volontà, cosicchè non agisce addirittura.

Es: essa viene spinta da un altro su un terzo e questi viene con ciò ferito.

2°) Se la persona mediata agisce incoscientemente, cioè senza dolo. Essa per es: dà come infermiera al malato, incoscientemente, il veleno che un terzo le ha dato come medicamento. Qui si potrà addurre anche il caso in cui ~~la intenzione che appartiene al Tatbestand~~ la persona mediata, immediatamente attiva, agisce senza la intenzione (Absicht), appartenente al Tatbestand interno, intenzione che ha però l'autore mediato.

Per es: Uno si fa falsificare da un altro del denaro dichiarandogli di voler usare le monete come oggetti di ornamento, mentre in verità li vuol usare come denaro vero e proprio.

Questa la opinione. Per es: Liszt-Schmidt § 50; Allfeld 214; Lobe pag: 39; Olshausen ~~pag: 47~~ p: 17 commento all'art: 47; Petri p: 27.

In contrario: Flegenheimer: Das Problem des dolosen Werkzeugs pag: 36 e segg. e Wachenfeld in Zeit. 49 pag: 146, 328 e segg:

Secondo la loro opinione nel caso ultimo detto il delitto dell'art: 146 non è stato commesso, però la punibilità, chiarendo di più la

situazione, dovrebbe essere fondata per altri punti di vista (art: 147). Corrispondentemente sono da considerare i casi in cui il legislatore tratta una certa intenzione come ragione di aumento della pena.

.....

3°) Se la persona mediata non agisce liberamente, specie se è stata costretta al suo comportamento nel modo previsto dall'art: 52.

pag: 1 0 5

Ugualmente se l'azione è stata commessa in seguito ad un ordine vincolante. Vedi: Liszt-Schmidt § 50 ; Finger 337 ; Wachenfeld 197 ; Winter "La qualità di autore mediato" pag: 20 (1917). Non liberamente nel senso del Dir. Penale agisce anche il non imputabile dell'art: 51. Diversamente nel caso della non imputabilità secondo l'art: 4 I. G. G. (Legge sulla Gioventù).

Regolarmente in questi casi, come lo dimostrano gli esempi, la persona mediata appare come uno strumento nelle mani dell'altro. Ma questo non è necessario: poichè il rapporto causale caratteristico per la qualità di autore mediato può essere presente anche in altri casi. Per es: è anche autore mediato chi coadiuva un pazzo, già deciso ad uccidere un fanciullo con l'impedire la fuga del fanciullo.

Così: Allfeld 214 ; Liszt Schmidt § 50 ; Schwartz 2 all'art: 47 ; Perten p: 128. Di contro si schiera la maggior parte degli studiosi: Birkmeyer "Dottrina della compartecipazione" 163 ; Mayer pag:377: per essi la coadiuvazione di un autore pazzo è impunibile. La teoria soggettiva è costretta ad una amplificazione fondamentale del concetto dello autore mediato. Se manca alla persona immediatamente agente l'animus auctoris ritenuto necessario per la qualità di autore, essa, secondo la teoria soggettiva, è responsabile soltanto per la complicità prestata, anche se ha compiuto l'azione del Tatbestand liberamente, colpevolemente e dolosamente. Autore è allora l'altro che agisce con animus aucto-

ris; ed è , naturalmente , autore mediato. Poichè si ritiene però inconcepibile la qualità di autore mediato senza uno strumento,si dà all'agente immediato il nome di "strymento doloso". In questo senso specialmente Binding - Grundiss pag: 149 e segg:; Binding stesso negli "Strafrechtliche Abhandlungen" 1, 270 e segg: ; Nagler pag: 66 ; Lobe pag: 37, 38 .

Così la teoria soggettiva perviene alla eliminazione arbitraria della differenza fra mandato e qualità di autore: distinta dal mandato a favore della qualità di autore, i casi in cui chi determina vuole il fatto come un fatto proprio. Appunto la esistenza del concetto di mandato vi si oppone. Così anche Beling: L. v. V. pag: 602.

Ma anche rappresentanti della teoria oggettiva amplificano il concetto dell'autore mediato se si tratta di delicta propria (Sonderdelikte). Se la persona mediata non appartiene al gruppo degli intranei cioè di quelle persone che possono commettere il delitto come autore immediati,l'altro,intraneo,dev'essere send'altro autore mediato, mentre essa mittelsperson è poi solo strumento. Per es: Un pubblico ufficiale fa compiere una documentazione falsa per mezzo di un privato. (Art: 348). Così per es: Allfeld 214 ; Köhler pag: 511 ; Mayer pag: 376 (in consenso con la teoria soggettiva dell'R. G.). D'altronde in molti casi di questo genere la non pubibilità di chi sta dietro l'autore immediato non corrisponderà alla volontà del legislatore. C'è da domandarsi se il legislatore ci offre i mezzi ausiliari tecnici per poterlo punire. Il mandato e la complicità non sòno sufficienti poichè chi agisce immediatamente non è autore; d'altra parte non è ammissibile che si inventino mezzi ausiliari o si estenda la applicazione di mezzi già presenti soltanto per render possibile la punizione. Contro questa opinione contenuta nella 14 edizione:vedi: Gerland pag: 95 ; Perten pag: 136 ; Ackermann "Lo strumento doloso" (1917) pag: 40. Vedi anche Beling in Zeit: 28, 599 e segg: E' da considerare però la possibilità di usare altri mezzi per lo più

non considerati in questa relazione. Nel caso testè addotto per es: il pubblico ufficiale è punibile sotto il punto di vista che egli non impedisce che si verifichi una documentazione falsa. Compie quindi il Tatbestand dell'art: 348 mediante una antigiuridica omissione. Così Flegeheimer pag: 68. In altri casi già il dettato della legge permette di considerare compiuta l'azione che attua il Tatbestand anche ed appunto nella persona del presunto autore mediato (Hintermann): un pubblico uffiziale che fa trasmettere la sua pretesa, che racchiude in sè una corruzione passiva, per mezzo di un privato consapevole, "pretende" egli stesso artt: 331 - 332. Vedi anche su questo punto Flegenheimer

pag: 1 0 6

su tutta la questione Wachenfeld pag: 332 e segg: Perten pag: 137; Klee "Goltd A" (Goltdammers Archiv) vol: 67 pag: 104 (Questo ultimo in consenso con la opinione prima qui esposta).

Dal punto di vista della teoria oggettiva è quindi da respingere una amplificazione dell'autore mediato oltre i suoi limiti sopradescritti. Perciò non c'è alcun bisogno di operare col concetto dello strumento doloso. Così anche Flegenheimer; Wachenfeld; Perten; Van Calker pag:66; Von Bar 2, 627; Beling L. v. V. 99 e Zeit. 28, 590 e segg:; Mittermayer in Zeit 21 , 255. La trattazione dei delitti intenzionali (Absichtsdelikte) (vedi sopra N. 2°) non significa un riconoscimento dello strumento doloso poichè anche all'agente privo di intenzione manca il dolus nel senso di questi delitti. Così Perten pag: 139 e Merkel pag:7. Discussso è finalmente se tutti i delitti possano essere commessi in qualità di autore mediato. Dovrebbe essere sicuro anzitutto che questa possibilità non è più grande che la possibilità giuridica di commettere un delitto in qualità di autore immediato. Perciò un estraneo in un delitto proprio non può essere autore mediato. Che questa sia l'opinione del Cod. si rileva dall'art: 271. Consentono: Olshausen "Nozioni preliminari" 5 alla 3 parte; Lobe pag: 47 ; Schwarz 2 all'art: 47 ;

Binding:"Gerichtssaal" vol: 76, pag: 96; Nagler pag: 71 e segg:. Per un'altra opinione vedi: Liszt Schmidt § 50; Allfeld 215 ; Finger 1,337; Winter pag: 37 e segg: Però l'intraneus può commettere il delitto proprio anche in qualità di autore mediato. Ma ci sono anche delitti che, per loro natura,non possono essere commessi in qualità di autore mediato poichè i loro Tatbestände non ammettono commissione mediata. Vedi Binding Grundiss pag: 146 ; Binding: Strafrechtliche Abhandlungen vol: 1, pag: 251 e segg:; Binding: Die Normen vol: 4 pag: 595 e segg: (lo denomina: delitti manibus propriis); Beling pag: 30 parla di "elementi del Tatbestand supremamente personali". A queste categorie appartengono già concettualmente i delitti di giuramento: chi determina "mala fide" colui che deve giurare a giurare "bona fide" falsamente,non giura egli stesso. Ciò riconosce anche il codice con la statuizione dello art: 1 60 . Inoltre qui appartengono l'incesto (art: 173), la comparticipazione ad un'adunata vietata (art: 128 e 129). Invece Hergt pag:161 e Petri pag: 65 ritengono che chi determina una donna pazza all'incesto col di lei fratello,si renda colpevole di incesto. La conseguenza, però,che il fratello commetta incesto se determina un pazzo al coito con la sua (cioè del determinante) sorella,credo che non si tragga mai; poichè qui il Tatbestand oggettivo non è affatto compiuto. Principalmente consentono: Lobe pag: 36 ; Allfeld "Nozioni preliminari 5 alla parte 3"; Schwartz 2 all'art: 47 ; Von Bar 2, 267 - 638 - 640; Höpfner in Zeit: 22, 205 e segg:; Mayer pag: 378; Beling L. v. V. 236 (nessuna qualità di autore mediato nei delitti formali),; Beling: Methodik (1922) pag: 39 e segg: Vedi anche Frank in Zeit. vol: 37,pag: 28 e seg.

.....

Altri pareri oltre i già addotti Wachenfeld in Zeit: vol: 40, pag:142; Winter "L'autore mediato' (1917) pag: 40; Petri in Zeit: vol: 39 pag:692; Wolff pag: 325. Vedi anche Gerichtssaal vol: 38, pag: 42 e segg: e Kretschmann in Zeit: vol: 43, pag: 34 e segg:

Invece non c'è una ragione sufficiente per escludere la qualità di auto-

re mediato nel caso in cui una donna determina un uomo pazzo a commette_ re il delitto della Notzucht su di un'altra donna. Invero la Notzucht non è nè un delitto proprio nè un delitto di sola attività,ma un delitto di evento. Così anche Allfeld 209; Liszt Schmidt § 50; Mayer 377 ; Ol_ shausen 4 all'art: 177; Endemann, Hetze (1924) pag: 40. Altro parere E_ bermayer "Leipzige Kommentar" 2 all'art: 176, forse anche Lobe nello stes sa opera pag: 37.

==========

art: 48 II 2 pag: 117

Al fatto di una persona alla quale è da attribuire una ragione di giusti ficazione o di esclusione della colpa non c'è istigazione. Dottrina domi_ nante.(Anche l'R.G.) In questi casicome nella commissione colposa del fatto principale:qualità di autore mediato. Eccezione:legge sulla Gioven tù art:4 - Senza dubbio non si oppone al concetto dell'istigazione se al l'autore è da attribuire una ragione di esclusione della pena,come la qua_ lità di ascendente nel furto.art: 247. Si può quindi benissimo dire che la punibilità dell'istigazione richiede la punibilità del fatto principale,e non però quella dell'autore principale.

---

art: 49 I pag: 128

L'analogia tra complicità e istigazione si mostra specialmente in ciò che ambedue hanno un carattere accessorio.Complicità quindi esiste soltanto se il coadiuvato colpevolmente compie il fatto principale o colpevolmente tenta di compierlo.Se mancano la colpa e il dolus del coadiuvato la coa_ diuvazione non è più complicità,ma qualità di autore mediato.

Dritter Abschnitt

Teilnahme IV - 2

pag: 1 0 7

Che la compartecipazione nei delitti colposi sia logicamente concepibile

non c'è dubbio. Anche con la parola degli artt: 48 e 49 la ammissione del la compartecipazione potrebbe essere compatibile.Contro di essa parlano però anzitutto i Motivi,e,per quello che riguarda il passato, che nella Prassi del Codice Prussiano l'opinione negativa era vittoriosa. Anche se la si considera da un punto di vista puramente psicologico,non vi è alcuna ragione di vedere nella partecipazione ad un fatto colposo alcunchè di diverso della vera e propria compartecipazione,cioè la qua_ lità di autore mediato.Se si volesse ammettere che questa qualità di autore per mezzo degli artt: 48 e 49 sia trasformata in compartecipazio_ ne,potrebbe la punibilità del divenuto compartecipe arrivare non oltre il fatto principale,anche se la sua propria colpevolezza vada oltre. Se per es: A determina B ad una azione di cui A sa che ha per conseguenza la morte di Z, mentre ciò B solamente "potrebbe" saperlo, A sarebbe sempre punibile per istigazione ad omicidio colposo.La sussunzione di questo ca_ sosotto la Compartecipazione sarebbe inevitabile,però dovrebbe produrre l'effetto che la Teilnahme da ragione di estensione della pena,diverreb_ be una ragione di restrizione della stessa.

Questo risultato Binding (Gerichtsaal 17,13) fa derivare dall'art:48 da lui definito come "pervers",però poscia rettificò la sua interpretazione di questo punto.Contro di lui Oetker Ger.S. 89,184; a suo favore però Endemann,opera citata pag: 38.

pag: 1 0 8 principio

Secondo la opinione qui rappresentata,in conformità con la opinione domi_ nante,è da negare la possibilità di una compartecipazione a delitti colpo si e infatti i casi rispettivi sono da considerare dal punto di vista del la qualità di aut.med.....In un delitto colposo e possibile la qualità di coautore,ma non sono istigazione e complicità.

---

pag: 4 4 1

II).... Il suicidio è impunibile e quindi anche complicità e istigazione relativi ad essp. Dottrina dominante.... Invece Binding "E Lehrbuch" 1° pag: 26 dichiara essere la istigazione al suicidio una qualità di autore della uccisione e quindi punibile. Kohler xxxxxx andando ancora più oltre, ammette punibilità dei compartecipi in genere....Certamente se manca al suicida la volontà (Vorsatz) di uccidersi, non abbiamo il suicidio e il terzo che, dolosamente, lo ha determinato all'azione letale, è responsabile come autore mediato.

oooooooooooooooooo

Graetzer = L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possi_
bilità nelle particolari classi dei delitti.

II= Capitolo

Il concetto di autore mediato non è contemplato dal Codice, ma sviluppa_to dalla scienza.

Se noi designamo come autore conformemente alla dottrina attuale colui che compie tutti gli elementi soggettivi e oggettivi del Tatbestand di un delitto, questà qualità di autore può aversi in due diverse maniere. O l'autore compie egli stesso immediatamente quella mutazione del ~~setede~~ mondo esterno che rappresenta il corrispondente reato: in questo caso riunisce in sè tutti gli elementi soggettivi e oggettivi del Tatbestand e si parla di autore immediato (della qualità di autore immediato). O si serve di una persona mediata su cui agire talmente che questa compie il reato. Se abbiamo questo secondo caso l'agente, secondo il nostro Codice Penale, appare soltanto come autore e precisamente, come si dice, quale autore mediato se questa azione influenzatrice è realizzata in tal modo che la persona mediata (mittelpersons) non compie l'intero "Tatbestand". Che se egli compie l'intero Tatbestand egli stesso diventa autore del reato e il determinante diventa mandante di questa azione secondo l'art. 48 Cod. Pen. Il concetto dell' Autore Mediato richiede anzitutto, quindi, che noh sia il caso del mandato e si può precisarlo come segue: La qualità di autore mediato si presenta allorchè una persona, su cui un'altra, con il dolus per il fatto, ha agito determinando, compie il Tatbestand di un reato, e la determinazione non si presenta come mandato.

La qualità di autore mediato anzitutto è data quindi sempre là dove la persona mediata compie solamente la parte oggettiva del Tabbestand cioè soltanto l'azione esterna, mentre ir requisiti soggettivi (gli elementi soggettivi) del Tatbestand, cioè il Dolus necessario per il reato, sono attuati dall'influenzatore (dal determinante). Noi estenderemo,

380

però,i limiti dell'Autore Mediato più oltre,poichè noi anche lo ammettiamo se oltre gli elementi oggettivi vengono compiuti dalla persona mediata anche in parte gli elementi soggettivi del Tatbestand (però non tutti),perchè anche qui non si tratta di mandato,dato che quest'ultimo richiede che tutti gli elementi soggettivi del Tatbestand vengano realizzati dal mandante. Questo è il caso per esempio nel cosidetto strumento doloso dove la persona mediata invece ha la volontà (Voyatz) necessaria per il fatto,non però la intenzione (Absicht) che la legge inoltre richiede.

In tutti i casi di qualità mediata di autore si giustifica la punizione del determinatore come autore,per il fatto che in primo luogo da lui vengono attuati gli elementi soggettivi per il fatto ,sia pienamente sia solo in parte; e inoltre che a lui si deve attribuire l'attuazione degli elementi oggettivi e dei rimanenti elementi soggettivi,poichè la persona mediata ha agito come suo strumento.

Casi di Autore Mediato

Generalità

Nel concetto da noi enunciato dell'Autore Mediato,abbiamo da fare una premessa negativa:che cioè la determinazione non deve consistere in un mandato. Dove teoricamente sia il limite fra qualità di Autore Mediato e Mandato abbiamo visto prima. Tuttavia nella pratica potrebbe non essere sempre molto facile distinguere se un'azione appartiene al campo dello Autore Mediato o all'altro. Questa distinzione sarà molto facilitata se noi vediamo chiaro sotto quali forme si presenta generalmente l'Autore Mediato. Sembra quindi necessario anticipare questa indagine prima di entrare nella discussione della questione in oggetto,se è concepibile l'autore mediato in tutti i delitti. La discussione delle forme dello Autore Mediato rende ora anzitutto necessaria la constatazione che non è mai una condizione per la quistione dello autore mediato che l'azione

sia anche punibile qualora venga commessa dalla persona mediata senza determinazione su di essa esercitata. Es: Il suicidio secondo il nostro diritto non è punito. Se quindi A. prende un veleno volendosi sopprimere ma viene salvato prima di morire,non può essere chiamato responsabile di un tentato omicidio. Se però B. induce A. inconsapevole (forse facendolo cadere in errore) ad ingerire il veleno, B. è autore mediato di un omicidio.

§ 2

Autore Mediato per uso di Persone che non hanno una volontà penalmente rilevante.

Un caso indiscusso di autore mediato si presenta anzitutto se la persona (Mittelperson) mediata usata è un uomo non imputabile. Chi induce un pazzo ad incendiare una casa è egli stesso autore dell'incendio e uomo mandante di un incendio acceso dal pazzo. Il mandato secondo il diritto attuale (art. 48) è un caso di partecipazione ad un'azione punibile compiuta da una altro; il pazzo però che non ha una sua volontà giuridicamente rilevante,non può esser mai considerato autore di un'azione punibile e quindi non può aver luogo alcuna partecipazione alla sua azione. Questa è comune dottrina. Se Olshausen dice: (Vol: I^a, pag: 217, comm: all'art: 51 Cod. Pen.) " La possibilità di una compartecipazione punibile ad una azione non punibile in base all'art: 51 non è esclusa; essa è data se il fatto principale è compiuto anche quanto alla parte soggettiva; è da negare ~~dato~~ se il fatto principale per mancanza degli elementi soggettivi,cioè nei delitti dolosi se manca il dolus,manca totalmente del carattere di una azione nel senso della legge.", questa distinzione non ha alcun fondamento legale. Secondo l'art: 51 non è mai esistente una azione punibile nel caso che agisca un pazzo. Che l'azione principale stessa sia compiuta anche nella parte soggettiva è da ritenersi escluso. Da ciò risulta che anche un mandato punibile è inconcepibile perchè man-

ca un'azione punibile,a cui si manda.

Quanto vvale per il pazzo deve valere anche per il fanciullo penalmente incapace (minore secondo il dir.pen.) perchè questo come quello non può commettere una azione punibile. Pienamente sbagliato è quindi,il punto di vista dell' R. G. ,che dice nella sentenza (E. R. G. - Vol: VI pag: 189): "perciò si deve senza dubbio sostenere che l'art. 55 secondo le sue parole , la sua storia,come anche secondo le sue relazioni (= collocazione nel co_ dice) con le altre norme penali costituisce semplicemente una non perse_ guibilità limitata alla persona del penalmente incapace , 2) che però potenzial_ mente quell'art. non esclude anche nel penalmente incapace la esistenza di una volontà punibile nel senso più ampio,e perciò è concettualmente ammis_ sibile anche una compartecipazione punibile al delitto di tali persone ".

La stessa opinione dell' R. G. ha anche il Borchert se dice a pag: 24: " Solamente nei casi in cui il fanciullonella commissione dell'azione nonì ha avuto nemmeno tanta capacità di intendere da non poter affatto ammette_ re una volontà in esso,non può parlarsi di una compartecipazione in rela_ zione al delitto,perchè manca il "dolus" appartenente al Tatbestand."

Sia il R. G. come anche il Borchert vogliono riconoscere nella legge una differenzazione che assolutamente non vi è contenuta. Il punto di vista della legge è certamente quello che in un fanciullo minore di 12 anni una manifestazione di volontà non dev'essere mai considerata come penalmente rilevante,indipendentemente dalle qualità mentali che abbia quel fanciullo. Anche se il fanciullo abbia una maturità di mente (capacità di intendere) molto sviluppata,gli manca sempre il "dolus" necessario per il Tatbestand. La giustezza di questa opinione si può derivare immediatamente dalla legge. Perchè secondo l'Cart: 56 il giudice solo in un accusato di un'età fra 12 e 18 anni deve esaminare se nella commissione del fatto esisteva la capa_ cità di intendere necessaria per riconoscere la punibilità; donde deriva che in un fanciullo che non ha ancora 12 anni non deve aver luogo quello

esame della capacità d'intendere; che quindi quella capacità necessaria, in tutti i casi deve essere considerata come non esistente. Il pazzo e il fanciullo non dodicenne hanno quindi perfettamente comune che ambe_due non commettono azione punibile. Deduciamo quindi la conseguenza di quel fatto e vediamo che all'azione di un pazzo come a quella di un fanciullo penalmente incapace non può aver luogo compartecipazione punibile. Da ciò segue, però, che colui che agisce su una tale persona in modo, che attraverso essa viene realizzato il Tatbestand di un'azione punibile, risponde non come mandante, ma sempre come autore mediato.

§ 3

Autore mediato per uso di persone costrette o coinvolte in errore.

L'esistenza dell'aut.med. non è limitata al fatto che agisca su di un pazzo o su di un penalmente incapace, ma si può pensare benissimo il caso che l'usato sia un pienamente sano di mente e nel pieno possésso della sua capacità d'intendere e che, ad onta di ciò, la determinazione (Einwirkung) non costituisca compartecipazione al delitto della persona usata, ma metta in essere una figura di autore mediato. Questo è in primo luogo il caso quando la mittelsperson usata non può per sè essere ritenuta responsabile perchè ha agito sotto una costrizione o in errore essendo.

Il Temme, pag: 134, crede possibile però l'autore mediato solo in due casi: cioè A) se la persona usata è stata costretta al fatto per " vis absoluta " e b) se l'usata persona è un non imputabile. Nel caso in cui la mittelsperson sia determinata con vis absoluta mi sembra molto arrischiato parlare di autore mediato. A mio modo di vedere si tratta non di autore mediato ma di autore immediato (vedi similmente Borchert - pag: 104) poichè in tal caso è compiuta da parte del determinatore anche la parte oggettiva del Tatbestand. Ma anche se qui si abbia un' altra diversa opinione, pure in ogni modo la enumerazione dei casi di autore mediato fatta dal Temme è

certamente incompleta[2]. La sua insufficienza è dimostrata per la seguente presentazione di altre forme di autore mediato.

Consideriamo in primo luogo il caso che la persona usata abbia agito sotto costrizione esercitata da parte del determinatore. E' chiaro che in un siffatto caso dobbiamo ammettere la qualità di autore mediato nel determinatore se la determinazione era tanto forte che noi dobbiamo escludere la antigiuridicità dell'azione del costretto. Poichè così manca la commissione degli elementi soggettivi del Tatbestand da parte del costretto e quindi non può trattarsi di mandato al delitto da lui compiuto. Quando è dunque la antigiuridicità dell'azione di una persona costretta da considerare come esclusa? A questa domanda risponde la legge stessa chiaramente nell'art:52 prima parte, dove è detto: "Un'azione punibile non esiste se l'autore mediante violenza irresistibile o minaccia di un pericolo presente e in nessun modo evitabile per la persona dell'autore stesso o di uno dei suoi familiari, è stato costretto a tale azione."

Se l'azione si è svolta sotto le condizioni dette nell'art: 52 -prima parte, è data sempre la figura dell'autore mediato. Queste condizioni indubbiamente non sono date in un caso citato nel Vol: 25 E. R. G. pag:242, dove, malgrado ciò, il R. G. erratamente giudica esistente la qualità di autore mediato. Si tratta di un apprendista sottoposto alla vigilanza dell'accusato, che, dietro comando di questo, dovè mangiare un pezzo di intestino incompletamente pulito e in seguito a ciò prese una malattia. Il R. G. ritiene colpevole il maestro di commissione mediata di una lesione fisica e basa la sua sentenza sul concetto che non sia necessario "che la resistenza contro la determinazione antigiuridica della volontà sia impossibile". Questo non è giusto: La legge che richiede nello art: 52 una forza irresistibile per escludere la antigiuridicità dice con ciò chiaramente che la antigiuridicità dell'usato non è esclusa se la forza non è irresistibile; che nel caso presente sia stata usata una forza irresistibile non è

provato. Quindi, se fosse punibile la autolesione, gli elementi soggettivi per questo delitto sarebbero dati e niente impedirebbe di punire come mandante il maestro che con abuso della sua forza ha determinato volontariamente l'apprendista a commettere questo delitto. Poichè, però, la autolesione dello apprendista quì non è punibile, si doveva assolvere il maestro.

Una specie di costrizione per la persona usata abbiamo anche se questa, per la sua posizione di esecutore, è obbligata ad obbedire incondizionatamente agli ordini del suo superiore che si vale di lui. Una tale obbligatorietà dell'ordine ha statuito il legislatore in taluni casi, come per es: agli artt: 34, e 41 dell'Ordinanza per i Marinai e nell'art: 47 del Cod. Pen. Militare. In questi casi entro i limiti dell'ordine non si può addossare la responsabilità all'esecutore per le sue azioni anche se è pienamente consapevole della antigiuridicità.

Autore 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 l'art: 52 del Cod. Pen. entro il quale viene esclusa la sua responsabilità. Così la comune dottrina. Un'altra opinione ha il von Calker. Egli determina pienamente in modo giusto l'ordine giuridicamente vincolante così :"Un ordine è giuridicamente vincolante se il ricevitore dell'ordine è obbligato ad eseguire senza discutere" ; poi, però, afferma che un tale ordine giuridicamente vincolante formerebbe per l'inferiore (il ricevitore dell'ordine) soltanto una ragione personale di esclusione della colpevolezza, non più mai una ragione generale di esclusione della colpevolezza. Un'azione punibile nel senso dell'art: 48 del Cod. Pen. si avrebbe perciò sempre. Il von Calker giustifica la sua opinione nel seguente modo: " Anche l'ordine giuridicamente vincolante influisce sulla decisione, però non esclude la possibilità di una decisione diversa da quella che è contenuta nell'ordine. Per quanto però generalmente esista la possibilità di

prendere una decisione, fondamentalmente esiste anche una responsabilità penale per le azioni corrispondenti alla decisione. Restrizione della volontà, quindi non può agire come causa di esclusione della colpevolezza".

La circostanza che il ricevitore dell'ordine sia obbligato assolutamente ad obbedire gli toglie anche la possibilità di manifestare un'altra decisione e ciò generalmente e con riguardo alla sua posizione di fronte al superiore. Del resto la opinione del Von Calker, fondamentalmente di ammettere una responsabilità giuridica penale, in generale esiste la possibilità di una decisione, porterebbe alla conclusione di negare la figura dell'autore mediato anche usando uno strumento doloso perchè in tal caso la persona usata ha la possibilità di una decisione. Così come per una costrizione, la antigiuridicità dell'azione della persona usata può essere esclusa anche per ciò che essa viene indotta in errore da qualcheduno o che viene mantenuta in errore in modo tale che per es: il determinatore determina mediante inganno un'infermiera a dare al malato invece della chinina ordinata dal medico l'arsenico. L'infermiera funziona quì soltanto come strumento dell'aut.med. che agisce con pieno dolus.

§ 4

Autore mediato con uso di uno strumento doloso.

Se nel caso ora ricordato l'autore mediato è riconosciuto generalmente, è però molto discusso se l'autore mediato sia anche da ammettere allorchè la persona usata possegga il "dolus" necessario per il delitto e manchi soltanto di una determinata intenzione (Absicht) che la legge richiede inoltre per per questo caso. Perchè se la legge richiede quì, oltre il "dolus", anche una determinata intenzione e se quella non è presente nello strumento doloso, gli manca dunque un requisito (Moment) soggettivo per la qualità di autore, poichè appunto per l'autore è concettualmente propria l'esistenza di tutti gli elementi soggettivi del reato accanto agli oggettivi. Se in un

tal caso ci dovesse essere non punibilità sia della persona usata sia dell'usante, ciò non sarebbe soddisfacente. Poichè l'usato non potrebbe essere chiamato responsabile nè come autore nè come compartecipe: non come autore poichè gli manca un elemento soggettivo del Tatbestand cioè la intenzione; e non come compartecipe perchè una azione punibile dell'usante alla quale potrebbe partecipare, come dicono, non esiste. Un esempio può servire a dimostrarlo: Il servo A. determina la serva B, impiegata presso C, a togliere a C il suo orologio d'oro mentre egli dorme e portarlo ad A. Se noi qui non puniamo A come autore mediato del furto non possiamo punire nessuno. Se, d'altra parte, A non può essere punito come autore, anche B non può essere punita come complice. Questo risultato è la migliore confutazione della opposta opinione consistente nel negare la figura dell'autore mediato con strumento doloso. Il Kohler vuol punire in un siffatto caso la persona usata come autore; l'usante come compartecipe, sebbene egli riconosca che all'usato manca la intenzione di appropriarsi per proprio conto. Il Kohler dice: "Non posso capire perchè colui che vuole che un altro si appropri della cosa non dev'essere considerato così come colui il quale vuole appropriarsi della cosa per sè stesso. Si noti bene: la appropriazione occorre che sia soltanto formale; può essere una appropriazione per subito disporre altrimenti a favore di un terzo. Perchè dev'esserci una differenza se, l'autore o il mandante vuole appropriarsi prima a sè stesso la cosa per darla poi a un altro, o se sin da principio è voluta una appropriazione per un altro? " Secondo la mia opinione però è benissimo da fare quella distinzione riprovata dal Kohler perchè cosa corrisponde alla volontà della legge. Se la legge non fa quella distinzione nel furto bisogna soltanto dedurre per argumentum e contrario che la appropriazione deve avvenire a favore del ladro stesso. (appropriazione = impossessamento. N. d. T.). Come nell'esempio menzionato è richiesta una intenzione speciale dell'au-

388

tore come elemento necessario per l'esistenza del delitto,ci sono anche casi in cui attraverso una speciale qualità dell'autore è caratterizzato addirittura il delitto di cui si tratta e nei quali questa qualità è presente nello autore mediato,mentre manca nello strumento. Se per esempio, un impiegato determina volontariamente un non impiegato a distruggere un documento a lui,impiegato,affidato ufficialmente ,l'impiegato è autore del delitto secondo l'art: 348 del Cod. Pen. e ciò anche nel caso che egli si serva di uno strumento doloso poichè anche qui manca alla persona usata un requisito soggettivo per la qualità di autore,requisito che è proprio soltanto dell'usante. Giusta è secondo me dunque la sentenza dell' R. G. Vol. 28 - pag: 109,la quale il Von Liszt caratterizza come "molto estesa".

Capitolo II

L'autore mediato in relazione alla sua concettuale possibilità nelle singole classi di delitti.

§ 1 - Generalità

Dopo aver discusso precedentemente in qual modo un delitto ,se ammette in generale la commissione mediata,può essere mediatamente compiuto,adesso arriviamo alla questione principale del nostro assunto:ammettono tutti i delitti l'autore mediato o ci sono anche delitti nei quali concettualmente è esclusa la commissione mediata? Nel maggiore numero dei reati è quella indubbia possibilità ed è anche generalmente ammessa. Ciò vale per tutti quei reati che possono essere commessi senza osservanza di alcuna forma esterna e nei quali inoltre non è richiesta nella persona dell'autore nessuna qualità fisica o giuridica personale,cosicchè senza altro ogni uomo penalmente responsabile può esserne autore. Che questi delitti concettualmente ammettano l'autore mediato, non è da dimostrare ulteriormente.

Dove però,come nel delitto di falso giuramento il Tatbestand del de-

litto si riferisce ad un'azione ,pienamente formale,come la pronuncia di un giuramento,sorge subito la questione difficile e disputatissima:può essere considerato autore di un tale delitto uno che non abbia egli stesso fatta quell"azione formale,come per esempio quegli che non ha personalmente giurato,ma ha soltanto indotto un altro in buona fede? Se noi consideriamo la letteratura che non riconosce concettualmente dappertutto la figura dello autore mediato ci salta agli occhi un aggrupparsi entro di essa in due direzioni . L'un gruppo parte dal concetto fondamentale di un illimitato riconoscimento della autore mediato e considera i casi,in cui nega la possibilità dell'autore mediato,come eccezioni alla regola,poichè esso deriva la impossibilità dell'autore mediato dalla natura speciale del rispettivo delitto o della rispettiva classe di delitti.

L'altro gruppo invece non deriva la impossibilità dell'autore mediato in certi delitti dalla natura speciale del relativo delitto,e non li concepisce per così dire come eccezioni alla regola,ma considera quella impossibilità come effetto di un principio che serva di norma per la valutazione di tutti i delitti.

Questa ripartizione della letteratura prendiamo a base della nostra trattazione della questione poichè noi ci occuperemo primamente di quegli autori che ammettono come fondamento la possibilità dell'autore mediato . Qui sarà da indagare se le eccezioni fatte siano giustificate.

Poi ci rivolgeremo alla letteratura che in conseguenza di una certa teoria esclude concettualmente la figura dell'autore mediato in certi delitti. Qui sarà nostro compito stabilire in primo luogo se sia giusta la teoria in sè e,se del caso, se in secondo luogo i risultati conseguiti dalla applicazione della teoria sono giustamente derivati.

§ 2

Sviluppo del principio da cui vanno prese le mosse per trattare la questione.

Brevemente dobbiamo ritornare sul concetto di autore mediato. Anche nel caso dello strumento doloso abbiamo ancora ammessa la figura dell'autore mediato se mancava una certa intenzione richiesta specificamente dalla legge o se mancava nella persona usata una qualità speciale,che esisteva nell'usahte. Partendo da questa considerazione arriviamo necessariamente alla conclusione: delitti,il cui Tatbestand non si può realizzare oggettivzmente in altro modo che attuando insieme con esso anche i suoi elementi soggettivi,non ammettono commissione mediata. In base a questa affermazione possiamo formulare la nostra questione,se certe classi dè delitti concettualmente non ammettono lo autore mediato,anche ~~sul~~ nel seguente modo: ci sono delitti nei quali è concettualmente necessario che debbano essere realizzati gli elementi soggettivi ed oggettivi del Tatbestand dalla stessa persona affinchè quel Tatbestand sia compiuto; o con altre parole: ci sono delitti dove colui che attua la parte oggettiva del Tatbestand deve avere anche contemporaneamente il dolus richiesto dalla legge?

Se arriviamo ad una soluzione negativa di questa questione,abbiamo raggiunto il risultato che la figura dell'autore mediato è concepibile dappertutto.

§ 3

L'autore mediato in relazione al delitto di falso giuramento.

Spesso si è affermata la impossibilità di compiere gli elementi oggettivi e soggettivi del Tatbestand mediante persone diverse nel delitto del falso giuramento e si è creduto quindi dover escludere la possibilità di commetterlo sotto forma di autore mediato.

Qui l'azione esterna,il giuramento,potrebbe essere eseguita soltanto da colui che abbia contemporaneamente anche il dolus pel delitto. Questa opinione per la prima fu accolta e sviluppata da Schultze nel suo libro:"La ind~~t~~r-

341

zione al falso giuramento come delitto a sè stante " ha trovato molti seguaci e ha avuto la conseguenza che nel nostro Codice Penale è stata accolta la norma per la quale viene punito colui che induce un altro, di buona fede, a giurare una cosa oggettivamente falsa. Questa norma contenuta nell'art: 160 ha il seguente dettato: "Chi induce un altro alla prestazione di falso giuramento sarà punito con carcere fino a 2 anni, accanto al quale si può infliggere la perdita dei diritti politici;" e chi induce un altro a prestare una falsa assicurazione al posto di giuramento va punito con carcere fino a sei mesi. Il tentativo è punibile."

Il legislatore ha quindi in questa questione preso il punto di vista che commissione mediata di un falso giuramento non sia possibile e che senza la statuizione della speciale norma penale dell'art: 160, colui che induce (al reato di falso giuramento) non possa essere punito.

Riguardo alla storia dell'art: 160, non è giusto se il Meyer nella 5 edizione Pag: 185, deduce della statuizione dell'art: 160 la opinione che il legislatore abbia ritenuto ammissibile la commissione mediata del falso giuramento; che egli però con questa norma speciale abbia voluto soltanto impedire la punizione severissima che avrebbe colpito l'induttore secondo gli art: 153 e seg. Poichè però l'art: 160 esiste, possiamo punire colui che induce al falso giuramento naturalmente solo in base a questo articolo e non possiamo chiamarlo responsabile come autore mediato del reato previsto dagli artt: 153 e seguenti.

E' da domandarsi soltanto se era necessaria la norma speciale dell'art: 160 per prevenire ad una punizione dell'inducente (Verleiter); con altre parole, se la fondamentale ammissibilità concettuale della commissione mediata di un delitto nel falso giuramento doveva subire necessariamente una eccezione.

Per poter risolvere questa questione, che nella letteratura è stata moltissimo discussa, dobbiamo risalire alla tesi sopra sviluppata che: commissione mediata di un delitto è esclusa dove l'attuazione degli elementi oggettivi del

392

Tatbestand non si lascia concettualmente separare dagli elementi soggettivi del delitto. La questione che è da considerare soltanto "de lege ferenda", una volta che esiste l'art:160,è già stata esaminata in una dissertazione di von Helldorf con grande ampiezza,sotto tutti gli aspetti e generalmente in un modo giusto. Io devo quì, per non ripetere ,riportare soltanto i punti principali sui quali si basa la mia opinione. I difensori dell'art:160 si appoggiano per la maggior parte sull'affermazione che il ~~diritto~~ delitto di falso giuramento abbia un carattere speciale proprio,così detto "supremamente personale" in quanto ~~che~~ esso delitto potrebbe essere commesso solo da colui che adempisse una certa prescritta forma,cioè prestasse un giuramento davanti al giudice in modo solenne. In seguito a ciò sarebbe impossibile che il dolus di autore risieda in altri che quello che formalmente presta il giuramento. E'da concedere che,se fosse così,se,quindi,l'azione esterna nel falso giuramento necessariamente potesse essere realizzata solo da colui che abbia il dolus dell'autore,(T"äterdolus), non si potrebbe parlare di una commissione mediata del falso.giuramento. La affermazione comunemente portata in questione:poichè solamente colui al quale il giudice nel singolo caso impone il dovere di prestare giuramento,può anche egli solo essere spergiuro,è una affermazione erronea e si basa sul disconoscimento dell'essenza del giuramento:

Giustamente dichiara von Helldorf (pag:33) contro ciò:"Nel parlare della formula del giuramento non è compresa l'essenza del giuramento;anche nel volontario falso giuramento la forma è vera e soltanto il contenuto è falso e menzognero. La parte essenziale del giuramento,la cui violazione è punita dallo Stato,è che il contenuto del giuramento corrisponda alla verità;questo è il (proprio dovere) del giuramento:di dire la verità; dovere che poi viene ancora rafforzato in un modo specialmente solenne per mezzo delle parole formali. In quest'ultimo modo i doveri inerenti al giuramento possono essere violati da ognuno che sia colpevole di una falsificazione del contenuto:colui che nel singolo caso è obbligato a pre-

stare personalmente il giuramento può essere pienamente convinto di giurare la pura verità,nonostante che sia colpevole di una violazione dell'obbligo di una verità inerente al giuramento. La persona, però, che volontariamente lo ha indotto in errore sulla verità della sua dichiarazione rafforzata dal giuramento,ha violati i suddetti obblighi (eidespflicht);egli in verità ha giurato il falso , anche se non ha pronunciato la formula del giuramento."

Il carattere schiettamente personale non è quindi inerente al delitto di falso giuramento,e con ciò cade la teoria di tutti quelli i quali,appunto con riguardo a ciò,hanno negato. la possibilità concettuale della commissione mediata del delitto di falso giuramento. Anche il Löning non ci dà la prova per la sua affermazione:"che la legge richieda per il Tatbestand del falso giuramento il giuramento proprio (cioè il falso può essere solo di chi giura). " L'Olshausen nega la figura dell'autore mediato:"dovunque l'autore intellettuale rispettivo non potrebbe egli stesso attuare immediatamente il Tatbestand,vale a dire nei "delicta propria" in quanto le qualità necessarie e i rapporti in lui non sono esistenti;come,per esempio,la qualità di autore come impiegato nei delitti di ufficio,il rapporto dell'autore con il processo in questione in qualità di parte o testimone nei delitti di falso giuramento". Prescindendo dal fatto che, come vedremo più avanti,il falso giuramento e i delitti di ufficio riguardo ad una possibile ammissione dell'autore mediato non si possono giudicare sotto gli stessi punti di vista,la opinione di Olshausen sul falso giuramento ha per fondamento che al falso giuramento decorra una posizione speciale,poichè mancherebbero all'autore intellettuale determinate qualità personali necessarie per il delitto di falso giuramento. Qui però dimentica Olshausen che la prestazione di una determinata dichiarazione qualificata (dal giuramento) dà al dichiarante questa qualità.

Con ciò concludiamo la discussione sull'art: 160.

§ 4

Autore mediato in relazione ai "delicta propria".

La necessità che gli elementi soggettivi ed oggettivi del Tatbestand siano presenti in un'unica persona deve consistere non soltanto nel falso giuramento, ma anche in tutti quei delitti che nel loro Tatbestand richiedono per l'autore certe qualità personali o rapporti. Per quanto riguarda il falso giuramento, abbiamo visto che questa necessità assolutamente non esiste e che l'autore mediato di questo delitto si deve escludere soltanto per l'art: 160, che sarebbe meglio se non esistesse. Vedremo che quella necessità è da negare ugualmente negli altri delitti. L'Olshausen vuol ascrivere, come abbiamo visto, anche il falso giuramento alla classe dei "delicta propria". Che questo non sia possibile ho già detto, poichè la qualità di teste di una causa non è per niente una qualità personale di colui che è ammesso al giuramento anzitutto perchè essa qualità gli viene attribuita dal giudice. Perciò il falso giuramento sin dal principio richiede una considerazione distinta, separata. Nei delitti di ufficio, per esempio, la qualità di impiegato è una qualità personale inerente propriamente (originariamente) alla persona; lo stesso è nel delitto di Notzucht e nella pederastia per la qualità di uomo, nel delitto dell'art: 296 A per qualità di straniero .... ecc. dove la qualità relativa certo non è sempre una qualità giuridica, ma anche spesse volte una qualità fisica.

Dev'essere dunque necessario in tutti questi casi che colui che realizza la parte oggettiva del Tatbestand, cioè l'azione esterna, sia la stessa persona che realizza la parte soggettiva, e che quindi ha il dolus rispettivo?

L'obbiezione validamente fatta contro una ammissione dell'autore mediato nei delicta propria è che, appunto, dalla speciale qualità personale dell'autore è il delitto caratterizzato, e che tale carattere sarebbe tolto se come autore fosse preso in considerazione chi tale qualità non abbia.

Questa speciale qualità personale dell'autore può, dunque, essere sia fisica (come

per es: la qualità di parente consanguineo nell'incesto o di uomo nella Notzucht) sia giuridica (come per es: la qualità di impiegato nei delitti di ufficio o di soldato nei delitti militari.)

Se la legge nell'art: 348, parte 1, dice:"Un impiegato il quale,autorizzato alla accettazione di pubblici documenti,nell'ambito della sua competenza,volontariamente documenta in modo falso un fatto giuridicamente rilevante oppure fa false scritturazioni in pubblici libri o registri,va punito con carcere non inferiore ad un mese",un non impiegato che abusi per siffatta azione di un impiegato versante in errore,e che così agisca come l'impiegato stesso,per mancanza di una norma speciale non potrebbe essere punito perchè la legge designa come autore di questo delitto "verbis expressis" un impiegato.

Ma non viene prodotta la stessa situazione giuridica per colui che deve subire la falsa documentazione a suo danno tanto se l'impiegato volontariamente attesta egli stesso in modo falso il fatto giuridicamente rilevante,quanto se questa documentazione è causata da qualcheduno che si serve dell'impiegato come mezzo per il suo scopo?

Ed è forse l'azione di colui che usa un impiegato versante in errore,meno condannevole che quella di un impiegato agente volontariamente sua sponte?

Recisamente sbagliato e superfluo è quindi se il Codice nell'art: 271 reca una norma speciale per la quale va punito colui che induce un impiegato,che non agisce col dolus necessario,a commettere una falsa documentazione contemplata dallo art: 348. Questa norma speciale è tanto più irragionevole perchè dall'articolo 271 deriva all'autore una pena più mite che dall'art: 348 e perchè così per l'estraneo è stato creato un privilegio inconcepibile. L'art: 271 dice:"Chi volontariamente procura che dichiarazioni,contratti o fatti rilevanti per diritti o per relazioni giuridiche,vengano documentati in documenti pubblici,libri o registri come avvenuti,mentre non sono avvenuti assolutamente o sono avvenuti in modo diverso o si sono prodotti in una qualità a lui non spettante o per opera di un'altra persona,va punito con carcere fino a sei mesi o con una pena pecuniaria fino

a 300 marchi. E' errato se Lenz dalla esistenza dell'art: 271 deriva una impossibilità concettuale dell'autore mediato per il delitto dell'art: 348. Egli dice: "Accanto alle ragioni teoriche contro la qualità di autore mediato nel non impiegato c'è specialmente la circostanza che altrimenti la norma dell'art: 271 sarebbe pienamente superflua". Certo Lenz adduce anche una ragione teorica dalla quale crede dover dedurre la impossibilità dell'autore mediato nel delitto dell'art: 348. Egli dichiara che l'azione di un terzo che si avvalga di un impiegato in buona fede si configurerebbe come un pericolo per l'istituzione della documentazione pubblica creata dallo stato di diritto allo scopo di fissare per sempre certi provvedimenti. Questa interpretazione è però troppo restrittiva. L'azione del terzo mette in primo luogo in pericolo gli interessi delle persone che possono essere lese dalla falsa documentazione, pericolo molto più grave che "il pericolo per l'istituzione della documentazione pubblica. Lo stesso principio, ~~nel singolo caso l'evento punibile di un delitto e se questo evento~~ cioè l'esame della questione in che consista nel singolo caso l'evento punibile di un delitto e se questo evento sia raggiunto o no, questo principio che abbiamo già applicato, deciderebbe la questione dell'autore mediato nel reato previsto dall'art: 348, anche adesso ci deve guidare nel nostro studio degli altri delitti in relazione all'ammissione dell'autore mediato. Se vediamo chiaro in questo punto, designeremo sempre come autore colui che ha causato l'evento. Perciò resta indifferente se il causatore di questo evento appartenga alla classe delle persone che il legislatore in primo luogo ha considerato come autori o se non appartenga ed abbia soltanto prodotto l'evento per mezzo di un membro di quella classe di persone, agente come strumento.

Soltanto se prendiamo come base questa pura responsabilità per l'evento, arriviamo effettivamente ad un risultato pratico e così evitiamo anzitutto che individui che si sono resi colpevoli gravemente contro l'ordine sociale usando altre persone in bnona fede le quali posseggono le qualità convenienti per certi delitti, restino impuniti.

317

Partendo dalla pura responsabilità per l'evento, dobbiamo ammettere in tutti i delitti senza eccezione la figura dell'autore mediato.

Anche quì è sempre un certo evento che il legislatore ha dichiarato punibile. Il legislatore vuole impedire che, contro la giustizia, venga giudicato sia in favore sia contro una parte in processo; vuole impedire che mediante la forza della sovranità statale venga costretto un cittadino, contro la legge, ad una azione o che vengano poste restrizioni alla sua libertà personale; vuole impedire che un cittadino sia danneggiato dal fatto che si compia una falsa documentazione; ecc. Perciò il legislatore pone le relative norme penali. Il legislatore ha lo stesso interesse di proteggere la società umana da quelli che in primo luogo possono commettere tali delitti (cioè dagli impiegati dolosi), come da quelli che lo stesso evento delittuoso producono mediatamente, cioè usando un impiegato non doloso. Questo però è soltanto possibile ammettendo concettualmente la figura dell'autore mediato, senza eccezione nei delitti di ufficio. Fra i rappresentanti di questa opinione trovasi in primo luogo il Frank. Questi dice che l'esistenza dell'articolo 271 si opporrebbe de lege lata non solo all'ammissione dell'autore mediato nel delitto dell'art: 348, ma anche in tutti i delitti di ufficio. Noi affermiamo dunque che la figura dell'autore mediato, tenuto conto dell'art: 348, non però in tutti gli altri delitti di ufficio.

Mentre Frank solamente per la ragione esterna dell'esistenza dell'art: 271 perviene a negare l'autore mediato nei delitti di ufficio, gli altri autori sono contrari alla nostra opinione in riguardo alle qualità concettuali di questi delitti. Hermes nella classe dei delitti che presuppongono certe qualità personali nell'autore vuol distinguere se questa qualità dell'autore gli è attribuita giuridicamente o se è una qualità fisica di fatto. Egli ammette soltanto nei delitti che presuppongono semplicemente una qualità fisica l'ammissibilità dell'autore mediato, quindi la nega per es: nei delitti di ufficio e non nella Notzucht. Egli perviene a questa opinione poichè ammette che nella prima classe di, questi delitti

(qualità giuridica) un autore mediato,a cui mancano queste qualità,non potrebbe avere il dolus necessario per la commissione di tali delitti. Però,come dice espressamente,la causa della sua opinione non sarebbe una causa oggettiva,cioè non mancherebbe alle azioni realizzate dall'autore mediato un qualsiasi elemento esterno del Tatbestand.

Questa distinzione fatta da Hermes che un delitto in relazione all'autore mediato sia da considerare diversamente se una condizione posta per l'autore sia concettualmente propria (sia propria al concetto del reato:Sia una condizione giuridica. N.dè T.) o se sia semplicemente una condizione di fatto,manca di ogni approvazione;e se l'Hermes poggia la sua opinione sul fatto che nei casi prima detti (condizione giuridica) la persona,a cui manca la qualità rispettiva,non potrebbe avere il dolus per il delitto,ciò è da respingere. Per es: Un non impiegato che induce un giudice latentemente pazzo,la cui pazzia casualmente conosce, a falsare il diritto sfruttando la sua infermità,ha lo stesso dolus per il delitto dell'art: 336,come lo ha un giudice sano che consapevolmente si rende colpevole di falsazione del delitto.

Altre ragioni che debbono giustificare la impossibilità dell'autore mediato nei delitti di ufficio e nei delitti da giudicare sotto i medesimi punti di vista, mette in campo il Nagler (pag: 71 e segg.),che arriva a risultati simili a quelli dell'Hermes. Nagler dice:" Certo non è a dubitare che la qualità di autore intellettuale rende possibile all'autore di creare condizioni,e come conseguenza,di realizzare effetti che egli come autore materiale (senza il mezzo umano usato) non avrebbe potuto produrre. Però vale questo concetto fondamentale soltanto nel campo dei fatti fisici dove si tratta di una raggiungibilità fisica dell'oggetto della aggressione. Non ha valore in quanto si tratti di speciali qualificazioni giuridiche mancanti all'individuo (autore intellettuale). Un surrogato per mezzi ausiliari fisici si può avere sempre,invece condizioni giuridiche per la persona dell'autore non sono surrogabili.Soltanto in quanto esista

una equivalenza giuridica dei compartecipi,la forma del cosiddetto autore mediato può toglie re difficoltà che si contrappongono a un certo modo di compiere un delitto. Invero l'essenza della qualità di autore intellettuale si basa su di un particolab modo di applicazione della legge di causalità. Se il singolo individuo in virtù di una speciale direzione del divieto dell'ordine non è addirittura in grado di violare questa prescrizione,anche il fatto che egli in virtù di speciali circostanze,cioè per mezzo di una persona,appartenente alla classe dei giuridicamente vincolati al comando,possa realizzare un evento,che rappresenterebbe un delitto speciale se fosse la realizzazione della volontà colpevole della persona usata,quale mezzo, non può cambiar niente."

Se Nagler ammette l'autore mediato dunque ugualmente là dove vengono presupposte nell'autore certe qualificazioni giuridiche e dove le qualificazioni giuridiche non sono presenti soltanto nella persona usata, "poichè qualificazioni giuridiche nell'autore non possono essere surrogate." Perchè,però,appunto una surrogazione delle condizioni giuridiche non potrebbe essere possibile non si può capire. La ragione addotta dal Nagler che lo individuo che non abbia le speciali qualità non può agire contro lo speciale divieto o comando poichè questo divieto o comando non è rivolto a lui,non è in alcun modo plausibile poichè questo avverrebbe anche nel caso che vengano presupposte nell'autore qualità non giuridiche,ma fisiche.

Come un non impiegato non potrebbe commettere un delitto di ufficio,così anche una donna non potrebbe commettere una Notzucht,poichè,anche ad essa mancano le speciali qualità per questo delitto.No,questa surrogazione è possibile in ogni caso.

In tutti i delitti dove speciali qualità vengono presupposte nell'autore,logicamente,possiamo pervenire ad una punizione di uno che tali qualità non abbia soltanto,se noi attribuiamo l'azione dello strumento,del quale si serve l'autore mediato,appunto in relazione alle sue speciali qualità,all'autore mediato stesso, come se fossero,le qualità dello strumento,qualità proprie dell'autore mediato e

come se egli avesse agito immediatamente. Le qualità speciali dello strumento in vero passano, per così dire mediante l'uso dello stesso, allo autore mediato. Da questo punto di vista è anche pienamente indifferente di quale specie siano quelle qualità speciali dello strumento, se siano giuridiche o puramente fisiche, poichè tutte le qualità ~~dell'autore mediato~~ dello strumento appariscono come qualità dell'autore mediato.

Questa osservazione ci porta contemporaneamente a fare un importante passo in avanti. Siamo partiti dal principio di ammettere l'autore mediato, in base alla semplice responsabilità per l'evento, in tutti i delitti di ufficio.

A desso abbiamo visto che in relazione alla surrogazione di qualità personali e di rapporti non c'è da fare alcuna differenza tra qualità fisiche e giuridiche. Da ciò segue necessariamente che noi dobbiamo trasmettere il principio della ammissione dell'autore mediato anche a quei delitti che presuppongono nell'autore certe qualità fisiche. Che ciò corrisponda anche al principio della responsabilità per l'evento, si capisce da sè.

Pienamente col punto di vista di von Nagler concorda anche Merkel. Da una parte egli dichiara (pag: 140): " Sotto le norme per es: che un impiegato che si sia reso colpevole di una falsificazione volontaria del diritto sia da punire col carcere duro (Zuchthaus) non è da sussumere un non impiegato, nello stesso ~~senso~~ modo come non si può sussumere un impiegato che non ha violato il diritto o non ha agito volontariamente. Questa sussunzione invero caratterizza l'autore." D'altra parte Merkel afferma (pag: 346) che soggetto di un delitto di Notzucht (art: 177) potrebbe essere anche una donna. Sembra dunque che anche il Merkel riguardo all'autore mediato voglia fare la distinzione fra la surrogazione di qualità giuridiche e quella di qualità fisiche. Quindi posso limitarmi ad opporgli quanto ho detto contro il Nagler. In una concezione sbagliata trovasi anche il Binding che dichiara riguardo al delitto di Notzucht (I pag: 200): "Soggetto della Notzucht è soltanto l'uomo. In caso contrario è da vedere una violazione della forma del delitto come si è formata storicamente."

401

Ugualmente dice il Löning (Il Redattore Responsabile: pag: 149,150) :" Di una commissione mediata del delitto tanto meno si può parlare nel caso per es: che una donna esplichi violenza per render possibile a un uomo una relazione (Beischlaf) extraconiugale con una terza; ciò non è commissione mediata della Notzucht da parte di quella donna poichè la legge richiede per il Tatbestand della Notzucht la personale attuazione del coito con una donna,dunque da parte di un uomo."
Il Binding come il Löning ci devono per la loro tesi la prova e anche di fronte a loro è da dire che sempre quegli va punito come autore che colpevolmente effettua l'evento disapprovato dal legislatore. Questo evento è però nella Notzucht senza dubbio l'esercizio del coito extraconiugale usando violenza o minaccia di un pericolo presente, grave, per la persona o la vita. Se una donna, valendosi di un uomo pazzo, può produrre questo evento, può anche esser punita come autrice di questo delitto.
Giustamente dice quindi Frank (art: 177 parte 1) riguardo al delitto della Notzucht: "L'identità fra la persona che esercita la violenza e la persona che esercita il coito non è necessaria. Già per questa ragione può essere autrice anche una donna." e riguardo al delitto previsto dall'art: 176 parte II:" Che autore possa essere soltanto quella persona che esercita il coito con la donna, non dice la legge. Quindi può anche un'altra donna essere autrice,e con ciò,anche coautrice." Il Frank considera dunque la produzione dell'evento come punto di riferimento. Il Finger lascia aperta la questione (pag: 337 N. 432). Egli dice: "La questione è molto discussa e per la sua soluzione si tratta di vedere se nei delitti di evento va dato il maggior peso alla attuazione dello evento o alla azione stessa che ci dà l'evento,cioè se si deve considerare il delitto più dal punto di vista del violato o da quello del violatore."
Nella confutazione degli avversarii della teoria da noi difesa,che la figura dell'autore mediato sia concettualmente possibile in tutti i delitti,veniamo ora a quegli autori i quali la ammissibilità della commissione mediata in certe classi di delitti l'affermano in seguito ad una determinata teoria. A questi apparten-

gono : Beling ed Höpfner.

Occupiamoci in primo luogo delle ampie spiegazioni di Beling che, in un tempo recentissimo, nella sua "Dottrina del reato" è sceso in campo per negare la figura dell'autore mediato in certe classi di delitti. Beling parte dalla divisione di tutti i delitti in 2 classi:delitti formali e delitti materiali (pag: 203, 204). Delitti formali sono quelli:i cui Tatbestände semplicemente denominano l'azione - in un certo modo colorata - senza in alcun modo menzionare la serie causale collegata ad essa azione." Così i delitti di istigazione (Aufforderung) artt: 85, 110, 49 a, 138 ecc. del Codice Penale.

Delitti materiali sono quelli "i cui Tatbestände oltre l'azione richiedono ancora eventi espressamente determinati staccantisi dall'azione, ma appartenenti al Tatbestand."

La differenza viene precisata come segue:"Nei delitti formali il Tatbestand consiste quindi semplicemente in un movimento o in un non movimento del corpo in un certo ambiente. Nei delitti materiali al movimento o non movimento del corpo più l'evento. Nei primi viene considerata soltanto la relazione che ha la azione con ciò che sta davanti e accanto ad essa. Negli altri viene considerato anche quello che accade dopo di ~~che~~ essa e che si sviluppa dalla azione stessa." Da questa differenziazione in delitti formali e materiali costruisce il Beling adesso una distinzione fra delitti i quali escludono concettualmente l'autore mediato, e delitti che concettualmente lo ammettono. Egli dice (pag: 236) "1° I Tatbestände dei delitti formali circoscrivono semplicemente l'azione in modo che questa venga portata in un certo ambiente. Questo ambiente naturalmente non è una cosa personale, ma dentro di esso l'azione deve stare per ~~compiere~~ agire conforme al Tatbestand. Da ciò segue la conseguenza importante: i Tatbestände dei delitti formali sono assolutamente intrasmissibili, cioè non commissibili in qualità di autore mediato. Così può esser punito per attraversamento di un ponte soltanto quello stesso che l'ha attraversato. Chi induce un fanciullo quattrenne o un pazzo ad attraversare un ponte non compie il Tatbestand così come quello che fa correre una cavallo

attraverso un ponte. Ciò risulta alla evidenza anche dall'impossibilità della formula di accusa:non si può accusarlo di aver attraversato il ponte. 2°)

Non così nei delitti materiali. Il punto essenziale del Tatbestand è l'evento. L'azione viene considerata essenzialmente soltanto come fonte di essp. Perciò principalmente tutto ciò che, del Tatbestand, viene dopo l'azione è trasmissibile. Il Tatbestand non occorre sia adatto al movimento fisico proprio dell'autore; quanto più o meno l'autore abbia in persona prima contribuito alla attuazione del Tatbestand,non è importante. Perciò può benissimo fra l'azione e l'evento relativo essere interposta l'azione di un uomo usato come strumento;la produzione dell'evento per mezzo di questa ultima persona si può attribuire all'autore come sua propria attuazione del Tatbestand purchè egli sia cagionatore dell'azione della persona mediata. L'attuazione del Tatbestand non dev'essere schiettamente personale.Chi fa distruggere per mezzo di un pazzo una cosa altrui,nel senso del dir.penale,ha "egli stesso distrutto una cosa non propria"; l'azione distruttiva del pazzo,è, perchè da lui provocata,una sua propria azione distruggitrice della cosa."

Secondo me tutta la di distinzione concettuale tra delitti formali e delitti materiali prendendo come base la definizione di Beling è pienamente sbagliata. Non è assolutamente giusto che in certe classi di delitti,nei delitti formali, "l'azione debba stare entro un ambiente,per corrispondere al Tatbestand per modo che questo sia intrasmissibile. Anche nei delitti che Beling chiama formali è essenziale che attraverso l'attuazione del Tatbestand legale sia raggiunto un certo evento; e soltanto che questo evento sia raggiunto è penalmente importante.

NOTA : Giustamente Mittermayer Pag: 237 " Dappertutto nel diritto penale abbiamo eventi e soltanto un evento ha importanza nel diritto.Non ci sono delitti formali".

Così in particolare anche i cosiddetti delitti di istigazione (Aufforderung) (per es: art: 49 a e 85,ecc.) che Beling addusse come esempii principali per i delitti formali,sono compiuti solo nel momento in cui l'istigazione è pervenuta a conoscenza di quell'altra persona,col qual fatto appunto è realizzato un evento.

Se Beling rifiuta di accusare alcuno per aver attraversato un ponte se questi ha soltanto mandato un pazzo attraverso il ponte,questa esitazione non riguarda nien-

altro che la espressione letterale,che non ha niente che vedere con la parte giu_ ridica della cosa. Ugualmente si potrebbe rifiutare,però questo non fa Beling,di dire che abbia distrutto una cosa non propria se costui ha fatto distruggere quel_ la cosa da un pazzo.

In tutti due gli esempi è penalmente rilevante soltanto un certo evento:cioè,nel primo caso,che un ~~nonno~~ uomo attraversi un ponte; nel secondo,che un uomo distrug_ ga una cosa. Tutti i due casi sono da trattare ugualmente. Se però,nel primo caso, non è un pazzo ma un cavallo che attraversa il ponte,il Tatbestand di questa norma non è compiuto addirittura,poichè l'evento richiesto dalla norma,cioè che un uomo attraversi il ponte,qui non è realizzato e quindi la norma non è violata. La equi_ parazione che quì Beling fa,è quindi pienamente sbagliata. I delitti formali si distinguono,secondo la mia opinione,dai delitti materiali soltanto per il fatto che,nei primi,l'evento distacca meno visibilmente che negli altri dall'azione. La differenza quindi non è concettuale e già da questo argomento risulta la impossi_ bilità di negare nei delitti formali certe qualità concettuali che sono riconosciu_ te generalmente nei delitti materiali. Ciò vale specialmente per la possibilità della commissione mediata che Beling nega in generale pei delitti formali. Un esem_ pio servirà a chiarire ciò: il Beling stesso,e perciò l'esempio ha molto valore, ci porta come un caso di delitto formale,nel quale quindi è escluso l'autore media_ to,il delitto previsto dall'art: 138. Quì è detto nella parte prima:"Chi,chiamato come teste,giurato o scabino produce un falso fatto a scusa,va punito col carcere fino a due mesi." Se si volesse quì ammettere soltanto commissione immediata del delitto e negare la possibilità di una commissione mediata, A,citato come teste, che scriva al giudice falsamente di essere malato,dovrebbe essere punito col car_ cere; B però,ugualmente citato come teste,che fa sì che una lettera simile sia scrit_ ta e spedita da un pazzo dovrebbe restare impunito. Questo risultato illumina la inaccettabilità della tesi di Beling. Se però il principio di escludere l'autore mediato nei delitti formali,è sbagliato,lo è naturalmente anche ogni prova ~~fatta~~ basan_ ~~tesi~~ tesi su questo principio che va considerato come mal riuscito. Se quindi Be_

egli
sono delitti formali tipici,e nei quali quindi crede di dover negare l'autore me_
diato,questa opinione è da respingere. Queste conseguenze pare che tragga il Beling
dicendo a pag: 239: "Come un elemento schiettamente personale del Tatbestand appare
la appartenenza dell'autore ad una determinata classe di persone richiesta da al_
cuni tipi di delitti. Qui vale il detto:Si duo fecissente idem,non est idem. E'
chiaro che uno che non appartenga a questa classe (un extrabeus) non può addirit_
tura compiere il relativo Tatbestand:con altre parole,questo requisito personale
non è trasmissibile e non è sufficiente che sia presente nella persona dell'autore
immediato usato come strumento. Certamente anche questi Tatbestände,in quanto sono
materiali, possono essere commessi dall'autore mediato. Soltanto che l'appartenenza
ad una determinata classe di persone deve aversi nell'autore mentre non è necessa_
rio d'altra parte che esista nella Mittelsperson;altrimenti ci sarebbe una defi_
cienza nel Tatbestand con riferimento personale."
Contro ciò è da rilevare che anche in questi delitti il fatto condannevole è sempre
soltanto l'attuazione dell'evento delittuoso. Da questo punto di vista non si può
fare una differenza se l'autore abbia in sè stesso le qualità necessarie o se non le
possegga egli stesso ma usi una persona che è in possesso di queste qualità. Ogni
altra interpretazione della legge sarebbe formalistica e insoddisfacente.
Una opinione simile a quella di Beling ha il Höpfner (vol:22 della Zeitschrift).
Egli parte dalla affermazione:"Autore di un delitto,quindi anche autore mediato,è
soltanto colui che compie un illecito (Unrecht). Da ciò egli deduce:"Da questa te_
si consegue chiaramente che autore di un delitto non è chi fa qualche cosa che non
è vietato a lui ma ad altri. E' questo il caso quando certe norme giuridiche sono
dirette soltanto verso una determinata cerchia di persone a cui non appartiene co_
lui che agisce. Così nei puri delitti di ufficio,almeno per lo più." E poi:"Simil_
mente,come nei casi suddetti,si presenta la situazione se la norma è diretta in
abstracto verso ognuno,ma prescrive un certo comportamento soltanto se sono rea_
lizzate certe condizioni nei rapporti personali. Colui nella cui persona quelle con
dizioni in concreto non sono presenti, in concreto non è vincolato e non può essere
quindi autore del delitto che consiste nella violazione di questa norma. Così pre_

suppone, il divieto del falso giuramento, che colui che giura falsamente sia teste o perito, cioè che sia invitato, da una persona autorizzata, per testimoniare o fare una perizia, o che il giuramento sia deferito, riferito o imposto". Si deve concedere ad Höpfner in un primo momento che la sua affermazione "Autore è colui che commette un illecito" è giustissima anche se un po' incerta e genericamente formulata. Se Höpfner, derivando da ciò la conseguenza: quindi non è autore chi fa qualcosa che non è vietato a lui, ma ad un altro, crede di aver trovato la chiave per la soluzione della intera questione, è in errore. Con ciò non andiamo avanti di un passo perchè in tutti i casi considerati da Höpfner si discute appunto sul fatto se all'altra non sia ugualmente vietata l'attuazione del Tatbestand relativo. Appunto resta sempre aperta la questione: è possibile che una norma, se essa punisce una determinata azione di un impiegato, sia violata soltanto da un impiegato e anche da colui che si serve di un impiegato? In modo equo e giusto questa questione è da risolvere soltanto nell'ultimo senso (che anche chi usi un impiegato violi la norma). Ingiusta è inoltre la opinione di Höpfner che la impossibilità dell'autore mediato in un delitto derivi dal concetto dell'azione vietata, "essendo esso concetto di tale specie che, nei casi in cui l'autore intellettuale e l'autore fisico sono persone diverse, l'azione dell'autore intellettuale non è più da sussumere sotto il concetto dell'azione colpita dal divieto, nonostante sia in essa una causa dell'evento caratterizzato dal divieto della legge".

Un tale concetto di azione di tale carattere dicesi dato: "dove l'evento, di cui la azione in questione rappresenta concettualmente l'attuazione, consiste nella produzione di un rapporto e specialmente di un contatto fra l'agente ed un'altra persona o cosa, cioè se questa relazione viene creata o realizzata fra l'autore fisico e la persona estranea o la cosa, non però fra questa (cosa o persona estranea) e l'agente, cioè l'autore intellettuale". Così per es: un divieto di prendere un oggetto poichè "prendere" è concettualmente qualcosa di diverso da "provocare che sia preso", può essere violata solo in questo modo: "che uno l'evento, di toccare un oggetto caratterizzato dal concetto del prendere, lo produca con le proprie dita e non inve-

se mediante la produzione di un toccamento dell'oggetto da parte di altrui dita". Così deve l'autore mediato inoltre essere escluso in azioni "nelle quali la attività consiste in una dichiarazione su un fatto proprio o su qualcosa riguardante la persona che dichiara", e anche in azioni "che presuppongono una determinata qualità fisica nella persona agente, come, per esempio, azioni che possono essere compiute immediatamente soltanto da un uomo, quando si riguardi la loro commissibilità da parte di una donna". e finalmente in azioni in cui il concetto di azione appartiene a certi concetti concreti, come per es: è lo scrivere, il parlare, il salire, il confessare, ecc.

Ritenendo, come è giusto, essere essenziale soltanto l'attuazione dell'evento penalmente rilevante, ne deriva la conseguenza irrefutabile: la norma è violata tostochè è realizzato l'evento. Se quindi, per seguire l'esempio di Höpfner, il legislatore vieta di prendere una certa cosa, per lui è essenziale che questa cosa non venga assolutamente presa e gli è indifferente se uno prenda egli stesso l'oggetto o agisca in modo che esso venga preso per mezzo di un altro in buona fede o incapace di volere. Anche in quest'ultimo caso un uomo ha presa la cosa e l'evento richiesto dalla legge anche quì è effettuato, come nel primo caso, e quindi la norma è violata. Si ha lo stesso caso se per es: è vietato di cavalcare in un certo luogo; quì è violata la norma quando io stesso vado a cavallo, ma anche se faccio cavalcare uno che sia in buona fede o incapace di una volontà. Uguale considerazione meritano anche i casi in cui l'attività dell'agente è una dichiarazione su di un fatto proprio o su qualcosa che riguarda la persona di colui che dichiara. Anche quì è da scartare la opinione di Höpfner. A questo gruppo apparterrebbe per es: il caso dell'art: 138 e possiamo rimandare a quanto si è detto al riguardo. Anche nei casi in cui nell'autore è presupposta una qualità fisica, non c'è bisogno di negare l'autore mediato. Se per es: nell'art: 175 va punita la pederastia, il pensiero del legislatore è che tale rapporto fra uomini deve essere evitato. Quindi è violata la norma se due uomini stanno direttamente in tali rapporti, ma anche se due donne determinano due uomini a una tale relazione. Lo stesso è

il caso dell'incesto (art: 173): qui l'evento riprovato dal legislatore è indubbiamente quello, come dice anche Frank giustamente, il coito tra persone ~~sanguinarie~~ consanguinee. Anche questo delitto può essere commesso mediatamente se A determina per es: X a fare coito con sua madre, cioè la madre di X; poichè qui A effettua il coito illecito volontariamente (così anche Meyer Allefeld paragrafo 27 N. 9). L'esempio scelto da Frank in cui A induce il pazzo X al coito con la madre di A non rappresenta un caso di incesto e quindi non può essere usato per una prova contro la figura dell'autore mediato in questo delitto; forse A potrebbe essere considerato autore mediato del delitto di Notzucht (art: 177).

§ 5.

Riassunto dei risultati raggiunti.

Credo di avere esaurito con ciò la indagazione sulla nostra questione e di poter concludere la discussione. Riassumendo, arriviamo alle seguenti conclusioni:

1=) La figura dell'autore mediato è concettualmente possibile in tutti i delitti. La ragione è compresa nella considerazione che autore di una azione punibile è sempre colui che effettua un certo evento riprovato dal legislatore, indipendentemente dal fatto se appartiene alla classe di quelle persone che in primo luogo possono essere in questione per la commissione del delitto, o se si serve di un membro di questa classe di persone per effettuare l'evento.

2=) Escluso è l'autore mediato "de lege lata" soltanto nel falso giuramento e nel delitto previsto dall'art: 348 del Cod. Pen. tenuto conto di esistenti norme speciali. Queste norme speciali sono però contro i principi e ingiuste.

v o n H I P P E L

§ 31 - Principii generali

pag: 4 4 8

V) Come per l'istigazione così anche per la complicità si richiedeva un fatto principale (almeno sotto forma di tentativo) doloso e punibile dè un autore dalla libera volontà. Per questa opinione si è testè trovata la denominazione di natura accessoria della partecipazione.

VI) Questo punto di vista ha mantenuto la comune dottrina anche di fronte al nostro Codice Penale del Reich. Ciò non sarebbe stato necessario. Poichè le parole "azione punibile commessa" (art: 48) (Il cui scopo era di dichiarare esente di pena la istigazione non accolta) e "crimine o delitto" art. 49 (Le quali esprimono la impunibilità della complicità nelle contravvenzioni) si sarebbero potute interpretare nel senso che l'autore deve realizzare soltanto il Tatbestand oggettivo di un delitto (o almeno compiacerne la attuazione), che quindi alla punibilità della compartecipazione appartiene la consumazione del fatto principale dell'agente, ma non la punibilità (specialmente: antigiuridicità e colpa) di esso.

(((Nota 9 pag: 448. Così infatti alcuni scrittori purtroppo rimasti pienamente in minoranza. Confront: Herzog Ger. S. 24, 1872 - pag: 435 e segg. Höpfner in Zeit. vol: 26 -1906 pag: 379 e segg. con l'indicazione che la nostra lingua non ha alcun'altra parola per denominare la realizzazione del Tatbestand oggettivo.)))

VII) Tale opinione sarebbe stata contemporaneamente l'unica soluzione soddisfacente per la scienza e la pratica. Essa sola corrisponde al pensiero fondamentale degli antichi giuristi riaffermato anche nei motivi del nostro Codice che la compartecipazione non è nient'altro che la concausazione dell'evento.

pag: 4 4 9

Partendo da questo concetto è necessario, per la punibilità, un fatto principale a cui si sia pervenuti a causa della cooperazione del compartecipe. Altrimenti il delitto si sarebbe fermato nella fase di semplice preparazione che naturalmente è altrettanto impunibile quando agiscono più persone come nel caso dell'autore unico. Pienamente indifferente invece è per conseguenza la punibilità del fatto principale poichè chi ha concausato assieme con altri, per mezzo della sua azione in concorso, antigiuridicamente e colpevolmente la azione di esecuzione, è punibile per questa sua attività, appunto come l'autore che la intraprende personalmente.

(((Nota 4 pag: 449. Che la concausazione sia sufficiente per la responsabilità penale, sembra quanto mai ovvio nell'odierno stadio della dottrina della causalità. Così pure è ovvio che sia pienamente indifferente se si tratta di cooperazione fisica o intellettuale)))

E' addirittura strano che si sia misconosciuta o trascurata continuamente questa semplice verità. Perciò si cercava un diverso fondamento per la necessità della commissione di un fatto principale: lo si trovò nella cosidetta natura accessoria della compartecipazione.

(((Nota 5 pag: 449: Mayer pag: 374, 387 e segg. tratta la compartecipazione sotto il punto di vista di una "ragione di estensione della pena". Come concezione dommatica è un inconsistente artificio)))

Con ciò si andava oltre generalmente e si richiedeva per la punibilità della compartecipazione non soltanto la commissione del fatto principale, ma inoltre la punibilità di esso. Così un errore deva origine all'altro. E con ciò si era arrivati

pag: 4 5 0

ad uno stato stazionario della dottrina ormai considerato come naturale.

VIII) Questa dottrina della cosidetta natura accessoria conduceva praticamen-

te nello stesso tempo al risultato che legalmente non si poteva far niente quando il fatto principale era sì commesso, ma non era punibile. Poichè qui concettualmente, nel senso della legge, non c'era compartecipazione. Riusciva però insopportabile che l'istigatore dovesse rimanere impunito; e per questi casi faticosamente fu creato a suo tempo il concetto ausiliario del cosidetto autore mediato. La complicità però, in cui c'è lo stesso bisogno di una punizione, la si lasciava impunita.

IX) Nè basta. Naturalmente si aveva bisogno di un fondamento e di una giustificazione scientifica per la cosidetta natura accessoria. (Fatto principale punibile). Una opinione errata però si può fondare soltanto erratamente. Questo accadde a causa specialmente della affermazione: la causa dell'evento è l'azione punibile dell'autore che ha agito con xx libera volontà. La compartecipazione come tale non ha niente di punibile, ma deriva la sua punibilità della punibilità del fatto princi-

X) pale.

L'errore è evidente: il nostro problema anzitutto non ha niente da fare colla questione della libertà del volere. E' pienamente indifferente se l'autore

dovè subire l'influenza dal compartecipe o no; decisivo è soltanto che in concreto è stato influenzato. Con ciò l'influenzatore ha posto una condizione per l'avverarsi dell'evento, cioè anche lui lo ha concausato. Di una interruzione del nesso causale, quindi, non si può qui parlare. Inoltre è una situazione contraria alla ragione e scientificamente da abbandonare quella in cui si punisce un uomo che, come si diceva, ha causato non colpevolmente l'evento, ma la cui punibilità deve essere derivata da ciò che fece e pensò un altro. Come se oggidì potessimo punire per azione e colpa altrui! Finalmente: la intellettuale confusio-

ne di questa opinione ha fatto si che la espressione:"natura accesso_
ria" serva in molti casi addirittura come surrogato di pensieri giuri_
dici.

(((Nota 4 pag: 451: Molto giustamente parla Höpfner Zeit. vol. 26 pag: 583 di""una nebulosa configurazione che nelle parole "Natura ac_cessoria" trova una corrispondentemente nebulosa espressione:"" Vedi anche Frank § 48 II""Spesso l'espressione è diventata una frase col cui aiuto si crede di poter provare tutto ciò che si vuole"". Molto severamente anche Mayer pag: 387.)))

Se ne trovano le conseguenze più varie che appariscono in parte come fondamenti ingiusti di risultati giusti; e in parte danno un falso fon=damento a risultati ingiusti. Sarebbe una vera fortuna per la nostra intera dottrina della compartecipazione se sparisse questa parola su_perflua e di significato incerto.

X) Io stesso ritengo pienamente sbagliata tutta la dottrina della cosidet ta natura accessoria della compartecipazione. Il requisito della commis_sione di un fatto principale (al minimo come inizio di esecuzione) de_riva appunto dal fatto che la compartecipazione è concausazione dello evento. Il requisito della punibilità del fatto principale è una de_viazione puramente dottrinaria. Tuttavia prenderò le mosse nella se_guente trattazione dal fatto che la punibilità della compartecipazione richiede de lege lata un fatto principale punibile. Siccome questa è ora la opinione comune nella scienza e nella prassi, il nostro diritto vigente così come purtroppo si è sviluppato, non si può descrivere di_versamente. Naturalmente respingerò presunte conseguenze della natu_ra accessoria che vanno ancora oltre,

se non si giustificano per altre ragioni. Poichè esse non si basano

più sulla legge,ma su una parola divenuta trascendentale,a cui oggi ci si inchina come davanti al cappello di Gesler.

(((Nota 1 pag: 452: Recentemente ha prodotto questo dottrinarismo altri fiori: Mayer pag: 391 distingue le forme "minimamente accessoria", "limitatamente accessoria", "estremamente accessoria" ed "iperaccesso_ria" ed Eberhard Schmidt le accoglie (vedi Liszt-Schmidt pag: 311). Come se il compito della scienza fosse di rendere incomprensibili argomenti pur sì chiari!)))

---

§ 33 - Altri casi di collaborazione punibile

pag: 468

I)Sono stati già prima studiati i casi regolati dalla legge,contemporaneamente i più frequenti e i più importanti dal punto di vista scientifico,della qualità di coautore,della istigazione e della complicità. Essi comprendono l'intero campo della dolosa cooperazione,da cui risulta il voluto fatto principale punibile. Negativamente,cioè nel senso della impunità, escludono contemporaneamente la istigazione e la complicità colposa ad un fatto principale doloso.

Però non sono regolati legislativamente due gruppi di casi 1º) Istigazione (determinazione dolosa) e complicità (cooperazione dolosa) che conducono sì ad una azione di esecuzione dell'autore,ma non ad un fatto principale doloso e punibile.

pag: 469

2º)Commissione di delitti mediante il semplice operare d'una accanto alla altra di più persone agenti colpevolmente (dolosamente o colposamente)

.....

III)"Determinazione dolosa ad un fatto non principale doloso ed non puni_

bile" (cosidetta: qualità di autore mediato). Nel senso della legge ciò non costituisce "istigazione". Sarebbe stato semplice dichiarare la impunibilità per argumentum a contrario. Però questo era impossibile di fronte alla retta concezione dell'uomo buon senso e al bisogno pratico. Così, come complemento alla "Anstiftung" della legge, fu creò il concetto dell'autore mediato. Ma come si poteva fondarlo e delimitarlo?

1) Il fondamento si ricercò faticosamente nel pensiero insufficiente della "azione per mezzo di uno strumento senza libertà del volere (1)", e perfino nella responsabilità penale per azioni di terze persone (2) e nella qualità di autore Finto.

(1) (((Nota 9 pag: 46)) Questo pensiero è molto diffuso. Vedi specialmente Birkmeyer "Compartecipazione" 1890 pag: 116 segg. Critica: Il cosidetto strumento anche dal punto di vista dell'indeterminismo non dev'essere assolutamente "non-libero nella sua volontà". Inoltre strumento nella mano dell'autore intellettuale è anche l'istigato nel caso dell'istigazione)).

2 specialmente se l'istigatore è intellettualmente molto superiore. La questione della libertà del volere inoltre è indifferente, poichè decisivo per la punibilità è soltanto il fatto della determinazione avvenuta in concreto. Per la dottrina della causalità del Birkmeyer rimane inoltre la contraddizione che non l'autore mediato, ma il cosidetto strumento pone in essere la azione di esecuzione (la condizione oggettivamente più efficace), mentre, secondo Birkmeyer, la attuazione di essa caratterizza l'autore. Ciò in verità sarebbe una finta qualità di autore. Questa espressione si trova spesso nella letteratura. Perles nel Liszt pag: 209. In contrario giustamente per es. M-

yer pag: 376. Recentemente la teoria dello strumento è stata
difesa particolarmente dal Wachenfeld in Zeit. 40° pag: 39,
129, e segg.)))

(2) (((Nota 1 pag: 470: Così Borchert "Sulla penale responsa_
bilità per azione di terzi" Berlino 1888)))

pag: 4 7 0

E così si affatica sè stesso e gli altri con discussioni sul
tema: quali casi siano da comprendere sotto questi concetti e
quali secondo questi o per altre ragioni siano da ritenere im
punibili.

(((Nota 4 pag: 470. Così dichiarava per esempio Höpfner pag.
205 e segg. e specialmente pag: 216 e 217: che sia rilevante
fondamentalmente non la causazione, ma il dettato delle singo_
le norme. Secondo questo per es. va esclusa la figura dello
autore mediato nella violazione dá domicilio poichè richiede
un "entrare, personale e anche nella maggior parte dei delitti
contro la moralità poichè richiedono contatto corporale.)))

2) Criticamente inoltre si deve dire ciò che hanno già detto
gli Italiani e che più tardi specialmente Feuerbach acutamen_
te dimostrò "quod quis per alium facit, per se ipsum facere vi_
detur". In tedesco: all'autore fisico è assolutamente e natu_
ralmente parificato l'autore intellettuale, cioè chi dolosamen_
te fa commettere il fatto mediante determinazione di un terzo.
Poichè anch'esso, come l'altro, ha causato l'azione di esecuzio
ne, soltanto se usa una persona intermedia. Da ciò segue: sicco_
me oggi soltanto una parte di questi casi è considerata Ansti_
ftung, ogni caso della qualità di autore intellettuale, che non
ricada sotto il concetto della istigazione, è punibile come

qualità di autore mediato. In altre parole:la qualità di autore mediato è qualità di autore intellettuale meno:istigazione. Anche praticamente è insensato lasciare impuniti alcuni casi di commissione dolosa di un delitto per mezzo della determinazione di un terzo.

pag: 471

Istigazione (Anstiftung) e autore mediato,insieme devono quindi coprire l'intero campo della qualità di autore intellettuale e non dar luogo a lacune.

3) Da ciò segue: se si richiede oggi generalmente per la istigazione un fatto principale doloso e punibile di un autore responsabile,la qualità di autore mediato l'abbiamo nel caso della determinazione dolosa antigiuridica di un autore che agisce nnn antigiuridicamente o non dolosamente (Nei delitti intenzionali,(Absichtsdelikten) senza intenzione) o che non è responsabile,per mezzo del quale, sia stato causato il fatto principale (azione di esecuzione).

E' molto bello che al riguardo il R. G. non impedito dalla "natura accessoria",malgrado certe difficoltà iniziali,contemporaneamente appoggiandosi alla dottrina della causalità del von Burti,ha seguito una via chiara e giusta. Così una parte degli scrittori.

(((Nota 3 pag: 47: Vedi E 1, 146: poichè non c'è alcun dolo dell'esecutore e quindi non si configura la istigazione "trova applicazione il principio giuridico generale,che si serve della altrui mano per l'esecuzione di un fatto,risponde per questo come se egli stesso immediatamente lo avesse eseguito,quindi se non viene in considerazione alcun altro rapporto che ciò e-

sclude,risponde come autore nel senso del Codice Penale".
E 1, 150: "Secondo i principii generali del Dir.Pen. ciascu_
no è responsabile per ciò che,conforme alla sua intenzione,
ha compiuto sia personalmente,sia mediante un altro.)))
(((Nota 4 pag: 471: Vedi in particolare:Liszt pag: 209;Liszt
Schmidt pag: 315 e segg; Allfeld pag: 213; Frank §48 III;
Mayer pag: 376 e segg; von Calker:"Grundiss" pag: 82; Merkel
"Grundiss" pag: 169)))

IV) Per una esposizione più scrupolosa dell'autore mediato diciamo:

1) Casi relativamente rari ma tuttavia possibili sono quelli in cui l'esecutore agisce oggettivamente conforme al diritto.Chi lo determina dolosamente invece antigiuridicamente e quindi è responsabile come autore mediato. (Qui per la partecipazione, secondo l'opinione dominante,manca un fatto principale punibile) Così se l'autore mediato intenzionalmente produce uno stato di pericolo (Legittima difesa,Stato di necessità) affinchè chi è posto in pericolo leda un terzo per la propria salvezza. Così inoltre nell'ordine dolosamente antigiuridico,che chi lo riceve

eseguisce in buona fede,e quindi,per la sua persona,lecitamente. Altrettanto nella induzione dolosa in errore di un pubblico ufficiale affinchè questi - dal suo punto di vista conforme al dovere e quindi oggettivamente conforme al diritto - violi interessi riconosciuti di terze persone.
(((Nota 3 pag: 472: Esempio: Privazione della libertà ingannando un funzionario sulla esistenza dei presupposti per l'arresto; o truffa ingannando il giudice in un processo civile mediante

falsi mezzi di prova; e non mediante semplici dichiarazioni di parte.)))

pag: 4 7 3

2) Qualità di autore mediato si ha inoltre nella determinazione dolosa di persone incapaci di intendere o ingannate alla attuazione della azione di esecuzione.

Nel caso dello inganno,che è praticamente il più frequente,può mancare ogni colpa,e,con ciò,la punibilità dell'esecutore.

3) (Esempio: Un furto per mezzo di una persona ingannata la quale ritiene la cosa di proprietà dell'autore mediato.)

L'autore mediato è responsabile come abbiamo visto per ogni evento da lui causato dolosamente (intenzionalmente negli Absichtsdelikte) in quanto concettualmente non c'è istigazione, cioè una azione dolosa (intenzionale) dell'agente diretta allo stesso evento.

(((Nota 3 pag: 473: Vedi anche il R. G. E 57,274. "Autore mediato può anche essere chi per la attuazione del suo divisamento illecito si vale di una persona agente non priva di volontà ma in buona fede,o in mala fede ma senza un proprio dolo di autore")))

Qualità di autore mediato quindi è anche data se lo strumento falsamente ritenuto "non libero nella sua volontà" è anch'esso punibile a causa di una esecuzione colposa del fatto (1) o a causa della commissione dolosa di un delitto minore (il dolus dell'esecutore è rivolto alla lesione personale,quello dello autore mediato alla uccisione) o a causa della commissione dolosa dello stesso delitto principale se in quest'ultimo caso la intenzione dell'autore mediato era diretta ad un evento po-

nalmente più grave. (2)

(1)(((Nota a pag: 473: Esempio E 1,146. Responsabilità dello autore mediato per azione dolosa dell'esecutore per azione colposa violatrice del divieto d'importazione di animali (Viehein_ fuhrverbbrt))))

(2)(((Nota 6 pag: 473: Esempio: E 1, 250. Responsabilità dello esecutore per dolosa ~~xxxxkk~~ undeklarierter Einmaischungen,dello autore mediato per questo fatto zwecks Steuerhinterziehung.)))

3) Autore mediato abbiamo finalmente anche senza inganno dell'esecutore in una collaborazione dolosa per lo stesso evento,se il Tatbestand relativo eccezionalmente

pag: 4 7 4

~~tt~~ richiede per la qualità di autore un dolo speciale presente nel determinatore,ma mancante nell'esecutore. Qui il primo è autore mediato,il secondo complice doloso (Gehilfe). Si parla in questi casi di un agire mediante uno strumento doloso. (A favore dello strumento doloso vedi Flegenheimer e Hübner (Breslauer Dissert. 1926). Contro Wachenfeld in Zeit. 40° - 1919 pag: 144 e segg.)

4) In un modo sbagliato eventualmente si amplifica questo campo del l'agire attraverso uno strumento doloso ~~&~~ si distinguono la qualità di autore e la complicità non oggettivamente (azione di esecuzione) ma soggettivamente come l'R. G. (animus auctoris,animus socci). Qui sarebbe facile generalmente ritenere che chiunque le azioni di esecuzione con animus socci come semplice complice e il determinatore come autore mediato. In verità tale procedimento significa la trasmissione di una distinzione ingiusta fra qualità di coautore e complicità ad un altro campo,in cui non ha niente

da fare, cioè nel campo dell' Anstiftung. Questo campo legalmente è regolato precisamente e definitivamente: Istigazione è ogni determinazione dolosa ad una azione dolosa e punibile. Di fronte a ciò non c'è nè una giustificazione nè un bisogno di dichiarare casi di istigazione come casi di autore mediato con strumento doloso. Così però disgraziatamente il R. G. sedotto dalla sua teoria soggettiva della compartecipazione.

(((Nota 6 pag: 474. "Autore mediato c'è non soltanto nei casi di irresponsabilità e di buona fede, ma anche nei casi in cui lo altro agisce conoscendo l'intenzione delittuosa dell'autore, quindi consapevolmente e antigiuridicamente, ma non ha l'indipendente volontà di autore e quindi va considerato soltanto come complice". R. G.)))

5) E' indifferente se l'autore mediato materialmente era in grado o no di intraprendere

personalmente l'azione di esecuzione. Invero l'autore intellettuale non è responsabile mai per la personale intrapresa della azione di esecuzione, ma soltanto per la causazione dolosa di essa.

(((Nota 1 pag: 475. Es: E' furto aggravato se l'adulto fa entrare un fanciullo in una apertura troppo piccola per sè stesso. Poichè egli ha causato la situazione mediante scalata. Per le stesse ragioni vi è Notzucht in qualità di autore mediato se una donna determina un pazzo a violare un'altra donna. La impunibilità altrimenti sopravvenente sarebbe anche praticamente insensata.)))

E la parola "autore mediato" non è altro che un nome per casi

di determinazione dolosa che non sono istigazione. Si sarebbe potuto dare ad esso anche un nome diverso.Per es: determinazione a sè stante. Naturalmente deve sempre essere posto in essere dall'esecutore il Tatbestand oggettivo di un'azione punibile. (((Nota 2 pag: 475. Erratamente quindi per es: Binding (Gerichtsaal 71,76 riguardante i cosidetti delitti manu propria) dice: il disertore deve disertare con le sue proprie gambe e il marito deve commettere personalmente l'adulterio.Critica: Ciò s'intende.Ma chi dolosamente determina un incapace d'intendere alla stessa azione,è autore mediato della diserzione o dell'adulterio realizzato. Quale senso dovrebbe qui avere la impunibilità? La sua ammissione si basa solo su di una dogmatica errata. Per la regolamentazione positiva del Cod. è escluso l'autore mediato nel falso giuramento in virtù dell'art:160)))

6) Se non si produce una azione di esenzione del cosidetto strumento l'autore mediato è impunibile come,nei casi corrispondenti, l'autore fisico o il compartecipe. Perchè mancando la causazione di un fatto principale il delitto si è fermato nello stadio della semplice preparazione. Quindi è sbagliato considerare la azione

pag: 4 7 6

dell'autore mediato già in sè come tentativo del delitto. Diversamente una parte della letteratura (Allfeld pag:216; Liszt-Schmidt pag: 321 Nota) poichè qui,nella qualità di autore mediato, non funziona la usuale ancora di salvezza della natura accessoria della compartecipazione con la sua presunta "derivata" punibilità e poichè questo falso pensiero diventa ora argumentum a contrario.

7) Dubbio se si tratta di istigazione o di qualità di autore media_
to ci può essere se il determinatore si trova in errore sul dolus
dell'esecutore,se lo ritiene ,erratamente ,esistente o inesistente.
Il R. G. dichiara qui rilevante per la distinzione il dolus del
determinatore (quindi istigazione se il determinatore credeva
di determinare ad un fatto principale punibile e doloso; nel ca_
so contrario qualità autore mediato) Ritengo giusta la decisione
in base alla situazione oggettiva poichè è rilevante ciò che
ha causato l'agente dolosamente e non il fatto come se lo imma_
ginava egli stesso. Così von Liszt pag: 209 Nota 2 ; Liszt-Sch_
midt pag: 315 ; Allfeld pag: 215 ; Mayer pag: 383. In ogni caso
si deve anche qui tener fermo che si tratta o di istigazione o
di qualità di autore mediato e che non si forma un campo interme_
dio in cui c'è impunibilità.

V) Complicità dolosa a fatto principale non punibile. Qui,come già prima
si è spiegato criticamente,si ammette generalmente impunibilità in base
alla natura accessoria della complicità e quindi si deduce con argomen_
to a contrario dal caso legalmente regolato (fatto principale punibile)
al caso non regolato.

pag: 4 7 7

1) E' questo uno dei punti più deboli della dottrina della comparte_
cipazione.

(((Nota 1 pag: 477: La teoria ~~dk~~ soggettiva della compartecipa_
zione sana la falla parzialmente dichiarando eventualmente pre_
sente l'animus auctoris nella persona che soltanto coadiuva e
giudicandola perciò come autore.Questo non è giusto. Anche sono
senz'altro possibili casi in cui il coadiuvatore si sottopone
pienamente alla volontà criminosa dell'esecutore e quindi agisce

soltanto con animus soci.)))

Il concetto dell'istigazione fu completato giustamente con quel_ lo dell'autore mediato. Per la complicità nella quale la questio_ ne fondamentalmente è la medesima ne mancò la capacità forse per_ chè non si trovò la parola adatta.Propongo: "coadiuvazione a sè stante" (perchè "non accessoria").

2) La punibilità segue qui,come dappertutto,e specialmente come nel caso analogo della qualità di autore mediato,dalla concau_ sazione dolosa dell'evento.La ammissione attuale della impuni_ blità conduce a risultati praticamente insopportabili e insen_ sati. Dopo che la Legge sulla Gioventù e i progetti posteriori al 1913 ci hanno aperta la strada si dovrebbe riconoscere una decisione generale giusta anche de lega lata.

§ 34 - Influenza dei rapporti personali sulla punibilità

pag: 4 8 1

II) Le qualità personali e i rapporti penalmente rilevanti sono,da consi& derare appunto come ogni altro elemento del delitto.Invero attraverso la loro esistenza una azione,altrimenti impunibile,diventa un reato. Concettualmente quindi non sono altro che elementi necessarii dei sin_ goli Tatbestände delittuosi ed hanno per questi la stessa importanza che ogni altro elemento del Tatbestand.

1) Da ciò segue. Se tali qualità o rapporti esistono nella perso_ na di chi ha compiuta la azione di esecuzione,si realizza con ciò il Tatbestand oggettivo del delitto.Questo,secondo i prin_ cipi generali,è da attribuire a tutti i compartecipi in quanto sia sufficiente la loro colpa anche se le qualità e i rapporti non erano presenti nella loro persona.Ogni compartecipe,cioè,

qui ha concausato dolosamente la realizzazione del Tatbestand oggettivo del dlitto per mezzo dell'esecutore.

(((Nota 3 pag: 481: Es: Ul coito extreconiugale è impunibile. Diventa però il delitto di incesto se commesso da parenti consanguinei prossimi o da cognati. Se c'è oggettivamente tale commissione penalmente è responsabile ogni compartecipe il cui dolus era diretto alla realizzazione di questo Tatbestand e quindi non solo l'istigatore o il complice,ma ugualmente e anzitutto l'autore mediato che ha causato dolosamente il fatto determinando per es: un pazzo o una persona indotta in ~~errore~~errore . Tale determinazione veramente non è meno condannabile che la determinazione di un autore doloso.Invece non c'è nè compartecipazione nè qualità di autore mediato secondo l'art: 173 se il parente determina un non parente alla esecuzione del coito,perchè manca il Tatbestand oggettivo dell'incesto.

Il caso è diverso se l'impiegato fa commettere dal non impiegato la falsa documentazione di cui all'art: 348. Qui egli ha causato,come impiegato,dolosamente questa falsa documentazionee ed è responsabile quindi come autore mediato e altrettanto,eventualmente,l(esecutore come"strumento doloso".)))

pag: 482

2) Si parla qua dei cosidetti delitti propri specialmente se la professione o la posizione ufficiale dell'esecutore causa la pena.La espressione è giusta se con ciò si voglia dare soltanto una denominazione sintetica per tutti i casi in cui qualità o rapporti personali stanno a fondamento della pena. Altrimenti essa induce in errore perchè le manca una chiara delimitazione e perchè sembra così come se per i delitti proprii valesse qualcosa di speciale. Errata è specialmente la opinione che in tali

delitti la legge richieda soltanto dalle persone nominate nel Tatbestand la obbedienza.Se ciò fosse giusto,se ne dovrebbe dedurre logicamente che siano impossibili non soltanto la figura dell'autore mediato,ma anche l'istigazione e la complicità di terzi. Così i delitti propri apparterrebbero al novero dei casi in cui azioni di compartecipazione restano impunibili per ragioni speciali. La essenza dei delitti propri però non esiste nella liberazione di terze persone dal dovere di obbedire,ma semplicemente nel fatto che solo le persone nominate nel Tatbestand possono commettere questi delitti come autori fisici.Questo è nient'altro che questo è espresso nella legge,che qui,come dappertutto,ha di mira l'autore fisico.La ppnibilità di terze persone quindi si regola anche qui secondo i principi generali.

pag: 483

3) Il punto di vista qui rappresentato della punibilità dei compartecipi in riguardo alle qualità e ai rapporti personali che causano la pena è riconosciuto per la compartecipazione nel senso più stretto (istigazione e complicità).Il fondamento si ricava anche qui molte volte dalla opinione errata della cosidetta natura accessoria della compartecipazione,mediante la punibilità ad essa collegata.Da questa conclusione falsa si trae,con argumentum a contrario,l'altra che non sia possibile qui la qualità di autore mediato di un terzo.

(((Nota 4 pag: 383: Così la predominante dottrina:vedi Liszt e Liszt-Schmidt.Così pure nel risultato:Lobe pag: 73 N.5 e Olshausen vo § 47 N.5 Abs. 4. Come un'altra conclusione sbagliata aggiungiamo la affermazione che esprime Frank (vor § 47 III

3) così "In primo luogo dev'essere sicuro che questa possibilità dello autore mediato non si estenda più oltre che la giuridica possibilità di commettere un delitto in qualità di autore immediato"Criticaa E' una petitio principi bassata non sulla situazione di fatto,ma sul nome autore mediato" diventato usuale.Per la punibilità del terzo autore mediato nei delitti propri,vedi : von Bar IIo pag: 561; Alfeld pag: 215 nota; Petri Pag: 469.)))

Si decise invece la Commissione di Dir.Penale espressamente per la punibilità dell'autore mediato. (Prog.1913 §37); così pure il Prog.1919,come nei risultati il progetto del 1925 e quello del 1927; e ugualmente la Commissione del Reichstag.

pag: 1 4 2 Nota 3

Dalla presunta interruzione del nesso causale deduce von Liszt pag:123 specialmente la impunibilità della compartecipazione al suicidio ma anche qui è dato naturalmente il nesso causale nel senso della teoria della condizione.La impunibilità della compartecipazione segue dal fatto che il suicidio non è azione punibile.

---

pag: 4 3 7

§ 30 - Il tentativo impossibile

B) Nei delitti propri altre persone possono essere punite soltanto sotto il punto di vista della compartecipazione e non come autori unici e in questo ambito anche non a causa di un tentativo.....Possibile però resta il tentativo in qualità di autore mediato.

---

pag: 4 5 4

§ 32 - Cosutore; Mandato; Complicità

3) Autore o cosutore è chi intraprende azioni di esecuzione; complice chi intraprende altre azioni,cioè azioni di preparazione o azioni soltanto coadiuvanti nel tempo della esecuzione.

---

pag: 3 9 8

§ 29 - Il tentativo

Azione di esecuzione è la azione espressa nel Tatbestand del singolo delitto,cioè quel comportamento che logicamente già come conforme al Tatbestand è da sussumere nel Tatbestand del delitto poichè in concreto corrisponde al comportamento li generalmente soggetto alla pena.

---

pag: 1 7 7 Nota 2

Qualità di autore mediato e compartecipazione sono commessi sia ~~in~~ luogo della attività dell'autore mediato o del compartecipe,sia nel luogo della attività dell'esecutore,sia anche nel luogo dove si producono altre conseguenze giuridicmehte rilevanti.Si perviene allo stesso risultato partendo dalla cosidetta natura accessoria.

---

pag: 4 6 2 Nota 6

Riguarda l'art: 4 della Iugendgerichtsgesetz del 16 febbraio 1923.

"In quanto nei bambini o ragazzi già secondo altri principi di ordine generale (incoscienza o disturbo derivante da malattia) non sia irresponsabilità,il compartecipe adulto risponde come istigatore o complice,non come autore mediato."

f

H O E G E L

I) Per le dottrine teoriche vale il detto della Bibbia:"Voi conoscerete i fatti dei loro frutti", il quale detto essenzialmente dà ragione al modo di pensare matematico. Il fondamento acuto e apparentemente logico di una teoria non esime dall'obbligo di esaminare in primo luogo i risultati della affermazione dottrinale. Se questi sono insostenibili, allora "colla porpora deve cadere anche il duca"?

In questo senso ingaggio battaglia contro la natura accessoria della compartecipazione e contro il "dolus eventualis"; e ciò colla stessa ostinazione colla quale sono difese queste due dottrine. Il mio punto di vista l'ho sostenuto, purtroppo invano, in seno alla Commissione Austriaca per il Diritto Penale fino al giorno in cui ne sono uscito; nella mia Storia del Diritto Penale Austriaco (I.pag:193,199), nella mia Riforma Universale del Diritto Penale Austriaco (pag:200,213); ed anche durante il mio quarantennale servizio statale sotto il vigore di un codice penale, che non conosce la natura accessoria della compartecipazione, e conosce il dolus eventualis soltanto sotto la forma della prova indiretta del dolus (indirekter Vorsatzbweis), benchè anche questo possa essere discusso.

In seguito mi sia concesso di menzionare la molto ricca letteratura solo in quanto mi sembri necessaria per chiarire le questioni discusse; e, per resto, di rimandare alla letteratura citata dal Birkmeyer (vedi: Parte Gen.11: Compartecipazione).

Anche il concetto della compartecipazione si è sviluppato anzitutto empiricamente, esisteva già, prima che alcuno avesse pensato di dargli uba veste scientifica. I primi tentativi ~~xxxxx~~ teorici furono tanto impacciati quanto le prime attuazioni legislative. (Rimando a Heimberger!"La Compartecipazione nella legislatura e nella letteratura"da Schwarzenberg fino a Feuerbach".

1896). Si affermò subito quel principio fondamentale che richiede dalle manifestazioni della vita,che ad essa si adattino. Ciò si costruiva una psicologia dell'agire nella quale non si teneva conto dell'agente per il suo pensiero.Ci si occupava teoricamente della questione,se la volontà del compartecipe sia diretta al fatto dell'altro o al fatto proprio sebbene il compartecipe non soglia occuparsi di questa questione.Proseguendo questa analisi della volontà di autore e di compartecipe (vedi BURI "Dottrina della compartecipazione") si veniva ad indagare la natura dell'interesse all'evento e ci si abbandonò nel campo del "motivo" dato che si trascurava che il cosidetto interesse proprio all'evento può essere una volta dalla parte del compartecipe (gedungenes Verbrechen - reato prezzolato), un'altra volta dalla parte dell'autore.Ci si allontanò dalla realtà viva,attribuendo diverse direzioni della volontà ai diversi modi della collaborazione alla realizzazione di un fatto punibile, mentre le persone principali non erano obbligate ad attenersi alla direzione della volontà ad esse attribuita.

Quanto più ci si approfondiva nella questione della compartecipazione, tanto più ci si allontanava dal pensiero politico criminale che dice che importanti sono soltanto il modo oggettivo della compartecipazione e la colpa soggettiva (subyektives Verschulden),sia che questa collaborazione al delitto ricada sotto il concetto della qualità di autore sia sotto quello della qualità di compartecipe,e che il movente sia valutato solo insieme con la colpa soggettiva (suby. Versch.)

Un'altra via condusse la dottrina della compartecipazione alla dipendenza dal nesso causale,in base allo sviluppo puramente meccanico del fatto sino all'evento,cioè in base alla illimitata dottrina della causa e della condizione.Si faceva giacere il determinatore nel letto lungo di Procuste,il complice in quello dorto. Così si perveniva alla dipendenza della compartecipazione dalla punibilità dell'autore,sebbene questa dipendenza non fosse affat

to una conseguenza necessaria della dottrina della causalità. La natura accessoria della compartecipazione diventava, per così dire, un "bene comune" della scienza escludendo ogni obiezione come non scientifica. Da questo si sviluppò "logicamente" la figura dell'autore mediato che viene attribuita ai compartecipi i quali, secondo lo svolgimento naturale delle cose, certamente non erano autori mediati e non lo volevano essere.

Ci si attacca a questa finzione o, in tedesco, "falsa presazione" dà questo concetto malgrado conduca a contraddizioni insostenibili, e nonostante che le finzioni nel diritto penale siano fondamentalmente da evitare. Non soltanto la complicazione "della dottrina attuale della compartecipazione" (BELING L. v. V. pag:54) ha prodotto oggi una opposizione contro la dottrina della natura accessoria, ma specialmente la sua intima falsità.

II. Con il dissidio fra la scuola moderna e la scuola classica questa questione non ha niente da fare, anzi la si può difendere e attaccare sia dal punto di vista dell'una sia da quello dell'altra. Io credo che il diritto penale debba prendere le mosse dalla libertà del volere, ci si creda o no, perchè altrimenti si perviene alla negazione del diritto penale e con ciò alla impossibilità di raggiungere i suoi scopi. Dal punto di vista di tutte e due le scuole, però, ritengo ovvia la affermazione che si deve punire l'autore e non il fatto in sè. Si punisce però l'autore per il suo fatto e secondo la grandezza della sua colpa che si compone, insieme, della gravità del suo fatto e xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx di elementi personali. Questa era la idea fondamentale della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina sino dalla fine del 18° secolo anche se è stata espressa in diverse maniere. La differenza fondamentale cominciò solo colla questione, se si debba e possa riporre il massimo onere di colpa nella gravità oggettiva del fatto o nella psiche dell'autore. Anche nella questione della compartecipazione incontriamo

tutti i due elementi della colpa,coll'aggiunta di un terzo.Si tratta della gravità del fatto a cui si è cooperato; del grado della compartecipazione e di circostanze personali che aumentano o diminuiscono la colpevolezza. Nella pratica del diritto questi elementi non mostrano più confini precisi fra di loro,poichè la parte oggettiva del fatto,la sua importanza per l'ordinamento giuridico,il valore del bene giuridico violato o minacciato e il modo della violazione del diritto non si possono più separare dagli elementi personali. La relazione fra autore e delitto regolarmente, è data senz'altro. Se si mostrano,però già nel considerare la questione della colpa dell'autore in senso stretto, differenze nette in direzione oggettiva e soggettiva,nel caso del compartecipe aumentano ancora queste differenze.

In relazione alla impossibilità di separare gli elementi fisici e psichici del fatto,della quale parlerò ancora più avanti,anche la caratterizzazione della compartecipazione come "causalità psichicamente mediata" (FRANK, Strafgesetz) non la ritengo corrispondente alla realtà.

Indubbiamente la compartecipazione potrebbe essere trattata affatto indipendentemente,come determinazione o coadiuvazione di un'azione che mette in pericolo o viola un bene giuridico. In essa è contenuto,come nell'azione dell'autore,un attacco contro un bene giuridico penalmente protetto. D'altronde non la si dovrebbe in nessun caso trattare come qualità di autore (al riguardo,giustamente vedi BIRKMEYER pag:133) e del pari non c'è la necessità di regolarla come un delitto speciale (come vuole NICOLADONI). Si deve invece trattarla,come ci si offre da sè stessa come contributo alla produzione di un evento penalmente proibito,indipendentemente dal fatto,se l'autore può esser considerato responsabile o non. Con ciò pervengo alla questione della natura accessoria della compartecipazione,il cui rappresentante più deciso è BIRKMEYER.In questa questione da criminalista pratico non posso seguirlo e sono pienamente della opinione di LISZT (Jahrb. 14. edizione pag:224),che combatte

quella teoria.

Dal nome nulla si può dedurre (una opposta opinione ha FINGER Lehrb. des deutsch. Str. -R.); in base ad esso non si può formare il concetto. Anzitutto le denominazioni giuridiche non sono da interpretare tanto precisamente (Todschlag durch Erschiessen!). Il nome esprime del reato, secondo il suo significato letterale, solo che uno prende parte all'azione di un'altro e non che partecipi alla colpa punibile (strafbares Verschulden) di questo. Questo ultimo presupposto doveva essere creato prima dalla legislazione, perciò è anche una falsa deduzione quella fatta da FRANK: "Poichè la punibilità della determinazione è condizionata dalla commissione del fatto principale punibile, si attribuisce alla determinazione un carattere accessorio e si dice che essa derivi la sua punibilità dal fatto principale". Se si sostituisce al "poichè" giustamente un "se", la frase avrebbe un significato essenzialmente diverso, cioè prima si dovrebbe provare la giustezza della premessa; inoltre la punibilità oggettiva del fatto principale non è lo stesso che la punibilità dell'autore. Manca pienamente il fondamento del "perchè" di tale dipendenza.

Questo è certo, che il legislatore non può superare una certa dipendenza

pag: 654 verso la fine

della punibilità del compartecipe dall'azione dell'autore, cioè una dipendenza dall'evento della compartecipazione. Si mostra anche qui che non si può tralasciare una responsabilità per l'evento (Erfolgshaftung), come sarà dimostrato più avanti nella questione della compartecipazione tentata. In questo senso il compartecipe, giustamente, non si trova in condizioni migliori dell'autore (a cui viene assegnato del reato, ingiustamente una pena diminuita nel caso del tentativo impedito - "vereitelter Versuch). Che la legge sia costretta a prendere come criterio della punibilità del compartecipe solamente l'evento oggettivo, indipendentemente dalla punibilità dell'autore, lo mostra il caso della impunibilità del tentativo per pentimento attivo da parte dell'autore,

la quale impunibilità non trae seco quella del compartecipe che non ha eseguito un pentimento attivo (tätige Reue).

La dipendenza della compartecipazione dall'azione altrui non ci obbliga per niente; essa ha essenzialmente una importanza pratica e solo un aspetto giuridico.

Di importanza giuridica formale per il nostro problema, è il pareggiamento dei concetti di "dolus" e "colposità" col concetto della responsabilità dell'autore. Il codice penale austriaco parla nell'articolo 1° di un "bösen Vorsatz (dolus malus) e nell'art: 2 enumera ragioni che lo escludono. Con ciò è stato espresso un pensiero molto giusto, cioè quello della responsabilità fondata sulla colpevole volontà. Un'azione può sia secondo il comune significato, sia materialmente, sia giuridicamente essere dolosa, benchè l'agente non sia penalmente responsabile (responsabilità civile non esclusa!). In questo senso non capisco il problema posto da Beling (L. v. V. § 81), quale sia il concetto superiore comprensivo (Oberbegriff) del dolus e della colposità. Non rimane oscurato il senso di questi concetti dando ad essi il significato naturale, reale; sono concetti della vita e della psicologia generale e, come tali, non legati al diritto penale? Perciò RADBRUCH (sul concetto della colpa, Zeitschrift vol: 24, pag: 333) combatte giustamente il presupposto della capacità di intendere per il dolo e la colposità (Fahrlässigkeit) nel concetto della colpa.

Se il legislatore pone come contrassegno del Tatbestand (Tatbestandsmerkmal) in certi delitti il dolus, non è detto con ciò che l'autore che agisca col dolus debba essere incondizionatamente punibile, poichè la sua punibilità può essere esclusa, secondo norme della parte generale del codice, per mancanza di responsabilità. Ritengo quindi ingiusto il pareggiamento tra colpa, da una parte, e dolus e colposità dall'altra parte, fatto nell'art: 58 del codice tedesco, poichè crea un dolus giuridico contrapposto al dolus naturale (e

lascio da parte per ora la questione della colpositè,la quale concettualmen_
te include in sè un momento della colpa - Schuldmoment). In realtà la reda_
zione della parte 4 sulle ragioni di esclusione e di diminuzione della pena
non ammette un tale concetto della colpa e con ciò contemporaneamente la na_
tura accessoria della comparteciPazione e della ricettazione,come direttamen
te attesta il commento pag: 224 e 311. Per evitare i risultati insostenibili
di questa dottrina,con un inchino accademico davanti alla teoria della natu_
ra accessoria faremo delle ragioni di esclusione della colpa nel diritto vi_
gente altrettante ragioni di esclusione della pena (se pure già tali in ve_
rità,non sono,come il Notstand).Mi pare che questo sia un giro vizioso un po
pericoloso,per evitare le conseguenze di un dogma dottrinario,che dal legi_
slatore non è usato nè è usabile.La difficoltà consiste nel fatto che la ir_
responsabilità dell'art: 63 per pazzia,malattia,mentale o incoscienza,esclu_
de in verità la colpa; quella dell'art: 68 a causa di minore età esclude,se_
condo i casi la colpa o la punibilità,poichè in una parte dei casi non c'è
incapacità di intendere; che il Notstand dell'art: 67 esclude soltanto la
punibilità;che la legittima difesa (Notwehr) dell'art: 66 esclude la col_
pa,se consiste nel puro esercizio di un diritto,ed esclude la punibilità,
se comprende un eccesso scusabile? Secondo la mia opinione quindi si paga
un prezzo troppo alto,seguendo questo regolamento,per la unità della forma
esterna.(a prescindere da altre circostanze che potrebbero escludere la col_
pa e la punibilità). Il progetto austriaco non prende chiaramente posizione
su questa questione; nel commento però ,sostiene indubbiamente la opinione,
che nei casi di irresponsabilità si tratti di ragioni di esclusione della
colpa. Parlerò più avanti dell'infausto dolus eventualis che,regolarmente,
è o una velata prova del dolus (Verkappter Vorsatzbeweis) o colposità grave.
Però già qui voglio accennare che anche per esso la natura accessoria della
compartecipazione sia difficilmente propizia.

Anche il minore secondo il Dir. Penale, il pazzo ed il pienamente ubriaco, possono agire con dolus. Ci si metterebbe addirittura in contrasto colla realtà, col sostituire ad ogni costo il modo di pensare naturale con quello giuridico, se si ammettesse che uno non possa uccidere dolosamente un altro, perchè non ha ancora 12 (risp. 14) anni o poichè è pazzo. La volontà di uccidere può essere presente sia nell'uno sia nell'altro e la azione di esecuzione può corrispondere a questa volontà. Manca soltanto a cagione di pazzia, ecc. sia di fatto esistente, sia presunta dalla legge, per il psichicamente immaturo la responsabilità penale per una azione, che, del resto, include in sè tutti gli elementi concettuali del resto. Diversa è la situazione soltanto se la ragione di esclusione della colpa produce la mancanza di un requisito concettuale dell'azione. Quanto vari in questo caso il fatto del presunto compartecipe, mostreremo più tardi. Ma già qui sia accennato che un cambiamento della posizione del presunto compartecipe c'è regolarmente nei delitti in cui la colpa consiste nella colposità riguardo all'evento; e che questo cambiamento non deriva dalla mancante responsabilità dell'autore, bensì da una indipendente responsabilità colposa (Fahrlässigkeitsverantwortung) del presunto compartecipe.

La conseguenza si delinea senz'altro da quanto si è detto. Una natura accessoria della compartecipazione intesa come dipendenza dalla colpa o punibilità penale dell'autore è da respingere. Come dipendenza dallo svolgimento puramente naturale dell'esecuzione o del tentativo mediante l'autore, essa non conduce quelle conseguenze finali che dalla dottrina comune sono collegate al suo concetto.

Inoltre vorrei rilevare che BELING, però per mezzo di un ragionamento alquanto complicato, perviene finalmente ad un simile risultato per il legislatore, benchè non per il diritto tedesco vigente. Partendo dai suoi 6 requisiti del delitto (azione per sè stessa; azione che attua il Tatbestand; che è antigiu-

ridica;che è sussumibile sotto una sanzione penale; che è sufficiente riguardo alle condizioni della sanzione penale = Strafdrehungsbestimmungen) egli distin gue fra "presupposti (condizioni)personali della punibilità" (carattere criminoso dell'autore). "La compartecipazione è possibile,se il fatto principale è un reato,sebbene però l'autore principale non sia un reo (Verbrechen) poichè gli mancano presupposti personali della punibilità e perchè c'è a suo favore una ragione personale di esclusione della pena (per esempio nel furto fra coniugi),giacchè gli artt: 48,49 richiedono soltanto un "fatto principale" (Haupttat),e non un "autore principale" (Haupttäter).

Io non trovo però che""la differenza fondamentale fra "presupposti personali della punibilità" da una parte, e:"requisiti personali del Tatbestand", "requisiti personali della antigiuridicità","requisiti di colpevolezza" e "presupposti della sanzione penale",dall' altra parte,appaia con ciò più nettamente.Essenziale è però che BELING,nella pratica""applicazione perviene egli stesso a risultati non soddisfacenti.Egli dichiara anzitutto (§50) schiettamente che non è costruibile la accessorietà della compartecipazione,se manca un fatto principale e "perciò lo svolgimento (Vorgang),a cui è collegata la azione di compartecipazione,deve essere un'azione conforme al Tatbestand,antigiuridica,colpevole,prevista con una sanzione penale adatta e sufficiente riguardo ai presupposti della sanzione penale stessa". La difficoltà comincia se si tratta di distinguere i "requisiti personali giuridicamente rilevanti" delle "parti oggettive (sachlich) del Tatbestand". Si perviene con ciò quasi al vecchio oggettivo e soggettivo Tatbestand,le cui differenza la conosceva tanto esattamente la dottrina del tempo,mentre la pratica del diritto non ne sapeva far niente,poichè gli elementi soggettivi spesso sono contenuti in quelli oggettivi. BELING, dal suo punto di vista,perviene al risultato che la compartecipazione al fatto compiuto da un giovane che non aveva la necessaria capacità di intendere,è impossibile; ciò che corrisponde alla opinione dominante.Egli dichiara però anche punibile per tentato omicidio colui che presta la sua opera ad un

altro per farsi uccidere (se si rimane nei limiti del tentativo),poichè egli agisce antigiuridicamente contro sè stesso,a causa e malgrado l'articolo 216 del cod.pen. Tedesco (pag: 422,425). Però contro egli lascia impunito chi il colpito dall'usura che,nei confronti dell'usuraio, ha fatto lo stesso (cioè l'ha subita e agevolata) (pag: 434). Egli,non vede,che il primo,come il secondo,non può essere autore,e che l'usura è ugualmente diretta contro un bene giuridico,del quale chi ha subito l'usura non ha libera disposizione. Anche secondo BELING,la desistenza volontaria dal tentativo dovrebbe rendere libero da pena anche il compartecipe,sebbene questi non vi abbia contribuito.

Beling,però,perviene alla conclusione:"E' dottrinario se il diritto vigente riconosce la compartecipazione soltanto ad azioni colpevoli (schuldhaft)" e dice di non comprendere perchè non si possa punire appunto come compartecipe colui che prende parte ad una attuazione del Tatbestand compiuto sia da un giovane senza capacità di intendere, sia da un pazzo o da una persona qualsiasi incolpevole; e perchè qui si debba ricorrere alla figura dello autore mediato". BELING è pervenuto quindi infine alla negazione della natura accessoria della compartecipazione; questa dottrina e i suoi risultati non lo potevano rendere soddisfatto così come avviene per un'altra schiera di altri teorici che tentano di superare le conseguenze insostenibili di questa dottrina per mezzo di giri viziosi.Più avanti parlerò della strana figura dell'autore mediato,quest'omuncolo sorto dalla scorta della dottrina penale (dieser Homunkulus aus der Retorte der Strafrechtsdoktrin)

III. La questione della causalità,che accompagna il problema,la ritengo,pur riconoscendo in pieno la dottrina adoperata per essa,massimamente improduttiva. Che le azioni dell'autore e del compartecipe debbano avere un nesso causale coll'evento finale,è chiaro. Tale nesso esiste anche se l'azione è rimasta un tentativo. Questo nesso costituisce il ponte che conduce a ciò che è avve-

duto,pure se l'avvenimento è la causazione di un pericolo soltanto e non anco_
ra una lesione di un bene giuridico. Possiamo dichiarare punibile l'azione di
un autore o di un compartecipe già nel caso,in cui non c'è ancora una azione
di esecuzione,per esempio:se si tratta di atti preparatorii e di istigazione
che non ha avuto successo,ciò facciamo,sotto il punto di vista del pericolo
per l'ordinamento giuridico,data la possibilità di una relazione causale che
in realtà non si è attuata,anche nel tentativo. Ritengo però sbagliato (contro
BIRKMEYER) graduare la grandezza della causalità secondo concetti giuridici e
con ciò graduare anche la misura della colpa.Con una tale graduazione legale
non si serve affatto la giustizia. Se comprendiamo in un qualsiasi Tatbestand
tutti i casi diversi riguardo alla colpa, e se di questa diversità teniamo con_
to mediante la possibilità di variare la misura della pena,dobbiamo nel rappor_
to fra la qualità di autore e quella di compartecipe osservare lo stesso proce_
dimento,anche dobbiamo dire che il più della colpa o della causalità di fatto
e criminal-psicologica possa ricadere non sull'autore,ma sul compartecipe,che
dunque la dottrina di una causalità fondamentalmente minore da parte di tutti
o determinati compartecipi nella vita del diritto fa naufragio. Non importa,
se dobbiamo considerare perduto il lavoro scientifico qui prodigato: non sol_
tanto nel campo della scienza del diritto penale sono stati necessari tali sa_
crifici nel corso del tempo. Si pensi soltanto a quanto si è dovuto gettare in
mare nel campo della tecnica durante lo scorso secolo,e invero non solo teorie,
ma anche beni materiali divenuti impedimenti del progresso.

La distinzione fra causa e condizione si basa su di una differenza non qua_
litativa,ma quantitativa della influenza (sullo svolgimento dell'azione) e
quindi non è una differenziazione concettuale.Non ci giova per niente,se dob_
biamo riconoscere che l'entità della influenza delle azioni parziali dei sin_
goli compartecipi molte volte non è misurabile,poichè qui fattori psicologici
imponderabili sono in gioco e non soltanto fattori puramente meccanici.Se si

va però ancora oltre e si vuole attribuire,per massima,all'autore la causa e al compartecipe la condizione,nei casi in cui il compartecipe senza dubbio ha una colpa maggiore ed ha avuto una maggiore influenza sulla realizzazione del fatto,che non l'autore stesso,si va ad un contrasto tra il concetto della causalità e la influenza di fatto. La cosidetta condizione si mostra più rilevante per l'evento che non la causa. La distinzione è quindi agli effetti della politica criminale non usabile,poichè per amor di essa non si deve attribuire a chi "poneva soltanto una condizione",mentre però in effetti gli andava attribuita la colpa più grande,la responsabilità minore. Si pensi soltanto a quel compartecipe sobrio che in occasione di una lite in una trattoria dà al suo amico alticcio la rivoltella che questi gli ha chiesta e che così gli rende possibile l'omicidio. Egli ha con ciò posto in essere,secondo la teoria,in relazione alla causazione da parte dell'autore,soltanto una condizione,però questa condizione è molto più importante della causa. L'errore della dottrina delle causa consiste nel fatto che essa non guarda gli elementi psichici del fatto; essa è intimamente falsa.

FRANK per mezzo di un esempio in base all'art: 223 cod. pen. vuole spiegare la dottrina della causa e della condizione,però dimostra con ciò la sua insostenibilità. Secondo FRANK colui che,dalla riva, per mezzo di un segnale di fuoco,causa l'arenamento di una nave è autore (causa); mentre quello che fa lo stesso d'accordo col timoniere è compartecipe (condizione),mentre adesso il timoniere diventa autore.In tutti due i casi egli fa però lo stesso; in ambedue i casi si effettua per mezzo del timoniere,nell'un caso,in seguito ad un errore in lui provocato,nell'altro,con la di lui volontà.Secondo la dottrina dominante seguita da Frank,nel primo caso chi dà il segnale sarebbe autore mediato; FRANK apparentemente non vuole trarre questa conseguenza e perviene ad una soluzione giusta per la relativa situazione tenendo conto degli elementi psichici. Nel secondo caso,secondo la mia opinione,tutti due sarebbero coautori (mit_

xx

täter),poichè commettono insieme il fatto.

Consento pienamente con v. LISZT (Lehrb. 14 ed. pag. 126) che respinge la dottrina di causa e condizione; soltanto io credo che la equivalenza da lui fatta per tutte le condizioni dell'evento,possa indurre in errore. Considerate materialmente,tutte le condizioni sono equivalenti in quanto la mancanza anche di una sola impedisce l'evento,come la mancanza di una piccolissima vite il funzionamento di un orologio.Penalmente però,dal punto di vista della colpa e della punibilità dell'azione,non valgono ugualmente. Anzi talvolta è possibile che una parte dello svolgimento dal puro punto di vista della causalità sia trascurabile,poichè ha agito soltanto come facilitazione e non come condizione. In molti casi non siamo in grado di giudicare,se in una data situazione la complicità,dal punto di vista della causalità,era pienamente superflua (e forse anche l'azione di un coautore,p. es. di quegli che vigilava mentre l'altro commetteva il furto),ma tuttavia ci atteniamo alla realtà del caso e non facciamo dipendere la punibilità del complice dalla necessità ed efficacia del suo aiuto. Per quanto seducente è la tesi che il movimento del corpo sta con l'evento nello stesso rapporto della causa con l'effetto altrettanto falsa è,se dobbiamo tener conto degli elementi psichici collegati al movimento del corpo. Come non si può dire che nella salita di un monte,l'attività delle gambe sia causa del raggiungimento della cima ma deve dire che essa è stata il mezzo per raggiungere lo scopo,così nel campo del diritto penale non bisogna contentarsi della causa puramente meccanica dell'evento,poichè si perverrebbe,nel caso dell'omicidio per esempio,ad una tale valutazione della causa immediata della morte,che possa risultare dai reperti dell'autopsia. Colla dottrina materialistica delle cause,che vuole distinguere tra causa e condizione secondo l'agire bruto,meccanico della parte puramente fisica del fatto,si trascura pienamente la parte soggettiva. La si deplori nel caso di una disgrazia causata da una vettura scivolante della ferrovia,e,non soltanto il criminalista,ma anche il

tecnico non sarà incantato da questa figurazione filosofica delle cose. Non soltanto in quello penale, ma in ogni campo di solito è da considerare in ppima linea, quegli che sono da considerare secondo la influenza della loro cooperazione, sia che esse abbiano preso parte immediatamente sia mediatamente e da lontano.

Anche in un'altro senso io sono d'accordo con LISZT; nel respingere, cioè, la dottrina della causalità adeguata, della causalità tipica, conforme alla esperienza la quale sta in contrasto colla causalità vera, di fatto. LISZT parte giustamente dal concetto che rilevante nel singolo caso sia soltanto lo svolgimento verificatosi realmente, anche se esso sia molto strano. La concezione soggettiva della prevedibilità dell'evento conduce nel campo della colpa (Verschulden) quella oggettiva perviene a contradizioni insolvibili (Assoluzione dell'autore, benchè abbia calcolato bene lo svolgimento atipico). Secondo la mia opinione, lo sbaglio è riposto già nei principi della dottrina. Teoricamente si può parlare di casi atipici, ma non si può trovare il limite che li divide dagli altri, dal fatto che si è trovata una parola straniera per un concetto non lo si è ancora precisato. Il Codice Austriaco che, per mezzo del dolo indiretto voleva pervenire alla prova indiretta del dolus, nella applicazione del diritto non è mai, pervenuto ad una delimitazione adoperabile di ciò che "generalmente succede o può facilmente succedere (artt. 1, 155a del cod. pen. austriaco), ma si era piuttosto stabilita una interpretazione "atipica" del diritto fin quando nella pratica giuridica questo dolo figurò, quella cioè della "possibilità dell'evento." Possibile è stato però, indubbiamente, ogni evento, effettivamente realizzatosi! La conformità alla esperienza, è alcunchè di costante e non dipende anche essa dalla grandezza dell'esperienza? Non capisco come si voglia creare oggettivamente in tutti i campi riguardanti il diritto penale, e per tutti i singoli casi di questo campo, una legge di esperienza. Forse per mezzo dei periti, cioè dipendentemente dalla grandezza della loro esperienza? Si potrebbe trattare op-

portunamente di una prevedibilità per l'autore e non per i periti. La prevedibilità per l'autore però c'è sempre, se egli ha raggiunto l'evento che voleva raggiungere, anche contro ogni precedente esperienza, dando con ciò una evidente prova contro quella. Forse non lo si assolverà in omaggio all'amata teoria, perchè fu tanto cattivo da commettere un delitto "atipico"? Soltanto la prevedibilità per l'autore è rilevante per l'evento da lui non voluto, cioè soltanto per la cosidetta responsabilità per l'evento (Erfolgshaftung). Se questa la si vuole limitare - ciò che dal punto di vista politico criminale e della tecnica legislativa non è da consigliare - non c'è bisogno del nome "causalità adeguata" che ha invero un suono molto dotto, ma conduce ad una posizione oggettiva impossibile alla non-responsabilità per l'evento sperimentalmente non prevedibile, ma infatti previste.

Considerando soggettivamente la situazione non si può prescindere dalla circostanza che la prevedibilità può essere diversa per i diversi compartecipi al fatto. Può presentarsi specialmente il caso che questa prevedibilità sia data nel complice che era un perito e non nell'autore stesso. Ciò si trova qui dal punto di vista della dottrina della accessorietà, in un non lieve imbarazzo poichè all'autore non si può attribuire l'evento che si dovrebbe attribuire al complice, e perchè non si può considerare il complice soltanto in relazione all'evento "non adeguato", come autore mediato difronte al fatto dell'autore commesso senza la previsione di questo evento è meno punibile. Probabilmente non si applicherebbe una tale soluzione e quindi si va incontro ad un altro "strappo" di questa dotrrina da unire a quello già esistente secondo l'art: 50 cod.pen. tedesco.

La mia opinione è che la distinzione fra causa e condizione non sia sostenibile sia dal punto di vista della non-libertà del volere, sia da quello della libertà della volontà (Willensunfreiheit -Willensfreiheit). Non è sostenibile dal punto di vista della non libertà poichè le forze corporali e menta-

tali sono da valutare non soltanto nel senso della teoria delle cause (Ursachenlehre),ma anche da un puro punto di vista fisiologico? Il movimento del corpo realizzatosi nel mondo esterno -sia un colpo di coltello o la attività della lingua di chi esprime un raggiro ingannevole- fisiologicamente è indivisibile dalla funzione del cervello e dei nervi. Non si può però nemmeno separare l'attività del cervello dell'agente dalle impressioni prima avute. Tutta la catena dei processi fisiologici nei diversi compartecipi forma un unità.-

Dal punto di vista della libertà della volontà già è impossibile mettere in prima linea la attività puramente corporale e su di essa costruire una causa che si contrapponga alle condizioni. Qui il senso comune è più illuminato che non la mente scutissima dei giuristi. Il senso comune pone la causa di un evento penalmente o in altro modo rilevante,sempre nelle circostanze specifali e anzitutto nelle condizioni psichiche senza tener conto della differenza fra natura e compartecipe.

Infine vorrei accennare ancora ad un'altra questione qui pertinente:quella della contemporanea presenza di più condizioni efficaci per la attuazione dell'evento in una sola persona. Naturalmente non si chiamerà responsabile una tale persona per la commissione di più delitti. Noi puniamo colui che prima, senza successo,ha tentato un omicidio e poi effettivamente ha compiuto questo delitto,per mezzo del concetto della continuazione (Fortsetzung),soltanto per l'omicidio compiuto; (come anche il cacciatore furtivo che ha colpito l'animale solo col secondo colpo). Non sembra però comandato di perseguire l'autore, che più mezzi ha adoperato senza successo,soltanto per uno di questi; già per ragioni di diritto processuale non sarebbe opportuno.Io trovo che anche non si deve trovare giusto che la punizione del compartecipe,che sotto varie forme ha preso parte al delitto,avvenga soltanto per la forma più grave; per esempio per la determinazione e non anche per la complicità prestata (come invece

vogliono BINDING Grundiss § 67 e LISZT pag: 232). Egli ha compiuto un delitto con due mezzi, che ambedue ed in modi diversi, con circostanze di tempo e di luogo differenti, hanno reagito sulla attuazione. Ciò ha importanza per la entità della pena e per il processo stesso (contenuto della accusa, xxkkkxxdxkkxxxxx xxpxxxxlxxxxxxxxxxx modo di inquisizione). Le due forme di compartecipazione vanno l'una accanto all'altra, e non così che l'una escluda l'altra. Soltanto nell'autore non si rileva particolarmente un Tatbestand che ha chiesto l'aiuto di un coautore o di un compartecipe, se questa circostanza non ha influenza sulla punibilità (come nella società di ladri e in altri casi). Se si può punire l'autore per tentata determinazione alla complicità, è una questione a sè. Tentata determinazione alla qualità di coautore è semplicemente tentata determinazione, poichè il coautore è autore, o almeno così si dica.

Per me è chiaro che non si può parlare in nessun caso di una interruzione del nesso causale mediante l'autore; al contrario, si potrebbe addirittura parlare di una produzione del nesso causale fra l'azione del compartecipe e l'evento, per mezzo dell'azione dell'autore.

IV. Secondo le idee sviluppate fin qui si perviene: al rifiuto sia della teoria soggettiva sia della teoria oggettiva della compartecipazione e della distinzione, da BIRKMEYER (pag: 21) caratterizzata come formal-oggettiva, fra compartecipazione e qualità di autore; e ad una diversità nel modo della compartecipazione alla attuazione di una azione rivolta contro l'ordine giuridico (Così essenzialmente LISZT, prescindendo dal diritto positivo, e FINGER)? L'autore esegue, il coautore prende parte alla esecuzione, il compartecipe non fa ciò, sia egli istigatore o complice. Questa distinzione è teoricamente chiara, riguardo alla questione della colpa, non obbliga affatto. Nella pratica trova però difficoltà, in quanto non è sempre facile la distinzione fra la qualità di coautore e quella di complice, poichè prima è da stabilire che cosa sia in un dato caso la azione di esecuzione. Questa questione preliminare è collegata alla stabilizione dei con_

trassegni del Tatbestand (Tatbestandsmerkmale) nella legge e anche nella vita. Talvolta determinazione e complicità si confondono. Se la legge non ricollega alla distinzione nel modo della compartecipazione alcuna conseguenza fondamentale riguardo alla pena (come il diritto austr. e il mio progetto nella sua "Riforma completa nel diritto penale austriaco),se rimanda la considerazione di differenti gradi di colpa nel campo della punizione,perde la difficoltà della distinzione nel singolo caso la sua importanza. La obbiezione fatta da BIRKMEYER (pag:136) non la ritengo rilevante; egli dice di fronte alle conclusioni, riguardo al nostro argomento raggiunte dalla Associazione Internazionale Criminalistica,diventerebbe inutile la distinzione fra le singole specie di compartecipazione. Anzi essa rimane necessaria,poichè rende chiaro il Tatbestand, che ognuno compie ,nello stesso modo come le norme modello (Begriffsbestimmungen) della parte speciale del Codice. Quanto più complicata è la legge, nel suo vano tentativo di collegare alle distinzioni della compartecipazione distinzioni della colpa,tanto più difficile diviene la soluzione nel singolo caso.(un esempio éclatant ci fornisce il Codice pen. Italiano colla sua matematica nella attribuzione della colpa; ma qui appartengono anche il codice ted. e il progetto ted.)

Si è detto che il legislatore deve tener conto della maggiorenza dei casi, in cui però naturalmente l'istigatore ha una colpa ugualmente maggiore di fronte a quella dell'autore,il complice una colpa minore. Questa presunta regola dei casi non autorizza ad una considerazione numerica,che sarebbe puramente arbitraria,poichè non ha niente da fare con questa cosiddetta regola dei casi. Il legislatore deve stabilire il minimo della pena in modo che corrisponda al minimo grado della colpa,ugualmente se questa si presenta nella persona di un autore,di un istigatore,di un complice. Non deve però a priori costituire una posizione di vantaggio o di danno per una di queste forme di colpa e ciò per di più con una graduazione numerica,se egli sa che la regola è dubbiosa,e la computa-

zione numerica assolutamente falsa.

Nella questione della valutazione della colpa la teoria è invidiabile. Come è semplice definire la istigazione (Anstiftung) come determinazione dolosa (vorsätzlich) di un altro all'azione da quest'ultimo commessa (di proposito lascio da parte la parola "colpevole" (schuldhaft)), così è poco chiara l'entità della influenza nel singolo caso. Ci vogliono, come in altre azioni, anche in reati determinati, sempre due persone. L'istigazione può trovare resistenze superabili, ma può anche trovare un pronto volere. La complicità come cosadiuvazione dolosa nel fatto compiuto da un altro può essere stata prestata ad un autore assolutamente deciso, ma anche ad uno si è deciso appunto a cagione della offerta complicità, i processi volontarii vicendevoli nell'autore e nel compartecipe non si possono che difficilmente constatare in modo oggettivo; tutti due spesso non vedono chiaro in sè stessi e molto di meno saranno disposti a mostrare chiarezza e verità.

La questione della maggiore colpa è una questione da farsi nel singolo caso, e perciò autore e compartecipe devono essere minacciati da una uguale sanzione penale. Chi abbia secondo la configurazione del caso, la influenza sulla attuazione di esso, e secondo le qualità soggettive di coloro che prendono parte al delitto (Vita anteriore; età; maturità; motivi), la colpa più grave si può soltanto giudicare secondo le circostanze del caso. Ciò non esclude che si consideri a favore del complice, se la pena è assoluta, la parte puramente oggettiva; che d'altra parte si creino norme speciali a suo svantaggio (complicità con intenzione di profitto nel caso del protocato aborto).

BIRKMEYER (pag: 150) che fa la proposta, quanto alla difficoltà della distinzione fra qualità di coautore e complicità, di distinguere fra l'aiuto prestato prima e quello prestato durante l'esecuzione, non arriva al punto essenziale della questione. Il momento temporale non è rilevante per sè solo, poichè non corrisponde nemmeno in tutti i casi allo svolgimento oggettivo del fatto. La

complicità prima del fatto può essere stata più importante che quella durante l'esecuzione, anche se questo assume quasi la forma della qualità di coautore. La parte oggettiva rimane tradcurata in questa soluzione.

Non voglio enumerare una intera serie di casi per dimostrare la insostenibilità della dottrina contraria alla mia; soltanto un esempio deve mostrare a che punto si arriva secondo una considerazione puramente oggettiva. Se in una falsificazione di banconote A fornisce il disegno, B il conio, C la macchina per stampare, D la carta e se E stampa infine la moneta, oggettivamente il realizzatore del prodotto è autore, gli altri sono complici prima del fatto. In verità però il tipografo può essere un semplice servitore, colpevole però. Ognuno ed anche il criminalista ricercherà in primo luogo chi è stato il capo dell'impresa ed a questo senza riguardare regole scientifiche si darà la colpa principale. Se tutti agiscono in società, per l'elemento della volontà diventano coautori. Esempi di questo genere si possono apportare (a prescindere dal Diritto della ~~xx~~ stampa) in gran quantità; così per esempio nella truffa e nel furto.

V. La natura accessoria produsse la figura dell'autore mediato. Anche quelli che la difendono devono dire, che la qualità di autore mediato non è una vera qualità di autore, e che quindi si basa su di una finzione (vedi LISZT pag.80). Contro le finzioni del diritto penale esistono sempre scrupoli considerevoli, specialmente nel senso, che esse sono assolutamente non vere. Si crede di poter trovare una via d'uscita dal qualificare l'autore come strumento dell'istigatore. Nei casi della cosidetta qualità di autore mediato, però, l'autore concettualmente non è strumento dell'istigatore più che in tutti i casi della istigazione vera e propria, cioè della determinazione della volontà altrui al fatto. Che questa determinazione sia stata facilitata a causa di immaturità mentale, pazzia o altre qualità psichiche dell'autore, non attribuisce nessun diverso carattere

alla istigazione. E' degno di rilievo che una parte dei difensori della qualità di autore mediato contemporaneamente appartengono alla schiera dei fautori della inferiorità (Minderwertigkeit) mentale (o,meglio,morale). La graduazione fra non-responsabilità e inferiorità nell'autore, a loro è sufficiente per cambiare la natura dell'azione dell'istigatore. Un proverbio antico dice che il Parlamento Inglese sarebbe capace di far tutto eccetto che fare di un uomo una donna. La dottrina dello autore mediato gli è superiore in questo senso; poichè rende possibile la violenza carnale a danno di una donna da parte di un'altra attraverso la figura dell'autore mediato. Taluni vogliono d'altronde evitare tali ed altri casi insostenibili ponendo come requisito fondamentale che l'istigatore non possa per ragioni giuridiche essere escluso dalla qualità di autore immediato. Si perviene però, seguendo questa strada (come FRANK), al risultato di dichiarare che la figura dell'autore mediato nei delitti di ufficio non è possibile e che il compartecipe è quindi impunibile, si va da Scilla a Cariddi. Un tale risultato si oppone a ogni sentimento di giustizia; la pratica applicazione del diritto non può accollare siffatte deduzioni.

Questi risultati dimostrano la insostenibilità della dottrina. E' indifferente, per quali ragioni l'istigatore (o il complice) non poteva essere autore; cosa principale è che non lo era e di fatto non lo poteva essere. Chi induce un altro a rubare (ed inoltre senza che questi abbia un profitto proprio) non ha rubato mediatamente, così come, nell'altro caso, la donna che fa violare un'altra, non è autrice mediata del delitto della Notzucht. Non è anche divenuta "padre mediato" del bimbo generato. La insostenibile opinione che il dolus nell'autore irresponsabile non possa essere presente; il mischiare insieme dolo e responsabilità; la influenza del diritto civile che esclude la volontà dell'incapace ad agire (però per ragioni di diritto e non per ragioni di fatto), tutte ciò

ha dato origine alla figura dell'autore mediato. Però qui si ha bisogno del dolo (Vorsatz) del cosidetto strumento del Tatbestand per rendere autore mediato il compartecipe, e la dottrina soffre così una interna contraddizione.

Aggiunge che anche nel caso dei coautori, il non responsabile non viene escluso dalla considerazione e perciò non ne deriva che per la sua esclusione l'altro coautore divenga autore unico (Alleintäter), come se avesse commesso la sua propria azione e anche quella dell'altro. La dottrina dell'autore mediato riguarda però necessariamente anche il coautore; perchè essa questo con la sua azione per sè insufficiente per il raggiungimento dell'evento non può trascurarlo, e d'altra parte deve escludere l'azione dello altro. Ci sono pure casi, d'altra parte, in cui uno è soltanto strumento dell'altro. Qui però non c'è nè autore mediato nè istigazione ma pura qualità di autore.

Qui appartiene, fra l'altro, il caso dello strumento corporale (Körperlich). Chi ha buttato un altro in una vetrina, l'ha rotta egli stesso, come se si fosse servito di una pietra. Il proiettile umano non è stato determinato in nessun modo nella sua volontà, sia stato egli sano di mente o pazzo. Non ha addirittura agito. Ugualmente manca una istigazione o una compartecipazione, se chi ha preparato il veleno si serve, per somministrarlo, di un altro, che non conosce la qualità velenosa di ciò che dà. Questi non è stato determinato dolosamente ad uccidere, in tal caso l'avvelenatore ha ucciso personalmente come nel caso in cui determina la sua vittima a bere la bevanda velenosa o a saltare in un abisso (come nel romanzo di Zola: Fertilità). L'uccisore non può diventare in questo caso autore mediato nè l'ucciso autore immediato irresponsabile. L'ucciso che, a ciò tratto dall'uccisore, beve il veleno inconsapevolmente non diventa strumento di quest'ultimo, come pure il truffato che arricchisce a suo proprio o altrui danno il truffatore.

Se KOHLER (studii 1, pag. 106) perviene alla qualità di autore mediato

dell'istigatore (Anstifters) non bisogna dimenticare che secondo il suo punto di vista,l'istigatore è autore (autore intellettuale in contrapposto allo autore materiale),e non già compartecipe.Secondo questa concezione si può addirittura pervenire alla opinione che l'istigatore faccia commettere il delitto per mezzo dell'autore,che l'azione dell'autore diventa contemporaneamente azione dell'istigatore.Contro questa dottrina si oppone che l'istigatore determina la volontè dell'istigato senza che però la volontà di questo divenga la sua propria; e che,in nessun caso,egli eseguisce il delitto.

L'azione dell'istigatore si distingue però essenzialmente da quella del complice,poichè l'uno suscita la volontà dell'autore,mentre l'altro la trova già presente e la può soltanto rafforzare (e,talvolta,medianamente richiamarla a nuova vita). Noi dobbiamo però partire dal concetto che anche dell'autore istigato la volontà di commettere il delitto non si formi soltanto per mezzo della istigazione,ma anche viene al mondo per elementi psichici propri (E questo indipendentemente dalla concezione deterministica o indeterministica)? In questo senso l'istigatore ha preso parte all'azione dell'autore.

Partendo dal concetto che il compartecipe ad una azione penalmente sanzionata,eseguita o tentata da un autore non responsabile,malgrado la impunibilità dell'autore,sia da punire solo secondo l'importanza della sua azione di compartecipazione,in armonia con lo svolgimento naturale,si supera, contemporaneamente,un'altra difficoltà,cioè la considerazione della ignoranza da parte del compartecipe delle ragioni di irresponsabilità. Questi casi hanno una importanza assai grande nella pratica. Già nella responsabilità dei minori esclusa dalla legge per ragioni di età è da considerare la conoscenza dell'età da parte del compartecipe (art: 55 cod.pen.ted. e artt. 2a, 237, 269 del cod.pen.austr.). Come è noto non prima del processo in molti casi viene constatata l'età raggiunta. Sempre ho avuto la opinione che un siffatto limite di età (cioè quello dei 14 anni) sia determinato dalla legge come

limite assoluto della responsabilità ma non hò mai dubitato che questo limi_
te di età è impossibile che corrisponda alla realtà,poichè la maturità menta_
le e morale effettivamente raggiunta non è legata al certificato di nascita,
ma è dipendente dalla nazionalità,dal clima,dalla educazione,dal modo di vi_
vere e dalle qualità personali.Ragioni di opportunità e specialmente le gra_
vi difficoltà di una constatazione della maturità mentale sia con,sia senza
perito,militano a favore di una tale soluzione.Queste ragioni di opportunità
però non valgono affatto nei confronti del compartecipe,specialmente se que_
sti non conosce l'età dell'autore e gli ha attribuito un'età maggiore.Tratta_
re però il compartecipe,secondo il limite puramente oggettivo dell'età,che
nessuno chiarimento ci fornisce sulla capacità di intendere,una volta come
compartecipe,un'altra come autore mediato,sicuramente è una soluzione sbaglia
ta,grossolanamente contraria ad ogni logica e psicologia e ai fondamentali
principii per una giusta applicazione del diritto penale.In un grado più ele_
vato vale lo stesso se si tratta di un giovane di maturità dubbia.Non si può
chiedere al compartecipe che debba sapere se al giovane poi si attribuirà la
mancanza della capacità di intendere necessaria per riconoscere la punibilità
della propria azione (art:50 cod.pen.ted.).Il progetto tedesco ha reso super_
flua questa questione cancellando totalmente la posizione speciale del giova_
ne riguardo alla questione della responsabilità.Sebbene lo stesso prima -an_
che se con scetticismo- abbia difeso il secondo grado di età,quello della
dubbia maturità mentale e morale,oggi consento pienamente con la soluzione
radicale tedesca e col suo fondamento,che cioè la capacità di intendere
(Zurechnungsfähigkeit) di un giovane (Jugendlich) non differisce essenzialmen
te da quella degli adulti. Questa decisione è il risultato dell'esperienza
e contemporaneamente una prova della possibilità di superare opinioni eredi_
tarie e divenute "bene comune". Non posso saper come, -secondo l'art:5 cod.
pen.austr.-, il compartecipe debba e possa rispondere alla domanda,se l'auto_

re "secondo lo stato del suo sviluppo non ha la capacità di capire l'illicei_
tà del suo fatto o di agire secondo questa comprensione (Einsicht)". - se non
si vuole attribuire al compartecipe il "dolus eventualis" anche in relazione
a questa domanda e alla qualità di autore mediato,che ad essa è collegata.

Il Progetto Tedesco ha,come ho già detto,esclusa la figura dell'autore me_
diato anche in relazione al penalmente minore (Strafunmündiger) e al pazzo,
poichè esso riduce questa minorità penale o la pazzia a ragioni di esclusione
della pena (pag: 68 e 83 del Progetto). Ho già sottolineato che questa via mi
sembra un giro vizioso errato.Se si trova insostenibile la costruzione dello
autore mediato,si deve anche abolirla pienamente.Per il pazzo l'art: 63 (in
connessione con l'art: 58 del Progetto) significherebbe,che non solo possa an_
dare dolosamente (Vorsätzlich) (ciò che approvo senz'altro),ma che egli,nel
caso di un'azione dolosa,agirebbe anche colpevolmente (schuldhaft),soltanto
che non sarebbe punibile. Questo nel caso del pazzo non è giusto (nel caso
del"Strafunmündigen" in età di prima infanzia per lo più vale lo stesso).

Per quanto riguarda il Progetto Austriaco (art:12 parte 4),esso vuole in_
trodurre nuovamente la figura dell'autore mediato nel diritto austriaco in re_
lazione ai minori (Strafunmündigen),ai giovani immaturi (unreifen Jugendlichen)
e ai pazzi.Riguardo a questi ultimi,il compartecipe ha il dovere di giudicare,
se l'autore ha la capacità di capire l'illiceità della sua azione o se egli
soffre soltanto di un indebolimento e di una diminuita capacità che non è an_
cora una vera incapacità d'intendere.Naturalmente anche questo giudizio si può
risparmiare al compartecipe considerando la capacità d'intendere,e il suo con_
trario,come un puro contrassegno oggettivo del Tatbestand. (objektives Merk_
mal).

E' sicuro che il compartecipe,nello stato attuale della psichiatria,può a_
vere una opinione assai diversa da quella dei periti sulla capacità del suo
autore; e tuttavia regolarmente è rilevante soltanto l'opinione dei periti.
Se i periti psichiatri negano l'argomentazione che dalla malattia giunge la

incapacità d'intendere e se ~~si~~ si dà ad essi ragione su questo punto (Commentario al progetto austriaco pag. 6 - 8) non è decisivo. Colla constatazione di una malattia dal nome più o meno esotico va da sè che non è aiutato nessuno. Come il giudice in una lesione agli occhi deve domandare al medico legale, se il potere visivo risulta diminuito a addirittura perduto, così, dopo la constatazione di una malattia mentale, si deve domandare al medico quale azione essa abbia avuta sulla attività mentale. Senza una risposta questo quesito tutto il parere del perito è vano. Perciò anche l'art: 134 del cod.pen.austr. prescrive che il perito deve dichiarare: "quale influenza ha esercitata la malattia sulla immaginazione, sull'istinto e sull'azione dell'accusato" e se questo stato mentale è esistito al tempo in cui il delitto è stato commesso. Se i periti ciò fanno, hanno contemporaneamente giudicato sulla capacità d'intendere (responsabilità), anche se essi molto diligentemente evitano questa parola. Se alcuno come me ha preso parte personalmente a centinaia di indagini sullo stato mentale, in processi civili e penali, e se ha letto centinaia di pareri di periti, si può permettere un giudizio riguardo a questo argomento. Il giudice ha soltanto la possibilità di respingere l'attestato per mancanza di fondamento o di giustezza delle conseguenze che vi sono espresse e dare un parere proprio opposto; o di accettare l'attestato caratterizzandolo colle parole: capace di intendere; capace di intendere in grado minore; incapace di intendere. E' sempre chiaro che il giudizio ha la decisione formale, mentre la decisione pratica, la ha il perito, perchè altrimenti il giudice dovrebbe fornire una perizia psichiatrica prima che rifiutare di seguire il parere del perito. Egli dovrebbe per es: respingere l'argomentazione: " arteriosclerosi incipiente; dunque: demenza senile precoce, donde: maggiore prontezza verso delitti che richiedono una vigoria più grande" - come non rispondente alle esperienze criminalistiche. Un mezzo ausiliare per lo più conta già nella denominazione della malattia, la quale si può ritrovare nei trattati e nei manuali di psichiatrie. Soltanto che questi non possono

servire bb.fondamento della prova,poichè essi -almeno nel processo pena_
le- non possono obbligare a niente. Quindi non è possibile far dipendere
la esclusione della questione se uno è compartecipe o autore mediato dallo
esito della ricerca psichiatrica dell'autore,o dalla perizia di una Facol_
tà Universitaria,a cui il compartecipe privatamente prende parte; poichè
in certe condizioni al posto di una pena limitativa della libertà lo aspet_
ta la pena di morte (art. 18,286 progetto austr.),se egli non ha riguarda_
to lo stato mentale del suo autore.Inoltre si dovrebbe,nel senso del dirit_
to antico inglese,prima giudicare l'autore; e si dovrebbe punire il compar_
tecipe all'azione di un autore morto o ignoto soltanto in base alla regola:
"in dubio mitius". Una ripresa del processo a favore dell'autore già giudi_
cato,ripresa dovuta a malattia mentale (prima non riconosciuta),farebbe
del compartecipe un autore mediato; una ripresa,a danno dell'autore assol_
to per pazzia farebbe dell'autore mediato un compartecipe.In realtà,però,
il compartecipe che ha ritenuto sano di mente il suo autore,ha commessa sem
pre la stessa cosa.

BIRKMEYER mostra chiaramente,adducendo una ricca letteratura,quanto poco
unanime sia la scienza riguardo a questioni fondamentali della dottrina del_
la compartecipazione e per quanto poco il legislatore possa fondarsi su di
essa e sulla pratica del diritto (vedi pag. 153). E' già grave la tipica
discordanza delle opinioni nella letteratura del dir.penale; ancora più pe_
ricolosa è la combinazione colla Giurisprudenza,che,naturalmente,quando ur_
ta contro i risultati insostenibili della dottrina,agisce nel modo che cor_
risponde al caso in questione,senza dare una giustificazione teorica.Addu_
ce al riguardo soltanto tre autori,di cui [illegible] avversi. FRANK
(s.a.O.,3 ediz.pag: 68) vuole punire il compartecipe che non conosceva la
incapacità d'intendere dell'autore,soltanto in base alla qualità di autore

colposa (fahrlässige Täterschaft),poichè egli non sapeva ciò che causava. Che questa soluzione stia in contrasto assoluto coll'azione e con la volontà del compartecipe non è più da spiegare,poichè di colposità in lui non ci è stata neppure la minima traccia.

FINGER (diritto pen.austr. pag.59) accoglie invero la soluzione estrema, escludendo l'azione dell'incapace (di commettere un delitto (Deliktsunfähiger) come penalmente irrilevante,e mettendo al suo posto il compartecipe, senza considerare il fatto che questi non sapeva niente della incapacità d'intendere dell'autore.Secondo la mia opinione,però,è da considerare per la punizione del compartecipe la sua colpa e la sua posizione riguardo al fatto.

Non posso giudicare se BELING volesse andare tanto oltre come risulterebbe dal suo esempio sul suicidio (L.v.V. § 47).Egli lascia impunito il compartecipe nel suicidio per mancanza di una norma legale; lo vuole punire,però, come omicida se il suicida era capace d'intendere "poichè qui l'azione del alcuna capace d'intendere non ha importanza in sè e per sè, ma è da attribuire come complemento all'azione dell'altro".Lo stesso avverrebbe per il compartecipe che non conosce l'irresponsabilità dell'autore: questi,in base ad una perizia psichiatrica,potrebbe passare dalla impunità alla pena di morte. Anche per la questione della:"considerazione" (Uberlegung) risulterebbe una situazione difficile,poichè non si potrebbe trasmettere la "considerazione" dalla persona del suicida a quella del compartecipe;rilevante sarebbe quindi la di lui "considerazione".

Anche la qualità di coautore che sta in relazioni molto strette colla complicità,la dobbiamo qui considerare. Così FRANK esclude la figura dello autore mediato nel coautore,cioè chi tiene ferma la persona vincolata nella Notzucht,resta coautore; chi la conduce al violatore diventa autore mediato se l'autore è dichiarato pazzo; però,secondo FRANK,egli resta impunito,se

non sapeva della pazzia dell'autore,poichè non c'è una Notzucht colposa (fahrlässig). Quindi questi,sebbene autore mediato,ha un profitto considerevole per mezzo dell'attestato del medico psichiatra e della dottrina della natura accessoria.Secondo il Progetto Tedesco tutto ciò non può più accadere,poichè esso riconosce,sì,la natura accessoria ,ma non le lascia esplicare la sua azione,poichè ciò che concede ad essa,è di nessuna importanza -come sarà dimostrato più avanti.

Ripeto che naturalmente anche il pazzo ed il penalmente minore (der Straf unmündige) possono servire da strumentp, e senza dubbio più facilmente che non chi è nel pieno possesso delle sue facoltà mentali. Oltre il non-agire, però,si deve considerare anche l'agire incoscientemente.Con ciò,però,inevitabilmente,l'azione del "compartecipe" (un complice non vien mai in considerazione) viene talmente trasformata,che,sin dall'inizio,non si può parlare di compartecipazione.Casi di questo genere -se accadono- hanno rassomiglianza coi casi della Nötigung e dell'errore.L'esempio del coltello che vien dato ad una persona che si trova in un accesso epilettico non è convincente,sopratutto perchè chi dà il coltello,corre egli stesso il pericolo di essere colpito; appunto perchè l'epilettico non si fa dirigere in una certa direzione della volontà. Anche l'ipnosi non si può addurre in questo caso finchè non sia provato un caso in cui veramente un delitto è stato commesso nell'ipnosi. Gli esperimenti non hanno fornita questa prova.

Una chiara determinazione della volontà di un altro abbiamo nel caso della Nötigung. Faccio la premessa che non ho potuto mai immaginare un'azione ottenuta mediante una violenza corporale (vis absoluta),e neppure un'omissione; nè mi è capitato alcun caso di questo genere. Nel caso della violenza corporale,agisce soltanto quegli che l'esercita; l'altro non agisce e non omette,non può addirittura fare nè l'una nè l'altra cosa o diventa uno strumento; o,nell'omissione,gli viene impedito di agire.Se uno lega l'ad-

detto agli scambi e l'imprigiona e così gli impedisce di manovrare gli scam_
bi,il ferroviere non ha compiuta nessuna omissione,ma l'altro ha prodotta
la falsa posizione dello scambio,e l'ha prodotto nella qualità di autore,non
di autore mediato,e sopratutto non come addetto agli scambi mediato.

In considerazione rimane perciò soltanto la violenza psichica di cui dice
FINGER giustamente,che essa costringe ad un'azione voluta,anche se la volon_
tà dell'autore sta sotto il dominio di un altro.Chi con una minaccia è stato
costretto agisce dolosamente;diventa,però,impunibile,se sono presenti i pre_
supposti legali che lo liberano dalla pena,poichè il legislatore ritiene scu_
sabile (Entschuldbar) la sua azione.Il costretto è un autore impunibile;chi
costringe va punito come determinatore e non come autore mediato.Il passag_
gio al caso di colui che agisce indotto dalla pressione economica e da un
rapporto di autorità,e che resta punibile,risulta automaticamente; ma anche
il paragone con quello che è sì nel pieno possesso della sua forza mentale,
ma che però è facilmente determinabile al reato,col penalmente minore (Straf_
unmündiger),col pazzo e coll'infermo di mente,non ci offre difficoltà.Qui
non appartiene il caso in cui la costrizione esercitata mediante minaccia non
fa addirittura sorgere la questione della compartecipazione,come per es: nel_
la estorsione allo scopo di ottenere una cosa non appartenente alla persona
minacciata e a questa affidata o trovantesi in altrui possesso.Identico è il
caso in cui uno costringe un altro ad incendiare una cosa propria (apparten
te a chi vien costretto). Chi minaccia con ciò non diventa autore mediato
dell'incendio di una "cosa propria",però autore immediato dell'incendio di
cosa altrui. E' qui il caso di un delitto che serve come mezzo per raggiun_
gere lo scopo contro il costretto.

Tuttavia è possibile la compartecipazione ad una azione necessitata (Not_
standshandlung) di un terzo,sopratutto nei casi di Notstand prodotto da un
avvenimento esterno,compartecipazione che può assumere la forma della isti_

gazione e della complicità. In casi di questo genere al terzo si attribuirà, per lo più, la scusante del Notstand, proprio come a colui che agisce immediatamente, anche se l'elemento psicologico non sempre è da valutare ugualmente per tutti due. La difficoltà per ambedue consiste nel fatto che la questione del Notstand non si deve nè giudicare solo oggettivamente nè solo soggettivamente. Sempre si deve aver presente il quesito se quel dato uomo in presenza di quelle date condizioni sia scusabile. Chi giudica, perchè personalmente non prende parte al fatto e perchè si trova lontano per quanto riguarda lo spazio e il tempo che le dividono, si trova in una posizione molto più favorevole che non chi fu esposto al Notstand. Avendo quindi un dubbio, si deve pervenire per tutti compartecipi ad una responsabilità colposa (Fahrlässigkeitshaftung) e alla assoluzione, se non si vuole attribuire ad essi una responsabilità, a cui il giudice stesso non potrebbe far fronte nel caso dato di soltanto in seguito a qualità proprie più elevate...in quanto poi egli non immagini soltanto di possedere queste qualità. Il terzo che determina o ausilia un altro in un'azione necessitata (Notstandshandlung) soggettivamente ma non oggettivamente tale in realtà, ha ~~xxxxxxx~~ prodotto dolosamente l'evento soltanto se induce in errore l'agente o usufruisce di un errore in lui già presente, per attuare l'evento. Se un tale caso è dato, la cui prova sarà inoltre molto difficile, la soluzione è da ricercare nel campo della influenza dello errore (così pure nel caso della legittima difesa putativa)("Putativnotwehr")

Se un errore produce la incolpevolezza dell'autore o muta la punibilità a suo favore, la posizione del compartecipe è dipendente dalla natura del delitto in questione e dal modo della sua compartecipazione. Ciò corrisponde alla trattazione troppo formalistica dell'errore che si è impadronita della legislazione e della teoria. Sono da escludere i casi in cui non si può parlare di errore e in cui l'agente non è responsabile non perchè non conosceva alcune circostanze del Tatbestand (Tatbestandsumstände) ma perchè agiva

lecitamente,il portalettere che consegna una lettera minatoria none ha biso_ gno di ricorrere all'art: 59 cod.pen.ted. per essere impunibile.Da questo portalettere fino ad un altro presunto autore che agisce in ignoranza non è troppo grande il passo. Come nel caso dell'invio per mezzo della posta non si ammetterà che chi ha scritto la lettera sia autore mediato,così anche non lo si farà in casi simili a meno di farsi rimproverare di essere un giurista formalistico. Qui si tratta di vere azioni di esecuzione dell'autore e non di azioni di chi si trova in istato di ignoranza.

Uno può usufruire dell'errore o della ignoranza di un altro così che fa commettere da questa persona incosciente una azione,senza che varii la sussun zione sotto la legge,come nell'esempio della somministrazione del veleno a chi si vuol uccidere per mezzo di una persona mediata,che non sa nulla della esistenza del veleno o della qualità velenosa di ciò che somministra.Manca alla persona mediata la volontà di uccidere e la sua azione è parte della a_ zione di esecuzione dell'uccisore.Non diventa,per il modo da lui scelto per commettere il delitto,autore mediato,ma è autore immediato appunto come nel caso in cui egli stesso induca con inganno la vittima a bere il veleno,e in cui mandi a questa il veleno,designandolo come qualche altra cosa,per mezzo della posta,cioè colla mediazione degli impiegati postali.Se l'autore si è procurato il veleno inducendo in errore una terza persona,essa non diventa compartecipe,benchè possa diventare penalmente responsabile.Un'altra possi_ bilità consiste in una variazione del Tatbestand attraverso la produzione di un errore o l'avvalersi di un errore altrui.Chi induce in questo modo un al_ tro antigiuridicamente a consegnargli una cosa che appartiene ad un terzo, commette il delitto di truffa come autore immediato,e niente affatto una ap_ propriazione indebita o un furto come autore mediato.Il fatto di carpire do_ cumenti con l'inganno (Urkundenerschleichung) non è,ugualmente,una documen_ tazione falsa mediata;- questa già sarebbe impossibile perchè a chi inganna manca la qualità di impiegato.

---

non attribuzione

VI.Qui dobbiamo discutere sulla non-imputazione di qualità personali o raporti che producono un'aumento o una diminuizione della pena(art.50 cod.pen.ted.)Nell'art.5 del cod.pen.austr.si parla d'altra parte solo da ragioni di esclusione della colpa (Entschuldigungsumstände) che escludono la punibilità per l'autore,un con-colpevole o compartecipe solo in seguito di circostanze personali,e vi è detto che esse ragionni non sono da estendere sulle altre persone che hanno preso parte al delitto.

Il progetto ted. nell'art.8o giustamente comprende tutti questi tre casi in uno solo dicendo che qualità o circostanze personali che aumentano,diminuiscono o escludono la punibilità sono da riguardare soltanto per la persona in cui sono presenti.Il progetto quindi anche qui mette da parte la natura accesseria e la qualità di autore mediato.Il progetto austr. che nell'art.12 parte 3 apparentemente dice lo stesso,cioè che qualità o circostanze personali xhx tolgono soltanto la punibilità di chi le presenta nella sua persona o diminuiscono o aumentano la di esso pena,riguardo al dettato dell'articolo corrisponde come pare a quello del progetto tedesco,poichè si serve sia per la capacità d'intendere sia per la non-responsabilità alle norme del diritto penale (Strafunmündigkeit) sia anche per il Notstand della espressione "non è punibile". L'essenziale differenza si esprime però nella parola "togliere la punibilità" e nel commento che esprime chiaramente il contrasto alle ragioni di esclusione della colpa.

Le circostanze che aumentano e diminuiscono la pena sono uno dei punti più dificili nella dottrina della natura accesseria della com-

partecipazione.Si mostra anche qui che non si può applicare conseguentemente la dottrina.Non è possibile di trascurare tutte le circostanze incerte di questo genere, di limitarle su "circostanze personali" nel Tatbestand non oggettivate, come la recidiva e l'età minore (così BIRKMEYER pag.157). In primo luogo così non si può trovare la decisione, quali casi appartengono alla specie delle pecore bianche e quali casi a quella delle pecore nere.Rimando in questo senso alle relazioni con deveri speciali che aumentano la pena (qualità di impiegato nei delitti d'ufficio improprii,qualità di soldato,la circostanza di appartenere alla famiglia nel omicidio di un parente),alla diminuizione della pena per la madre che uccide il neonato,per il furto entro una familiari. Il legislatore può avere il punto di vista che il compartecipe che come mandante e complice ha dato il contributo ad un'azione che viola in un grado più elevato l'ordine giuridico e per la quale l'autore è punitè più gravemente,deve subire anch'esso la pena più grave,nonostante che nella sua persona questa speciale relazione non sia data.

Per questo però non c'è bisogno della teoria accesseria della sua azione,però è sufficiente la di essa relazione all'evento.Nell'altro caso la natura accesseria non deve inibire di non attribuire al compartecipe le circostanze che diminuiscono la pena, che valgono in favore dell'autore,come nell'uccisione del neonato o nel furto fra familiari. Con altre parole,la legge in nessun modo deve riguardare la natura accesseria.Questo pensiero si esprime anche nel fatto che dove la perseguibilità penale è dipendente dalla domanda (del violato -il trad.), ciò non vale per i compartecipi (art.247d cod.pen.ted.)

Escludendo il principio della natura accesseria non cessa però, ogni difficoltà.Ciò si mostra nei delitti d'ufficio.Se la legge o la interpretazione di essa limita la punibilità nei delitti d'ufficio improprii sulla persona dell'autore,sottopone però tutti,anche i compartecipi,

sulla stessa norma penale nei delitti d'ufficio proprii, si è espressa in ciò poca logica di idee. In un grado minore vale lo stesso per i delitti militari, poichè qui le norme speciali del codice pen. militare e la circostanza che la applicazione di un diritto speciale vuole la sommissione sotto di esso, hanno una importanza particolare. Ciò riguarda il diritto austr. applicando per le persone civili che hanno preso parte ad un crimine militare una pena meno grave, e non punendo, di regola, quelli che hanno preso parte ad un delitto militare.

Il diritto ted. nelle norme sulla compartecipazione ai delitti d'ufficio non osserva il principio della accessorietà, anche non nel senso che cioè essa, da prescindere dai delitti d'ufficio impreprii, tratta diversamente la corruzione per l'impiegato e per il corruttore staccando quasi la compartecipazione del fatto, da una parte, restringere l'ambito di essa (non-osservazione di un dovere d'ufficio o di servizio) e, dall'altra parte, di non dichiarare punibile l'azione anche nel caso in cui l'impiegato non si è fatto corrompere.

LISZT che si trova qui in una controversia fra opinione propria e la legge da lui da interpretare, fa agire ragioni di soppressione della pena, presupposti del processo e ragioni personali di esclusione della pena soltanto per le persone, in cui si effettuano, e anche nella desistenza dal tentativo da parte dell'autore ammette la punibilità dei compartecipi. (pag. 213, 234).

Del resto la dottrina e la giurisprudenza usano le più varie manipolazioni per superare le difficoltà create dalla varietà delle qualità personali e rapporti, solo per salvare il principio della accessorietà.

Anche un'altro non-consenso riguardo a fatto e volontà c'è ancora per autore (coautore) e compartecipe causato dalla dottrina della accessorietà. L'autore può fare di più, di meno e addirittura qualche altra cosa di

cosa che ~~a~~ ciè che il mandante voleva e il complice credeva.Per il "più" c'è una soluzione semplice attribuendo cioè al compartecipe soltanto ciò che ~~voleva~~ e credeva,facendolo responsabile per il "meno" contenuto nel "più".Questo è possibile soltanto nei casi in cui s'incontrano due leggi:compartecipazione al furto che diviene una rapina,perchè il proprietario ~~interviene~~.Però dal punto di vista della natura accessoria nel caso della non-responsabilità dell'autore il mandante sarebbe autore mediato di un furto,mentre è stata compiuta una rapina.Se l'autore però ha fatto di meno (si voleva commettere una rapina,ma l'autore a causa della assenza del proprietario della cosa poteva commettere un semplice furto),conseguentemente il compartecipe dovrebbe prendere parte alla soluzione più favorevole.Il mandante in certi casi sta perciò meglio come se ~~l'autore~~ avesse fatto niente ~~l'autore~~,perchè in questa situazione il mandante sarebbe da punire per mandato tentato,~~e~~ si ~~dovrebbe~~ comprendere sotto la stessa azione del mandante un mandato tentato e un mandato compiuto (cosa un po' pericolosa).Se l'autore ha fatto una cosa pienamente ~~altra~~,il mandante sarebbe da punire per mandato tentato,se ci sono dati i presupposti per questo,il complice però per mancanza di una norma che punisce la complicità tentata sarebbe impunibile.Ciò può condurre a risultati poco soddisfacenti specie se si tratta di delitti molto gravi.Aggiungo soltanto che in tutti questi casi non c'è una differenza,se il non-consenso esisteva già sin dal prineipio o se si è prodotto solo nella esecuzione del fatto.

Ma anche se c'è consenso di volontà ~~assoluto~~ può accadere un ~~non-consenso~~ col fatto (tentative,error in obiecto,aberratio ictus).Qui però non abbiamo grandi difficoltà.Come il legislatore considera tali casi per l'autore,così li deve considerare anche per il compartecipe; anche questo deveva ~~contare col fiasco~~ dell'impresa,senza che qui si ~~dovrebbe~~ costruire una natura accesseria che abbia reazione sul compartecipe.Presupposto di una soluzione soffisfacente per il comparte-

cipe è una soluzione soddisfacente per l'autore.

Un non-consenso della volontà molto acuto c'è nel caso del compartecipazione colposa (fahrlässig) che però -da prescindere della questione della punibilità- sia dal punto di vista della dottrina della accessorietà, sia dal punto di vista di chi la nega, non è compartecipazione nel senso proprio.

VII.I seguaci del dolus eventualis debbono chiamare responsabile il compartecipe avente questo mezzo-dolus per un fatto realizzatosi nell'ambito della possibilità e probabilità ammessa, anche se questo ritenuto dolus si avvicina in realtà quasi pienamente alla colposità (Fahrlässigkeit). Il dolus eventualis crea così, se non è forse una prova velata per il vero dolus, una compartecipazione essenzialmente colposa colla pena prevista per la compartecipazione dolosa. Anche se il legislatore (art. 59 del progetto) dichiarerà che "consapevolezza e volontà dell'autore siano date anche, se egli tutte le circostanze oggettive (tatsächlich) appartenenti al Tatbestand legale dell'azione punibile ha ritenuto probabilmente presenti, e, nel caso che appartenga al Tatbestand legale un certo evento, se egli crede che anche questo probabilmente potrebbe verificarsi", tuttavia autore e compartecipe possibilmente non hanno voluto in verità nè i presupposti legali del Tatbestand nè l'evento - da prescindere pienamente dal fatto che autore e compartecipe i concetti di "probabilmente", non non-probabilmente", "possibilmente" e "inverosimilmente" non potranno tanto acutamente distinguere, come lo chiede il prog. da essi. In un grado ancora più elevato preso da un trattato scientifico (vedi FRANK 3.ed.pag.ie4) e, per la comunità, quasi incomprensibile mi sembra l'art.6 del prog.austr. "dolosamente agisce chi vuole effettuare la violazione o il pericolo, di cui attuazione causa la punibilità, o chi consente di effetuare". Questa contrapposizione significherebbe secondo la interpretazione consequente che si tiene al dettato che l'uno

vuole e l'altro non vuole,ma consente.Nell'uso comune della lingua si capisce sotto la parola consentire una dichiarazione della volontà sua, cioè un'altra cosa ~~che~~ da quella che si voleva esprimere secondo il commento del progetto,che vuole eguagliare volontà "~~con riserva~~" condizionata (bedingtes Wollen) e volontà vera,cioè l'approvazione di un'evento ritenuto possibile accanto(o al posto?) dell'evento voluto.Questo è l'agire senza riguardo alla possibilità o probabilità di un'evento non ~~b~~ Voluto ~~rigato~~.Nella sua entità però ciò non è nient'altro che colposità consapevole, in cui l'autore ~~lo stesso conto~~ regolarmente considera della possibilità di un'evento non voluto e in cui tuttavia agisce.Lo fa anche chi si sottopone ad una pericolosa salita su un monte; anche lui ha il pensiero "sia che finisca così come voglio,sia anche perniciosamente,io lo faccio",ma perciò non è ancora suicida con dolus eventualis.Il dolus eventualis non ha nemmeno chi gioca un gioco di azzardo.Si può partendo dalla dottrina antica della prova,come il diritto antico austr.,dalla necessità dell'evento ~~conchiudere~~ dovere il dolus,o,come il diritto più recente,della regolarità dell'evento ~~sottoporre~~ giudicare dimostrato il dolus,se l'autore agisce con un dolus proprio di delinquente. Non però si deve,esistendo il principio della valutazione libera della prova,costringere il giudice per mezzo del diritto materiale di ammettere il dolus per un'autore,che non lo ha avuto.Secondo il dettato del progetto austr.si dovrebbe (contro il commento!) applicare la norma sul dolus eventualis anche su quell'autore,che vuole un'evento che non lede il diritto penale e chi soltanto era consapevole di poter produrre la probabilità o la possibilità di un'evento contrario alla norme penali (che cosa si vuole comprendere sotto la parole "consentire" non risulta nè anche dal commento).Tanto oltre non va il diritto austr.vigente col la sua prova indiretta del dolus (art.1 cod.pen.austr.),poichè presuppone che l'autore "per ragione di un'altra cattiva intenzione ha fatto o omesso" "qualche cosa da cui il male prodotto generalmente segue o facilmente può seguire".Si tratta quindi di un'evento contrario alle

norme penali che sostituisce un'altro evento penale (del resto rimando alla mia "storia del diritto pen.austr." pag.152).Una limitazione,secondo la quale una volta l'autore preferisce che l'evento si verifichi anzichè rinunziare ai suoi interessi,l'altra volta la speranza della non-attuazione dell'evento è il momento che decide,-per la applicazione del diritto non è usabile.L'autore in tutti due casi non vuole rinunziare ai suoi interessi,in tutti due casi egli"prèferisce" di raggiungere il suo scopo senza l'evento illecito,e quindi si potrebbe trattare soltanto di un grado più elevato,non misurabile,della trascuranza della possibilità dell'evento,di una specie di indifferenza verso la colposità normale, che però regolarmente non è da constatare con valutazione asoluta nè dal giudice nè dall'autore stesso.

Poichè il dolus dell'autore e quello del compartecipe in tutti due progetto è stato parificato,dovrebbe essere chiaro che nel compartecipe è da ammettere dolus eventualis nel caso,in cui l'autore ha agito "in più" e "diversamente" (da quello che si è pensato il compartecipe - il trad.).Inoltre si fa responsabile il compartecipe per l'evento dal l'autore,ci non voluto,ma non non-probabile.

Qui mi sono occupato soltanto con una critica del tentativo di comprendere sotto la legge il dolus eventualis,poichè voleve dimostrare, fin dove si perviene legalizzando questo concetto in cui teoricamente e praticamente è vivo il pensiero,che il delinquente che voleva attuare un'evento contrario alla legge,che ha però realizzato un'evento maggiore e diverso,sia responsabile anche per questo evento come se lo avesse voluto,presupposto che egli contava colla possibilità dell'altro evento e che ne doveva contare.Si perviene quindi ad una amplificata responsabilità per l'evento,che dall'altra parte si combatte per ragioni teoriche.

Prima di spiegare più del lungo questa contraddizione,con poche parole parlerò sul fondamento del dolus eventualis dal punto di vista

della teoria della imaginazione (Vorstellungstheorie) e della teoria della volontà (Willenstheorie),di cui la influenza sui progetti è manifesta.Sarà sufficiente se rimando per ciò a LISZT (pag.172) e FRANK (pag.164) e il comento ampio del progetto ted.,senza nominare i rappresentanti di tutte e due direzioni (come avversari del dolus eventualis adduco soltanto BAR,LOFFLER,STOSS).

Dal punto di vista della teoria di volontà il dolus eventualis conduce ad una chiara contraddizione col "volere" il evento (lascio a parte gli altri contrassegni concettuali del Tatbestand),e questo credo di aver già dimostrato.(Ambedue i progetti prendono come base l'evento voluto,l'esecuzione voluta del fatto con tutti i suoi contrassegni). Il fondamento che vogliono dare BINDING,BIRKMEYER ed altri al dolus eventualis coi mezzi di questa dottrina conduce finalmente alla ammissione di una volontà eventuale,che non è una volontà,poichè non vi è in realtà una decisione volentaria.

Il fondamento anche non lo si può trovare partendo dal punto di vista della teoria della imaginazione (LISZT,FRANK).Il fondamento del progetto ted.rappresenta una combinazione delle due dottrine,poichè conchiude consapevolezza e volontà dalla imaginazione (configurazione della situazione nel cervello dell'autore - il trad.)dell'autore sulla non improbabilità (scusa,ma così si esprima la legge futura!- il trad.) Si dice lì:"..chi però nel momento dell'azione stessa ha pensato che una certa circostanza o un'evento non sia non-prababile,deve -presupposta la sua capacità d'intendere- aver voluto questo evento,perchè altrimenti non avrebbe agito".A questa conclusione non posso consentire; malgrado la ammissione della non-non-probabilità di una circostanza o di un'evento l'autore può agire senza volere la circostanza o l'evento.La guerra ci offre numerosi esempi.Se il soldato agisce eroicamente per raggiungere un dato evento,nonstante che crede non non-probabile anche la sua morte, non ha voluto la morte,se agisce tuttavia,ma soltanto l'evento.

Ma anche avendo il punto di vista della dottrina della imaginazione, non si può dire "dolus eventualis è dato se ci si immagina l'evento come avvenimento possibile e se la convinzione della realizzazione sicura dell'evento ~~rispettivo~~ non avesse ~~indotto~~ naturalmente l'autore di rinunziare sull'azione".In ciò è compresa una conseguenza insostenibile ricavata dalla costruzione del dolus senza riguardo alla volontà.Questa formula dimostra,che la teoria della imaginazione perviene ad un dolus che non corrisponde al senso della parola;che essa inoltre produce una parificazione di Tatbestände essenzialmente diversi e contemporaneamente una severità (durezza) insopportabile.Anzitutto la responsabilità dell'autore non si può costruire su pensieri che gli si attribuiscono, nonostante che questi pensieri non si svolgano nel suo cervello.Chi può dichiarare o chiarire che anche la convinzione di un'evento sicuro non lo avrebbe fatto rinunziare dall'agire?Se l'autore però è stato convinto che l'evento si verificasse, naturalmente lo ha voluto e la dottrina della imaginazione e della volontà pervengono in questo caso allo stesso risultato.Se questo non era il caso,nessuno e nemmeno l'autore stesso sa,se avrebbe agito anche,se fosse stato convinto della realizzazione sicura dell'evento.Anzi,anche se egli adesso dichiarerebbe di aver agito in ogni caso,questa "confessione" non ci dice niente,poichè di fronte alla realtà forse avrebbe esitato di agire,se si fosse predotto lo stato della piena convinzione.La decisione non si può mai basare su ciò che egli avrebbe fatto,se avesse pensato diversamente, ma soltanto su ciò che ha fatto in seguito di ciò che ha pensato in realtà.Avrebbe però agito dolosamente,se non riteneva sicuro l'evento, ma lo voleva. - Per questo si ha bisogno però di una volontà.

Mi sembra che anche qui si vuole superare uno sbaglio con un'altro. La responsabilità per l'evento si vuole rendere non scientifica e introdurre al suo posto una responsabilità per l'evento più ampia.Più ampia, in quanto per la responsabilità attualemente riconosciuta dalla legislazione

l'evento realizzatosi deve essere compreso nella direzione che ha il fatto dell'autore (evento mortale nella lesione corporale dolosa,valore più alto nei delitti contro la proprietà ecc),mentre adesso anche un'evento situato fuori di questa direzione sarebbe da riguardare (morte della futura madre,nell'aborto artificiale ~~attraverso~~ un'terzo)..e uno ferisce un'altro dolosamente,giustamente gli si deve attribuire l'evento mortale come aggravante la pena (ugualmente anche per il compartecipe),poichè un tale evento come ci dice la esperienza è possibile anche senza un dolus speciale;come anche nel furto la inattesa sottrazione di una somma più elevata.Si avrà però già degli scrupoli di condannare per uccisione senza "Überlegung" (vedi sopra!) l'autore, nel caso di una lesione ~~di~~ corporale dolosa che non-probabilmente potrebbe produrre la morte. Più scrupoli si dovrebbe avere di condannare l'autore per un'evento infatti realizzatosi,se egli pensava soltanto alla possibilità di questo evento e soltanto riteneva"non-improbabile"questo evento.Finalmente non si può negare che in ogni caso in cui viene prodotto un pericolo dolosamente ~~xxxxx~~ si può imputare all'autore il fatto che egli non abbia considerato probabile l'evento poi verificatosi; della possibilità doveva assolutamente contare,poichè altrimenti non poteva aver agito con dolus creando il pericolo.Mi sembra quindi sempre ancora più consigliabile di stabilire nella parte speciale del codice una pena più grave nel caso in cui c'è un'evento legato all'azione dolosa,ma non compreso dal dolus,che si è svolto nell'ambito di uno svolgimento naturale delle cose.

Con ciò si evita contemporaneamente una distinzione indubbiamente molto difficile nei due progetti che conduce a durezze e contradizioni, e che consta nel modo della responsabilità (Haftung) per l'evento. Se l'evento era riconosciuto dall'autore come non-improbabile,gli deve essere attribuito al dolus;se poteva soltanto prevedere la possibilità dell'evento gli si deve invece dare soltanto la pena più grave

stabilita per l'evento raggiunto,come pena per il suo fatto voluto(artt. 59 e69 del prog.ted.).Se ha consentito alla attuazione dell'evento, l'autore è parificato a quello che ha voluto attuare l'evento,se ha però soltanto previsto l'evento come conseguenza possibile della sua azione,senza volerlo e consentire ad esso,deve essere sottoposto soltanto alla pena più grave per l'evento raggiunto (artt.6,7 prog.austr.). Nel diritto ted. si tratta quindi di trovare il limite per "non-probabile" e per "possibile",concetti sui quali anche l'autore non ci può dare schiarimenti,se vuole.Nel progetto austr.si deve domandarsi, che cosa differisce quello che ha previsto la possibilità e che ha tuttavia agito, da quello che ha consentito all'evento,poichè tutti e due non hanno voluto l'evento.

Inoltre i difensori del dolus eventualis non sono fedeli alla loro dottrina,trovando nella parte speciale del codice delle soluzioni contrarie come nel caso dell'abbandono,che per una parte dei casi indubbiamente non-probabilmente comprende in sè un'evento mortale,come in alcuni altri Tatheständen che puniscono la produzione di uno stato di pericolo.

Si accompagna alle altre difficoltà quella del non-consenso della configurazione del dolus nell'autore e nel compartecipe.Le conseguenze riguardevoli legate al dolus eventualis dovrebbero ricordarci essere cauti!La applicazione della compartecipazione non è una lunga via.

VIII.Ingiustamente discussa è, seconda la mia opinione la compartecipazione dolosa a fatti colposi.

Anzitutto non capisco,perchè uno non potrebbe determinare un'altro ad una azione colposa o perchè non gli si potrebbe prestare complicità. Nella vita non ne ha dubbio nessuno.Altrettanto non posso comprendere, perchè il mandante e il comlice debbono essere inpunibili,se l'azione dell'autore è punibile (cosi`BIRKMEYER pag.153)

A questo fatto si aggiunge che i Tatbestände della colposità nel diritto penale sono di natura altamente dubbiosa riguardo ai concetti fondamentali come dolus e colposità. Dipende pienamente dal dettato della legge, se la stessa azione esternamente appare dolosa o colposa. Si paragoni a questo scopo una volta le norme del diritto ted. sulla uccisione e la ferita colposa, che mirano soltanto all'evento della ferita, colle norme del dir. austr. riguardo alla produzione di uno stato di pericolo, sia dolosamente sia colposamente, con evento non verificatosi, evento leggero, grave o mortale (artt. 335,, 431). Il contrasto intimo nella stessa legge si mostra chiaramente nel campo delle norme speciali della legge ted. che sono diretti verso stati di pericolo e che differiscono dolus e colposità. Qui e là uno può causare la morte di un'altro in seguito di uno stato di pericolo prodotto sia dolosamente sia colposamente. Dal dettato della legge però non può dedursi la decisone, se nell'uno caso compartecipazione dolosa ad uno stato di pericolo prodotto dolosamente sia punibile, nell'altro caso impunibile. Del resto non è da comprendere, perchè appunto nel diritto penale compartecipazione dolosa ad una azione che colposamente produce un pericolo sia impossibile, mentre accade tanto spesso nella realtà.

Nei Tatbeständen dello stato di pericolo (Gefährdungstatbestände) si possono addirittura soltanto molto difficilmente distinguere dolus e colposità - anche usando il dolus eventualis. Si tratta qui del limite fra colpa causata sulla consapevolezza e quella prodotta dalla volontà. Inoltre incontriamo per la compartecipazione una difficoltà nella limitazione fra compartecipazione e qualità di autore. In primo luogo la distinzione fra causa e condizione subisce un perfetto fiasco. La attuazione dello stato di pericolo ed l'evento da esso prodotto non si badano di una formula giuridico-filosofica - sia il perito tecnico come anche il medico perverrebero ad una soluzione pienamente diversa di causa e condizione, che il giurista teoretico. Si tenti di risolvere la questione

per un incidente ferroviario,in cui l'impiegato alla stazione,l'adetto agli scambi,il manovratore e il ucciso stesso hanno ognuno una colpa tale che nel caso in cui soltanto uno di loro avrebbe agito senza questa colpa,l'incidente non avrebbe potuto prodursi;azione in cui sarebbe inoltre molto difficile di ritrovare la azione di esecuzione propriamente detta.Negli incidenti tecnici un perito attribuerà per lo più la causa al capo,cioè a chi ha dato i comandi (penalmente mandante).Ma anche il "compartecipe" può causare l'incidente a cui un'altro ha dato il presupposto creando uno stato di pericolo.

In primo luogo si dovrebbe abolire il concetto della causazione colposa dell'evento (così nella legge ted. e presso HIPPEL ecc).Il concetto della causa propriamente detta qui non si può sostenere per la possibilità esistente in questo campo che colpa e caso fortuito agiscano insieme;questo concetto deve condurre o al contrasto,collo svolgimento naturale,a difficoltà riguarda alla possibilità della responsabilità penale di tutti che hanno una colpa o alla non-osservazione del concetto penale della causazione.Colla possibilità di una limitazione sicura di qualità di autore e di compartecipazione nel campo della azione che producono uno stato di pericolo,cade la possibilità della natura accessoria e della figura dell'autore mediato nel caso della non-responsabilità di uno di quelli che hanno preso parte alla esecuzione.Si mostra chiarmente nel caso in cui si usano delle persone minorenne in officine, e in cui poi la causazione immediata di un'incidente da parte di chi sostiene la officina o di chi ne è capo in seguito dell'uso di persone non adatte esprime questo principio.La colpa consiste quasi nell'uso di queste persone e non nella loro azione,e di una qualità di "strumento" non si può parlare.

Il punto di vista contrario che ha FRANK (a.a.O.pag.68) ci porta sul campo della giurisdizione concettuale da lui sempre combattuta. La stretta coerenza alla sua teoria del nesso causale lo porta su

questa via errata e in questa occasione trascura il fatto,che il connesso fra attività della mente,decisione della volontà e attività corporale,considerato puramente sotto l'aspetto della causalità,non si differenzia da azioni dolose,e che la differenza penalmente rilevante consta soltanto nella diversità del elemento della volontà che produce la stessa azione.Posso soltanto comprenderlo nel senso che ammette per il mandante e il compartecipe dolus riguardo all'evento,nell'autore però colpositá; che ammette quindi un non-consenso della volontà.Regolarmente però la situazione è si che nè l'uno nè l'altro vuole l'evento.Anche LISZT ammette (a.a.O.pag.228)diversità della volonta,che conduce nel campo dell'errore da parte dell'autore.I casi della vita sono diversi:chi si fa trasportare in una carozza può determinare il cocchiere o l'autista di andare con velocità aumentata;uno può determinare un'altro di commettere un'azione dhe produce uno stato di pericolo,specialmente di pericolo comune (Gemeingefährlichkeit) o può prestare la sua coadiuvazione a tali azioni.

Risulta da ciò che abbiamo detto: 1.che è possibile compartecipazione dolosa ad azioni colpose nel senso più stretto, che per lo più coincidono colla produzione di stati di pericolo dolosa o colposa - se si riferisce il dolus del compartecipe solamente all'azione dell'autore; 2.che in numerosi casi di questo genere compartecipazione e qualità di autore non si possono distinguere e quindi debbono essere compresi come azioni che producono uno stato di pericolo aventi connesso fra di loro; 3.che il caso del non-consenso della volontà non appartiene a questa specie di casi;esso crea la responsabilità del ritenuto compartecipe per causa di una causazione o facilitazione della realizzazione dell'evento, accanto a quella dell'autore per causa della attuazione colposa dell'evento. Risulta anche che ap questa soluzione del terzo caso corrispondente alla situazione vera,si opporrebe la dottrina della figura dell'autore

mediat

474

mediato .Per amor di essa però non si può lasciare impunito l'autore colposo.È da consigliare quindi anche qui,di trattare in questi casi eccezionali il causatore doloso dell'evento come autore,poichè attuò la sua azione usando un'altra persona indotta in errore, e di punirere chi eseguisce indotto in errore,nel caso di una colpesità per la quale fù responsabile, appunto per questa sua colpesità.

Naturalmente si deve in questo caso cancellare la parola "causazione" nella legge.

Le idee esposte rendono chiaro che è possibile anche una compartecipazione colposa all'azione dolosa o colposa di un'altro.Essa può verificarsi sotto la forma sudetta come attuazione colposa di un'evento voluto da un'altro ed effetuato da esso inducendo in errore il compertecipe;essa è possibile anche sotto forma di coadiuvazione all'esecuzione del fatto.Questa compartecipazione colposa certamente non è una compartecipazione propriamente detta,ma è altrettanto sicuro che in questi casi non si possa pervenire ad una impunibilità solo perchè non la si può inquadrare nella dottrina dominante.Mi pare che BIRKMEYER (pag 147) ponendo la impunibilità di questa forma della compartecipazione per evitare una protezione penale esagerata che urta contra il senso comune,fanzia della necessità una virtù.Io credo che la idea comune di ciò che sia diritto,esistente nel popolo,troverà incomprensibile,perchè il venditore del veleno sia punibile soltanto secondo art.367 numero 3d del cod.pen.,se il compratore commette un'omicidio con questo veleno.

LISZT dal punto di vista del diritto vigente pone il concetto del autore mediato (Mebentaterschaft) per il caso in cui più autori non agiscono assieme,per il caso in cui c'è un coautore colposo o un coautore che insieme con un pazzo effettua il delitto.Credo che si possa riuscire anche senza questo concetto ausiliare,trattando

la relazione di ognuno corte l' ~~all~~'evento (creazione di uno stato di pericolo o violazione propriamente detta) secondo lo svolgimento reale delle cose. In tutti questi casi e nei casi sudetti tutti i compartecipi hanno agito assieme per realizzare l'evento, gli uni colposamente, gli altri dolosamente. Anzitutto dobbiamo ricordare che la compartecipazione colposa ~~mmmcopadimcolmxx~~ nel senso di causa e condizione ha la stessa influenza sul fatto come la compartecipazione dolosa. Nel caso dell'avvelenamento il veleno può essere stato consegnato all'autore per lo scopo dell'omicidio, o di un'aborto artificiale finto o della estirpazione dei topi. Se la consegna del veleno allo scopo della estirpazione dei topi era un'azione colposa con evento mortale nel caso in cui colui che lo ha comprato non voleva commettere un'omicidio, essa consegna, penalmente, non può assumere un'altro significato, se l'autore col veleno aseguiva un'omicidio.

Nelle azioni di esposizione al pericolo si aggiunge ancora la difficoltà che consta nella ~~lirit~~ distinzione fra compartecipazione dolosa e colposa, e che è condizionata dalla graduazione dei concetti "non-coscienza, coscienza e volontà".

"

HOPFNER: Sulla dottrina dell'autore mediato.

==========

Nelle seguenti righe non vogliamo parlare di tutte le questioni dubbie alle quali dà luogo la dottrina dell'autore mediato. Ci proponiamo invece soltanto di discutere brevemente la questione se la figura dell'autore mediato sia concettualmente possibile in tutte le specie di delitti o se taluni delitti concettualmente escludono la commissione da parte di una persona mediata.

Una dottrina diffusa ritiene giusta questa ultima ipotesi e ciò in grande misura. Così Olshausen, crede esclusa la figura dell'autore mediato dovunque "l'autore intellettuale non potrebbe realizzare immediatamente egli stesso il Tatbestand, cioè nei delicta propria, in quanto le qualità o i rapporti richiesti non siano in lui presenti, come per es: la qualità nell'autore di uomo nei delitti della Notzucht, o di impiegato nei delitti di ufficio; oppure il rapporto dell'autore con la res judicata, come parte o testimone, nei delitti di falso giuramento".

Frank ha l'opinione: che la qualità di autore mediato in persone che non possono essere autori immediati sia esclusa, se appunto la qualità di autore immediato non sia possibile per ragioni giuridiche come nei delitti di ufficio; che invece sia da ammettere la qualità di autore mediato dove sostanto ragioni fisiche, specialmente quelle basantisi sul sesso, si contrapporrebbero alla figura dell'autore mediato, e ciò perchè la norma e il suo potere vincolante sono uguali per ambedue i sessi.

Ancora un'altra opinione ha Hugo Mayer. Egli risponde, sulla questione se la possibilità di una commissione mediata sia data in tutti i delitti o se sia esclusa là dove la legge richieda un certo modo di contegno personale (Personliches Verhalten), come nel falso giuramento o nei delitti contro la morale pubblica, che la esclusione, dal punto di vista generale, dovrebbe essere accolta con un più vasto ambito, che dalla legge, invece, essa è ammessa soltanto riguardo al falso giuramento. In ogni caso sta contro questa opinione la certezza che, con riferimento alla storia della formazione della legge, creando l'art: 160 del Cod. Penale era prevalente

la opinione che, senza questa norma particolare, non si potrebbe qui ammettere un'azione punibile; che quindi la figura dell'autore mediato nel falso giuramento non sia ammissibile; di conseguenza non c'era la opinione che senza siffatta norma la legge dovrebbe necessariamente ammettere anche qui il falso giuramento, ma che la pena per il falso giuramento (in questo caso) sia troppo grave.

Alla contraddittoria giustificazione di questa norma si attaccano spesso quegli autori che dicono che la figura dell'autore mediato sia ammissibile in tutti i delitti. Rappresentante principale di questa opinione è Von Liszt nel suo Trattato e già prima nel suo scritto sulla falsa testimonianza (Graz 1877).

Von Liszt dichiara in ogni caso essere indipendente, per il concetto di autore come causatore dell'evento penalmente rilevante, se egli abbia attuato l'evento per mezzo di una attività corporale propria o mediante uno strumento, un animale o un altro uomo. La generale ammissibilità della figura dell'autore mediato è anche affermata da Finger; inoltre lo è nella dissertazione dell'Università di Halle "La figura dell'autore mediato e la induzione a un falso giuramento", da Helldorf e poi in un lavoro di Mössmer dedicato esclusivamente alla figura dell'autore mediato. Da questo scrittore la opinione, che tutti i delitti ammettano la figura dell'autore mediato, è basata sulla concezione che ci sia soltanto una apparente duplicità di persone, se dall'autore fisico è effettuata soltanto una azione esterna, mentre l'impulso direttivo è di un altro individuo, e che nel fatto esista un unico soggetto di reato. Però se l'autore che si serve nella commissione del reato di un fucile o di un cane non forma insieme col fucile o col cane un unico soggetto di reato (Verbrechensperson), tanto meno anche forma l'autore intellettuale insieme con l'autore fisico una sola persona.

Secondo la mia opinione, le eccezioni fatte da Olshausen, Borchert e altri riguardo alla ammissibilità dell'autore mediato sono giuste.

Può però essere utile una spiegazione della questione più da vicino.

Lo schiarimento delle ragioni, sulle quali è basata spesso la non ammissibilità dell'autore mediato,difficilmente sarà in grado di formare un consenso delle opinioni riguardo alle singole specie di delitti,ma,come spero,varrà ad esporre ciò che nelle trattazioni può o deve formare lo oggetto della discussione.

I limiti messi al concetto dell'autore mediato per mezzo dei legali Tatbestände si rivelano automaticamente,subito che definisce giustamente il concetto di autore.

(Nota: Naturalmente,ponendo la questione della possibilità della qualità di autore mediato per una singola specie di delitti,la risposta automaticamente si ha soltanto se è fissato in che consista il Tatbestand di quel delitto,ciò che si fa mediante interpretazione della legge. Questa questione in verità non è altro che la questione se in un certo Tatbestand l'agente possa essere considerato autore di un determinato reato;

è chiaro che per poter giudicare se uno in una determinata fattispecie sia autore di un omicidio,non dobbiamo conoscere soltanto il concetto generale:"Täterschaft", ma anche il concetto del reato:"Mord". Avendo la stessa opinione fondamentale,tuttavia,si può arrivare a risultati diversi per le singole specie di delitti.)

" Autore - dice Adolf Merkel e, credo giustamente - è colui che per la sua azione od omissione si lascia comprendere immediatamente sotto la definizione legale di un delitto". Invece "non è autore colui nella cui persona o azione mancano gli elementi legali (del Tatbestand)". Da questa definizione deriva che il concetto di autore richiede che l'autore, attraverso la sua azione od omissione, si trovi in contrasto con un comando o un divieto giuridico. La definizione di Merkel dev'essere completata o almeno chiarita,in quanto dobbiamo dire che oltre la commissione dell'illecito (Unrecht) anche le altre condizioni eventuali per la punibilità di colui che commette lo illecito debbono essere compiute per designarlo come autore del delitto contemplato nella norma rispettiva.

La definizione della qualità di autore come causazione dell'evento pe-

nalmente rilevante qui viene respinta. Secondo la mia opinione essa va troppo oltre; (Ad un'altra considerazione in contrario io rinunzio qui) essa è fatta per i semplici delitti di causazione (Verursachungsdelikte) come per es: per l'omicidio; però non tiene conto della complessità di molti Tatbestände. Si mostrerà,nei casi da discutere subito,che uno non agisce tuttavia contro una norma giuridica sebbe cagioni l'evento anti_ giuridico,che quindi anche non commette reato e logicamente non è addi_ rittura autore e neppure autore mediato di un delitto.

(Nota: Io parto dal concetto che la qualità di autore mediato detta an_ che "qualità di autore finta " è effettivamente qualità di autore. Fin_ gere la qualità di autore ,ove essa non è data,nè ha un fondamento razio_ nale,nè è permesso dalla legge. Il concetto della "qualità di autore fin_ ta" è quindi da respingere assolutamente).

Noi costruiamo su di un solido terreno partendo dalla tesi: autore di un delitto,e quindi anche autore mediato,è soltanto chi agisce illecitamen_ te. Da questa tesi deriva irrefutabilmente che non è autore di un delitto chi fa qualcosa che non a lui è vietata,ma ad un altro. E' questo il ca_ so in cui certe norme si rivolgono ad un gruppo limitato di persone,a cui l'agente non appartiene,come per es: per lo più,nei puri delitti di uffi_ cio. Ciò premesso,non si può comprendere,se per es: l'agente non impiega_ to determina un impiegato infermo di mente a commettere una azione a lui impiegato vietata,come la azione non vietata al non impiegato potrebbe di_ ventare vietata se egli si serve per la commissione di un determinato mez_ zo,cioè di quell'impiegato,senza che esista una norma espressa che divie_ ti anche al non impiegato quella azione nel caso che egli si serva di un impiegato come mezzo per la esecuzione di essa.

(Nota: Il modo di considerazione qui usato non è l'unico che conduca al_ la negazione dei delitti mediati di ufficio. Non si può andare contro la verità delle parole di Merkel: (Lehrbuch pag: 140) "Sotto la norma che un impiegato il quale si sia reso colpevole di una dolosa violazione del

diritto (Rechtsbeugung) sia da punire con carcere duro, non è sussumibile un non impiegato, ugualmente come non lo è un impiegato che non ha violato la legge o non ha agito dolosamente". Certamente se si deve dedurre dalla norma che commina ad un impiegato la pena, che anche al non impiegato, se fa lo stesso, sia inflitta una pena sotto certe condizioni, (la prova spetta a chi ciò afferma, il quale ha anzitutto contro il significato delle parole) anche il non impiegato è sussumibile sotto questa norma penale concettualmente diversa da quella. Ma anche in questo caso la sua azione non si può precisamente chiamare qualità di autore mediato del delitto punito da quella norma).

Quindi la norma dell'art: 271 sulla cosidetta falsificazione concettuale di documenti (falso concettuale) e dalla quale deriva il divieto di compiere una documentazione ufficiale oggettivamente falsa ingannando l'impiegato, non è superflua; senza questa norma non ci sarebbe una punibilità dal punto di vista di una falsa documentazione ufficiale mediata.

Similmente come nei casi suddetti si presenta la situazione se la norma giuridica in abstracto si rivolge ad ognuno, ma richiede un certo comportamento soltanto se sono presenti certe condizioni nei rapporti personali. Colui nella cui persona queste condizioni in concreto non esistono, in concreto non è vincolato da questa norma e quindi non può essere autore del delitto che consiste nella violazione di questa norma. Così, per dare un es: il divieto dal falso giuramento, voglio dire il divieto giuridico, presuppone che, colui che giura, sia testimone o perito, cioè invitato da persona autorizzata a testimoniare o a compiere una perizia o che il giuramento sia deferito, riferito o imposto; (il divieto) non vale dunque per un terzo che ha suggerito al testimone o alla parte la dichiarazione falsa. Il delitto di assembramento (Auflauf) che il delinquente sia una delle persone riunite le quali sono state invitate ad allontanarsi. E il delitto della violazione di domicilio attuato col "trattenersi" (latino: moror) richiede che a colui che resta sia stato fatto l'intimazione di andarsene. Se si volesse ammettere la figura dell'autore mediato in questi

delitti il ritenuto autore mediato dovrebbe agire contro le norme rispettive; questo non è però il caso poichè egli non è invitato al giuramento quale testimone o ad allontanarsi; e quindi anche in concreto, non è sottoposto alla norma che divieta il falso giuramento o il restare (nel caso della sommossa).

(Nota: Ci si può sottrarre a questa argomentazione soltanto se si nega la giusta derivazione della norma dalla legge. Si pensi inoltre ai delitti: di falsa dichiarazione (Vorschützung unwahrer Tatsachen) da parte di persone chiamate come testimoni, giurati, arbitri; di inadempimento di una promessa data nel giuramento di nullatenenza (Offenbarungseide); di induzione al matrimonio con tale inganno che darebbe all'altra parte il diritto di fare annullare il matrimonio; di procurato aborto secondo l'art. 218 parte 1; e così via.)

Invece alla ammissibilità dell'autore mediato nulla si oppone dove colui che si serve di una persona mediata per la esecuzione del suo intento è sottoposto egli stesso alla norma. Si pensi per es: che esiste il dovere di dare informazioni corrispondenti alla verità se le richiede un pubblico ufficiale riguardo a qualsiasi affare e che sarebbe possibile darle per mezzo di un rappresentante. Dato il caso che una dichiarazione non vera sia punita, la qualità di autore mediato sarebbe indubbiamente data se A, richiesto dal pubblico ufficiale, facesse comunicare una falsa dichiarazione per mezzo di B in buona fede.

Giustamente vengono annoverati fra quei delitti che, in relazione alla necessità di determinati rapporti nella persona dell'autore, escludono lo autore mediato, i delitti di omissione di Borchert (Omissivdelikte) ri_ collegandosi i comandi sempre a condizioni determinate, di fatto, della persona. Un comando per A non diventa comando per B se B determina A a non eseguirlo e quindi non c'è violazione del diritto di parte di B se non fa ciò che ad A è comandato. Naturalmente si può ammettere una qualità di autore, che si può chiamare anche mediata, se l'infermiere dolosamente non impedisce ad un pazzo di uccidere un uomo; qui il comando di impedire non esiste per l'agente fisico (il pazzo) ma per l'infermiere.

La impossibilità della qualità di autore mediato come conseguenza di una mancante antigiuridicità dell'agire del presunto autore mediato, deriva spesso anche dal concetto della azione vietata, se questo è di tal sorta che nei casi in cui l'autore intellettuale e l'agente fisico sono persone diverse, la attività dell'autore intellettuale sia bensì causazione dello evento caratterizzato dal divieto, ma tuttavia non sia sussumibile sotto il concetto della azione vietata. La duplicità delle persone porta in primo luogo a negare la attuazione di un certo concetto di azione per mezzo dell'autore intellettuale e quindi anche a negare la qualità di autore in esso, là dove l'evento di cui è attuazione concettualmente l'azione rispettiva, consiste nella produzione di un rapporto, e specialmente di un contatto, fra l'agente e un'altra persona o una cosa; cioè se questo rapporto deve aversi fra l'agente fisico e la persona estranea o la cosa, ma non fra queste ultime e l'agente, cioè l'autore intellettuale. Un divieto di toccare una cosa è un tale esempio (Toccare è concettualmente qualcosa di diverso da "fare sì che qualcosa venga toccato").

(((Nota: Rilevo appositamente: se dalla esistenza di un divieto di toccare una cosa si può derivare la esistenza di un altro divieto cioè: di causare che la cosa sia toccata da un altro, è una questione a sè della quale qui non mi occupo.)))

Questo divieto si può violare quindi soltanto attuando l'evento circoscritto dal concetto di toccare un oggetto con le proprie dita, non però facendo sì che altre dita tocchino l'oggetto. Quindi non ci sarebbe contro un divieto di toccare una qualità di autore mediante la determinazione di un altro a toccare. Al gruppo delle azioni in questione appartiene la maggior parte dei delitti contro la moralità fra i quali forse appunto la Notzucht secondo il diritto tedesco in conseguenza del suo dettato " chi costringe una donna a subire il coito extraconiugale", fa eccezione. (Il dettato permette la ammissione di uno che costringa, ma che egli stesso non compia il coito. Altrimenti secondo il diritto austria-

co:art: 125 Cod. Pen. Austriaco). Come esempio adduco inoltre il prestare servizio di guerra, presso una potenza straniera, il "prendere parte ad una sommossa", e la "partecipazione ad una riunione". Inoltre sono da considerare in questo luogo quelle azioni che consistono in una dichiarazione su di un fatto proprio o su qualche altra cosa riguardante la persona stessa del dichiarante. Colui cioè, che determina un altro ad una tale dichiarazione sul fatto di colui che materialmente dichiara, non realizza una azione che possa essere compresa sotto il concetto dell'azione in questione, anche se si vuol affermare che egli stesso ha data la dichiarazione grazie alla sua qualità di autore intellettuale, poichè la dichiarazione causata da lui non è una dichiarazione su di un fatto suo. Anche per questa ragione non c'è nel giuramento la possibilità dello autore mediato, chi giura dichiara di giurare; se quindi A dice "io giuro" ciò significa: A giura e quindi non lo si può considerare come giuramento di B anche se si vede nel giuramento una azione mediata di B, poichè il concetto di un giuramento di B richiede la dichiarazione di B, che egli (B) giura.

Inoltre appartengono a questo gruppo le azioni che presuppongono una certa qualità fisica nella persona dell'agente. Quindi le azioni che possono essere realizzate immediatamente soltanto da un maschio possono essere causate da una donna, ma non realizzate mediatamente (mittelbar). Non vi è un vedere mediato del sordo se uno di essi determina un'altra persona a guardare qualcosa, a parlare, o a sentire. Non capisco la opinione di Frank che ritiene ammissibile l'autore mediato dove circostanze fisiche, specialmente fondate sul sesso, impediscono la figura dell'autore immediato, e ciò basa sulla ragione che la norma e la sua forza vincolante sono uguali per ambedue i sessi. Invero la commissione di un reato ha per presupposto non soltanto che la norma obblighi ognuno, ma anche che questo ognuno agisca contro questa norma. Per me è inspiegabile come si possa tralasciare questo secondo momento, se la attuazione della azione da parte di chi è vincolato dalla norma, è impossibile per ragioni fisiche.

(Nota: Una donna non può quindi essere autrice mediata del delitto di pederastia (art: 175). Certamente anche un uomo non può essere autore mediato di questo delitto poichè la azione consiste qui nella produzione di un contatto fra l'agente e un altro. La donna quindi per più ragioni non,può essere autrice mediata di questo delitto).

Finalmente dal concetto di azione deriva la impossibilità dell'autore mediato dovunque il relativo concetto di azione appartiene ai concetti concreti,cioè a quelli in cui la configurazione rappresentativa non consiste soltanto nella parola,ma anche inoltre in sensazioni nelle quali sono realizzati gli elementi essenziali del concetto,in cui oggetto di queste sensazioni è l'agente stesso in una azione in cui attività ed evento confluiscono per la sensazione. Concetti di azione di questo genere sono per es: parlare,scrivere,cavalcare,salire. Se l'infermo di mente è determinato da un altro a cavalcare troppo velocemente,non cavalca certo l'autore intellettuale stesso,aebbene abbia causato lar rapida galoppata dell'altro; quindi non cavalca velocemente,nè cavalca del tutto. Non viola quindi il divieto di cavalcare velocemente e non può essere autore nè autore mediato di questo delitto. Non si può negare che, dovunque è esclusa la figura dell'autore mediato a causa della natura concreta del concetto della azione vietata,la decisione può essere specialmente dubbiosa poichè non è da presupporre che il linguaggio giuridico,che tien dietro a quello comune, sempre riguardi le più fini sfumature di una determinata lingua. Sebbene tali sfumature esistano si dovrà parificare per es: nel linguaggio giuridico:"uccidere" a "causare la morte". Dubbioso mi pare invece per es: come si debba considerare il "pescare" nelle acque costiere tedesche in relazione al divieto per gli stranieri di pescarvi. Senza dubbio,però,negherei la natura concreta del concetto di azione,ammetterei quindi l'autore mediato,per concetti di azione come: aiutare,danneggiare,far sciogliere una seduta di un parlamento, causare,mettere da parte,ledere,proibire,impedire.

E' ammissibile la figura dell'autore mediato nelle azioni il cui evento

consiste nella produzione di un rapporto fra l'agente e un'altra persona o una cosa,in quanto attraverso la persona mediata può essere attuata la relazione fra la persona dell'autore intellettuale e un'altra persona o una cosa. Nel furto quindi la figura dell'autore mediato pel delitto compiuto non è possibile già nel momento in cui la persona mediata sottrae la cosa e ne prende personalmente possesso,bensì quando porta la cosa in possesso dell'autore intellettuale. Condizione per la figura dell'autore mediato nel furto,e con ciò pervengo ad un altro punto da considerare,è che l'intenzione della appropriazione antigiuridica deve essere presente nello autore intellettuale??. Lo stesso vale,naturalmente dovunque al Tatbestand legale di un reato appartiene una determinata intenzione; ed ugualmente dove è presupposto un certo motivo come: il profitto,o la conoscenza di certe circostanze. Per es: conoscenza della situazione nell'acquistare o nel rivendere una obbligazione usuraria. Se fossero presenti queste condizioni soltanto nella persona mediata,lo autore intellettuale o,per meglio dire, la sua azione non ricadrebbe più sotto la definizione legale del delitto:l'autore intellettuale non sarebbe quindi autore. (Nota: Vedi Merkel: Lehrbuch Pag: 140). Basta appena accennare in special modo che,nel caso in cui tali o anche altre circostanze sono soltanto elementi di qualificazione, la loro mancanza nella persona dell'autore intellettuale non esclude la qualità di autore nel delitto semplice,ma soltanto nel delitto qualificato.

Finalmente una azione che richiede come oggetto di aggressione "un altro",può essere mediatamente commessa in modo che lo stesso autore fisico contemporaneamente sia oggetto di aggressione; non però in modo che l'autore intellettuale sia oggetto della aggressione. Una azione che consiste in una eccitamento ad agire "contro l'agente stesso" può essere commessa da una persona mediata, se questa eccita alla azione contro lo autore intellettuale e non già contro lo stesso. Quindi la provocazione a duello non può essere commessa sotto forma di autore mediato col determinare una persona a provocare un terzo al duello con essa.

Là dove una norma giuridica si rivolge a tutti, ma la violazione è punita soltanto per certi gruppi di persone,si potrebbe supporre una commissione mediata dell'illecito,ma non la figura dell'autore mediato da parte di persone che non appartengono a questi gruppi.

Non ha la speranza di aver convinto i miei avversari attraverso le spiegazioni su dette,della giustezza delle "eccezioni" qui fatte di fronte alla ammissione completa dell'autore mediato in tutti i delitti. (Nota: Dal mio punto di vista non si tratta qui di,eccezioni; (ai massimo formano i delitti che non ammettano la figura dell'autore mediato "il numero minore"). Piuttosto sitratta qui soltanto della conseguenza del principio generale:da una parte,di negare la possibilità dell'autore mediato dove non posso constatare una qulità di,autore nell'uso di una persona mediata, e di non constatare la qualità di autore dove non posso sussumere l'autore intellettuale sotto la definizione legale del delitto; d'altra parte,di ammettere la figura dell'autore mediato dove,anche essendosi usata una persona mediata,posso sussumere l'autore intellettuale sotto la definizione legale del delitto; e quindi constatare la qualità di autore).

Ma forse posso chiarire la questione.

Almeno questo credo essere provato: che la possibilità dell'autore mediato sia esclusa se esistono le condizioni da me generalmente formulate,e che una discussione è soltanto possibile sul fatto se gli esempi addotti siano adatti,ciò che dipende dal fatto se le rispettive norme sono giustamente interpretate,se sono derivate da esse giustamente le disposizioni,e,se ciò si nega,se addirittura si possano trovare esempi nel diritto positivo che vadano bene per le mie formulazioni generali o se non ci sono esempi siffatti. Se si riconosce però che discussioni sulla possibilità dell'autore mediato trovano una ragione sufficiente soltanto in discussioni su ciò che hanno di mira le leggi speciali penali,d'ora in poi l'indagine deve limitarsi alla interpretazione della norma rispettiva nel senso se la legge punisce più di quanto sia detto nelle sue parole (interpretazione estensiva); e così non può sorgere l'idea sbagliata come se dalla scoperta del concetto di autore

di un delitto là dove altrimenti non sarebbe da ammettere ~~la qualità di au~~_
Poichè,se la questione della possibilità dell'autore mediato in quanto può essere molto dubbia è una questione di interpretazione delle singole norme penali,non è possibile pronunciare a priori la tesi generale che in tutti i delitti sia possibile la figura dell'autore mediato. Oppure dovrebbe potersi dire a priori:se la legge espressamente punisce una determinata a_zione mediante il cui divieto vuol prevenire un determinato evento,senza altro è anche punita ogni azione che mira alla realizzazione di tale even_to. Dubito che questa tesi possa essere pronunciata in questa generale si_gnificazione,e credo esclusa che possa essere provata. Mi pare che gli sforzi per assicurare lo scopo della legge debbano molte volte naufragare di fronte all'art: 2 del Cod. Pen. che impedisce anche la "de lege feren_da" più giusitifcata estensione della punibilità; la possibilità di un dubbio in certe norme la riconosco senz'altro.

E' da concedere che la determinazione di un non imputabile a cavalcare velocemente o a restare illecitamente nell'altrui casa non è meno punibi_le del cavalcare velocemente o del restare da parte delo stesso determi_nante. Parificando,però generalmente i casi dello autore immediato a quel_li per cui è qui negata la possibilità di un autore mediato,in riguardo alla punibilità,non si tiene giusto conto delle circostanze. Così per es: parificando il falso giuramento (Meineid) e la induzione al falso giu_ramento senza dolus (Falscheid). Certamente il danno concreto che si veri_fica se si presta fede al falso giuramento,è ugualmente grande se il giu_ramento è prestato in buona fede o da persona che consapevolmente giura il falso. Ma il danno non materiale che consiste nel fatto che alcuno sulle cose più sacre afferma solamente di dire la verità e tuttavia dice consapevolmente il falso,questo danno non ha origine dalla determinazione al falso giuramento non doloso. (Verleitung zum Falscheid). E che ognuno che non abbia alcun senso del dovere di ufficio oè coscienza di impiegato, dovrebbe essere punibile come un impiegato se commettesse per mezzo di un impiegato un'azione,che,per l'impiegato costituirebbe un delitto di uffi_

cio,non è convincente. Al minimo è da concedere che sia discutibile una parità di punizione in questi casi. Dunque non si può affermare genericamente la stessa punibilità per l'autore immediato e il presunto autore mediato,a meno che ciò non sia risultato di innumeri indagini speciali;e così è tolto il più importante appoggio alla aspirazione tendente ad interpretare le leggi penali senza riguardare il loro dettato,così che ogni delitto ammetterebbe la figura dell'autore mediato.

==========

9

488

"

K O H L E R

§ 44 - La qualità di autore -

I L' autore unico

p a g: 5 1 0

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 vari casi esserci anche se la realizzazione viene raggiunta per mezzo di una altra persona.

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

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

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

p a g : 5 1 1

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

(((Nota: Azzardata la definizione di Mayer pag: 376: "Chi determina un uomo, che per ragioni giuridiche non può essere autore, a compiere un Tatbestand 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 parimenté autore, soltanto non doloso. Hoegel in Zeit:vol:

37 pag: 667 e segg: respinge le opinioni della dominante dottrina sull'autore mediato (Allfeld 236; Schwartz art:47 N.2; Frank III vor art:47; Von Liszt § 50 II; Wachenfeld pag:185) e tratta quei casi come mediato.)))

Esempi: A prescrive a B in buona fede veleno al posto del medicamento per C. Questi ne muore. Qui è A autore sia che B agisca incolpevolmente (SChuldlos) 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 responsabile, ma agiva colposamente. Inoltre A è autore sia che per la sua parte abbia agito dolosamente sia che abbia agito colposamente.

Altri esempi: A determina un ragazzo di 8 anni a rubare dolci nella pasticceria; oppure: A costringe B con i mezzi dell'art: 52 a fare un falso documento ed a spedirlo.

B) L'autore determina alla esecuzione una persona che agisce con consapevolezza e responsabilità, a cui mancano però una particolare qualità o una direzione della volontà richieste dalla legge nell'autore di questa azione. Per es: autore di una pretesa di compenso sconveniente (un eccesso nella esazione del compenso a lui dovuto pel suo ministero) (Gebührenüberforderung) una persona definita nell'art: 352, quindi può essere soltanto un notaio o un avvocato, non il suo contabile. Se l'avvocato determina il suo contabile a chiedere dal cliente, consapevolmente, un compenso troppo alto, il contabile

secondo l'art: 352,non può avere la qualità di autore e quindi l'avvocato non può essere un semplice ~~mandante~~ istigatore; poichè mandante,regolarmente,si può diventare,soltanto se un altro è autore colpevole (Schuldhaft). Il fatto anche non può restare impunito. Quindi non è qui affatto autore chi eseguisce,ma esclusivamente il determinatore,cioè l'avvocato.

Altro esempio: A manda a prendere una palla di gomma per mezzo di B,che è in mala fede,da un giardino altrui. B non è autore ma soltanto complice,se ha l'intenzione di acquistare il possesso immediatamente per un terzo e non già di acquistarlo anche per sè medesimo:.

3°) Casi in cui la qualità di autore mediato non è possibile.

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

A) Il determinatore (Veranlasser) che si serve, per la esecuzione di un'altra persona non diventa autore:se gli mancano le qualità speciali richieste dalla legge per essere ~~di~~ autore. (Es: come pubblico ufficiale); o se, secondo il senso di una certa norma, come autore è soltanto da considerare chi esegui_sce materialmente; e finalmente se l'azione a chi è stato determinato, personalmente, non è vietata.

Per es: autore del delitto di associazione segreta può essere soltanto chi prende parte personalmente a questa riunione vietata. (art: 128)

Autore di una violazione del segreto postale non può essere

quel terzo che si serve del portalettere come di uno strumento per la soppressione di lettere, facendo un buco nella borsa di quest'ultimo cosicchè vanno perdute lettere che il portalettere vi ha poste.

Autore di un eccesso nella pretesa di compenso non può essere il contabile dell'avvocato, che dolosamente determina l'avvocato trovantesi in errore, ad un eccesso di compenso oggettivo (Gebührenüberhebung).

pag: 513

Autore di un falso giuramento (artt. 153,154) non è colui che dolosamente determina una persona in buona fede a giurare come vera una dichiarazione falsa; poichè autore di un falso giuramento può diventare soltanto chi personalmente giura. Ugualmente per mezzo di un altro non si può diventare autore del reato di vagabondaggio. E' discusso se il furto con scalata per causa della tendenza e del dettato dello art: 243 N. 2, possa essere commesso soltanto da una persona che abbia personalmente compiuta la scalata. Vedi Olshausen art: 243 N.20. Il R. G. ciò ammette, se non c'è qualità di coautore, fra maggiorenni. In G. A. 46,41 si richiede per la esclusione dell'art: 243 N.2, e giustamente, che un minore che coagito 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 potrebbe essere se l'autore immediato secondo la ratio della entità della pena deve aver agito contro particolari esi-

zioni (controstimoli; rappresentazioni di pericolo) che man_
cano nel determinatore. Chi per es: non è vincolato dagli spe_
ciali doveri del soldato, non può diventare, valendosi di un sol
dato ubbriaco per un illecito allontanamento, autore di questo
delitto. Se l'azione resta vietata per il determinatore

questi è responsabile come mandante ad un'azione che soltan_
to per l'autore rimane impunita per ragioni speciali.
(((Nota: per es: Uno determina o coadiuva un maestro pazzo che
commette un'azione oscena su di un alunno. Qualità di autore
mediato qui è impossibile.)))
(((Altra nota: Vedi su questo punto: von Bar vol:2 pag:640;
Liszt 222 N.3; Allfeld i quali ammettono in questi casi la qua_
lità di autore mediato. Frank Abschnitt 3 III 1 a e Olshausen
Abschnitt 3 N.5 ammettono la non punibilità.)))
Una regolamentazione speciale c'è per il falso giuramento nello
art:160. La determinazione dolosa di una persona in buona fede
qui è trattata come qualità di autore di un delitto a sè stan_
te. Una regolamentazione speciale si ha anche nell'art:271
in rapporto con l'art: 346:il determinatore di un pubblico uf_
ficiale non doloso è autore del delitto secondo gli art:271 e
272.
(Nota: Il mandante di un impiegato doloso, in virtù dello art.
50 è ugualmente da punire secondo gli artt: 271 e 272).
Se la produzione dell'evento è vietata per il determinatore,
ma non per il determinato, anche la determinazione è impunibile.
Se per es: il padre determina un altro al coito con la sua fi_

glia sedicenne, ben può il padre essere punito a causa del lenocibio, ma un incesto non viene affatto commesso.

Se uno, a cui è vietato l'ingresso in una casa, manda un altro, a cui tale ingresso è permesso, nella stessa casa, non c'è violazione di domicilio.

B) La credenza falsa dell'agente che lo strumento da lui usato non agisca dolosamente, non può sostituire la qualità di autore in effetti mancante. Chi determina dolosamente, qui è responsabile soltanto come compartecipe (e qui, invero, come mandante).

La credenza falsa di chi agisce dolosamente che lo strumento da lui usato agisca col vero dolus di autore, ugualmente (per causa dell'art: 59) ci dà soltanto la possibilità di trattare l'agente doloso come compartecipe.

Qui appartiene anche il caso che, di due autori, ciascuno voglia prender parte solo subordinatamente alla volontà di autore presente nell'altro, e che, quindi, nessuno compie consapevolmente una azione che secondo un giudizio oggettivo possa valere incondizionatamente come azione di autore.

pag: 516

Trattare alcuno come autore non ostante che manchi la volontà di autore o di esecuzione, non è possibile secondo il dir.vigente, malgrado la fondamentalmente eguale entità di pena per l'autore e il mandante. E ciò perchè non in ogni riguardo il mandante è trattato come l'autore: il mandato tentato è impunibile; la qualità di autore mediato tentato è punibile (e, seguendo il punto di vista della teoria soggettiva della compartecipazione, molto spesso può essere punita). Ciò trascurano

quelli che trasformano semplicemente il dolus del mandante nel dolus dell'autore mediato.

pag: 504

La determinazione dolosa di una persona che agisce colpevolmente alla attuazione di un evento penalmente vietato, si mostra quindi come qualità di autore (mediato). Lo stesso vale per la cosdiuvazione dolosa ~~per~~ di un fatto colposo. Chi, sapendo appunto che la persona mediata agisce senza dolus, vuole tuttavia lo evento punibile posto in essere, ha una volontà che è in verità volontà di autore e presta un contributo che in verità costituisce una azione di causazione. Una volontà di autore estranea sotto la quale egli si potrebbe sottomettere, non esiste. Per es.: A rafforza la credenza di B che una certa polvere sia un sonnifero innocuo. A però sà che la polvere che B vuol somministrare a C è un veleno. Il consiglio rafforzante qui ha qualità di causa, anche se A stesso qualifica il suo dolus come puro dolus di coplice.

Lo stesso vale se chi aiuta sa che presta il suo consiglio o ausilio ad un inconvepole (Schuldlos) (per es: ad un pazzo) in quanto egli qui non voleva aiutare non solo l'autore, ma il fatto.

= = = = =

pag: 497

3°) Errore sul modo e l'entità della propria compartecipazione.

a) Se il compartecipe nel senso più stretto ha creduto errata_
mente (presente l') elemento soggettivo del dolo, nell'autore, resta
punibile nella sua qualità di compartecipe.
(((Nota: Lo stesso parere Oetker - Glaser 3§ 101 N.3; Ma_
yer 377 N.4; Alfeld 238 N.8; queste due in relazione alla
complicità. Altro parere Binding :"Trattato" vol:1 pag:361
b) Egli ammette che l'istigatore di un autore ritenuto doloso di_
venti autore mediato, se egli istigatore stesso realizza la
qualità oggettiva di un autore. Altrimenti egli sia impunibile.
(((L'R. G. dichiara: se un istigatore determina un non responsabi_
le e non ha dolus di autore, sia impunito.
Della stessa opinione è Olshausen § 59 N. 14. Altra opinione
Frank 3 Abschnitt II 1 :chi con dolus di compartecipe realizz
un'azione di autore, è autore colposo (Fahrlässig) . Troppo ol_
tre va Schütze pag:160 N. 18 che ritiene che in tutti i casi
dove manca la punibilità dell'autore secondo gli artt:51,52 e
54 fino a 56 e 58, il complice d'istigatore resti impunibile
come tale. Ciò vale soltanto per i casi in cui il compartecipe
ha solo il dolus di compartecipe e in cui quindi non può essere
trattato come autore mediato doloso. Secondo Hälschner vol: 1 ,
388 è da punire per complicità tentata chi coadiuva una persona
latentemente irresponsabile. Questa è una opinione intermedia
non accoglibile de lege lata poichè la coadiuvazione dell'even_
to si è realizzata.
Hoegel Zeit: 37, 657 lascia intatte le forme della compartecipa_
zione senza distinguere se l'usato era pazzo o minore. Però
lo strumento incolpevole, in relazione al modo della causazione

non è da distinguere da uno strumento non umano dell'autore; per es: da un cane con fatica educato. La conservazione che Hoegel fa delle forme della compartecipazione conseguentemente dovrebbe estendersi anche all'ammaestratore del cane, considerandolo come causatore.)))

b) Se uno usa con dolus di autore, una persona falsamente ritenuta irresponsabile è punibile solo come istigatore; poichè egli riteneva presenti erratamente i presupposti di una punibilità personale; importante per l'inizio del tentativo.

(((Nota: lo stesso parere Beling L. v. V. 254; Frank II 2 vor § 47; Allfeld 238 N.8. Altro parere Nagler:Teilnahme am Sonderverbrechen 149: si tratterebbe di qualità di autore mediato dato che ci sia volontà di autore. Però il diritto vigente divide azioni di istigazione e azioni di autore. Queste ultime non sono presenti e non possono esser create dal solo dolus:" Altro parere anche Berolzheimer:"La natura accessoria della compartecipazione" 1909:completà impunibilità.)))

==========

10

VON LISZT

pag. 218 Vedi Commissioni pag.

Dal concetto della causa deriva che 1°) chi prende parte alla produzione di un evento ponendo una condizione (Bedingung) per esso, ha causato l'evento) 2°) che fra i singoli compartecipi alla attuazione dell'evento non c'è una differenza concettuale poichè tutte le condizioni per l'evento sono equivalenti; 3°) che conseguentemente la loro diversa punizione è giustificata soltanto entro lo stesso ambito della pena.

Il Diritto tedesco vigente non ha tratto queste conseguenze. Contrappone invece alla qualità di autore il mandato e la complicità in senso antitesi concettuale, considera soltanto la qualità di autore come causazione dell'evento; il mandato è la complicità, invece, soltanto come compartecipazione alla causazione dell'evento effettuata dallo autore (Natura accessoria della compartecipazione); richiede non per il mandante, ma il complice (Gehilfe) fondamentalmente una punizione più mite che non per l'autore. Il Diritto Tedesco non segue però senza eccezioni questo punto di vista: lo abbandona in due direzioni (prescindendo dall'art: 50 del Cod. Penale).

1°) In quanto particolari norme richiedono obbedienza soltanto da determinate persone, può essere punito soltanto l'autore; non mai il compartecipe.

2°) La legislazione più recente del Reich propende verso l'abolizione della differenza tra qualità di autore e compartecipazione e così tende a mettere in pratica i principii posti all'inizio di questo paragrafo. Così nella legge sulla tratta degli schiavi 1895 che punisce "ogni ~~compartecipe~~ compartecipazione ad una impresa di tratta degli schiavi" con la stessa pena. Così anche negli art: 45 e 48 parte II della legge sulla emigrazione. Di particolare importanza è il fatto che anche il codice civile, art: 830 parifica autore e compartecipe.

II Storia. La contrapposizione della qualità di autore a quella di compar_

tecipe è il risultato di uno sviluppo storico lento ed oscillante. Il dir. Romano ha punito i compartecipi (auctores,ministri,socii,fautores, participes) ma senza farci tra quelli una distinzione concettuale.(Mommsen 98). Così anche il diritto Romano posteriore. Nella Germania medievale il mandante,almeno in un certo numero di delitti,era parificato all'autore nella punizione. Invece riguardo alla punibilità del complice (Gehilfe) lo sviluppo nei singoli delitti era pienamente diverso. Una volta (come nella Pace generale del 1235) la prestazione di consiglio e di aiuto (Rat und Tat) è parificata alla qualità di autore; un'altra volta lo è soltanto il "rechte Volleist",senza il cui contributo la commissione del reato non sarebbe stata possibile,mentre gli altri compartecipi sono puniti più mitemente. Il mandante è punito ugualmente se non più gravemente dell'autore.

Questo secondo modo di pensare è anche della scienza giuridica italiana medievale,che distingue consilium (Rat),auxilium (Tat),e mandatum(Aufstiftung) dalla qualità di autore e parifica il mandante come il socius principale qui causam dat delicto,all'autore riguardo alla punizione. Ma anche essa non pervenne a distinzioni concettuali. Così anche l'Ordinanza Giuridica Penale di Carlo V art: 177 si contenta di rimandare al Consiglio dei Giurisperiti. Soltanto del mandante ha fatto speciale menzione nell'art: 107 (Falso giuramento).

Anche la scienza del Diritto Comune e la legislazione non pervennero a creare concetti precisi. Se distinzioni da esse fatte: -compartecipazione prima,durante e dopo il fatto (quest'ultima considerata per lo più come delitto speciale); compartecipazione generale e speciale; principale e secondaria; fisica e psichica; positiva e negativa -mancano tanto di esattezza concettuale quanto di utilizzabilità pratica. La confusione dei concetti ha raggiunto il colmo dopochè,attraverso il Codice

Penale Prussiano del 1851 veniva a dominare la dottrina della natura puramente accessoria della compartecipazione nella legislazione, nella letteratura e nella giurisprudenza. (Ciò specificamente dimostrato dal Bauer). Questa concezione è passata nel Codice Penale attuale, che distingue la qualità di coautore (Mittäterschaft), il mandato (Anstiftung) e la complicità (Beihilfe).

III Lo sviluppo della suddetta dottrina della natura accessoria della compartecipazione nella seconda metà del XIX secolo era il risultato di una disposta trasformata su due questioni fondamentali: 1°) Contro la opinione che considera il ~~mandato~~ istigazione come produzione mediata dell'evento, cioè come una causazione, in cui la determinazione (Beeinflussung) dello agente è soltanto un anello nella catena tra la causa e l'effetto (Qualità di autore intellettuale), si è detto che l'autore così appare come strumento nella mano del mandatario, ciò che è incompatibile con il postulato della libertà dello autore (libertà del volere relativa) e si giungeva così a potere considerare il mandato come compartecipazione al fatto dell'autore. Questo è il punto di vista del diritto vigente. Con ciò il mandato diviene dipendente; la punibilità di esso è quindi anche dipendente dalla punibilità della azione dell'autore, e il mandato tentato resta impunito.

2°) Chi ha posta in essere una condizione per l'evento è per esso responsabile. La dottrina prevalente vuole però, appunto nella compartecipazione di più persone allo stesso delitto, distinguere la causazione (Verursachung) dal solo porre una condizione (Bedingung setzen). Chi causa lo evento è autore; e se lo causa insieme con altri è coautore (Mittäter). Chi pone soltanto una condizione è complice. Così anche la complicità diviene compartecipazione dipendente al fatto di un altro. Poichè però la distinzione tra causa e condizione non è sostenibile (vedi sopra ~~§ 22~~)-

.....

§ 29 VI) , non è da stupire che la scienza e la giurisprudenza siano andate a finire sulla via errata di una teoria puramente soggettiva per poter sostenere questa distinzione.

IV Un successo migliore ha avuto la scienza giuridica del secolo XIX escludendo nella legislazione il complotto e la associazione a delinquere (Bahde) e il favoreggiamento (Begünstigung) delle specie della compartecipazione di più persone allo stesso reato e facendo con ciò progredire la semplicità e la chiarezza del concetto di compartecipazione.
1) Complotto è l'accordo di più persone per la commissione di uno o più determinati reati; Associazione a delinquere è una riunione allo scopo di commettere parecchi reati non ancora singolarmente determinati.
La dottrina più antica (attaccandosi all'art: 148 dell' Ord. di Carlo V) puniva sia tutti i socii come "Mandanti vicendevoli" responsabili per lo intero evento sia l'accordo stesso come tentativo del delitto. La scienza odierna invece ritiene che ai singoli individui il delitto commesso possa essere attribuito solo in quanto i concetti di autore ,di mandante e di complice siano realizzati effettivamente nel caso concreto mediante il comportamento dei singoli; inoltre che non si possa parlare di tentativo finchè non esista alcun inizio di attuazione. La legislazione però ha facoltà di punire l'accordo e la riunione 1°) come delitti a sè stanti o 2°) di usarli come ragioni di aggravamento. La legislazione del Reich ha realizzato il 1°) riguardo al complotto nell'art: 83 Cod. Pen.; nell'art: 5 della legge sullo spionaggio del 1893; art: 59, 72, 100, 103 del Cod. Penale Militare e, riguardo al complotto e alla associazione a delinquere nell'art: 6 della legge sugli esplosivi del 1884. In altre leggi,per es: Cod. Pen. artt: 243 N. 6, 250 N. 2 , la commissione di un delitto in forma di associazione a delinquere è considerata semplicemente una ragione di aggravamento.

2°) ~~##~~ Il favoreggiamento non è una forma di partecipazione di più persone ad un reato poichè gli manca l'unica caratteristica comune a tutte ~~#~~ le forme di compartecipazione cioè "il porre una condizione per il ~~s~~seguente evento, dato che esso è possibile dopo il compimento della azione di esecuzione. E' quindi un delitto a sè stante e appartiene come tale alla parte speciale. A questa considerazione nella scienza oramai quasi da tutti accettata accedono non soltanto il Codice Penale attuale ma anche la maggior parte delle leggi straniere e dei progetti, in contrasto ~~al Codice Penale~~ al Codice Penale Prussiano del 1851.

V Meno vantaggiosa era la creazione del concetto della compartecipazione necessaria o del "concursus necessarius". Questo è dato nei delitti che secondo il loro Tatbestand richiedono concettualmente la collaborazione di più persone. Infatti in questo caso è necessaria sempre la qualità di coautore (Mittäter) in senso critico. Qui ci sono due gruppi di delitti:

1°) Delitti in cui le azioni dei necessari coautori sono in contrasto: come: il duello e l'acquisto di voti nelle elezioni (Delitti di scontro "Begegnungsdelicte" secondo Freudenthal)

2°) Delitti in cui le azioni delle persone che vi prendono parte convengono esternamente; come la sommossa, l'ammutinamento (delitti di convergenza "Konvergenzdelikte" secondo Freudenthal).

La collaborazione qui una volta è elemento del Tatbestand (Codice Penale art: 115 e 122) l'altra è ragione di aggravamento della pena (Cod. Penale artt: 123 parte 3 e 223 a).

VI I progetti . Mentre i progetti tedeschi e Nizzeri conservano la distinzione fondamentale fra qualità di autore e compartecipazione, il

progetto austriaco (art: 12) ha parificato tutti i compartecipi e soltanto ridotta la pena per il complice. Però anche quelli si danno pensiero di rendere indipendente la punibilità della azione di compartecipazione dalla considerazione della colpa dell'autore; il progetto preliminare di un Codice Penale Tedesco puniscono anche il mandato tentato e l'ultimo dei due suddetti allarga il concetto di autore a spese della compartecipazione. Del resto il progetto tedesco della Commissione Ufficiale ripete le norme del diritto vigente riguardo al contenuto, ma cerca di distinguere precisamente il mandato dalla figura dell'autore mediato.

La qualità di Autore.

La qualità di autore consiste nella commissione, incominciata o portata a termine, della azione di esecuzione. Due casi sono da distinguere: Autore direttamente e Autore indirettamente

I) Autore in primo luogo è colui che effettua da solo la azione di esecuzione, che attua da solo il Tatbestand legale di un delitto: Alleinthäter. Omicida è per es: colui che ha ucciso un altro volontariamente e scientemente; rapinatore è colui che usa violenza e sottrae una cosa. Non importa differenza se l'evento è realizzato solamente per mezzo di una attività corporale propria o per uso di forze naturali, di uno strumento o di un animale.

II) Autore è anche colui che usa un altro uomo, forse il danneggiato stesso, come strumento, e commette per mezzo di esso la azione di esecuzione. Questa tesi subisce una importante limitazione per il concetto del diritto positivo sulla compartecipazione (vedi sotto § 51). Finchè questo ultimo, però, non ha influenza, la regola generale ha un'applicazione illimitata. (((Nota: L'errore sul fatto, se una persona è autore o compartecipe non ha influenza (vedi sopra § 39 III 3). Chi non sa che la persona da lui determinata o coadiuvata è un pazzo sarà tuttavia punito come au-

tore; poichè la volontà di autore permane anche se l'autore è in dubbio. Così verbis expressis il Progetto della Commissione. Di una opposta opinione sono von Berkmeyer; Meyer Allfeld pag: 238 ; Nagler ; R. G. 11, 56. Frank 3 parte N. II ammette qui la qualità di autore colposo,ed Otker (Manuale del Processo Penale - 3-1907 pag: 131) Nota 9) la comparteci pazione.))) Si parla qui di autore mediato (Autore finto) o di autore intellettuale (intellektuelle Urheberschaft). (((1 -) Il concetto della qualità di autore mediato è oggi riconosciuto generalmente nella scienza e nella giurisprudenza. Così anche R. G. 1,146 ; e,96; 4,256; 12,67; 18,419.

2) Parecchi scrittori credono di dover escludere la ammissibilità di questo concetto per certi delitti. Così Von Bar Gesetz 2,636 (però soltanto nella flessione del diritto (Rechtsbeugung) e nei delitti di giuramento) ; Beling:Verbrechen 236 (Nei delitti formali); Binding: Grundiss 146 (L'incesto,ecc. devono essere commessi,secondo lui,manibus propriis); Frank vol: I parte 3,III; Höpfner Zeitschrift vol:22,205; Kohler 1, 133; Nagler 72 (se mancano presupposti giuridici); Olshausen.1parte 3, titolo 5. Così dicesi essere esclusa la responsabilità di una donna per il delitto della Notzucht,di un non parente per il delitto di incesto,di un non impiegato per un puro delitto di ufficio,se essi hanno per attuare l'evento o determinato un pazzo o una persona pienamente responsabile. Contro queste restrizioni: Meyer Allfeld 237. Esse portano alla non punibilità di chi si serve di uno strumento umano. Tuttavia a questa opinione l'art: 160 (Induzione a falso giuramento) deve la sua esistenza poco gradevole. Similmente per l'art: 271 del Codice Penale.

3) Più oltre va ancora Mittermajer "Zeitschrift" 21, 235,che limita la qualità di autore principalmente alla commissione dell'azione di esecuzione. Similmente Beling Zeitschrift 28, 589. Ciò non è soltanto

non seguibile di fronte al diritto vigente, ma è anche scientificamente errato.

4) Piennmente irregolare è l'opinione di quelli che nelle irresponsabilità (pazzia, ecc.) vedono soltanto ragioni personali di esclusione della pena; vedi sopra § 37 N. 5)))

La qualità di autore mediato è data:

1) se la persona usata dall'autore non erà responsabile (Zurechnungsunfähig). Chi pone mano ad un furioso un coltello affinchè uccida un altro, è colpevole come autore dell'omicidio. Parificato al pazzo non è soltanto il fanciullo ma anche il penalmente incapace (Strafunmündig) (vedi sopra § 38 Nota 2 e 4). Qui sarebbe da addurre anche la determinazione di un ipnotizzato affinchè commetta un reato.

2) se la persona usata non ha agito liberamente, ma costretta; più esattamente, se erano presenti le condizioni dell'art: 52.

3) se la persona usata ha agito non dolosamente, cioè senza previsione delle conseguenze del suo agire. Chi determina un'infermiera ingannandola, a somministrare arsenico al posto del chinino ordinato dal medico, non è mandante ad un omicidio, niente affatto commesso dall'infermiera, ma è egli stesso l'omicida. Nei casi in cui la consapevolezza della antigiuridicità appartiene al Tatbestand, la mancanza di essa non differisce dalla mancanza del dolo.

4) se il delitto richiede una determinata intenzione o qualità (per es: la intenzione di appropriarsi della cosa nel furto) e se questa intenzione manca alla persona usata per questo delitto, mentre è presente nel determinatore.

(Nota: Così anche R. G. 31, 80; 39, 37. E' dubbioso Frank III commento all'art: 47 Cod. Pen. (a causa dello strumento doloso). Diversa opinione hanno il Von Bar 2, 627; Beling; e Wachenfeld 272).

Se chi agisce mediatamente era obbligato ad agire sia per dovere di uf_
ficio, sia per una forma legale. (Nota: Vedi sopra § 33 I. Similmente
Finger 1,337 ; Wachenfeld 278. Molto più avanti va l'R. G. 28,109 (Un
impiegato ha determinato un non impiegato a falsificare un documento
a lui, impiegato, affidato. L'R. G. ammette la qualità di autore nell'im_
piegato).
In tutti i casi il determinatore è da giudicare come se avesse fatta e_
gli stesso l'azione del suo strumento.
(((Nota: Dunque: 1°) Se l'autore determina anche con una sola parola,
con successo, parecchi strumenti, abbiamo, per causa della unità della at_
tività volontaria, (vedi sotto § 54 III 1) per lui soltanto un uni_
co delitto. Altrettanto se egli ha determinato un solo strumento a più
delitti.
2°) L'autore resta autore anche se apparentemente compie soltanto un'azio_
ne di complicità. Es: l'adulto A tiene la vittima mentre il fanciullo B
la colpisce col coltello.
3°) Se la legge richiede una determinata attività corporale (per es: la
scalata nell'art: 243 N. 2) questa deve essere realizzata dallo strumen_
to per poter essere attribuita all'autore. In contrario R. G. 24, 86.
4°) Per il tempo e il luogo della commissione è da considerare l'azione
dello strumento (Vedi sopra § 31 IV 3). In contrario Meyer -Allfeld pag:
238.
5°) Tentativo compiuto c'è quando gli altri elementi del reato sono la_
sciati alla attività spontanea dello strumento (quindi tentativo compiu_
to esiste già colla creazione della decisione nel pazzo). Vedi sopra
§ 46 Nota 7.
6°) La desistenza dal tentativo è possibile al determinatore, da questo
momento, soltanto sotto la forma dell'impedimento dell'evento (Vedi §46

Numero 2). In contrario R. G. 39, 37.

7°) Se lo strumento non compie l'azione,abbiamo un delitto non riusci_
to (mancato) e non un tentativo impunibile di mandato.

8°) Per la responsabilità (Zurechnungsfähigkeit) ~~al tempo~~ è da riguarda_
re il tempo della determinazione. Vedi sopra § 37 III.)))

III) Autore è inoltre colui che in consapevole cooperazione con altre persone incomincia o compie la azione di esecuzione (Mittäterschaft) art: 47 Cdd. Pen.

1°) La qualità di coautore richiede quindi compartecipazione all'azione di esecuzione. Con ciò è determinata in primo luogo oggettivamente la differenza dalla complicità.
Così è coautore nell'omicidio colui che ha ferito mortalmente; nel furto colui che ha preso una cosa con l'intenzione di appropriarsela,nella truffa chi ha preso parte all'inganno. Nei cosiddetti delitti composti (Vedi sopra § 31 I) è coautore chi anche soltanto una delle azioni consecutive formanti il delitto ha compiuto. Così A e B sono coautori se, A ha costretto violentemente la donna C o minacciato D con pericolo presente di morte o di lesione e B ha abusato della donna C o ha sottratto a D il suo portafoglio:violenza e minaccia sono elementi del Tatbestand della Notzucht e della rapina. Se A però fa la guardia mentre B compie un furto con scasso, A non è mai coautore,ma complice,poichè far la guardia non è una azione di esecuzione del furto.

2°) Il dolo (Vorsatz) del coautore abbraccia in primo luogo la conoscenza degli elementi del reato,e in secondo luogo la coscienza di agire insieme con gli altri coautori. Se manca questa consapevolezza la qualità di coautore è esclusa. Così se in uno di due coautori manca la responsabilità (Zurecht) o il dolo. Lo stesso se il secondo autore sfrutta la situazione creata dal primo senza che questi lo sappia. (Per es:abu_

sa diuna donna dll'altro legata).

3o) La qualità di autore non è una forma di compartecipazione (dipendente) all'azione di un altro,bensì una qualità di autore a sè stante. Quindi o_ gni coautore riguardo alla punizione è indipendente dai suoi colleghi;quin_ di l'uno può essere punito come omicida,l'altro come uccisore senza volontà di uccidere (Totschlag); l'uno come rapinatore,l'altro come ladro. E vice_ versa: chi non può essere autore (per es: il non impiegato in un puro delit_ to di ufficio), del pari non può essere coautore.

IV) Ma anche se più persone senza cooperare colpevolmente hanno preso parte alla produzione o al non impedimento dello stesso evento,ognuno di loro è responsabile come autore,purchè non si tratti di un caso di compartecipazio_ ne. (Vedi sotto § 51). La compartecipazione alla azione di esecuzione qui, in mancanza di norme giuridiche speciali,secondo la regola comune,non è ne_ cessaria. Qui appartengono specialmente i casi di cooperazione colposa; per es: se più operai edili insieme fanno cadere una trave dall'alto di una ca_ sa in costruzione senza avvisare i passanti ed uccidono uno di essi a cau_ sa di questo loro comportamento colposo. Lo stesso avviene se i più autori agendo contemporaneamente o uno dopo l'altro,realizzano,ognuno per sè dolo_ samente , ma senza la consapevolezza di una attività comune (Può anche A contare sulla cooperazione di B; però non reciprocamente) lo stesso evento mediante tale cooperazione o se non lo impediscono. Ugualmente se l'uno agisce dolosamente; l'altro colposamente. Finalmente però sono da elencare anche i casi in cui la commissione della qualità di coautore è esclusa per pazzia di una delle due persone che prendono parte. In questi casi si può parlare,invece della qualità di coautore,di cui parla la legge,di autore secondario (Nebentäterschaft), come di un caso subordinato della pluralità di autori.)

La compartecipazione.

Compartecipazione, secondo il diritto vigente, è il prendere parte ad una azione di esecuzione incominciata o compiuta da un altro. La compartecipazione è o mandato o complicità.

I)) Mandato è la definizione dolosa di un reato altro al reato da lui poi dolosamente compiuto: sia questo un delitto, un crimine o una contravvenzione.

1) La legge menziona nell'art: 48 parte I come mezzi del mandato: doni, promesse, minacce, abuso di autorità o violenza ed anche induzione o conservazione in errore. Ma le parole finali " o con altri mezzi " dimostrano che questa enumerazione è fatta soltanto in via esemplificativa e che ogni mezzo, anche la offerta di una scommessa, preghiere, invocazioni o il disprezzo degli scrupoli di coscienza in casi adatti anche un apparente dissuadimento deve essere considerato sufficiente. Soltanto bisogna osservare che violenza e minaccia non trapassino in una costrizione (Nötigung) e che la induzione in errore non possa escludere la volontarietà dell'agire; perchè in questi casi al posto del mandato avremmo una commissione mediata del reato in qualità di autore. La determinazione può essere fatta da più persone che possono procedere insieme come "conmandanti" (Mitanstifter) o indipendentemente.

2) Essenziale per il mandato è la determinazione dolosa di un altro all'azione da quest'ultimo commessa, cioè il suscitare nell'altro una decisione ad agire. Offrire soltanto un'occasione (per es: nomina di un testimone pronto a giurare falsamente) non è sufficiente.

3) Il mandato, secondo la concezione del nostro diritto positivo non è qualità di autore intellettuale, ma compartecipazione dipendente al fatto di un altro; non porta in sè la ragione della sua punibilità, ma questa deriva dalla punibilità del fatto altrui. Evento del mandato è quindi sopratutto la produzione della decisione di agire nell'autore. Però questo evento non è p

per sè punibile,ma lo è soltanto se la decisione dell'autore è sboccata nel reato,sia compiuto,sia anche solo tentato.

4) Il dolo (Vorsatz) del mandante consiste nella consapevolezza che mediante la propria attività volontaria sia suscitato nel determinato la decisione di commettere un certo reato. Quindi deve abbracciare anche questo reato come da eseguire dall'autore. Se commette il mandatario una azione essenzialmente diversa da quella che si è raffigurata il mandante,per la parte diversa non può essere ammesso il dolo delm mandante.

5) La pena del mandante è da commisurare secondo la legge che viene applicata al fatto a cui egli ha determinato. Se l'autore ha compiuto soltanto un tentativo anche per il mandante l'entità della pena è diminuita.

II) Complicità è la coadiuvazione dolosa prestata ad altra persona nel crimine o nel delitto da lui compiuto. (art: 49 del Codice Penale).

1) Coadiuvazione di una azione c'è soltanto se realmente è stata posta in essere una condizione per l'evento. Altrimenti avremmo soltanto un tentativo non puhibile di complicità. La coadiuvazione può essere psichica (rafforzamento della decisione consigliando il modo dell'esecuzione) o fisica (consiglio e ausilio "Rat oder Tat"). Può anche consistere nella assicurazione data prima del delitto,di successivo favoreggiamento (Cod. Pen. art: 257 parte III) ; vedi sotto § 52 IV) ; non mai però può essere parte dell'azione di esecuzione se il dolo e quindi l'intenzione (Absicht) corrispondono al Tatbestand legale. Si presenterà nella maggior parte dei casi come una azione che,commessa dall'autore,sarebbe soltanto una preparazione non punibile. La complicità può essere commessa anche mediante omissione,se esisteva un dovere giuridico di agire. L'omissione di una denunzia,però,non può essere punita come complicità per causa della norma speciale dell'art: 139 del Cod. Penale,eccetto il caso in cui il dovere di denunziare sia fondato indipendentemente dall'art: 139.

2) Anche la complicità è punibile soltanto come coadiuvazione dolosa di

una azione dolosa.

3) Il dolo (Vorsatz) del complice comprende:

a) la coscienza della propria azione.

b) la coscienza della azione altrui.

c) la coscienza che questa azione è coadiuvata dalla sua.

Che l'autore conosca la prestata coadiuvazione non è necessario.

4) La complicità presuppone come compartecipazione (dipendente) al fatto di un altro, che l'autore commetta una azione punibile, sia pure soltanto un tentativo punibile. Quindi la complicità è esclusa dopo che il reato sia compiuto, a meno che questo non sia un reato permanente.

5) La pena del complice è da determinare secondo la legge che è applicata al fatto al quale ha prestata la sua coadiuvazione, però va ridotta secondo le norme riguardanti la punizione del tentativo. Se vi ha complicità ad un delitto solo tentato, occorre una duplice riduzione della entità della pena.

La Compartecipazione: Deduzioni

Soltanto il mandato e la complicità dolosi ad un fatto doloso costituiscono compartecipazione nel senso della legge.

1°) Quindi non sono compartecipazione: a) la determinazione o la complicità dolose in una azione colposa. Qui abbiamo piuttosto un caso di autore mediato. b) la determinazione o la complicità colpose ad una azione colposa. Qui vale la regola generale che ognuno che ha posta col suo compartamento una condizione per l'evento, è responsabile per esso come autore secondario (Nebentäter). c) la determinazione e la complicità colpose ad un fatto doloso non sono punibili. La compartecipazione in senso tecnico non è da ammettere perchè manca il dolo richiesto dalla legge; ma anche la commissione mediata è esclusa perchè secondo la legge la azione libera e dolosa dello autore immediato interrompe il nesso causale.

2°) Mandante e complice sono responsabili soltanto per la azione dolosamen-

te prodotta o coadiuvata. a) Se in un punto essenziale l'azione del manda_ tario e il dolus del mandante non coincidono,in questo punto non c'è manda_ to. (excessus mandati). Se il mandatario per la rapina compie un omicidio,o il mandatario per la truffa compie un furto (o anche viceversa) la azione com_ piuta non può essere attribuita al dolus (Vorsatz) del mandante. Soltanto se l'azione del mandatario si presenta come un dolus difronte a quella azio_ ne alla quale fu determinato,la attribuzione del minus al dolus del mandan_ te è possibile; così se il mandatario di un furto ha compiuta una rapina,o il mandatario di un furto semplice ha compiuto un furto aggravato.E' rilevante che il dolus abbraccia tutti gli eventi non esclusi,come anche che al compartecipe viene attribuito anche lo evento da lui nè previsto nè prevedibile,in quanto anche nell'autore è da prescindere da ogni colpa (= Schuld). B) Il suddetto vale anche se da parte del mandatario è presente un "error in obiecto" o una "aberratio ictus". Anche qui le regole genera_ li sull'errore trovano applicazione. Quindi può essere ammissibile la figu_ ra dell'autore mediato nel mandante,se in seguito a queste regole,il dolus dello autore appare escluso.

c) Se il Tatbestand di un delitto richiede un certo motivo (per es:profitto proprio nella Kuppelei = lenocinio) il compartecipe deve saper che l'autore agisce per questo motivo,però egli stesso non è necessario che egli stesso sia determinato da questo motivo.

Le stesse regole valgono per il complice.

La punibilità della partecipazione è condizionata dalla punibilità del fat_ to principale.

1°) Mandato e complicità sono quindi impossibili se è esclusa la punibilità dell'azione principale (però può qui essersi il caso dell'autore mediato), ma non vengono toccate dalla scomparsa della punibilità dell'autore (Ragio_ ne personale di esclusione della pena,ragione di soppressione della pena:

(((Strafaufhebungsgrund))))) o dalla mancanza di una condizione di procedibilità.

2°) a - Il mandato tentato, ossia non riuscito, sia non compiuto, non è mandato poichè manca l'azione punibile dell'autore. Nè può essere punito come tentata commissione personale del delitto. Qui è da ricordare anche la determinazione del cosiddetto omnimodo facturus, cioè di chi è già prima della influenzazione deciso al delitto.

b - Ugualmente non deve essere punita la complicità tentata, sia non riuscita sia non compiuta.

3°) a - Ugualmente come non ~~sia~~ c'è mandato tentato, non esiste un mandato al tentativo. Il dolus del mandante come quello dell'autore, deve comprendere l'esecuzione. Se manca questo dolus all'autore (questi per es: vuole soltanto "tentare" se la chiave falsa apre la serratura) non esiste addirittura un tentativo punibile. Se manca questo dolus al mandante (questo vuole per es: che l'autore sia scoperto facendo il tentativo) non si può parlare di mandato. Il cosiddetto agente provocateur è quindi soltanto punibile se determina l'autore alla esecuzione intera, forse per darlo poi in mano alla giustizia. Questo è mandato compiuto a un delitto compiuto.

b - Similmente è esclusa la complicità se il complice prevede che col mezzo da lui prestato non può essere realizzato l'evento.

Dalla accessorietà della compartecipazione deriva inoltre:

1°) Compartecipazione ad una compartecipazione è compartecipazione mediata al fatto principale. Compartecipazione al mandato è quindi da punire come mandato e compartecipazione alla complicità. Una duplice riduzione della pena (nella complicità alla complicità) è esclusa.

2°) Un molteplice mandato allo stesso unico fatto principale è sempre soltanto un unico delitto. Però è possibile la figura della pluralità di autori rispetto al mandato dato allo stesso autore da più persone. (Con

- mandato " o mandato secondario: Nebenanstiftung). Se uno viene determinato per mezzo della stessa azione, per es: per una parola eccitante a compiere più fatti principali, abbiamo per causa della unità dell'attività volontaria, nonostante la pluralità degli eventi, unità di azione.

3°) Il mandante, come il complice, resta impunito se egli stesso ha impedito l'inizio del delitto sia con mezzi psichici, sia con mezzi fisici (Una semplice revoca del mandato non è sufficiente). Il compartecipe non è punibile se impedisce che la azione di esecuzione venga portata a termine. Ugualmente il mandante come il complice possono assicurarsi una ragione personale di soppressione della pena mediante spontaneo impedimento dello evento, se si tratta di un tentativo compiuto.

4°) Se il legislatore ha punito le azioni di tentativo e di preparazione come delitti a sè stanti, l'autore e il compartecipe subiscono la stessa pena. Se una persona più volte prende parte allo stesso delitto, la forma più leggera della compartecipazione (complicità) è assorbita dalla più grave (mandato), la compartecipazione, però, è esclusa dalla indipendente (figura di autore), alla quale è sussidiaria. Se il mandante più tardi prende parte alla esecuzione del delitto come autore, o invece come complice è punito nel primo caso come autore, nel secondo come mandante. Poichè il favoreggiamento non è una specie della compartecipazione, sia il mandante, sia il complice potrebbero rendersi colpevoli di favoreggiamento (in concorso reale di più reati) ~~questa possibilità è esclusa~~ in relazione al fatto compiuto dall'autore.) Questa possibilità è esclusa dalla norma speciale dell'art:237 parte 3 del Cod. Penale.

La applicazione dei principi fondamentali sulla compartecipazione subisce talune restrizioni:

1°) La persona cui interessi sono protetti da una sanzione penale non può essere punita per compartecipazione ad una violazione di questa legge. Co_

sì rapita non è punibile per complicità nel ratto; la scolara non è punibile per mandato del maestro al delitto dell'art: 174 parte I Cod. Penale; il minorenne ingannato non è punibile secondo gli art: 301 e 302, nè il danneggiato dalla strozzinaggio non secondo l'art: 302.

2°) Se la legge punisce azioni di compartecipazioni come reati a sè stanti, mentre l'azione principale resta impunibile, l'autore principale non può essere punito per mandato o complicità all'azione di compartecipazione. Chi paga il lenone resta impunito come il prigioniero che determina un altro ad aiutarlo nell'atto di fuga.

3°) Se la impunibilità di certe persone è riconoscibile dal complesso delle norme di legge anche tali persone non possono esser punite come compartecipi al fatto dello altro. Ciò vale per es: pel compratore di voti secondo l'artè 243 dell'Ordinanza sul fallimento.

La Compartecipazione . Influenza dei rapporti personali.

Dalla natura dipendente della compartecipazione dovrebbe derivare che 1°) la punibilità dell'azione dell'autore dovrebbe essere rilevante per il mandante e per il complice anche nel caso in cui la punibilità dell'autore è fondata e rispettivamente aumentata o diminuita in virtù di qualità personali o rapporti dell'autore; che 2°) qualità personali o rapporti dei compartecipi non devono essere considerati. Il contrario avviene pei coautori o per gli autori secondarii (Nebentäter) di cui ognuno è punibile secondo le sue qualità personali e i suoi rapporti.

Il Diritto vigente non ha voluto trarre illimitatamente queste conseguenze dalla natura dipendente della compartecipazione e ha limitato la sua propria opinione ponendo l'art: 50. 1°) Secondo questo art. qualità personali o rapporti che aumentano o diminuiscono la punibilità, contrariamente alla conseguenza suddetta, sono da attribuire soltanto a quei compartecipi, nelle

cui persone esistono. Es: se il non parente B ha determinato il figlio A del padre C o la madre A del neonato C ad uccidere il padre o il fanciullo; o viceversa se il figlio A o la madre A hanno coadiuvato l'estraneo B nel l'uccidere il padre o il fanciullo C,in tutti e due i casi l'estraneo B va giudicato secondo le norme sullo omicidio comune,il figlio A secondo le nor me sulla uccisione di ascendenti e la madre A secondo le norme sull'infan ticidio. Lo stesso vale per (altre ragioni di aggravamento o attenuazione N. d. T.) : la gioventù,la recidiva,la professionalità,ecc. E lo stesso, deve anche valere per l'elemento che differenzia l'omicidio dal colpo mor tale (Totschlag),cioè la riflessione.

2°) Se si tratta però di qualità personali o rapporti che rendono addirit tura punibile un fatto altrimenti punito,che quindi fondano la punibilità e non la aumentano o diminuiscono,sono da attribuire,secondo la regola sud detta,anche ai compartecipi se sono presenti nell'autore; ma non viceversa. Qui è pienamente riconosciuta la dipendenza della compartecipazione. Esempi: Mandato e complicità ad un puro delitto di ufficio sono da conside rare secondo le norme date per tale delitto; invece se un impiegato è man dante o complice,mentre un non impiegato è autore,non c'è addirittura un delitto,poichè il non impiegato può commettere un delitto di ufficio sol tanto come autore mediato,non come autore immediato. Ugualmente nella com partecipazione di persone civili ai reati militari.

Ragioni di soppressione della pena,mancanza di presupposti processuali e ragioni personali di esclusione della pena agiscono,secondo la loro natu ra; senza che occorra una norma espressa al riguardo,sempre soltanto per quel compartecipe nella cui persona sono presenti.

L I S Z T - S C H M I D T

II Autore e partecipazione

pag: 320) § 47 Cenni generali e storia

I) Dal concetto della causa consegue che chiunque prende parte alla produzione di un evento ponendo in essere una condizione per esso, ha causato l'evento. Il legislatore avrebbe senz'altro potuto trarne la conseguenza che ogni causatore, in quanto abbia agito antigiuridicamente e colpevolmente, sia da considerare autore e, conseguentemente, come tale abbia a rispondere per la attuazione del Tatbestand.

(((Nota 1) Von Liszt nelle precedenti edizioni di questo libro aveva il punto di vista "che, siccome tutte le condizioni dell'evento sono equivalenti, tra i singoli partecipanti alla produzione di esso evento non c'è una differenza concettuale, e che conseguentemente la loro diversa punizione è giustificata solo entro lo stesso ambito della pena". Con ciò però von Liszt non vede la differenza fra una considerazione teoretico-scientifica (causale) e una considerazione valutativa. Contro von Liszt dovevano quindi aver ragione le obiezioni di metodo fatte da Mayer, 139, 389; Mezger 414; Mezger in D.S.Z. vol: 8 pag: 205 e Kipp pag: 489. Del resto Von Liszt ha sempre tenuto pienamente conto del diritto positivo e della sua distinzione, e ha tratto le conseguenze della sua concezione soltanto "de lege ferenda".)))

Questo punto di vista segue l'art: 58 del Codice Penale Norvegese; invece la maggior parte dei diritti e così anche il codice tedesco (art:48 e 49) seguono un'altra concezione. Senza negare la equivalenza logico-scientifica

pag: 321

di tutte le condizioni poste per un evento, il Codice Tedesco fa una dif-

ferenza nella valutazione giuridica dei diversi modi di partecipazione nella produzione di un evento,poichè separa il causare in qualità di autore dal porre in essere una causa in qualità di compartecipe,e mette cioè dall'una parte la qualità di autore,dall'altra l'istigazione e la complicità,sotto il punto di vista di una valutazione giuridica diversa,in forte contrasto concettuale. E nel rapporto fra qualità di autore e compartecipazione,la legge mette tanto in rilievo la prima,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 al Tatbestand,antigiuridica e colpevole di un autore può avere una valutazione giuridica. (cosidetta "natura accessoria" o "accessorietà" della compartecipazione).

(((Nota 3: Questa natura accessoria della compartecipazione sulla base del diritto vigente la si può criticare,ma non la si può negare. Von Hippel II 451 ritiene "pienamente sbagliata la intera dottrina della accessorietà" senza che ne risultino contrasti col presente testo,poichè questo,come anche von Hippel,espone la configurazione della compartecipazione corrispondente al diritto positivo. Negazione della accessorietà: abbiamo in Köhler I, 109; Höpfner Zeit. 26, pag: 580; Herzog "Gerichtssaal" 24, 435 ed altri. - Vedi anche,concordanti col presente testo: Mayer 390; Gerland 142; Köhler 486; Alfeld 205; Frank art:48 II 2; Kipp pag: 7 e segg:; Beling "Grundzüge" pag: 60; Lobe art:48 Nota 2 B; Mezger 446.)))

Un'altra conseguenza del diverso valore della qualità di autore e della compartecipazione consiste in ciò:che la legge richiede,non per lo istigatore,ma per il complice,una pena fondamentalmente più mite che non per l'autore.

Per capir bene questa costruzione della dottrina della compartecipazione è da riguardare ciò che ha detto Mayer:cioè "che il concetto della compartecipazione è in fondo in fondo un prodotto della legge"(Mayer pag:388) e giustamente anche Dalnn 7,9 e Mezger 447). La dottrina della compartecipazione del codice penale non segue quindi nè concettualmente dalla causalità nè necessariamente dalla accessorietà; non la si può dedurre nè dall'una nè dall'altra. La causalità nell'ambito della dottrina della compartecipazione ha soltanto la funzione di stabilire che soltanto manifestazioni di volontà umane che stanno in nesso causale coll'evento possono essere valutate penalmente sia sotto il punto di vista della qualità di autore,sia sotto quello della compartecipazione; se però abbiamo l'una o l'altra non possiamo ricavare per niente dalla causalità.

(((Nota 6: Altro parere Frank 3 Abschnitt II. Contro: Eberhard Schmidt, Perten, Merkel, Gerland).

pag: 322

Ugualmente la accessorietà come tale non è un principio giuridico dal quale si possa dedurre la dottrina della compartecipazione per mezzo di uno sviluppo concettuale. La accessorietà invece è soltanto un parola comprensiva che designa la relazione di diritto positivo fra la qualità di autore e la compartecipazione. Il legislatore potrebbe configurare questa relazione in modi molto diversi poichè,come ha detto giustamente Mayer,la dipendenza della compartecipazione dalla qualità di autore,espressa nella accessorietà,può essere graduata in modi molto diversi.

(((Nota 7: Confronta al riguardo specialmente: Mayer pag: 391; Derselbe in "Aschrott Liszt" I, 356; inoltre Wegner "Reform" 1926 pag:111 e segg; Kipp pag: 82 e segg: Reichle 26, Ludwig 4, Dahm 65 e segg, 67.

Von Hippel II pag: 452 Nota 1 osserva che Mayer con le sue distinzioni

Il codice, per dirla con Mayer, ha usata la "forma estremamente accessoria" richiedendo, come è dimostrato, che l'autore realizzi un Tatbestand legale non soltanto illecitamente (questa sarebbe nel modi di parlare di Mayer la forma "limitatamente accessoria") ma anche colpevolmente, affinchè sia possibile una compartecipazione punibile. La legge, però, non va tanto oltre da attribuire alla persona del compartecipe anche tutte le circostanze che aumentano o diminuiscono la pena esistenti nella persona dell'autore (forma accessoria): vedi l'art: 50 del Codice Penale). Inoltre lo sviluppo più recente del diritto dimostra che il legislatore si comporta liberamente di fronte alla accessorietà e la abbandona laddove essa gli sembra, forma usata dal Codice Penale, contraria ai suoi scopi. Così la legge sulla tratta degli schiavi del 1895 ha cancellato ogni differenza fra autore e compartecipazione, poichè punisce con la stessa pena ogni "cooperazione ad una impresa di tratta degli schiavi". Così anche negli artt: 45 e 48 parte II della legge sulla emigrazione del 1897. Di particolare importanza è il fatto che anche il codice civile, art: 830, parifica autore e compartecipe. E l'importante art: 4 della legge sulla Gioventù pone nell'ambito del diritto penale giovanile, con bella audacia, al posto della forma estremamente accessoria, la forma della partecipazione limitatamente accessoria, perchè appunto la partecipazione ai resti del minore e del giovane "incapace d'intendere", data l'esagerazione di quella prima forma, avea presentato nella scienza e nella pratica invincibili difficoltà.

V. I Progetti

pag: 325

Però un riconoscimento indiscusso non l'ha trovato nessuno dei progetti. Il progetto della Commissione del 1913 e il Progetto del 1919 erano ancora troppo sotto la influenza del dogma della interruzione del nesso causale e arri-

vavano specialmente nelle norme sullo autore mediato e sulla istigazione ad un dottrinarismo bene dappertutto respinto. Del resto il Progetto 1913 e quello del 1919 si appoggiarono al diritto vigente a prescindere da quel progresso sopra accennato. Invece nel Progetto Ufficiale 1925 si nota una forte differenza dal diritto vigente. Il progetto crede di poter rinunziare al concetto di coautore e abolisce la figura dell'autore mediato e introduce solo una mitigazione facoltativa della pena per il complice.

+ Mentre i Progetti Tedeschi rimangono fermi nella distinzione fra qualità di autore e compartecipazione, il progetto ufficiale austriaco ha parificati tutti i partecipi e soltanto mitigato pel complice le sanzioni più gravi. Il Progetto Ufficiale Svizzero del 1918 adotta pel complice una punizione più mite. Pure i progetti tedeschi si sforzano di liberarsi dalla esagerata concezione della accessorietà del diritto vigente; cioè tendono a rendere indipendente la punibilità dell'azione di compartecipazione dalla considerazione della colpa dell'autore.

pag: 326

Che però la limitazione della natura accessoria della compartecipazione non renda superflua la figura dell'autore mediato è stato dimostrato chiaramente dal Kohlrausch; Wegner (Riforma" 1926 pag: 32 e 112), Golschmidt (Iw vol.61 fascicolo V), Dahn pag: 85 e segg. Così il Progetto del 1925 a causa di un radicalismo eccessivo perviene a risultati non giusti: I progetti del 1927 e del 1930 riportano la qualità di coautore, come anche la mitigazione obbligatoria della pena per il complice. Non rimuovono però le obbiezioni che esistono contro la abolizione della figura dell'autore mediato con contemporanea limitazione della accessorietà. Gli abbozzi fatti nella 52.ª seduta del 10 novembre 1927 per la riintroduzione della figura dell'autore mediato con un nuovo articolo 27 A, non hanno avuto conseguenze. Così infatti uno schiarimento del

problemi della dottrina della compartecipazione non ci è stato,specialmente perchè i progetti tralasciano le più importanti e discusse questioni del diritto vigente senza risolverle. (Gerland H. d. R. "Manuale del diritto" V vol. pag: 875.)

§ 48 - L' Autore

Il Cod? Pen. non ha determinato il concetto della qualità di autore,ma ha descritto nell'ambito generale dei modi di comportamento causali (antigiuridici e colpevoli) e conformi al Tatbestand della violazione di un bene giuridico soltanto le due forme del comportamento da compartecipe,cioè l'istigazione (art: 48) e la complicità (art: 49). Queste due figure hanno comune che uno produce l'attuazione di un Tatbestand rendendo efficace con dolo proprio il comportamento criminoso doloso di un altro,poichè produce dolosamente nello altro la decisione (art:48)istigazione) o presta dolosamente alla attuazione del Tatbestand da quello compiuta il suo aiuto (art: 49:complicità). Considerando queste forme,l'essenza della qualità di autore secondo il diritto positivo la si può circoscrivere come segue:"Autore è chi antigiuridicamente e colpevolmente agisce in modo che un bene giuridico sia violato o messo in pericolo mediante la attuazione di un Tatbestand purchè non fa realizzare il Tatbestand attraverso una persona agente dolosamente".

pag: 327

(Nota: Contrari al testo sono tutti quelli che adoperano per la caratterizzazione giuridica della qualità di autore la causalità (ciò è metodicamente non giusto). Così specialmente Frank 3 Abschnitt II. Altro parere ha chi fa dipendere l'essere autore dal porre in essere azioni di esecuzione; così specialmente von Hippel II 454. Sotto questo concetto di autore non si può ricondurre la figura dell'autore mediato; poichè questo non intraprende

alcuna azione di esecuzione". Che all'autore fisico sia assolutamente parificato l'autore intellettuale, (con ciò il von Hippel II 470 cerca di sostener la figura dell'autore mediato) è dall'art: 48 inficiato. Quindi c'è bisogno di un concetto di autore indipendente dal porre una azione di esecuzione, concetto che sin dal principio comprende la figura dell'autore mediato. Contro il testo vedi: Zimmerl Zeit. 49° pag:40. Vedi anche Festgabe für Frank II° vol. pag:119 Nota 1)))

pag: 327

Qui sono da distinguere due casi:

I) Autore è in primo luogo colui il quale antigiuridicamente e colpevolmente compie da solo l'azione di esecuzione e da solo realizza il Tatbestand legale del reato (autore unico). Omicida è per es: colui il quale volontariamente e scientemente ha ucciso un altro; rapinatore è colui che usa violenza e sottrae la cosa. Non importa nessuna differenza se l'evento è realizzato solamente per mezzo di una attività fisica propria o con uso di forze naturali, di uno strumento o di un animale?

II) Autore è anche colui che l'azione di esecuzione non compie invero mediante una propria attività corporale, ma usa un altro uomo (forse il danneggiato stesso) e mediante questo il Tatbestand risulta attuato (autore mediato).

(((Nota 8: L'errore sul fatto se uno è autore o compartecipe ci offre le seguenti possibilità: 1°) A determina B , che erratamente ritiene pazzo, all'azione da questo commessa dolosamente; B è autore, A istigatore nonostante che egli creda di essere autore mediato. 2°) A determina B che erratamente ritiene responsabile alla azione da questi compiuta incolpevolmente; B è impunibile, A è autore mediato nonostante che egli creda di essere istigatore. 3°) A coadiuva B , che erratamen-

te crede pazzo all'azione da questi commessa dolosamente; B è autore, A complice nonostante che egli dal punto di vista della dottrina dominante (un diverso parere nella penultima edizione e in Mayer p.378) si dovrebbe ritenere autore mediato; 4°) A coadiuva B, che erratamente ritiene responsabile, nell'azione da questi commessa incolpevolmente; B è impunibile, A autore mediato. L'errore è quindi irrilevante, come ogni errore sui concetti giuridici e le conseguenze giuridiche penali. Vedi Eb. Schmidt in "Festgabe für Frank" vol: 3° pag: 130 e segg. Inoltre (con differenza fra di loro) specialmente Mayer pag: 104, Frank 3 Abschnitt II, Beling L. v. V. pag: 254, 396; Allfeld 215,216; Wachenfeld in Zet vol: 40° pag: 134, e "Lehrbuch" pag:189; Paul. Merkel 143 e segg.; Köhler pag: 497; Rosenfeld F. f. F. II vol. pag: 182 Nota 2))) Presupposto è che l'altro non abbia realizzato il Tatbestand.

pag: 328

dolosamente e colpevolmente poichè in questo caso, secondo ciò che abbiamo detto sotto I, sarebbero da applicare gli artt: 48 e 49. Qualità di autore mediato è possibile quindi soltanto quando nella persona dello esecutore (la persona mediata, lo strumento) non c'è dolus.

1) Secondo ciò l'ambito della figura dell'autore mediato è da circoscrivere con facilità.

(((Nota:3: Si parla anche di autore finto o di autore intellettuale? Il concetto dell'autore mediato è oggi dalla scienza e dalla giurisprudenza generalmente riconosciuto. Contro si è schierato recentemente Hoegel in Zeit. vol. 37° pag. 667. Non c'è bisogno di uno speciale fondamento della figura dell'autore mediato dal punto di vista di un concetto di autore giustamente definito. Così Mezger 425, 426 Nota 3 con letteratura; Mayer pag:375

e segg; von Hippel II 470? In contrario Hegler in "R. G. Festgabe " vol. V pag: 305, 307 e segg, che costruisce una speciale "teoria della preponderanza" (Ubergewichtstheorie) e Perten pag: 125 e segg. Altro fondamento dell'autore mediato trova anche Frank 3 Abschnitt III. Confronta: Eb. Schmidt in "Fest. für Frank" 2° vol: pag: 120,121; ed inoltre Drost in Zeit.vol: 51 pag: 384; Beling in Zeit vol: 28° pag: 594; Gerland "Grundfragen" pag: 59; Mittermayer in Zeit. 21 pag: 241.Nessun chiarimento si può avere ponendo la questione quando un uomo può essere strumento di un altro; (così Wachenfeld in Zeit vol: 40 pag: 39) poichè "strumento" non è un concetto giuridico ma una metafora capace di una varia interpretazione. Confronta al riguardo: Beling Zeit. 28 pag: 583, 594; Flegenheimer pag: 37 (contro von Bar II° pag: 627). Per la teoria soggettiva della compartecipazione seguita da R. G., non ci possono essere problemi riguardo alla figura dell'autore mediato. Poichè è autore ognuno che pone con animus auctoris una causa per lo evento,senza che si debba riguardare il modo della sua azione esterna (se è una azione di esecuzione o no), il R. G. non deve interessarsi della questione quale campo l'art: 48,obbiettivamente,fra le causazioni di un evento penalmente rilevante ha sottomesso a speciali punti di vista valutativi ed ha così sottratto ad una considerazione sotto il punto di vista della qualità di autore)))

C'è qualità di autore mediato:

A) Se cade il dolus della persona mediata agente antigiuridicamente,per pura ragione di colpa. Questo è il caso:

a 1) se l'usato non era (capace di intendere) responsa-

bile; poichè qui all'usato,insieme con la inca_
pacità di essere colpevole,manca la possibilità
di agire dolosamente. Chi pone in mano ad un paz_
zo furtivo un coltello,affinchè egli uccida un
altro,è colpevole come autore (mediato) dell'omi_
cidio. Per quale ragione manchi alla persona u_
sata la responsabilità regolarmente è indifferen_
te. Al pazzo è parificato anche il sordomuto se_
condo l'art: 58 del Cod. Pen. e lo stesso dovreb_
be valer per una persona mediata che,come abitan_
te di un paese selvaggio,non ha la capacità di es_
sere motivata dalle norme del diritto vigente ad
un comportamento lecito. Unaeccezione importante
del diritto positivo forma
pag: 329
l'art: 4 della Legge sulla Gioventù.
(((Nota 4: Non è da approvare la opinione di Be_
ling (Grundzüge 61) che l'art: 4 I. G. G. momen_
taneamente non trovi applicazione. Beling crede
che esso esprima soltanto che riguardo alla puni_
bilità dell'istigatore e del complice non ci do_
vrebbe essere una nuova regolamentazione in virtù
dello I. B.G.; che quindi la questione se e fino
a qual punto l'istigazione o la complicità nei
fatti di non responsabili vengano considerate co_
me tali o se e fino a quanto debbano essere con_
siderati qualità di autore mediato, è da risolve_

re ugualmente come prima dell'entrata in vigore della I. G. G. Giustamente è interpretata la legge da Frank nota all'art: 4 I. G.G.; da von Hippel II, 462 Nota 6; da Mezger 430, ecc. Secondo l'art: 4 I. G. G. è indif_ ferente se chi ha determinato o coadiuvato il giovane ha saputo o no che erano presenti i presupposti degli artt: 2 e 3 I. G. G. Ciò vuol dire: che non è da ammet_ tere sotto nessuna condizione la qualità di autore me_ diato; invece chi determina un fanciullo alla attuazio_ ne di un Tatbestand è sempre istigatore nel senso tec_ nico,e chi coadiuva è sempre complice.)))

Secondo ciò,chi determina un fanciullo o un giovane privo della capacità di intendere alla attuazione di un Tatbestand è da considerare istigatore,quindi non auto_ re mediato; la forma estremamente accessoria della par_ tecipazione qui è stata esclusa a favore della forma limitatamente accessoria.

a 2) se la persona mediata era responsabile,ma non ha agito dolosamente. Anche qui è indifferente per quale ragio_ ne manchi il dolus e se al posto del dolus esiste col_ posità o piena incolpevolezza. Quindi appartengono qui sia i casi in cui la persona mediata ha agito ssenza la previsione delle conseguenze della sua azione,

pag: 330

come anche i casi in cui malgrado la previsione dello evento,il dolus per una qualsiasi ragione è stato e_ scluso: (Errore sulla antigiuridicità; Notstand (art:54) Costrizione (art: 52),Influenza di un comando ufficia_

le vincolante o presenza di un'altra ragione di esclusio_
ne della colpa.).

(((Nota: Conformemente l'opinione comune. Vedi riguardo alla mancanza della previsione Frank 3 Abschnitt III 2 e 3 ; Lobe "Einlèitung" pag: 75 - 76; Mayer pag: 379; Köhler pag: 511; Mezger pag: 430,431. Quest'ultimo con una estensione non giusta della qualità di autore mediato anche ai casi in cui alla persona mediata è da attribuire una ragione personale di esclusione della pena. Parzialmente diverso per causa di un'altra concezione degli artt: 52 e 54, è von Hippel II pag: 471 e segg:)))

Quindi chi determina un'infermiera ingannandola a somministrare arsenico al posto del chinino ordinatodal medico,non è affatto istigatore ad un omicidio per niente commesso dalla infermiera,ma è egli stesso omicida. Chi determina un altro a distruggere una cosa altrui facendogli credere che sarebbe lecito distruggerla,commette egli stesso un danneggiamento in qualità di autore (mediato). Il superiore che all'inferiore impartisce un ordine vincolante di commettere un'azione punibile, è autore della azione punibile commessa. E,fin quando la legge non dichiara il contrario,anche colui il quale ha consigliato ad una persona trovantesi nel Notstand (art:54) di realizzare il Tatbestand di un delitto per evitare il pericolo deve essere considerato autore in quanto non sia a lui attribuibile una ragione di giustificazione generale o speciale o una ragione generale o speciale di esclusione della colpa.

β) Qualità di autore mediato c'è inoltre anche se per la persona mediata non c'è un comportamento antigiuridico nel senso del Tatbestand che in concreto è da applicare, cosicchè non si può parlare di colpa e, con ciò, di dolus. Presupposto è qui che in relazione alla persona del determinatore la causazione della violazione tatbestandsmässig di un bene giuridico sia antigiuridica e che a questo determinatore si possa fare inoltre rimprovero di un contegno colpevole.

(((Nota 6: Confronta al riguardo Hegler pag: 309 e von Hippel IIº pag: 471,472. Questi però liberamente attribuisce a questo gruppo casi del tutto diversi. Contro questo Mezger pag:428 Nota 4, che però nega ingiustamente tutto il gruppo; d'altra parte vede l'elemento comune dei casi discussi nel testo nel fatto che l'autore mediato ha causato l'evento per mezzo di uno che agisce non conformemente al Tatbestand. In questo caso però manca appunto la antigiuridicità nel senso del Tatbestand in concreto applicabile. Ciò è decisivo per la esclusione del dolus. Se la antigiuridicità esiste altrimenti è indifferente. E' ben possibile che la persona mediata agisca lecitamente, e che agisca però illecitamente chi l'ha determinata. Su questo punto von Hippel ha pienamente ragione.)))

Qui appartengono i seguenti casi molto discussi:

(((Nota 7: Nei casi discussi nel testo sotto ✗ 1º e ✗ 2º si tratta del problema dello strumento doloso. Vedi Flegenheimer e Wachenfeld, recentemente: Hegler pag: 309 e segg; Mezger pag:427 e 433; Frank 3 Abschnitt III; Eb. Schmidt in "Festgabe für Frank" IIº vol. pag: 125 e segg. Per la teoria soggettiva non esiste il

problema.Ciò si esprime regolarmente così,dicendo che la teoria soggettiva "riconosce lo strumento doloso". Però anche per la teoria oggettiva esso non dovrebbe esistere e in ogni caso dovrebbe mancare quando si determina il concetto del dolus non solo in un senso psicologico superficiale,ma nel senso di una specie di colpa che comprende l'elemento normativo della colpa stessa. Nei casi considerati la situazione invero è siffatta che sia la persona mediata non impiegata (il caso di a 1. il cosidetto "strumento doloso senza qualificazione" secondo Flegenheimer),sia la persona mediata agente senza la intenzione tipica del delitto (il caso di a 2. lo "strumento doloso non intenzionale" secondo Flegenheimer), vede liberamente e consapevolmente la situazione,è quindi conscia che pone in essere un'azione di falsificazione o un'azione di sottrazione. Per causa di questo agire "libero e consapevole" si crede dover ammettere il "dolus" nella persona dello "strumento" e conseguentemente risulta impedito in virtù dell'art: 48 di trattare chi sta dietro (der Hintermann) come autore mediato. Vedi in questo senso Beling in Zeit. 28, 589; Flegenheimer; Wachenfeld in Zeit. 40,148; Gerland e Kipp.Si perviene così a non "riconoscere" lo "strumento doloso". La questione che però dev'essere chiarita anzitutto è quella se i difensori della teoria oggettiva hanno adoperato un giusto concetto del dolus.Ciò è negato nel presente testo e perciò arriviamo ad altri risultati benchè sia da noi riconosciuta la teoria oggettiva della compartecipazione. Molto significativo è il fatto che sempre numerosi oggettivisti si sono rivolti contro i risultati del Beling e del Flegenheimer.Così i risultati della o-

pinione seguita nel presente testo non vengono approvati solo dai rappresentanti della teoria soggettivista,ma anche da diversi oggettivisti.)))

1°) In primo luogo i delitti propri,come per es: il caso in cui un pubblico ufficiale determina un non impiegato a falsificare un documento a lui pubblico ufficiale affidato (art: 348 parte 3).Poichè la persona mediata,in mancanza della qualità di pubblico ufficiale richiesta dall'articolo suddetto,non può essere in nessun caso autore di questo delitto di falsificazione, manca ogni possibilità di ritenere responsabile come istigatore l'impiegato che determina.E' da domandarsi se possa essere autore mediato. Questo è infatti il caso.Perchè nel senso del Tatbestand del delitto proprio da applicare (qui dell'art: 348) il non impiegato non agisce antigiuridicamente conformemente al Tatbestand e perciò anche non dolosamente.Quindi c'è anche qua la possibilità di ammettere la qualità di autore mediato nella persona del pubblico ufficiale che determina.

(((Nota 8: Il punto di vista esposto nel Testo lo ha nel risultato accolto anche von Liszt nelle precedenti edizioni (però con ragionamenti contrari alla menzionata sentenza del R. G.: R vol:28,109) concordano inoltre:Mayer pag:376,377,379 (il non impiegato usato come mezzo agisce "invero dolosamente "dolos" però non con il dolo essenziale per il delitto"; ma che significa:dolosamente? "dolos"):Mezger pag:432;von

Hippel II pag: 474 Nota 1; Allfeld pag:214; Köhler pag: 511 (questi però pervengono all'ammissione del lo autore mediato soltanto perchè non si può lascia re impunito l'impiegato che determina); completamen te nel senso del Testo Frank pag:108; Wegner "Rifor ma" 1926 pag:115; Grünhut in Zeit. 49,pag: 133. Inve ce respingono l'autore mediato:Mittermayer; Beling; Flegenheimer; Wachenfeld; Kipp; von Bar II 627. In ca si come quello dell'art: 348 parte 2 essi dovrebbero conseguentemente giungere alla impunità. Vedi ~~anche~~ su ciò particolarmente Kipp pag: 12. Il Flegenheimer pag: 66 e segg. cerca di sostenere che egli punisca secondo l'art:348 parte 2 l'impiegato che si serve di un non impiegato per la falsificazione, perchè lo impiegato appunto, violando il proprio dovere, non ha impedita la produzione dell'evento. Contro questa tesi, a ragione, P. Wolf. pag: 72.

pag: 332

2°) Inoltre quei tipi di delitti che richiedono per la qualità di autore il compimento di un elemento soggettivo dell'illecito (specialmente i delitti di intenzione e di tendenza) se l'elemento soggettivo dello illecito è dato nella persona che usa l'altra, ma non in quest'ultima. Qui è da pensare al caso in cui uno fa sottarre alla persona che ne ha il possesso, una data cosa mobile, per mezzo di un'altro che non ha la intenzione di ~~non~~ appropriarsene personalmente, mentre chi la fa sottarre ha questa intenzione. Qui chi

sottrae per mancanza della intenzione tipica del de_
litto,non può essere autore del furto (art:242) e
quindi il determinatore non può essere mandante.Ma
anche qui quest'ultimo è autore mediato. Ciò si de_
duce dal fatto che il furto è un delitto di evento
"tagliato" (Kupiertes Erfolgsdelikt), che la "inten_
zione di appropriazione" come "elemento soggettivo
dell'illecito" è un complemento del Tatbestand og_
gettivo,quindi deve esistere nell'autore,se nel sen_
so dell'art: 242 si possa ammettere un comportamen_
to antigiuridico secondo il Tatbestand e,con ciò,do_
loso. Dunque anche qui la persona mediata agente sen_
za l'intenzione di appropriazione agisce senza dolus;
il determinatore che ha questa intenzione e corrispon_
dentemente anche il dolus del furto,è quindi da con_
siderare autore mediato.

(((Nota 10: Anche qui i rappresentanti della teoria
oggettiva,nominati nella nota 7, operano mediante
il concetto che la qualità di autore mediato sia e_
sclusa poichè la persona mediata è uno strumento do_
loso e cercano con costruzioni ausiliarie di salva_
re la possibilità di punire: vedi al riguardo:Fle_
ssenheimer pag:49 e segg; Wachenfeld in Zeit. 40:pag/
321 e segg; Kipp pag: 12 Nota 12; Frank 5 Abschnitt
III2. Nel risultato concordano col testo:Allfeld pag:
214; P. Wolf pag: 71 e segg; una sentenza dell'R.
G. Binding per mezzo del suo concetto di autore ("Ur_
heberbegriff") perviene agli stessi risultati del

Testo. Contro il Testo Hegler pag:312 Nota 26.Vedi ancora sull'argomento: Eberhard Schmidt in "Festgabe für Frank" IIº pag. 127)))

3º) Il caso molto discusso della cosidetta istigazione al suicidio. Al suicida "de lege lata" non è giuridicamente vietato di uccidersi. Quindi non può egli dolosamente compiere la uccisione propria.

pag: 333

Quindi l'altro che lo ha determinato mediante un agente non doloso,ha fatto sì che risulta causata la morte di un uomo. Nella persona di questo "altro" (der Hintermann) troviamo il comportamento conforme al Tatbestand e antigiuridico. Se agisce colpevolmente, per esso sono dati tutti i presupposti di un comportamento da autore.

(((Nota 11: E' contraria la dottrina dominante: Frank 16 Abschnitt II (con più ampie dichiarazioni); inoltre Mezger pag: 426 Nota 3; von Hippel IIº pag. 142 Nota 3. Concorda col testo: Binding: "Lehrbuch" vol. Iº pag: 26)))

2) In tutti i casi il determinatore è da giudicare come se avesse egli stesso realizzata l'azione della persona mediata.

(((Nota 12: Quindi: 1º) Se l'autore,anche soltanto per mezzo di una parola,ha determinato con successo più strumenti, per l'unità della attività volontaria,per lui c'è soltanto un reato.Ugualmente se ha determinato uno strumento a più delitti. 2º) E' indifferente se il determinatore oltre la influenzazione sulla volontà dello strumento, pone ancora in essere egli stesso una azione di autore o di comparte-

cipe. Qualità di autore mediato c'è inoltre se alcuno un'altra perso_ na ~~[illegible]~~ agente senza dolo non l'ha determinata, ma l'ha cosdiuvata. soltanto con una azione di complicità. Invero anche questo caso corri_ sponde pienamente al concetto di autore sopra sviluppato. Diversamen_ 8°) te si ~~[illegible]~~ la situazione materialmente secondo l'art: 4 I. G. G. Un diverso parere era esposto nell'edizione precedente; in Birkmeyer 163; Binding G. S. vol: 76, pag: 102; Mayer pag: 377. Consentono: All_ feld pag: 215; Frank o Abschnitt III; Mezger 426 e segg. Anche von Liszt nelle edizioni più antiche di questo libro. 3°) Se la legge ri_ chiede una certa attività materiale (come per es: la scalata secondo l'art: 243 N.2), questa attività deve essere realizzata dallo strumen_ to perchè possa essere attribuita all'autore. Contro l'R. G. All'R. G. si oppongono Frank § 243 I (Vedi anche 3 Abschnitt III verso la fine); e Mezger pag: 421; invece è favorevole Hegler pag: 314 Nota 35. Que_ sto caso è trattato per lo più secondo il punto di vista esposto nel Testo al numero 3, ma non appartiene ad esso. Così anche Mezger pag: 417 Nota 3. 4°) Per il luogo e il tempo della commissione sono ri_ levanti sia la attività volontaria del determinatore, sia quella dello strumento. Altro parere sosteneva von Liszt nelle edizioni più antiche di questo libro per la sua diversa concezione del delitto a distanza. 5°) Tentativo non c'è ancora se il determinatore ha tutta la esecuzio_ ne lasciata alla attività propria dello strumento (cioè dopo aver pro_ dotta la decisione nello strumento). Invece esiste non appena ~~che~~ la persona mediata ha incominciata la azione di esecuzione nel senso del Tatbestand applicabile. Altro parere nella edizione precedente. ~~Vedi~~ Vedi: "Fest. f~~ü~~r Frank" II pag: 132. 6°) Desistenza dal tentativo è possibile per il determinatore è possibile soltanto come deviazione dell'evento secondo l'art: 46 N.2. 7°) Se lo strumento non esegui_

sce l'azione c'è un delitto mancato e non tentativo (impunibile) di istigazione. 8o) Per imputabilità penale è decisivo il tempo della attività dello strumento.)))

3o) Non tutti i delitti possono essere commessi da tutte le persone in qualità di autore mediato; pochissimi delitti non sono addirittura commissibili in qualità di autore mediato.

A) La prima categoria è costituita dai delitti propri i quali possono essere commessi in qualità di autore immediato;

pag: 334

cioè soltanto da quelle persone che possiedono la particolare qualità messa in rilievo dal Tatbestand: che sono,dunque: impiegati, soldati, avvocati, tedeschi, stranieri, ecc. ...

(((Nota 13: Così la dominante dottrina. Va più oltre Frank pag: 108 e P. Wolf pag: 208. Discordano: von Hippel II pag: 483; Hegler pag: 313,314; Allfeld 2105; Petri.)))

Qui c'è da accennare inoltre ai delitti con elementi soggettivi dell'illecito,perchè sia autore mediato sia autore immediato qui può essere soltanto chi presenta in sè tale elemento soggettivo dell'illecito.

(((Nota 14: Solo chi ha l'intenzione della antigiuridica appropriazione può essere tanto autore immediato quanto autore mediato secondo l'art: 242. Vedi Rosenfeld in Festgabe für Frank II vol: pag: 161.)))

B) Difficoltà maggiori presenta la delimitazione della seconda categoria. Nessun tentativo di delimitarla in un modo diverso da quello preso dai Tatbestände legali stessi,si può chiamare riuscito. Fra i Tatbestände del Codice c'è soltanto quello del falso giuramento che,con chiarezza sufficiente,pone un comando

legale diretto alla esclusione della figura dell'autore media_
to nell'art: 160 (altrimenti superfluo). Se però tali chiare
norme non esistono,vale la affermazione che ogni delitto può
essere commesso in qualità di autore mediato.

(((Nota 15. La questione è molto discussa. von Liszt nelle e_
dizioni precedenti non ha neppure riconosciuta la eccezione
fatta dal dir. positivo per i delitti di giuramento e ha par_
lato,basandosi sullo studio di von Helldorf (La figura dello
autore mediato e la induzione al falso giuramento".1895) di
una "esistenza poco piacevole" dell'art: 160. Vedi edizione
24 § 50 Nota 3. Del resto il presente testo concorda con la o_
pinione prima espressa dal von Liszt. Ugualmente in ispecie :
Petri; Wachenfeld Zeit. 40°,144 (il quale però anche la di_
scussione esclude dalla possibilità di essere commessa in qua_
lità di autore mediato). Per lo più si fa il tentativo di e_
scludere certi delitti o interi gruppi di delitti per ragioni
giuridiche o di fatto dalla possibilità dell'autore mediato.
Specialmente il contrasto fra delitti materiali e formali,
che noi abbiamo respinto,ha qui grande influenza.Confronta:
Eb. Schmidt in F. f. F. = Festgabe für Frank II, 128 e so_
pratutto uno studio molto scrupoloso dell'Engelsing. Vedi Ma_
yer pag: 388; Frank 3 Abschnitt III; Beling "Dottrina del Rea_
to" pag: 236; Höpfner in Zeit. 22, pag: 206; Mezger pag:417
e seggi Binding "Trattato",ecc.)))

M A Y E R

Pag: 374 = La Compartecipazione

Gli artt: 48 e 49 contengono ragioni di estensione della pena; essi fondano la conformità al Tatbestand delle azioni chiamate "istigazione" e "complicità" e procurano agli elementi dei singoli delitti un valore

Pag: 375

che supera la concettuale estensione di questi elementi (così per es: in connessione con il Tatbestand della lesione personale si punisce la determinazione e la coadiuvazione della lesione stessa. Perciò la punibilità della compartecipazione si basa sempre sulla combinazione di due articoli (per es: 48 e 223). Sarebbe una concezione ingiusta considerare questa amplificazione come una estensione della cerchia delle persone; è la cerchia delle azioni punibili che viene amplificata.

Nostro compito è di conoscere il contenuto ed i limiti delle ragioni di estensione della pena.....

A La qualità di autore.

I = Qualità di autore unico.

Chi compie un Tatbestand legale colpevolmente e antigiuridicamente, da solo mediante attività propria, è autore unico. Come la attività propria non viene esclusa per l'uso di uno strumento o di una forza naturale, non viene ugualmente esclusa per l'uso di un uomo non responsabile; poichè un tale strumento animato, (bestia), giuridicamente considerato, non differisce da uno strumento non animato e va perciò chiamato anche semplicemente: "strumento". Strumento però non è soltanto l'uomo assolutamente

Pag: 376

irresponsabile ma ogni persona che in un dato caso, per ragioni giuridiche non può essere responsabile come autore. Diciamo quindi: Chi determina un uomo che per ragioni giuridiche non può essere autore a compiere un Tatbestand legale, va punito, come autore e chiamato autore mediato. (o anche " autore intellettuale").

(((Nota I. n. Parte II - La differenza fra la qualità di autore mediato e l'istigazione ci è senz'altro offerta dalla nostra definizione: poichè istigatore è colui che determina una persona, che è responsabile come autore a realizzare un Tatbestand. Piensmente sbagliata è la opinione (che l'autore determinato produca una interruzione del nesso causale che lo strumento invece più o meno evidentemente sia l'uno o l'altro costituiscono il nesso causale fra la iniziativa e l'evento. Senza speranza diventa la confusione se si comprende nella dottrina anche la "libertà del volere". Contro queste confusioni riflettute mente Binding (Grundriss 150, 151, Gerichtssal 71, 211))))

Lo strumento può essere imputabile e punibile in base alla complicità (come complice).

La qualità di autore mediato giuridicamente è equiparata alla qualità di autore immediato; la deroga (eccezione) è tanto la particolarità di fatto perchè la persona passiva è autore. La espressione "qualità di autore finto" che quà e là ancora si incontra è errata: la qualità di autore è molto reale poichè sarebbe una concezione rozza e superficiale quella di limitare la "effettiva" qualità di autore alla esecuzione manu propria. Chi determina un ragazzo non responsabile a commettere qualcosa, è immediatamente autore come colui che con le sue mani appicca il fuoco.

Alla costruzione della dottrina serve la comparazione della qualità di autore mediato con quella di autore immediato (a) e una esame dei principi comuni. (b)

c) Corrisponde alla mancanza in esso di speciali proprietà giuridiche se non si è fatta menzione della qualità di autore mediato nella legge. Essa deve quindi esser - per quanto le particolari sue proprietà di fatto - delimitata come la qualità di autore immediato e perciò in nessun caso essa è ammissibile in un grado maggiore che non la qualità di autore immediato. Conseguentemente sono da osservare due restrizioni: se il soggetto di una azione punibile è determinato modalmente, autore mediato può essere soltanto chi corrisponde ai presupposti modali;

(((Nota 3 pag: 377: Ciò è ammesso adesso generalmente anche se non mancano dottrine errate (per es: Finger 337: un non impiegato potrebbe commettere mediatamente un delitto di ufficio). In parte questi principio e risultato non giusti si basano su oscurità relativamente al concetto dei presupposti modali. Il delitto della Notzucht non richiede un soggetto modalmente determinato; una donna che renda possibile mediante violenza coito di un uomo è senz'altro immediatamente autrice. Conformemente Nagler 69; Frank 83; la Notzucht quindi non è un delitto proprio.)))

quindi un impiegato può commettere un vero delitto di ufficio usando un non impiegato che sia strumento innocuo e doloso ma un non impiegato non può diventare autore nè direttamente nè col mezzo di una attività dell'impiegato. Secondo: nell'ipotesi che ci fosse una persona responsabile, configurerebbe una complicità, non c'è una specie di autore e non può quindi diventare tale neppure in seguito alla irresponsabilità della persona mediatrice.

(((Nota 4 pag: 377: Così Binding: Gerichtssaal 76,102 - Nota ; non giustamente la maggior parte, per es: Frank, 98 I all'art:49;

Finger 367; Allfeld 228; Liszt 230.)))

Come potrebbe questa circostanza distruggere la distinzione posta dalla legge fra qualità di autore e complicità? Perciò per es. la persona responsabile che ha coadiuvato il furto di un irresponsabile, ma gli dà degli orientamenti sul luogo, non è autore mediato.

(((Nota 6 pag. 577: Perchè anche egli non può essere punito come complice c'è una lacuna considerevole.)))

Non è possibile ricollegarsi alla distinzione fra qualità di autore e istigazione. Anzi vale appunto la tesi contraria:

Pag: 578

Azioni che sarebbero istigazione se esistesse una persona mediatrice responsabile, sono casi di autore mediato se alla persona mediatrice non si può imputare la sua attività. Questo parallelo trova la sua ragione nel fatto che la qualità di autore mediato e l'istigazione concordano nella loro struttura causale; ambedue sono causazioni della esecuzione, ambedue corrispondono al concetto della qualità di autore intellettuale (Urheberschaft) non usato dalla legge.

(((Nota 7 pag.578: Attaccandosi a questo concetto Binding (Gerichtssaal 71,1 e 76,67) propone di abolire in una nuova redazione del codice penale il concetto del determinatore e di distinguere l'autore dall'autore intellettuale (Urheber) e dal complice; la qualità di autore intellettuale comprenderebbe i casi della attuale qualità di autore mediato e dell'istigazione. Contro Binding: Beling Zeitschrift 26°, 603.)))

b) La constatazione che la qualità di autore mediato non è concepibile in un ambito maggiore di quello spettante allo autore immediato, fa sorgere la questione se essa abbia un ambito uguale o minore. Può

...

9

essere compiuto mediatamente ogni resto.

(((Nota 8 pag: 378: Dicono di sì: Liszt 222; Allfeld 237; lo nega la maggior parte degli autori, così Binding (Grundriss 146), Belingv236 e Frank 82 che si riferiscono alla distinzione non giusta fra delitti di evento e delitti formali ammettono la commissione mediata del primo gruppo; similmente Höpfner Zeit: 22°, 205. Ma perchè il contadino che fa cavalcare suo figlio non sicuro dodicenne al galoppo attraverso il paese (art:366 vale N.2) non può essere autore mediato? Giustamente su questo punto vedi von Buri 2, 638.)))

Qui si nota la specialità effettiva della qualità di autore mediato, poichè ci sono dei Tatbestände che non possono essere attuati mediante l'uso di uno strumento.

(((Nota 9 pag: 378: Giustamente Nagler 68: la qualità di autore mediato è una configurazione che si determina "non secondo speciali manifestazioni del legislatore, ma solo secondo lo svolgersi naturale delle cose".)))

b) Non si può diventare autore del falso giuramento determinando un non colpevole a giurare falsamente (perciò l'art: 160!); non si può commettere adulterio mediante una persona mediatrice e il disertore deve scappare "colle sue proprie gambe" (Binding). Raccogliere questi delitti in un gruppo con contrassegni che li caratterizzino non è possibile e non è necessario poichè non c'è bisogno per l'autore mediato di una delimitazione diversa da quella che si basa sui fatti.

Pagà 379

b) I singoli casi della qualità di autore mediato vengono determinati in base alle ragioni che fanno dello esecutore uno strumento.

(((Nota 10 pag: 379: Troppo strettamente Mittermayer Zeit:31°,

235 limita la qualità di autore mediato, il cui ambito generalmente è discusso... questo))).

Il fatto che l'esecutore non può essere autore, si basa sulla circostanza che egli manca i requisiti richiesti per una limitazione mediale dell'autore e che quindi, malgrado la azione di esecuzione, non compie il Tatbestand legale. Questo è il caso già sopra descritto a pag: 377 - e sul fatto che è esclusa la capacità di agire colpevolmente o addirittura la colpa, sia che manchi ogni colpa - ciò che vale specialmente se alla persona mediata è da attribuire una ragione di esclusione della colpa - e sia che la colpa necessaria nel caso in questione, non esista. Questa possibilità si divide di nuovo in due casi:

a) la persona mediata è strumento poichè eseguisce colposamente (Fahrlässig) una azione che è punibile soltanto se commessa dolosamente

(Esempio: determinato da A, B falsifica un documento privato misconoscendo colposamente la sua importanza giuridica (art:267))))

b) - poichè essa compie un delitto sì dolosamente, ma non col dolus essenziale per il delitto, diventando così strumento doloso e come tale, ciò per complicità è da punire.

(((Nota 13 pag:379: Flegenheimer: "Il problema dello strumento doloso". Essenzialmente diversi sono i casi discussi alla pag:404.)))

E' chiaro che il campo di questi casi è da ricercare là dove la legge caratterizza l'autore mediante un dolus (per così dire) complicato e specie mediante una speciale intenzione. Esempio: secondo Allfeld (Per comando del contadino, il servo porta le galline altrui nel cortile del suo padrone; al servo manca la intenzione di appropriarsi antigiuridicamente delle cose altrui (art:242); egli è uno strumen-

to doloso,ladro è il contadino.Però ci si deve guardare dal generaliz_
zare falsamente questo caso; chi rub per un'altra persona ed ha,quin_
di,sin dal principio,la intenzione di dare ad altri la cosa rubata,
può tuttavia,rubando,avere la intenzione di compiere in un primo tem_
po,la appropriazione per sè stesso; egli vuole aver per sè una cosa
che pensa subito dopo

pag: 380

di regalare o scambiare per un'altra o vendere e,in questo caso,non
è strumento doloso,ma autore.Se abbiamo l'uno o l'altro caso è una
pura questione di fatto.

(((Nota 14 pag:380: Il R.G. ripetutamente ha riconosciuto il con_
cetto dello strumento doloso,ma ha usato questa costruzione per
casi in cui non si può attribuire all'esecutore la intenzione
transitoria di appropriarsi della cosa.Frank 83 va troppo oltre
in un altro senso poichè attribuisce sempre questa intenzione al_
l'esecutore; però la opinione di Frank non si può riconoscere chia_
ramente dalle sue parole.Giustamente Allfeld 237. Liszt 223; vedi
anche Binding Grundriss 150. Gerichtssaal 76,96 -.Invece la co_
struzione di uno strumento doloso è principalmente respinta da
Mittermayer Zeit: 21°,255; Beling Zeit. 28°, 589; von Buri 2,827;
Wachenfeld 197.Beling 602 dell furto fa una appropriazio_
ne indebita poichè egli vede nella sottrazione una preparazione
impunibile e nella appropriazione della cosa già sottratta il pro_
cedimento punibile; quindi il complice-strumento diventa un sempli_
ce complice (art: 246).)))

2.6 Compartecipazione e qualità di autore

P a g: 3 8 7

La compartecipazione è diversa dalla qualità di autore ed è riferita ad es_

sa.(Modellata su quella). Per la spiegazione della diversità (a) si è ricorso al concetto della causalità e per il fondamento del riferimento (die Bezogenheit) (b) si è costruita la dottrina della accessorietà. Causalità ed accessorietà hanno dominato e maltrattato come tiranni la dottrina della compartecipazione.

a) La diversità si basa sulla essenza della ragione di estensione della pena; compartecipazione è ogni azione che ricade sotto il Tatbestand amplificato.

(((Nota 6 pag: 387: Se la veste di questo pensiero sembra nuova ppichè adopera il concetto di una ragione di estensione della pena, il pensiero,tuttavia,è molto vecchio.Stübel lo ha già rappresentato nel 1905 (Tatbestand der Verbrechen) vedi Birkmeyer 20.)))

P a g : 3 8 8

Quali azioni lo siano indaghiamo più avanti (Istigazione e complicità-art: 48 e 49), ma già qui diciamo che il concetto della compartecipazione è pienamente un prodotto della legge.Una azione cessa di essere compartecipazione,quando si trova per essa un Tatbestand speciale; lenocinio per es: è la coadiuvazione della altrui lussuria,ma non compartecipazione (art: 180 e 181).

(((Nota 7 pag:388: Siffatte azioni che in fondo sono azioni di compartecipazione,ma non tecnicamente, (delicta sui generis) si trovano spesso.Vedi art:112,120,121,141,159,203,210,219,347,354,355,357. Diverso è l'art: 143 - Parte II - in cui (in modo pienamente superfluo) è determinata in un modo speciale la pena per il complice cioè diversamente dal modo in cui è determinata. art:48)))

Viceversa una azione diventa compartecipazione se la sua punibilità è basata su di una norma generale che estende i Tatbestände speciali; per es: si potrebbe pensare che ognuno che mediante istigazione suscita un tumul-

to sia tumultuante (autore) nel senso eminente della parola,anche se
egli non prende parte alla sommossa (art115);però secondo la nostra
legge egli è compartecipe (Anstifter) poichè il suo fatto è punibile
soltanto combinando l'art:48 con l'art:115.
In una luce completamente diversa appare la compartecipazione se la
si fa derivare dalle teorie della causalità.Gli uni adoperano la di_
stinzione fra causa e condizione; gli altri,peggioancora,negano ogni
caratterizzazione oggettiva,poichè non la si può costruire coi mezzi
della teoria della causalità.
La dottrina che l'autore pone la causa e il compartecipe una condizio_
ne,ha un senso diverso secondo il fatto che si comprende sotto la cau_
sa,

pag: 389

ma in tutte le sue concepibili modificazioni è insostenibile e intima_
mente falsa.
(((Nota 8 pag:388: Birkmeyer che ha trattato ultimamente le teorie
della compartecipazione nella sua Vergl. Darst. 2,10 seguenti,chiama
questa opinione teoria material-oggettiva per distinguerla dalla for_
mal-oggettiva,rappresentata nel presente testo, e contrapporla alla
teoria soggettiva.Rappresentante della teoria material-oggettiva è lo
stesso Birkmeyer. Inoltre Horn (Gerichssaal 54,321); Liepmann "Bibli_
tung" 77; Frank 80 segg:; Hergt 86, Wachenfeld 187,188, si riferisco_
no a diversità della causalità. La opinione di Wachenfeld che questa
concezione sia la dominante nella dottrina,un tempo è stata giusta.
Frank ,(esimilmente Horn) identifica il porre una condizione con la
causalità psichicamente mediata e si fa accuratamente egli stesso
delle obbiezioni senza farsi determinare da esse:la qualità di auto_

re mediato sempre si basa sulla causalità psichicamente mediata e tuttavia non è compartecipazione; molti (e,non come pensa Frank,pochi) casi della qualità di autore immediato sono altrettanto basati su una causalità psichica:così tutti i delitti commissibili mediante minacce (costrizioni di ogni genere,anche il tentativo di rapina) e inoltre i delitti che si fondano sul suscitamento di un errore (specie la truffa) o sulla pretesa di mantenere una promessa (per es:gli art: 301 e segg:) nè con ciò si sono ancora compresi tutti casi. Anche chi sparla agisce soltanto psichicamente,e così via.Si aggiunge che anche alla complicità appartiene un grande campo della causalità psichicamente mediata; non per niente si distinguono complicità fisica e complicità psichica.In breve:la teoria di Frank non è giusta.La indagine di Binding sulla causalità (Normen 2 (1) 470 e segg.) serve specialmente al concetto dello autore intellettuale (Urheber), quindi alla dottrina della compartecipazione ma non la si può enumerare fra le opinioni che qui ci interessano.)))

F' insostenibile perchè non c'è una misura causale per la efficacia; il nesso causale esiste o non esiste,ma non ci sono gradazioni siffatte che una condizione dell'evento potrebbe essere più necessaria di un'altra.E' intimamente falsa,poichè qui si tratta di caratterizzare i gradi della colpevolezza,quindi non la parte presa nella causazione,ma il valore di essa.

(((Nota 2 pag:389: Perciò ha un buon senso osservare la struttura causale,però essa ci si offre spiccatamente nella istigazione,cioè come causazione.E poichè la Anstiftung appunto qui coincide colla qualità di autore mediato (vedi sopra,pag: 378),il guadagno che ci dà la considerazione delle diversità causali è minimo.)))

Chi pone soltanto una condizione,può essere colpevole,in misura maggiore,come istigatore e anche come complice e può meritare e trovare una pena più grave che non l'autore che pone in essere la causa.Sicuramente noi puniamo quell'istigatore che ha causato la rivolta più gravemente che non gli autori; sarebbe un errore gravissimo affermare che egli abbia posto in essere soltanto una condizione.

(((Nota 10 pag:389: Anche Beling 250 (453) respinge la causalità come base della dottrina della compartecipazione.Vedi anche Beling (Grundzüge 89))))

L'altro punto di vista è seguito dallo R.G. con la dottrina che compartecipazione e qualità di autore oggettivamente non siano differenti poichè tutte le condizioni di uno evento sono equivalenti.

(((Nota 11 pag: 389: Liszt 218 ha la stessa opinione ma la abbandona subito poichè il diritto vigente richiede la distinzione oggettiva; secondo Liszt essa si trova nella natura accessoria della compartecipazione (vedu b) -: criterio pienamente errato,poichè in ogni caso problematico,si rivela il dubbio se la azione sia punibile soltanto come accessoria.Con altre parole:poichè la commissione dipendente dev'essere divisa dalla commissione indipendente,non può essere la dipendenza stessa l'elemento differenziale.De lege ferenda Liszt trae le conseguenze dalle sue premesse, e scarta ogni distinzione oggettiva; sostiene quindi la parificazione degli autori e dei compartecipi.)))

pag: 390

Abbiamo già detto (pag:139) in qual senso le condizioni hanno un valore uguale e in quale invece hanno un valore pienamente diverso.Chi nega questa diversità e così viene spinto "fra gli errori di una teoria soggettiva",(Liszt) si mette del pari in contrasto con la volontà del

codice - che vuol distinguere oggettivamente - e colla sicurezza in_ tuitiva del sano buon senso umano - per cui non è vero che una per_ sona che vigila ogni notte davanti ad un locale in cui si tengono giochi proibiti,si distingue soltanto per la direzione del suo vole_ re dai giocatori (art: 284) - e inoltre anche con tutti i buoni spi_ riti di un pensare metodico:ciò che da un punto di vista esplicativo è giusto,normativamente può essere falso; ciò che per una considera_ zione causale è uguale,per una considerazione teleologica,può esse_ re diverso; ciò che per le scienze naturali rappresenta un'unica co_ sa,culturalmente può soffrire diverse spiegazioni.

b) Anche le relazioni esistenti fra la compartecipazione e la qualità di autore si basano sulla essenza delle ragioni di estensione della pena. Cioè,per la ragione che il Tatbestand coniato per l'autore (modella to sull'autore) viene amplificato,la compartecipazione deve sta_ re in una qualche dipendenza dall'azione dell'autore.

(((Nota 12 pag: 590. Il concetto della ragione di estensione del la pena non richiede che venga realizzata la azione di autore - ciò richiede il diritto vigente - anzi sarebbe sufficiente che essa (Tätterhandlung) sia desiderata dal compartecipe,similmente come chi compie un tentativo,desidera il compimento,anzi potreb_ be la relazione essere ancora più lieve.)))

Come il diritto vigente forma nei singoli casi queste relazioni ve_ dremo al paragrafo III.

La dipendenza dalla azione di autore si chiama "natura accessoria della compartecipazione".Se si legge in un libro che essa è concet_ tualmente necessaria,in un altro che essa costituisce un errore del nostro Codice e in un terzo che essa è una favola e che quindi non esiste addirittura,è chiaro che ognuno usa il concetto nel senso pro_

prio e misconosce le argomentazioni dell'altro. Questa confusione deriva dal fatto che non si è considerata la possibilità di una graduazione che è essenziale in ogni dipendenza. La natura accessoria è in vero diversa secondo che si parla di una dipendenza più forte o più debole e si possono pensare quattro gradi.

p a g . 3 9 1

La punizione della compartecipazione:

1°) dipende dal fatto che l'autore abbia realizzato un Tatbestand legale (forma minimamente accessoria). In questa restrizione la accessorietà non può essere legislativamente messa in pratica, perchè la compartecipazione ad una azione non antigiuridica (per es: determinazione allo esercizio giustificato del diritto di punire), non può venire in considerazione come punibile.

2°) dipende dal fatto che l'autore ha compiuto un Tatbestand legale antigiuridicamente; (forma limitatamente accessoria). Questa è la forma migliore del Codice disgraziatamente non applicata.

3°) dipende dal fatto che l'autore ha compiuto un Tatbestand legale antigiuridicamente e colpevolmente, quindi dipende dal completo carattere di reato nel fatto principale (forma estremamente accessoria). Questa è la forma riconosciuta nel Codice in virtù dell'art:50.

(((Nota 14 pag: 391: Dove non manca affatto il fondamento lo si ricava dagli art: 48 e 49 in combinazione con gli artt: 51 fino a 54; nei primi è detto che la compartecipazione presuppone una "azione punibile" (o un crimine o un delitto), negli altri che esiste una ragione di esclusione della colpevolezza o di giustificazione, non c'è un'azione punibile. Questo debole fondamento si può abbatterlo fa-

sonali d cilmente poichè le leggi spesso usano una parola con vario
fatto e significato,qui si potrebbe ammettere appunto che ciò si a
esclud accaduto per arrivare a risultati più soddisfacenti.Così ne
la l'art: fatto Oppeler (S Gerichss al2 70,387) col risultato che la
nell'azio complicità in fatti di persone non imputabili è punibile.
Ciò non sarebbe giusto,ma tuttavia potrebbe valere come di_
contrario ritto vigente se non si opponesse l'art: 50....)))
La grande mancanza di questa regolamentazione della compartecipazione sta nel fatto che la complicità al fatto di un incolpevole deve rimanere impunita.
(((Nota 15 pag: 391: Per la istigazione non vale lo stesso poichè la costruzione della figura dell'autore mediato rende possibile la punizione.Poichè l'istigazione ma non la complicità,ammette questa correzione,abbiamo spiegato a pag: 377.)))
4º) Dipende anche dalle qualità personali dello autore,cosicchè cir
costanze che aumentano o dimonuiscono la pena e che sono attinenti alla sua persona,valgono a favore o a danno del comparte_
xixxx cipe. Questa forma iper-accessoria viene respinta in virtù dell'art: 50.

La dipendenza della compartecipazione.

Pag: 4 10

B III 2

...b).....La importanza dell'art:50 si estende oltre il contenuto immediatamente dato,poichè la negazione della forma iper-accessoria trae con sè contemporaneamente la ammissione della forma estremamente accessoria.La legge contiene qui una doppia contraddizione alla ragioni per_

sonali di aumento o di diminuzione della pena,si oppongono quelle di fatto; e a tutte queste ragioni fanno riscontro quelle che fondano o escludono la pena.Da ciò segue che tutti gli elementi di cui non par_ la l'art:50 valgono ugualmente per il compartecipe se sono presenti nell'azione di autore.In particolare significa questo argomento e contrario che il compartecipe prende parte:

1) a tutte le circostanze di fatto che ex lege producono una pena più grave o più mite per lo autore,per es: la importanza qualificante dell'evento più grave,

pag: 4 11

2) a tutti gli elementi(di fatto e personali) del delitto che producono la punibilità o la impunibilità dell'autore cosicchè per es: la compartecipazione di un non impiegato a un delitto che può essere commesso soltanto da un impiegato è punibile; mentrè,d'altra parte,la compartecipazione di una persona colpevole al fatto di una persona incapace di colpa o scusata,contro ogni ragione,resta impunibile.

H E G L E R

Gli elementi del reato.

Pag: 215 - Nota 110

Casi simili (costrizione psichica) sono quello dell'art: 173 - Parte IV - del Codice Penale (pressione dell'autorità),l'art: 67 - Parte II - Per_ sonenstandsgesetz (costrizione della coscienza,vedi Frank pag:107 e Gold-Schmidt Notstand pag:35). Qui appartiene anche il caso dell'ordine vinco_ lante (letteratura in Frank pag:110) che secondo una giusta opinione (ma questo viene negato dalla opinione dominante) non è ragione di esclusione dell'illecito,ma della colpa.L'inferiore si trova in una situazione di co_ strizione psichica (costrizione giuridica,nessun diritto di non volere) ed è quindi senza colpa e resta impunibile. Il suo comportamento è però con_ trario all'ordine sociale, è "antigiuridico", se porta questo carattere, a prescindere dall'Ordine vincolante; è perciò chi ha comandato può esse_ re punito come autore mediato; ciò che,altrimenti,non sarebbe possibile.

oooooooooooooooooooo

13

MEZGER = Autore mediato ed agire antigiuridico.

.....

La figura dell'autore mediato nel diritto penale richiede che la mittels = person, mediante la quale l'autore mediato effettua l'azione, abbia agito anti= giuridicamente, perchè, dove agisce conforme al diritto, la persona mediata non può servire alcun altro per la commissione di un delitto.

Questa tesi enunciata da me nel mio Diritto Penale è stata attaccata recente= mente, in profonde dissertazioni, da Hegler. La indagine di Hegler ha il merito di aver perseguito in particolare questa "parte quasi non più toccata" del cam= po, molto controverso, dell'autore mediato e specialmente di aver esposto più chia= ramente che fino ad oggi i rispettivi gruppi di casi e di averli ordinati. Nel= la questione stessa le argomentazioni di Hegler non mi hanno potuto convincere. Appunto l'esame dei singoli gruppi di casi ci dà il risultato che la affermazio= ne che sia possibile l'autore mediato anche se la persona mediata non agisce anti= giuridicamente, non è vera. Rimango piuttosto nella mia opinione che l'autore mediato, dove esiste veramente, presuppone un agire antigiuridico della persona mediata. Questo voglio esporre nelle seguenti pagine più scrupolosamente. Se= guiamo l'aggruppamento dei casi in considerazione fatto da Hegler. Inoltre noi designamo brevemente la persona che può essere l'autore mediato, determinatore o coadiuvatore, con A; la persona che serve come strumento, come persona media= ta, come esecutrice con C; mentre per altre persone implicate vengono scelte altre designazioni.

I°

Nel primo gruppo di casi Hegler adduce dei casi nei quali per la persona mediata C esiste una causa di esclusione della punibilità: come per es: la costrizio= ne (Nötigung) art: 52 Cod. Pen. (Esito infelice del colpo di Tell!); lo stato di necessità (Notstand) art: 54 Cod. Pen.; e l'ordine illegittimo vincolante; o l'art: 193 (nel senso dell'R. G. vol: 64, pag: 23 = I. W. 1930 pag: 2227 N.17)

Non consideriamo per ora l'art: 193.

La costrizione (art: 52), lo stato di necessità (art: 54) e l'ordine illegittimo vincolante se esistono per C esecutore ne escludono la colpa (Schuld); non toccano la antigiuridicità dell'azione. Invero si tratta in questi casi di una colpa specifica e non di una ragione di esclusione della illiceità (Unrecht) nel diritto vigente. Con ciò è data la base per la genuina figura dell'autore mediato nella persona di A, cioè di colui che costringe, o mette nello stato di necessità o dà l'ordine illegittimo. Un caso contrario alla nostra affermazione iniziale non esiste: poichè la persona mediata agisce qui illecitamente.

Per Hegler dirige la nostra attenzione su di un punto di vista molto interessante che cambia la situazione riguardo all'esempio del colpo di Tell: potrebbe trattarsi, nei casi accennati, anche del cosiddetto "Übergesetzlicher Notstand" nel senso della giurisprudenza recente del R. G. (Valutazione di beni (Güterabwägung) nel senso esposto nello "Strafrecht" pag: 239 e segg:) o dell'agire nell'interesse dell'offeso (vero o supposto consenso nel senso dello Strafrecht - pag: 207 e 218). Così sarebbe se nel colpo di Tell si trattasse di salvare la vita, altrimenti perduta, di sè stesso e del fanciullo per mezzo del colpo che ferisce soltanto il ragazzo. Ciò sarebbe davvero una ragione di esclusione dell'illiceità (Unrecht). Se si ammettesse qui la figura dell'autore mediato nel signore Gessler (A) in relazione ad una ferita del fanciullo, la qualità di autore mediato sarebbe realizzata per mezzo di Tell (C) che non agisce antigiuridicamente. Ciò confuterebbe la nostra precedente tesi.

Tuttavia questi casi non sono convincenti. Per quanto riguarda anzitutto la salvezza della vita, altrimenti perduta, "di sè stesso" cioè di Tell pronto a colpire come esecutore (C) difficilmente potremo deciderci a riconoscere una ragione di esclusione dello illecito (Unrecht). Una valutazione di beni (Güterabwägung) che autorizzerebbe Tell a ferire il fanciullo per salvarsi dallo stato di costrizione in seguito alla minaccia di Gessler, non è data nel senso del diritto attuale. Appunto per ciò abbiamo la ragione di esclusione della cd

pa (Schuld) dell'art: 52 del Cod. Pen.: a questo bisogna attenersi. Diversamente si presenta il caso se si tratta "della salvezza della vita, altrimenti perduta, del fanciullo mediante il colpo che lo ferisce soltanto": in questa situazione, è incontestabile, può mancare al colpo la antigiuridicità. Però qui manca anche la qualità di autore mediato nella persona di Gessler. La trattazione usuale della questione manca qui di una distinzione più fine, da ciò deriva che non si può riconoscere in giusto modo la posizione delle cose. Non sfuggirà ad un più acuto osservatore dei fenomeni giuridici che Gessler (A), causando la ferita del fanciullo, "fa" due cose diverse. 1°) Mediante la sua minaccia agisce personalmente (soggettivamente) su Tell (C), lo pone in stato di costrizione (Nötigung) secondo lo art: 52; esclude la colpa (Schuld) di Tell nella ferita inferta al fanciullo e così egli lo può usare benissimo come strumento per ferire il fanciullo in qualità di autore mediato. Contemporaneamente, però, minacciando il ragazzo la minaccia può esser rivolta al ragazzo o ad un altro costituisce uno stato di "antigiuridicità " (Rechtswidrigkeit) di fatto (oggettiva), che non ha niente da fare con la persona di Tell. Anche Tell risolve questa situazione con una azione conforme al diritto (sia attraverso la "valutazione dei beni" (Güterabwägung), sia in altro modo giustificata) qui è irrilevante; poichè uno che agisce lecitamente Gessler non lo può usare come strumento per commettere un delitto. Però resta la situazione di antigiuridicità e di pericolo "immediatamente" prodotta da A. Solo questo è qui importante. In questa causazione immediata della ferita del fanciullo risiede il fondamento della responsabilità penale di Gessler e non in una lesione personale commessa quale autore mediato per mezzo dello strumento Tell. Importante è solamente la creazione immediata dello stato di pericolo. Ciò vuole Hegler d'altra parte contestare anche se non per il caso qui appunto discusso, ma per un caso pienamente identico del secondo gruppo: la produzione di uno stato di legittima difesa da parte di A. Nel quale stato C si difende legittimamente. Hegler crede che "nella produzione dello stato di pericolo" non potrebbe già essere contenuto "il delit-

to dell'autore" stesso e la "attuazione" di esso; perchè l'autore non deve essere punito per "la produzione di uno stato di pericolo",ma per uccisione per lesione,ecc. Con ciò Hegler non tien conto della mia osservazione: Strafrecht Pag: 427 Nota 4 - sulla quale verte la polemica. Qui assolutamente non si parla della punizione della produzione dello stato di pericolo come tale,bensì della punizione della "produzione di uno stato di pericolo se l'autore ha agito conoscendo e prevedendo le conseguenze". Con altre parole, qui si tratta solamente della punizione di Gessler per le conseguenze causate volontariamente per mezzo della produzione dello stato di pericolo,cioè per la lesione del fanciullo. Resta un'altra obbiezione di Hegler:cioè che sarebbe impossibile vedere nella produzione dello stato di pericolo (stato di antigiuridicità) già un inizio della esecuzione della lesione,almeno necessario per una punizione, una volta ammessa nella lesione la punibilità del tentativo come nell'omicidio (Non è punibile il tentativo di lesione Nel Diritto Tedesco) ; in questa produzione sarebbe compresa al massimo una "azione di preparazione" e questa è impunibile in tutti i casi. Questa obbiezione ci porta ad un punto fondamentalmente importante che meglio tratteremo solo nell'ipotesi di legittima difesa del secondo gruppo di casi così come li considera anche Hegler. Nel frattempo rimandiamo alle rispettive discussioni.

Del primo gruppo di casi resta ancora il caso dell'art: 193 come lo ha posto in discussione il R. G. in (R. G. Vol: 64 pag: 23). Hegler ne fa menzione in varii luoghi . Debbo qui tener fermo che questa ragione di esclusione della illiceità (Unrecht) dell'art: 193 se esiste,esiste per tutti i compartecipi e quindi esclude la pena anche del determinatore A. La opinione contraria,anche quella del l'E. G. , non rende in nessun modo chiaro come potrebbe essere altrimenti e come potrebbe accadere che le parole "alla conservazione" (Zur Wahrnehmung) nell'art: 193, colle quali si vuole esprimere ~~(Zur Wahrnehmung)~~ lo scopo oggettivo dell'azione e colle quali viene giustificata la dichiarazione offensiva, agiscono soltanto in favore di un compartecipe. Anche se si volesse

ammettere - ciò che io nego - che nelle parole "alla conservazione" si deve intendere lo scopo soggettivo dell'agente, non sarebbe cambiato niente; poichè secondo la dizione chiara dell'art: 193, anche per questo puro scopo dell'uno, sarebbe giustificata "la dichiarazione" cioè la azione come tale. Non è giusto quindi che si tratti nell'art: 193, di una "ragione personale di giustificazione"

II

Nel secondo gruppo Hegler adduce casi nei quali alla persona mediata C è data la causa di esclusione della punibilità (Strafbefreiende Grund) della legittima difesa (art: 53); dello stato di necessità civile (art: 228 del Codice Civile) (Zivilrechtlicher Notstand), o di altri diritti o doveri. Qui si tratta senza eccezione di ragioni vere e non discusse di esclusione della illiceità (Unrecht) nella persona dell'esecutore. Questi casi stanno quindi in rapporti immediatissimi col nostro tema. Consideriamo primamente i casi di legittima difesa dalla parte dell'esecutore: A determina X, che vuole sopprimere, o assaltare col coltello C, perchè egli sa che C è un buon tiratore e porta con sè sempre una rivoltella. C uccide X come A vuole, in istato di legittima difesa. Può A essere punito per omicidio volontario di X? Una uccisione mediata, per mezzo dello strumento C che ha agito pienamente giustificato per la legittima difesa, la ritenia mo impossibile. Una tale costruzione si fonda su di un concetto pienamente oscuro dell'autore mediato. Tale figura dell'autore mediato si può ammettere soltanto dove il deterninatore A agisce sullo strumento C, se non si vuole estendere all'infinito il concetto di autore mediato e renderlo pienamente incerto e indefinibile. Ciò che qui non è. Il caso potrebbe essere variato nel senso che C sia un pazzo e che si avvelga del suo diritto di difesa legittima soltanto per la convinzione da parte di A. Ma anche qui la costruzione della qualità di autore mediato per mezzo di C sarebbe errata; la incolpevolezza (Schuldlosigkeit) di C per irresponsabilità in questo caso è casuale e non necessaria; egli resta, anche se si è fatto convincere da A, giustificato in base all'art: 53 (Notwehr). E così non può essere strumento in un delitto; e non lo può anche se è, casualmente, pazzo.

ammettere - ciò che io nego - che nelle parole "alla conservazione" si deve in_ tendere lo scopo soggettivo dell'agente, non sarebbe cambiato niente; poichè se_ condo la dizione chiara dell'art: 193, anche per questo puro scopo dell'uno, sa_ rebbe giustificata "la dichiarazione" cioè la azione come tale. Non è giusto quindi che si tratti nell'art: 193, di una "ragione personale di giustificazione"

II

Nel secondo gruppo Hegler adduce casi nei quali alla persona mediata C è data la causa di esclusione della punibilità (Strafbefreiende Grund) della legittima dife_ sa (art: 53); dello stato di necessità civile (art: 228 del Codice Civile) (Zivilrechtlicher Notstand), o di altri diritti o doveri. Qui si tratta senza ec_ cezione di ragioni vere e non discusse di esclusione della illiceità (Unrecht) nella persona dell'esecutore. Questi casi stanno quindi in rapporti immediatis_ simi col nostro tema. Consideriamo primamente i casi di legittima difesa dalla parte dell'esecutore: A determina X, che vuole sopprimere, o assaltare col col_ tello C, perchè egli sa che C è un buon tiratore e porta con sè sempre una ri_ voltella. C uccide X come A vuole, in istato di legittima difesa. Può A essere punito per omicidio volontario di X? Una uccisione mediata, per mezzo dello stru_ mento C che ha agito pienamente giustificato per la legittima difesa, la ritenia mo impossibile. Una tale costruzione si fonda su di un concetto pienamente o_ scuro dell'autore mediato. Tale figura dell'autore mediato si può ammettere sol_ tanto dove il deterninatore A agisce sullo strumento C, se non si vuole estende_ re all'infinito il concetto di autore mediato e renderlo pienamente incerto e indefinibile. Ciò che qui non è. Il caso potrebbe essere variato nel senso che C sia un pazzo e che si avvelga del suo diritto di difesa legittima soltanto per la convinzione da parte di A. Ma anche qui la costruzione della qualità di autore mediato per mezzo di C sarebbe errata; la incolpevolezza (Schuldlosigkeit) di C per irrespon sabilità in questo caso è casuale e non necessaria; egli resta, anche se si è fatto convincere da A, giustificato in base all'art: 53 (Notwehr). E così non può essere strumento in un delitto; e non lo può anche se è, casualmente, pazzo.

Gli avversarii che dicono qui ci sia una uccisione mediata punibile di X da parte di A , per mezzo di C trovantesi in stato di legittima difesa,si rendono colpevoli di una petizione di principio dichiarando la punibilità senza potere addurre una ragione sufficiente.

Resta quindi in considerazione soltanto un omicidio da parte di A ,per la via più lunga del leso X. Ma questa costruzione non appartiene più al secondo bensì al III° gruppo di casi. In questo caso si tratterebbe del fatto che A,nello esempio suddetto,appartenente al sedondo gruppo,determina X a farsi ferire nello stato di difesa legittima da C,e con ciò sarebbero date le condizioni per un caso per III° gruppo:determinazione alla autolesione. Però non potrei mediante questa costruzione ritenere fondata laèpunizione di A come uccisore di X: se X come uomo pienamente responsabile ed a conoscenza della situazione,attacca C, deve ascrivere a sè stesso le conseguenze derivanti: che cioè C usi il suo diritto di difesa legittima riconosciutogli dalla legge. Non c'è nessuna ragione sufficiente per chiamare A responsabile della uccisione di X anche se egli ha incitato X a quell'assalto. A è quindi impunibile. Gli avverdarii dovrebbero addurre la prova della giustezza della loro opinione in base al diritto vigente:fino adesso non lo hanno fatto.

Si possono pensare d'altronde casi nei quali è data una decisione diversa che nei precedenti. Questi sono casi nei quali X,che A eccita al fatale assalto contro C(*) tuttavia quest'ultimo è autorizzato alla difesa legittima contro quello Qui A avrebbe sacrificato consapevolmente un incolpevole e perciò dovrebbe anche esserci la possibilità di punirlo. Innvolti casi questa possibilità si presenterà in base ai principii del III° gruppo di casi. Ma non è necessario scegliere la via artificiosa di una figura di autore mediato in A con X quale strumento:poichè A ha causato qui come autore immediato la morte di X. Si perviene alla punizione così come è accennato nello Strafrecht pag: 427 Nota 4,e come è spiegato sopra nel gruppo I di casi. A,nella produzione dello stato di pericolo,cioè di legittima difesa,ha causato,conoscendo e prevedendo le conse-

(*) : un parente o un familiare • persona che si trova in errore sulla legittimità dell'assalto contro C. Qui X agisce come aggressore incolpevole di C

guenze,volontariamente,appunto queste conseguenze (morte di X incolpevole) senza che,come nel caso prima nominato,la libera volontà di X escluda la punizione. Quindi A in siffatto caso è autore immediato della uccisione del pazzo,del non adulto o dell'errante X. Non è il caso di una figura di autore mediato attraverso C che agisce legittimamente!

Nello stesso modo come nei casi ultimi, è da giudicare un altro esempio di Hegler,appartenente al secondo gruppo di casi. Qui A ha istigato il cane di Y ad un assalto su C e costui ha ucciso il cane,come A voleva,nello stato di necessità dell'art: 228 del Cod: Civ: che esclude la antigiuridicità. Può essere A punito per lesione di una cosa? In ogni caso non può esser punito e ciò per le stesse ragioni suddette,in qualità di autore mediato avente C come strumento. Ma nulla si oppone anche qui acchè A sia punito per lesione di una cosa, in qualità di autore immediato,poichè egli ha causato volontariamente le conseguenze dello stato di pericolo da lui prodotto. Non occorre una ripetuta giustificazione di una tale qualità di autore immediato per la causazione di conseguenze attraverso la produzione di uno stato di pericolo e di legittima difesa; tale giustificazione è già stata nel primo gruppo di casi minutamente data e vale qui lo stesso. Però dobbiamo ancora considerare quella obbiezione,precedentemente rimandata,di Hegler,che diceva che in una siffatta "produzione di uno stato di pericolo,di antigiuridicità o di legittima difesa" potrebbe essere compresa al massimo una azione di preparazione in relazione alle conseguenze successive,le sole giuridicamente rilevanti (lesione personale,uccisione,ecc?.),non mai,però, un "inizio della esecuzione" e tanto meno una esecuzione dei delitti stessi. Non potrebbe essere invece questa causazione consapevole dello stato di pericolo,ecc.,come causa delle conseguenze successive,già una esecuzione, da parte di A? Questa domanda ci conduce nei particolari di tutto il problema e ci costringe a sottoporre il concetto stesso di autore ad un esame più accurato. Autore è chi ha causato l'evento con la sua azione,se la sua attività non si presenta come mandato,nè come complicità.

Questo concetto estensivo di autore, col quale si può appunto giustificare senza sforzo quella "esecuzione" della azione messa in dubbio, nei casi suddetti, è stato attaccato violentemente nella letteratura e ha subito molti malintesi. A questi malintesi debbo attribuire se Bruns riduce a questo la discussione sul concetto estensivo e restrittivo di autore; che il concetto estensivo non considera che nel Tatbestand penale si tratta dello svolgimento di un fatto e non soltanto della definizione di una situazione.

Anche il concetto estensivo di autore considera le azioni del Tatbestände non solamente come violazioni di interessi tipizzati (tipizzazione di uno stato riconoscibile ex post) ma in verità - come solamente è lecito - quali violazioni tipizzate di interessi (tipizzazione del modo di produzione di questo stato). Non si può infatti dire che al concetto estensivo di autore basterebbe ogni specie di causazione di una violazione tipizzata di interessi per vedere compiuto il Tatbestand. Giusto è precisamente il contrario e questo è anche detto verbis expressis (richiesto). Il cosiddetto concetto estensivo di autore richiede che l'azione "abbia causato l'evento": "Evento" significa qui come sempre: la intera (!) attuazione esterna del Tatbestand. E', detto espressamente che la qualità di autore nel senso di questo concetto estensivo di autore non è determinata da ogni causazione dell'evento finale (lo stato riconoscibile ex post secondo Bruns), però è soltanto causazione dell'evento finale (cioè, di questo stato) mediante un processo che corrisponde al Tatbestand, cioè, nel modo previsto dal Tatbestand.

Quindi il concetto estensivo e quello restrittivo di autore in verità non differiscono tanto come si dice comunemente. L'unica differenza consiste in ciò che il cosidetto concetto estensivo di autore non presuppone la causazione dell'attuazione del Tatbestand per mezzo di una esecuzione manu propria, anzi la riserba (tale causazione) ad un esame speciale là dove i limiti possono essere dubbi. Contrariamente, è proprio del concetto restrittivo di autore "la qualità di autore manu propria, il caso tipico dell'autore". Ma questo concet-

562

cetto si rende superfluo riconoscendo forme non manu propria come l'autore me_
diato,senza base nella legge. Quindi non è giusto dire che il concetto esten_
sivo di autore distruggerebbe la funzione di garanzia dei Tatbestände,propria
di uno stato di diritto. Ciò ha già affermato Zimmerl; ma questa affermazio_
ne non l'ha resa chiara in nessun modo. Questa opinione è stata ripetuta spes_
se volte dopo di lui senza guadagnare forza di convinzione. In verità il fon_
damento della sicurezza di diritto,che garantiscono i Tatbestände ~~penale~~ pe_
nali e che protegge il principio " nullum crimen sine lege",resta pienamente
intatto dal concetto estensivo di autore. Invero questo come anche il concet_
to restrittivo,anche se quest'ultimo si accontenta di una non "manu propria"
richiede la attuazione del Tatbestand legale in tutte le sue parti e non sol_
tanto nel suo evento finale. "La tipizzazione speciale dello svolgimento cau_
sale" resta da ciò intaccata.

Contro la interpretazione estensiva del concetto di autore il Graf zu Dohna
fa la obiezione: che il legislatore avrebbe pensato sicuramente il mandato
(art: 48) e la complicità (art: 49) del diritto vigente come una amplifica_
zione della punibilità mentre il concetto estensivo di autore deve considerar_
lo come ragione di restrizione della punibilità. Ma anch'egli sembra non rit_
tenere molto valida questa ragione storica; in ogni caso crediamo di dover ri_
cordare davanti a lui la parola di Binding che anche in modo inconsapevole
~~possono~~ possono ~~aver luogo~~ aver origine leggi ottime a meraviglia di tutti i
collaboratori consapevoli; che quindi la legge e non la opinione dei suoi cre_
atori,alla fine decisivamente determina le costruzioni dommatiche. La legge pe_
rò nel suo complesso propende per il concetto estensivo di autore e per la re_
strizione speciale in virtù degli art: 48 e 49. Ciò non viene cambiato dalla
categoria del coautore,art: 47,poichè questa norma definisce i limiti,laddo_
ve più persone prendono parte responsabilmente al fatto,tra la qualità di co_
autore e quella di complice,ciò che è anche necessario dal punto di vista del
concetto estensivo di autore. Graf Dohna deve ammettere del resto la necessi_

sità del concetto estensivo di autore, se dichiara che l'istituto dell'autore mediato non ha ancora un fondamento legale. Come potrebbe essere giustificata in relazione all'art: 2 parte I del Cod. Pen. (Nullum crimen... .) una pena per l'autore mediato alla quale anche Graf Dohna non vuol rimunziare? Che il mezzo molto comodo dell' "uso di lingua" "Sprachgebrauch" non sia accettabile concede adesso anche il Bruns.

In concessione con la più recente giurisprudenza del R. G. Grünhut in una interessante trattazione è propenso a riconoscere il concetto estensivo di autore nel campo dei delitti di Fahrlässigkeit (= delitti colposi). Ciò che egli adduce contro la applicazione di tal concetto ai delitti volontarii (art: 47 Cod. Pen.; obiezioni riguardanti lo stato di diritto, non considerazione del modo di produzione della violazione degli interessi) è già stato trattato prima. Da concedere è al Grünhut però: che il concetto estensivo di autore nel corso di una discussione successiva si libererà dagli stretti vincoli della dottrina della compartecipazione, e richiederà un posto sistematico che gli spetta nella dottrina generale della causalità e del Tatbestand. Finalmente solleva anche Hegler obbiezioni contro l'ampio concetto di autore. Egli vuol derivare dalla "ratio" del mandato e della complicità, un concetto più ristretto di autore nel diritto vigente; ma egli si troverebbe, se si volesse comprendere in tale modo la sua ragione, nella sua "teoria della preponderanza" colla figura dell'autore mediato, fuori della legge, poichè, secondo la legge una estensione solamente " razionale" delle pene fissate nei Tatbestände è semplicemente impossibile (art: 2). Se dire inoltre che al "minus normativo" del mandato e della complicità (mio Strafrecht pag: 438 e 446) debba corrispondere necessariamente un "plus" nell'autore, egli avrà non considerato che questi plus e minus secondo la legge vigente, vengono in considerazione soltanto dove prendono parte più persone al delitto. Però qui si tratta di constatare se esista ta-

le responsabilità e quanto grande sia quando c'è soltanto un responsabile, A. Le obbiezioni contro il concetto estensivo di autore si sono mostrate insufficienti. Se però è sufficiente per la qualità di autore (prescindendo dai delitti commessi manu propria) ogni causazione della realizzazione del Tatbestand, la attività unicamente (!) da considerare di A nei nostri casi non può essere tralasciata, perchè abbia effettuato mediatamente, per mezzo di altra persona, il Tatbestand. Con altre parole, questa attività è esecuzione del fatto. Con ciò cadono le obbiezioni fatte. In queste considerazioni si mostra quanto la dottrina finora accolta abbia trascurata l'importanza delle norme restrittive della impunibilità relative al mandato e alla complicità (art: 48 e 49), riguardo alla estensione dei Tatbestände della parte speciale del Codice. Dove ci sono più persone responsabili per la attuazione di un Tatbestand penale la "esecuzione" nel senso della qualità di autore può essere ridotta entro un ambito molto ristretto nel singolo caso. Ma dove c'è soltanto un responsabile come causatore, se la sua azione colpevolmente = nell'esistenza degli elementi soggettivi, ha effettuata il Tatbestand di un delitto. Egli è in questo caso esecutore.

III

Nel terzo gruppo di casi finalmente Hegler adduce casi diversi da quelli nei quali ci siamo occupati fino adesso: cioè nei casi di una autolesione di C e causata da A, e casi simili. Enumera i seguenti esempii: 1°) A induce l'apprendista C sottoposto alla sua sorveglianza a mangiare un pezzo di intestino non pulito. In seguito a ciò: C si ammala. 2°) A induce C a distruggere una cosa inducendolo a credere che sia di proprietà del suo vicino X mentre in verità è propria di C. 3°) A induce volontariamente il pazzo C ad uccidersi. Consideriamo in primo luogo l'ultimo caso: A induce o contribuisce a che il pazzo o l'errante C si ammazzi. Qui occorre pienamente, come dice Hegler, giustamente uno schiarimento sulla questione se abbiamo addirittura un'azione

conforme ad un Tatbestand. E ciò perchè il dettato degli art: 211 - 212 non ci dà una giusta configurazione del Tatbestand che è la base di queste norme. Io ho avuto la opinione che un'azione che realizza il Tatbestand (Tatbestandsmassig) nel senso di questi articoli è data soltanto dove l'uccisbe stesso non abbia fino all'ultimo momento una libera decisione sulla vita o la morte. Hegler questa opinione chiama "una arbitraria restrizione e una espressione poco adatta". La critica sul primo punto è strana se consideriamo ciò che segue che è quasi opinione comune che le parole "chi,uccide un uomo" nei Tatbestande della 16 parte del Cod. Penale,art: 211 e segg? non possono essere interpretate letteralmente. Anzitutto anche Hegler deve avere la stessa opinione (come la mia) se respinge la opinione di Kohler che dice che mancherebbe nel suicidio non il Tatbestand del delitto,ma una condizione di punibilità: Hegler ha quindi senza dubbio la giusta opinione che l'azione del suicidio non attua il Tatbestand. Il suicidio è quindi non antigiuridico nello speciale significato penalmente tipizzato. Anzi giustamente non è affatto un'azione antigiuridica. Quindi è da ritenere che il Tatbestand degli articoli 211 e seguenti del Codice Penale non dice, come si potrebbe credere secondo il dettato, "chi uccide un uomo...." invece "chi uccide un altro uomo..." Come regolarsi quindi se N in piena consapevolezza e responsabilità ha determinato o condiuvato O nel suicidarsi? Che N sia impunibile è opinione comune. E per quanto riguarda il risultato noi abbiamo la stessa opinione. La opinione comune che si fonda per la giustificazione della impunibilità di N sul principio della accessorietà della partecipazione,dovrebbe prendere come ragione giustificativa una forma artificiale e contradittoria in sè stessa,se volesse ammettere una azione di N che attui il Tatbestand:dovrebbe negare che il suicidio attui il Tatbestand,però lasciarlo impunito poichè egli ha istigato o cooperato ad una azione che non attua il Tatbestand. La spiegazione molto più naturale e corrispondente allo sviluppo storico del suicidio è invece quello che N non agisce conforme al Tatbestand nel senso degli artt: 211 e segg:poichè non

ha ucciso un altro uomo. Che con ciò la applicazione del Tatbestand delle norme suddette diventadipendente da elementi che sono contemporaneamente elementi di colpa (Schuldmomente) nella persona di O che esegue la uccisione,secondo lo sviluppo della recente dottrina penale del Tatbestand,non è una cosa strana (Nota del Tradutt: Si tratta di una teoria per cui nella attuazione del Tatbestand soggettivo possono in dati delitti esistere elementi oggettivi; è viceversa elementisoggettivi nella attuazione del Tatbestand oggettivo. Così in questo caso avverrebbe.) Questo agire fuori del Tatbestand esprime la mia definizione (in Strafrecht pag: 410. Trovate pure una definizione più adatta del pensiero. In ogni caso con essa non volevo dire ciò che Hegler le sostituisce:"che colui che si procura il suicidio abbia potuto fino all'ultimo momento evitare la morte per propria libera decisione". Naturalmente non è a dire che tutti questi casi del "poter evitare" escludano la ammissibilità. del Tatbestand degli art: 211 e segg: Questo è soltanto il caso se l'ucciso fino all'ultimo momento abbia avuta la"decisione" sulla morte o la vita e che l'abbia anche esercitata. Con altre parole,se egli stesso abbia voluto la morte (e non che l'abbia soltanto evitata). Ma soltanto in quel caso il determinatore o il coadiuvatore non agisce in attuazione del Tatbestand (dopo tutto ciò che abbiamo detto fino adesso), se il suicida era consapevole del suo agire e contemporaneamente responsabile. Diversamente nel caso,al quale ritorniamo adesso,in cui A determina o coadiuva C, che è pazzo o versa in errore a commettere il suicidio. Qui A agisce attuando il Tatbestand:egli,uccide un altro uomo. Per C però non sarebbe giusto dire che di per sè agisca "attuando il Tatbestand". Questo non è vero. Ma la sua azione (il suicidio) è una parte essenziale di tutta l'azione di A che attua il Tatbestand. La cosa principale è in tali casi l'intero svolgimento (l'intero caso: Gesamtvorgang),concetto elaborato dal R. G.,recentemente. Le singole parti di questo intero svolgimento che corrisponde al Tatbestand,sono,come parti della attuazione di un Tatbestand,antigiuridiche.

Con ciò è provato che anche qui non esiste un caso di autore mediatoin A per mezzo di C che agisce lecitamente. Oltre a ciò si potrebbe considerare in parecchi casi per A al posto della qualità di autore mediato (Strafrecht pag: 430 - 431) una causazione " immediata " dello svolgimento intero similmente come nei due primi gruppi di casi. Ciò che vale per il caso del suicidio di C causato da A vale corrispondentemente per la causazione della autolesione di C e della distruzione di,una cosa sua propria. In quest'ultimo caso potrà sembrare molto strano che qui si parli di un procedimento antigiuridico (di un'azione antigiuridica. Ma ciò può soltanto sembrare strano se in inammissibilé si separa ciò che è indissolubilmente unito. La distruzione della cosa propria fatta da C è parte dello svolgimento intero (Gesamtvorgang)

L'intero svolgimento indivisibile nelle sue parti appare alla luce della valutazione penale; e come tale,è "conforme al Tatbestand" nel senso dell'art: 303 del Cod. Penale.

Hegler si contrappone alla giustezza di tale considerazione del fatto come unità" (Tat als ganz), ma le sue ragioni non sono convincenti. La "vera ragione" che Hegler in vede,per il punto di vista qui difeso,consiste nel fatto che nella questione se un'azione attua un Tatbestand si deve partire dal principio giuridico; questo solo decide quali procedimenti e in quale ampiezza siano da prendere in considerazione per la valutazione giuridico-penale. Come si è già detto,in seguito allo sviluppo della dottrina degli elementi soggettivi della illiceità,non è più cosa nuova e non usuale che elementi,che sono contemporaneamente elementi di colpa nella persona dell'esecutore C,possano avere influenza sulla conformità al Tatbestand e quindi anche sulla liceità.

Così abbiamo come risultato: che non c'è la figura dell'autore mediato se la persona mediata agisce lecitamente.

Le basi della dottrina della partecipazione.

Ad ogni reato può partecipare una pluralità di persone. L'una forma di partecipazione può attuarsi in maniera direttiva ed esecutiva; l'altra in maniera coadiuvativa e ausiliaria. Sarebbe perfettamente concepibile (l'art: 58 del Cod. Penale Norvegese del 1902 è andato per questa strada) che tutti questi compartecipi, poichè anche essi per l'evento hanno cooperato e lo hanno cagionato insieme, senza distinzione siano puniti come autori del fatto.

Più acuta valutazione sarà non seguire ciò, anzi più chiaramente distinguere tra le singole forme di partecipazione al reato. E' davvero fondamentale che ciascuno, che ha cooperato all'evento, già soltanto a causa di questa cooperazione, sia responsabile; ma si può graduare questa responsabilità; con altre parole, si possono per il trattamento penale, distinguere le diverse forme di partecipazione al reato. Per questa strada va il vigente diritto Tedesco, quando esso non considera e punisce ogni causazione dell'evento come qualità d'autore, ma distingue la figura dell'autore, quella del coautore (art:47 Cod. Pen.)e quella dell'autore mediato come le più gravi forme di partecipazione al delitto, dall'istigazione (Mandato) (art: 48 C. P.) e dalla complicità (art: 49 Cod. Penale) come forme meno gravi, come forme di semplice partecipazione al reato di un altro.

Sempre passibile di pena solo colui che mediante la sua azione ha causato l'evento. Il punto di partenza di ogni dottrina penalistica della partecipazione, è la dottrina della causalità. Se questa semplice verità fosse stata meglio osservata, questo campo del diritto Penale non sarebbe divenuto campo così tumultuoso delle più sterili controversie, come effettivamente è accaduto. Il concetto della causalità assolve nella dottrina della partecipazione una doppia funzione, una negativa ed una positiva: in quella esso sepa-

ra nel campo di tutte le azioni punibili di partecipazione ciò che per l'evento non ha avuto un valore causale, in questa, esso fornisce un sicuro punto di partenza per la determinazione del concetto d'autore. In senso negativo, significa l'indicazione della partecipazione giuridico-penale in base alla dottrina della causalità: cioè esclude dalla responsabilità, anche nel campo della partecipazione, ogni azione della quale manchi il nesso causale con lo evento. Quale autore come quale partecipe può sempre essere punito solo colui che ha posto una condizione per l'evento; la causazione dell'evento (il concorso nel causare l'evento) è l'indispensabile base di ogni responsabilità penale. Il concetto di "causazione dell'evento" traccia gli estremi confini di ogni responsabilità penale. Purtroppo la Suprema corte dell'impero si è allontanata da questo giusto punto di partenza e con ciò si è impelagata in oscurità. Così dice E. 58 - 113 riassumendo (114-115) che l'evento dell'azione principale sia causalmente prodotto, sviluppato o facilitato per la attività del complice, non è necessario.

E' perciò errato se si chiede una relazione causale tra l'azione del complice e l'evento delittuoso verificatosi alla fine".

pag: 414

La possibilità di una dottrina della compartecipazione penale, cioè la possibilità di distinguere gradualmente più forme di compartecipazione al delitto mal grado la identità causale delle condizioni (Bedingung) diverse dell'evento si basa sul fatto che la identità causale non significa contemporaneamente uguaglianza di valutazione giuridica.

(((Nota: Così oggi Liszt-Schmidt al contrario della vecchia edizione del von Liszt nella quale scriveva "non essere ammissibile una differenza concettuale fra le singole forme della compartecipazione poichè tutte le condizioni dello

evento sarebbero equivalenti)))

Anche dove si ha una concezione della causalità che parifica tutto, si possono fare delle differenze procedendo ad una valutazione umanamente relativa. Ma poichè si tratta in questa differenzazione appunto di una valutazione puramente giuridica, essa differenzazione è da fare esclusivamente secondo i punti di vista del diritto positivo. Quindi per la differenziazione delle singole forme di compartecipazione non deriva alcuna conseguenza dalla sostanza del fatto (Wesen der Sache) nè dalla essenza della causalità nè dalla essenza della accessorietà: il concetto della compartecipazione è "piuttosto un prodotto della legge" come dice Max Ernst Mayer acutamente. Nel vigente diritto tedesco sono ammesse, sia espressamente sia implicitamente, le seguenti forme di compartecipazione al delitto:

1°) La qualità di autore e cioè secondo il comune linguaggio.

a) Qualità di autore unico (Alleintäterschaft) inclusa la cosidetta qualità di autore secondario (Nebentäterschaft)

b) qualità di coautore - art: 47 -

c) qualità di autore mediato.

2°) La compartecipazione, e cioè:

a) Mandato - art: 48

b) Complicità - art: 49

pag: 415

.....il Progetto del 1919 toglie il principio della cosiddetta accessorietà e conosce del resto la figura dell'autore mediato, del coautore, il mandato e la complicità. Si fanno distinzioni puramente soggettive riguardo al rapporto della qualità di autore con la complicità. Così Denkschrift pag: 43: "Nella configurazione interna dell'autore mediato riguardo all'evento è da ricercare la

differenza fra la qualità di autore mediato e il mandato"; e a pag: 44:"per la direzione del dolus" si differenziano autore e complice. Il progetto ufficiale del 1925 esclude la qualità di coautore e di autore mediato, come anche la accessorietà. Il progetto del Reichstag del 1927 riprende la figura del coautore, mentre ritiene inutile la figura dell'autore mediato poichè mandato e complicità non sono più limitati alla causazione o coadiuvazione di un agire altrui colpevole; e la conserva soltanto, secondo il significato verbale, se la persona mediata non agisce nemmeno dolosamente nel senso puramente psicologico. La Commissione del Reichstag non ha mutato niente; voleva ammettere la figura dell'autore mediato nell'art: 27 A , ma trovò resistenza da parte austriaca. Nella questione della delimitazione soggettiva oppure oggettiva delle singole forme della compartecipazione, i progetti più recenti inclinano verso una combinazione dei due punti di vista. A ciò corrisponde il progetto del 1930: conosce la figura di autore, e quella di coautore, il mandato e la complicità e rinunzia giustamente a far menzione della cosidetta figura dell'autore mediato. La restrizione del principio della accessorietà nell'art: 31 di questo progetto porta ad un progresso.

§ 58 - La figura dell'autore (Die Täterschaft)

Autore è chi mediante la sua azione ha causato la realizzazione del Tatbestand (ciò che per me è lo stesso come :"ha causato l'evento") in quanto la sua attività non è nè mandato nè complicità.

p a g: 4 2 5

Il cosidetto Autpre Mediato

I) Autore mediato si chiama l'autore se ha causato l'evento mediante un altro come persona mediata.

Già le spiegazioni fatte finora ci hanno mostrato che in casi speciali una a-

zione punibile può essere commessa dall'autore anche mediante un altro uomo. Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur. (von Hippel pag/470) questo principio ancora oggi è diritto vigente. Sul questo si basano i casi della qualità di autore che si sogliono designare come:"qualità di autore mediato". Qui l'autore,senza che egli stesso effettui la esecuzione dell'azione si serve per questa esecuzione di un altro uomo come strumento. La legge non conosce l'espressione "autore mediato"; anche scientificamente se ne può fare a meno. Naturalmente l'autore mediato non dev'essere mandante o complice. In questo caso non sarebbe più autore, quindi nemmeno più autore mediato.
La figura del cosidetto autore mediato non ha bisogno di una giustificazione speciale per la quale si è molto faticato.
(Nota: E la quale recentemente Hegler,nel succitato luogo tenta dare per mezzo di una perspicace teoria della "preponderanza" (Ubergewichtstheorie))
Questa giustificazione è già data nella giustificazione del concetto generale di autore entro il quale l'autore mediato rappresenta soltanto una forma speciale. "Pienamente incomprensibile" certamente non è (come dice von Hippel a pag: 470) che all'autore materiale sia parificato l'autore intellettuale,cioè chi fa commettere il delitto dolosamente determinando un terzo. Questa tesi, giusta riguardo al risultato,sottindende la prova giuridica che ogni causazione della attuazione del Tatbestand nel senso della legge farebbe sorgere la qualità di autore a meno che si tratti di un delitto "manu propria" o del mandato o della complicità,affinchè possa costruirsi come conseguenza necessaria del concetto di autore. Questa prova però è ottenuta come si è mostrato,dal concetto della antigiuridicità oggettiva (obyektive RechtsWidrigkeit). Non è giusto invece che la qualità di autore mediato corrisponda alla qualità di autore intellettuale escluso il mandato; oltre il mandato sono da sottrarre ad essa anche i casi di impossibilità di commissione estranea, i cosiddetti delitti manu propria, ed i casi della complicità intellettuale. Giusto è però che la cosidde-

tàfigura dell'autore mediato sia contenuta nel concetto di autore e,se questo è indiscusso,anche essa è indiscutibile (cioè: va da sè).

(Nota: Scrupolosamente sulla giustificazione negativa e positiva della figura dell'autore mediato, Hegler al luogo succitato, pag: 306.....??.. Borchert (La responsabilità penale per azioni di terzi pagg: 56 e segg:) si sbaglia considerando la qualità di autore mediato come una responsabilità per l'azione di un terzo,cioè dello strumento usato. Hegler dice contro la giustificazione negativa che in seguito ad essa gli artt: 48 e 49 non potrebbero essere ragion di estensione della pena, ma trascura di provarli come tali; in verità non lo sono, ma essi sono come abbiamo visto ragioni di restrizione della pena..... Con von Hippel ci troviamo d'accordo sul punto di partenza ma riteniamo fondata la accessorietà secondo il diritto positivo,diamo però una importanza più grande ai delitti manu propria, come lo fa il von Hippel. (vedi pag: 475 e 484 Pieno consenso metodologico c'è con le spiegazioni di Eberhard Schmidt (Festgabe pag: 106 e segg: II volume) specialmente dopo che egli adesso (pag:121) malgrado le obbiezioni di M. E? Mayer pag: 378, e corregendo la opinione del Lehrbuch,ritiene autore mediato anche chi soltanto coadiuva e non soltanto chi determina. Mandato al suicidio (pag: 124 - 125) per ragioni comprese nel Tatbestand, non è una uccisione commessa nella qualità di autore mediato. Vedi sopra pag: 416 e segg:)

Nel corso della trattazione si danno quindi soltanto esempi di forme speciali di qualità di autore.

II) Autore mediato è l'autore che ha causato l'evento mediante una persona che non agisce attuando il Tatbestand.

La persona mediata che non attua il Tatbestand non è punibile e quindi non può

essere nè mandatario (art: 48) nè coadiuvata (art: 49); colui che di essa si serve consapevolmente o che la coadiuva, quindi non è nè mandante nè semplice complice, ma autore, e cioè autore mediato. Certamente la persona mediata deve aver agito illecitamente; perchè dove agisca lecitamente non può servire ad un altro per l'esecuzione di un delitto.

(Nota: Diversamente opina von Hippel (II pag: 471- 72) doversi ammettere la figura dell'autore mediato anche se la persona usata agisce lecitamente. Vedi anche Eberhard Schmidt, luogo citato, pag: 124-128 (mediatamente, "non dolosamente"). Se (sono esempi di von Hippel) qualcuno produce intenzionalmente uno stato di pericolo (legittima difesa) affinchè chi si trova in pericolo ferisca un terzo per salvarsi - per la sua persona oggettivamente ciò è lecito - il delitto dell'autore già è rappresentato dalla produzione dello stato di pericolo se egli ha agito conoscendo e prevedendo le conseguenze; la produzione di un errore in un impiegato, l'ordine illegittimo vincolante, la produzione di uno stato di Notstand secondo l'art: 54, producono nella persona dello agente immediato soltanto ragioni di esclusione della colpa, e non impediscono, quindi, la figura dell'autore mediato. L'art: 183 del Cod. Pen. agisce come ragione di esclusione della illiceità in favore di tutti coloro che vi prendano parte; l'azione come tale è oggettivamente lecita. Per tutta la questione vedi Hegler in Festg. für R. Schmidt - 1932 - e in "Il giovane giurisperito" VIII - 273 (1932).

Ai casi dello strumento che agisce illecitamente ma non illecitamente riguardo al Tatbestand, cioè che non attua il Tatbestand appartiene

p a g : 4 2 7

il molto discusso cosidetto strumento non intenzionale doloso. Prima si è detto che una quantità di Tatbestände è dipendente da elementi soggettivi cioè psicologici, presenti nell'animo dell'autore. Se mancano questi elemen_

ti non c'è un' azione che attua il Tatbestand anche se sono presenti tutti gli altri estremi del Tatbestand. Però può stare dietro l'agente un' altra persona che per la sua parte attua questo elemento soggettivo e qui c'è per essa la possibilità della qualità di autore mediato.

Dove la legge richieda nel singolo caso tali elementi soggettivi del Tatbestand, lo mostra la dottrina degli elementi soggettivi dell'illecito.

Nei "delitti di espressione" il problema dello strumento doloso non ha una importanza pratica: i delitti di giuramento artt: 153 e segg: non possono essere commessi in qualità di autore mediato: e nei "delitti di espressione negativi" come l' art: 139 è sufficiente che colui che sa qualcosa non agisca e non occorre che si serva di un' altra persona per l'esecuzione. Nel gruppo dei "delitti di tendenza" nel senso più stretto soltanto l'autore mediato ha la tendenza:sessuale (art: 176 N. 3), al profitto (art: 180), all'arricchimento (art:133 parte 3), all'abitualità e alla professionalità (art:260) di ostilità verso una persona (art: 135, 228 A, 360 N. 13), al furto (art: 243 N. 6); la persona usata come strumento agisce del resto dolosamente, ma senza che abbia anche la tendenza richiesta per i Tatbestände speciali. Simile è la situazione nei "delitti intenzionali" nelle due forme:l'autore mediato vuole la azione per sè solo come causa ad un' altra conseguenza, (artt: 87, 131, 253, 263, 268, 303, ecc.) o come mezzo per una azione ulteriore (artt: 124, 146, 236, 307 N. 2, ecc.),

Pag: 428

mentre lo strumento agisce dolosamente, ma non ha l'intenzione. Certamente si deve distinguere con maggiore chiarezza: se lo strumento conosce la tendenza o l'intenzione dell' altro e se agisce con questo in una collaborazione consapevole e voluta (anche senza propria tendenza ed intenzione) finisce di essere un semplice strumento; tutti due in questo caso sono coautori poi-

chè l'uno fornisce la parte soggettiva, l'altro la parte oggettiva della a_
zione che attua il Tatbestand e tutti due devono farsi attribuire, avendo un
tale accordo vicendevole, la parte dell'altro al fatto secondo l'art: 47.
(Vedi Hegler Zeit vol: 36 pag: 34 e Mezger "dal senso" pag: 24). Se lo stru_
mento invece non conosce la tendenza o la intenzione dello altro, per quan_
to concerne lui non risulta commesso il delitto (art: 176:esecuzione di una
azione oggettivamente sessuale senza intenzione sessuale, art: 180:propaga_
zione della immoralità senza abitualità, ecc.) e, corrispondentemente, neppu_
re il delitto aggravato (art: 280:incettazione senza professionalità), na_
turalmente neppure sotto la forma del tentativo. Manca quindi nella persona
dello strumento un autore pienamente responsabile e "l'altro" poichè non può
essere nè mandante nè complice a causa della sua causazione del delitto, rima_
ne autore e cioè: autore mediato.
Però seguendo il punto di vista della dottrina oggettiva della compartecipa_
zione non può essere riconosciuto il cosidetto strumento - complice doloso
(doloses Gehilfen-Werkzeug) messo in numerose sentenze dell'R. G. e la qua_
lità di autore mediato delle persone stanti diptro esso strumento. Qui lo stru_
mento effettua l'azione col pieno dolus e contemporaneamente colla tendenza,
la intenzione, ecc. richiesta come elemento soggettivo del Tatbestand, ma gli
manca il dolus di autore perchè egli vuol commettere il delitto soltanto come
complice di "un altro". Per questo suo dolus di complice lo strumento secon_
do la teoria soggettiva della compartecipazione seguita dalla R. G., diventa
complice dell'altro e quest'altro, poichè a sua volta non può essere nè mandan
te nè complice del complice, diventa autore mediato. Secondo la teoria oggetti
va della compartecipazione invece lo strumento e l'altro sono regolarmente
coautori nel senso dell'art: 47 poichè lo strumento prende parte alla ese_
cuzione del fatto e possiede anche il pieno dolus pel delitto. "L'altro" tal
volta può essere anche o mandante o complice se non prende parte alla esecu_

zione. In ogni caso la persona mediata è vero autore.

(Nota: Esempii: R. G. 31,80: il marito fa sottrarre come autore mediato, contro l'art: 137 l'inventario della sua fattoria per mezzo di sua moglie. (Dice Mezger: in verità è mandante). R. G. 41,61 (64): l'accusato fa avanzare per mezzo del Segretario Comunale offesa il documento offendente alla Commissione (Dice Mezger: qui in verità è autore mediato, ma non perchè il Segretario Comunale sia il suo complice bensì perchè questo non agisce affatto illecitamente riguardo al Tatbestand). R. G. 48,151: l'accusato fa commettere per mezzo di altri una violazione di un brevetto e questi altri agiscono soltanto nel suo interesse (Dice Mezger: giustamente sono tuttavia autori). R. G. 44,69 (71): l'accusato fa commettere attraverso il capo di un ufficio privato una falsificazione di un documento e questo capo agisce soltanto col dolus del complice, (ma tuttavia è autore e l'accusato quindi non è autore mediato, ma coautore o mandante). R. G. 57,254: va talmente oltre che riconosce anche l'autore mediato attraverso fanciulli che agiscono col dolus di autori. Vedi anche R. G. 62, 369 (390), 63,313 (315). Contro il R. G. Flegenheimer pag: 21; Frank davanti art: 47 III; a favore della R. G. : Binding Nagler, Lobe.

pag: 420

III) Autore mediato si chiama l'autore se ha causato l'evento mediante una persona che agisce senza colpa. Se uno si serve per la attuazione di un Tatbestand di un uomo che è pienamente responsabile per ciò che fa, egli è mandante e quindi nè autore, nè autore mediato. Diverso è il caso se alla persona usata per la effettuazione del delitto, manca la colpa (Schuld) nel senso penale, ed essa perciò non può essere punita; qui chi la usa è autore mediato. La mancanza della colpa nello strumento può avere varie ragioni.

1°) Può mancare la imputabilità (Zurechnungsfähigkeit). Così se per la

persona mediata sono dati o l'art: 51 o l'art: 58. Chi determina un pazzo, sapendo che è pazzo, ad uccidere un altro, nel senso della legge non è mandante (artt: 211, 48 Cod. Pen.), ma autore del delitto previsto dall'art: 211 (omicidio). Difficoltà nella costruzione dello autore mediato si è creduto trovare, ingiustamente, là dove l'autore mediato non determina, ma soltanto coadiuva lo strumento. Così se per es: dà al paranoico UN veleno che quegli gli domanda per sopprimere il ritenuto persecutore. Anche qui resta l'autore mediato, poichè ha causato il fatto senza essere nel senso giuridico complice del fatto dell'altro (del pazzo). Se M. E. Mayer (pag: 377 e 381 Nota 15) fa rilevare in contrario che questa opinione distrugga la differenza fra qualità di autore e complicità, egli trascura che non c'è la ritenuta complicità al fatto di un pazzo secondo il diritto vigente; un concetto costruito secondo la legge naturale però non vale.

(Nota: Conformemente Frank art: 49 I verso la fine, Allfeld, Finger, Perten.

Contrariamente Mayer, Binding e Birkmeyer.

Fb. Schmidt prima in contrario, nella Festg. für Frank si è convertito. Ugualmente Exner nella stessa Festgabe.)

Istrumento può essere

pag: 430

anche il danneggiato stesso; chi per es: determina consapevolmente un pazzo a suicidarsi o chi lo coadiuva nel suicidio consapevolmente è egli stesso il di lui uccisore.

Una eccezione fondata nel dir. positivo ci fornisce l'art:4 I. G. G. (Iugend Gerichtsbarkeits Gesetz = Legge sulla giurisdizione dei gio-

vani). Secondo questo articolo rimangono mandato e complicità e non è da ammettere la figura dello autore mediato anche se il giovane mandatario o coadiuvato è ritenuto incapace di intendere secondo gli art: 2 e 3 della stessa legge. La incapacità di intendere del giovane deve derivare appunto da queste disposizioni; se il giovane è pazzo nel senso dellb art. 51 Cod. Pen. restano in vigore le regole generali e si deve ammettere l'autore mediato.

2°) Può mancare il dolus o la colposità (Fahrlässigkeit) dello strumento. Da riguardare è in ogni caso il delitto rispettivo; la forma della colpa necessaria manca quindi nel delitto doloso anche a chi agisce colposamente. Per la costruzione della figura dell'autore mediato è da riguardare anzitutto l'uso di una persona che versi in errore rilevante:chi fa sottrarre una cosa altrui mediante una persona che la ritiene cosa propria di colui che lo ha determinato a sottrarla,non è mandante,ma autore del furto. Nello stesso modo è omicida chi consapevolmente dà il veleno invece del medicamento,anche se l'infermiera agisce colposamente e va punito secondo l'art: 222 (omicidio colposo). (((Dottrina comunemente accettata))). Ciò che è detto sulla coadiuvazione (qui:di chi agisce in buona fede) e sull'uso della persona danneggiata come strumento in occasione dello strumento irresponsabile vale anche qui:chi consapevolmente dà al medico,che è in buona fede,il veleno al posto del medicamento uccide come autore il paziente,chi

determina un ignorante,per sopprimerlo, a toccare un filo elettrico ad alta tensione è il suo uccisore.

3°) Può esistere una ragione di esclusione della colpa (Schuldausssch_
liessungsgrund) nello strumento. Così per es: se la persona media_
ta ha agito costretta secondo l'art: 52, dietro ordine illegittimo
vincolante o in stato di Notstand scusante secondo l'art: 54 o in un
modo altrimenti non imputabile, ecc., chi la usa è autore mediato,
sia che la determini, sia che soltanto lo coadiuvi; o che il danneg_
giamento sia un terzo o che sia la stessa persona mediata (nel caso
ultimo gli art: 52 e 54 subiscono una interpretazione estensiva ana_
logica).

Una eccezione non fondata e quindi da respingere dicesi data secondo
la pratica dominante (R. G. 53,81 ff (((pag: 88)))) se per la perso_
na mediata c'è soltanto una ragione di esclusione della pena persona_
le.

(Nota: Conformemente alla giurisprudenza anche Beling: L. v. V. pa_
g: 419 e Frank art: 48 II 2. Per la questione in generale vedesi an_
che Alfeld, Liszt-Schmidt pag: 279, e Frank art: 51 IV, Von Hippel
II vol: -pag: 382. Conformemente Baumgarten: Aufbau da pag: 75 a
pag: 78).

In questi casi, malgrado la impunibilità dell'autore principale dice_
si possibile la compartecipazione e quindi esclusa la figura dello
autore mediato. Ciò è illogico: se la compartecipazione (mandato e
complicità) è trattata come forma accessoria di commissione di un de_
litto, anche qui non è applicabile, poichè a chi agisce immediatamente
anche nei casi della cosidetta ragione di esclusione della pena, man_
ca regolarmente la colpa. Doppiamente ingiusto è che il R. G. rite_
nesse ammissibile una tale ragione puramente personale di esclusione
della pena anche nel caso della minorità. La figura dell'autore medi_

to è quindi anche qui possibile secondo la retta opinione, per es: se si usa il coniuge impunibile del derubato (l'art: 247 parte III non lo inibisce); o nel caso del favoreggiatore impunibile (art:257 parte II) o nel caso di colui che essgera nella legittima difesa (art: 53 parte III). Diversa è la situazione nella ragioni di supposizioni della pena, come per es: nell'art: 46, ed essa è totalmente differente se manca una condizione di perseguibilità (punibilità). Qui era una volta data indiscutibilmente la punibilità della azione; compartecipazione nel senso proprio è possibile(artt: 46 e 48) e a causa di essa è esclusa la qualità di autore e di autore mediato.

pag: 433

IV) Autore mediato si chiama l'autore se ha causato l'evento in un delitto proprio per mezzo di un non qualificato.

Nel cosidetto delitto proprio (Sonderdelikte) distinguiamo fra persone qualificate (per es: l'impiegato nel delitto di ufficio) e persone non qualificate (non impiggato). Come autore e coautore del delitto proprio 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 qualificata (intraneus) e dall'altro una persona non qualificata (extraneus) la prima, poichè ha concausato l'evento, e non può essere compartecipe dell'azione del non qualificato (complice) deve essere autore mediato; indipendentemente dal fatto se prende parte alla esecuzione o determina il non qualificato o lo coadiuva soltanto.

(Nota: Come il testo: per la punizione dell'intraneo come autore mediato: von Liszt Schmidt pag: 319 (però con un giro vizioso non necessario attraverso la colpa), Allfeld, Mayer, Köhler, van Calker, Nagler. Contro la punizione

del qualificato come autore mediato,mentre è mandante o soltanto complice: Mittermayer, Beling, Flegenheimer, Wachenfeld, Gerland, Von Bar,Perten,Frank nella ed: 17 del 1926 davanti all'art: 47 LII pag: 105. Oggi più inclinante verso la nostra tesi: edizione 18 del 1929 pag: 108. Il fondamento spesso non dato per la qualità di autore (mediato) dell'intraneus anche là dove egli soltanto determina o coadiuva,deriva dal fatto che le forme vere della com_ partecipazione (contro Frank ed: 18 pag: 103) sono ragioni di restrizione del la pena,non di estensione; che quindi se il Tatbestand viene attuato causal_ mente fuori di queste forme speciali,è data sempre la qualità di autore. Considerando così la compartecipazione non ci sono difficoltà pel fondamento del punto di vista qui rappresentato.)

---

p a g: 4 4 6

La cosidetta natura accessoria della partecipazione

I) La compartecipazione in tutte le sue forme (qualità di coautore,mandato e complicità) è accessoria,cioè dipendente dalla punibilità di un'altra perso_ na,pienamente responsabile,come autore. Se manca questa condizione manca "un fatto complesso" (Gesamttat) nel senso dell'art: 47; ugualmente le ragioni di restrizione della pena degli art: 48 e 49 non si applicano e al loro posto si pone la figura dell'autore mediato.

p a g: 4 4 7

Ciò è spiegato per la compartecipazione in senso proprio (mandato art: 48 e complicità art: 49) un po' più ampiamente in seguito.

Che tale compartecipazione sia soltanto possibile dove c'è una "azione" di un altro segue dalla essenza della compartecipazione. Ma la accessorietà va mol_

to più oltre:comprende la piena responsabilità penale dell'altro per la sua azione come presupposto della compartecipazione. Deriva dal chiaro dettato della legge:come una responsabilità comune nel senso della qualità di coautore (art: 47) c'è soltanto se le più persone "commettono insieme una azione punibile (!)",così mandante è soltantochi,secondo l'art: 48,abbia determinato un altro"alla azione punibile(+) da questo ultimo commessa e va punito colla pena più leggera del complice soltanto quegli che presti all'autore coadiuvazione per la commissione del crimine o del delitto."

La legge richiede quindi per il mandato e la complicità l'assoluto carattere di reato nel fatto principale; non è sufficiente che questo fatto sia antigiuridico sia (rechtswidrig), ma ci dev'essere anche la colpa. Contro questo argomento di parole ricavabo dalle norme della legge si è detto senza fondate ragioni che queste norme non si dovrebbero interpretare tanto pedissequamente e che si potrebbero anche capovolgere,cioè mettere in rapporto con una azione illecita,ma non necessariamente punibile là dove richiedono una azione "punibile". Si dimentica che appunto nella dottrina della compartecipazione si tratta di una materia positiva del diritto,in cui si deve considerare il contenuto della legge come è in realtà e non come è desiderato dal singolo secondo ragionamenti generali,se si vuol arrivare a risultati chiari. Oltre il dettato degli artt: 47-49, parla del resto a favore della opinione qui propugnata,come dice M. E. Mayer,la limitazione dell'art: 50

p a g : 4 4 8

a circostanze che aumentano o diminuiscono la pena; la quale ci fa riconoscere di conseguenza che elementi che escludono la pena nella persona dello autore principale agiscono anche per il coautore,il mandante e il complice rendendo impossibile la ammissibilità della compartecipazione.

La dottrina prevalente e la pratica concordano e riconoscono il principio

della accessorietà; però si vuol fare senza giusto fondamento,una eccezione per le cosi dette ragioni di esclusione delle pene personali il cui ambito vien determinato senza una base logica. Così il R. G. 53,81 e segg: ha fatto della ragione di esclusione della colpa del decreto del 18 - 1 - 1917 una ragione di esclusione della pena personale ed ha punito i compartecipi ad un fatto principale,per quella ragione impunibile,come veri compartecipi. Si trova quindi in errore sulla essenza delle ragioni di esclusione della colpa,alle quali appartiene questo caso errato,che non permette il mandato e la complicità. Anche le cosidette ragioni di esclusione delle pene personali non fanno eccezione a ciò che si ora detto:se nell'autore principale esiste una tale ragione,gli artt: 48 e 49 non sono da applicare. Diverso è il caso,naturalmente, anche qui,per le ragioni di soppressione della pena e per la mancanza delle condizioni di procedibilità.

p a g : 4 4 9

II) Se manca un fatto principale punibile non c'è applicazione per le ragioni di restrizione della pena (mandato art: 48 e complicità art: 49), come appunto si è detto; resta,poichè per la impunibilità della persona mediata non è toccato il nesso causale con l'evento,la figura dell'autore mediato. In nessun caso,quindi, abbiamo,come temono varri autori, la non punibilità, e meno che si abbia il parere già prima respinto che chi presti solamente coadiuvazione ad un pazzo,ecc. non sia autore mediato (come però erratamente ammettono l' R. G. 11, 56; 21,14; 40,21; ed altre sentenze).

Oltre il lato oggettivo del delitto è da esaminare sempre separatamente il lato soggettivo (della colpa). Oltre la presenza oggettiva della forma di compartecipazione (mandato o complicità) in un fatto principale punibile,oppure oltre la presenza della qualità di autore mediato se il fatto principale non è punibile,per la punibilità è da riguardare sempre il dolus del compartecipe.

a) se agisce il compartecipe con dolus di autore (Täterversatz),cioè egli che,oggettivamente considerato,è mandante o complice,crede per es: che lo autore principale sia pazzo o si trovi in errore e quindi sia irresponsabile,penalmente c'è soltantp compartecipazione; al massimo si potrebbe discutere di una qualità tentata di autore in concorso ideale, se si ha la corrispondente opinione del tentativo.

Il dolus della compartecipazione è dato insieme col dolus di autore.

b) Se,viceversa,l'autore agisce col dolus di un compartecipe (Teilnehmervorsatz), cioè,egli che,oggettivamente,per la pazzia dell'autore principale,è autore,crede che l'altro sia sano di mente, egli stesso è punito a causa della errata convinzione sull'esistenza di una ragione di restrizione (attenuazione) della pena,soltanto come compartecipe (mandante o complice). Questa non è una contraddizione col principio della accessorietà:il così punito non è come lo richiede questo principio,compartecipe,soltanto che viene punito come se fosse tale,applicando principii generali relativi alla pena. La pena più leggera dovuta per ragioni soggettive negli artt: 48 e 49 è fondata anche sul principio della accessorietà.

(Nota: Su questo:vedi Frank davanti l'art: 47 II alla fine 2. Enumerazione delle opinioni divergenti in Perten pag: 174 e segg: Che "il dolus di Autore comprende in sè il dolus di compartecipe" (caso A) non è dubitabile se si vede chiaro il carattere oggettivo e sistematico degli artt: 48 e 49.Ugualmente,oltre Frank anche Beling L. v. V. pag: 254, Allfeld pag: 216; Köhler pag: 497 ed altri. La opinione contraria dell'R. G. 18, 419 (423) si basa sulla teoria oggettiva della compartecipazione qui respinta.La opinione (caso B) di punire l'autore,che agisce soltanto col dolus di compartecipe, come autore - Finger I, 336; M. E. Mayer pag: 404; Gerland pag:165 - si mette in contrasto con la regola data per la dottrina del dolus,che la

ammissione erronea di una ragione di diminuzione della pena sia da attribui_re favorevolmente all'agente;qui però la ammissione di una speciale forma del la causazione dell'evento (art:48 e 49) è una tale ammissione di una ragio_ne di diminuzione. Non si può parlare di una impunibilità o di una pura re_sponsabilità colposa-,come la ammettono Wuttig, Hergt, Horn, Beling L. v. V. pag: 398,ed altri - poichè nel dolus di compartecipe è incluso come abbia_mo visto,il volere l'evento del fatto principale.)

p a g : 4 5 0

III) Una eccezione al principio della accessorietà è espressa nell'art: 4 I. G. G., secondo il quale la punibilità come mandante o complice non è in_fluenzata dal fatto che il mandatario o il coadiuvato,per difetto di respon_sabilità penale (art: 2) o come giovane (art: 1) per mancante sviluppo (art.3) è incapace di intendere e quindi non colpevole e non punibile. Anche se il mandante o il complice conosce la incapacità di intendere,gli è attribuita favorevolmente la ragione di restrizione della pena degli artt: 48 e 49; poichè essa è fondata oggettivamente. Se il giovane,secondo l'art: 31,è inca_pace di intendere o se lui stesso o un fanciullo si trovano in errore su un punto essenziale,resta ferma come sugli altri casi, la figura dell'autore me_diato. Soltanto se la esclusione della punibilità del giova,e si basa sugli artt: 2 e 3 I. G. G. si applica l'art: 4 I. G. G.

Abbandonato è il principio della rigida accessorietà anche nell'art: 31 del Progetto del 1930 secondo il quale la punibilità del mandante e del complice è "indipendente dalla punibilità di chi è esecutore del fatto". Illecito deve essere il fatto,naturalmente, "altrimenti non si può parlare di compartecipa_zione". Malgrado manchi la colpa dello autore principale,il mandnate e il com_plice -anche se conoscono quella mancanza - dovranno essere in avvenire bene_

ficiarsi di questa ragione di restrizione della pena".

Questa disposizione segna un progresso: se"l'autore principali" è incapace di intendere,ecc., la diminuzione della pena del compartecipe nel suo fondamento non ha più bisogno del giro vizioso attraverso la colpa. In particolare però il non impiegato

pag: 451

(non qualificato) che determina l'impiegato incapace di intendere (qualificato) ad un vero delitto di ufficio (delitto proprio), o che lo coadiuva,rimane punibile,mentre secondo il diritto vigente lo si deve lasciare impunito poichè il non qualificato non può essere autore mediato di un delitto proprio.

La ~~illiceità~~ antigiuridicità (Die Rechtswidrigkeit)

La ~~illiceità~~ antigiuridicità come carattere dell'azione punibile.

I) ~~Illecitamente~~ antigiuridicamente agisce chi agisce contro le norme oggettive del diritto.

L'azione è punibile soltanto se è ~~illecita~~ antigiuridica. Con ciò si giudica l'azione constatando il contrasto fra essa e le norme del diritto.

Questo giudizio sulla illiceità (Unrecht) caratterizza l'azione come tale,specialmente la sua parte più essenziale,la espressione della volontà dell'autore. Che questo giudizio spesse volte si possa ottenere solo se è fissato lo evento (Erfolg) dell'azione e se questo è conosciuto, non esclude che la relazione del giudizio colla azione e con la espressione della volontà dell'autore venga chiarita. Che l'autore abbia agito illecitamente è decisivo per la sua punibilità.

.....

(Nota: Giustamente Von Hippel II pag: 194,195 sotto 4 scrive: Il giudizio si

ricava ex posti, il giudizio ex ante,cioè il giudizio che si fa "mettendosi nella situazione dell'autore al tempo del delitto" sarebbe una soggettivazione non permessa della questione della illiceità,ammissibile soltanto per singoli rapporti,cioè nel rapporto coi cosidetti elementi soggettivi della illiceità (Unrecht).

L'essenza dell'illiceità obiettiva

p a g : 1 0 6

.....

Il) Dalle norme oggettive valutative si derivano le norme soggettive imperative indirizzate al singolo individuo soggetto alla legge. La loro violazione non è una prova per l'illecito,ma è di importanza decisiva per la colpa.
La divisione concettuale fra la norma giuridica indirizzata a tutti come norma valutativa e la norma che impone un dovere indirizzata singolarmente al personalmente obbligato, come norma imperativa,rende possibile una chiara contrapposizione di due presupposti principali del dalitto:cioè la antigiuridicità oggettiva e la condannabilità personale.
Si viene meno alla chiarezza e si disconosce l'essenza del diritto se si nega la presenza di una norma oggettiva valutativa che sola permette,logicamente,una norma soggettiva imperativa; e se si considera l'illecito esclusivamente come una violazione contro la norma,che esprime un dovere,indirizzata soggettivamente. Con ciò si andrebbe incontro alla conseguenza ingiusta che lo incapace di colpa (l'incapace di intendere) non potrebbe commettere un illecito,dimodochè illecito e colpa non potrebbe essere divisi e si perverrebbe alla ~~f~~ opinione grottesca che il delitto non sia addirittura un illecito (Unrecht).

Quindi l'illecito rimane giustamente una violazione dell'ordine oggettivo del diritto,un andar contro la attività volontaria approvata dalla legge.

---

p a g : 1 7 3

§ 21 - Il Concetto del Tatbestand Penale.

Punibile è soltanto chi agisce attuando il Tatbestand. E' un punto fermo che il delitto è un'azione illecita. Se fosse soltanto una azione illecita ogni qualsiasi parte del sistema del diritto potrebbe avere una influenza su questo contrassegno fondamentale del delitto. Il diritto penale si troverebbe perciò in una situazione massimamente spiacevole e pericolosa:il presupposto più importante della pena sarebbe così immediatamente dipendente dal numero sempre vario delle norme giuridiche nell'ambito dell'intero diritto.....il diritto penale sarebbe in uno stato d'incertezza insopportabile. Ciò esso stesso deve impedire e creare la chiarezza necessaria affinchè nel suo campo la illiccità sia non disconoscibile e certa,almeno per la configurazione (Begründung) del delitto. Il diritto penale ha introdotta questa chiarezza valendosi di un mezzo ausiliario molto ben trovato:il Tatbestand. Il delitto è un'azione illecita che contemporaneamente, però,deve attuare un Tatbestand (Tatbestandsmässig). Su questo punto non c'è dubbio secondo il vigente dir. tedesco. Si basa questa necessità di attuare un Tatbestand sull'art: 2 parte I, secondo il quale un'azione può essere punita soltanto se,prima della sua commissione, ne era stabilita per legge la pena..... Non ogni azione illecita è punibile; affinchè lo sia,il diritto penale deve aver dato ad essa il suo carattere speciale. .....

II) La parola Tatbestand usata in uno speciale senso tecnico ha bisogno di una spiegazione esatta.

1) In prino luogo il Tatbestand appare,nel senso della dottrina generale del diritto,come concetto comprensivo (Inbegriff) di tutti quei presupposti alla cui presenza è legata una conseguenza giuridica. Per il diritto penale,in cui questa conseguenza giuridica è la pena, questo concetto del Tatbestand significherebbe essere il Tatbestand l'intero delitto come tale (questo concetto del Tatbestand designerebbe l'intero delitto).

2) Nel diritto penale si parla poi,in un senso più ristretto,del Tatbestand generale,designando con questa parola gli elementi propri di ogni delitto. Il valore di questo concetto si vede nel fatto che contiene elementi da sottintendere,cioè accenna a cose che,se mancano in un Tatbestand speciale, sono da completare facendo appello a questo Tatbestand generale. Come Tatbestand speciale si designano gli elementi di una determinata specie di delitti,cioè i contrassegni propri di questa specie,dai quali essa è distinta dalle altre specie; per mezzo di questo Tatbestand speciale sarebbe così determinato lo speciale carattere del singolo delitto.

3) Tutto questo non si comprende qui nella parola Tatbestand.

Tatbestand,nel senso propriamente penale,designa invece l'illecito descritto dalla legge penale nelle sue singole disposizioni,illecito alla cui attuazione è legata la sanzione penale.

Sono quindi da escludere dal concetto del Tatbestand tutti quei presupposti della pena e tutti quei contrassegni del delitto che non appartengono allo illecito,ma alla colpa. Il concetto penale,così determinato,del Tatbestand si fonda sulla base legale dell'art: 59. Qui la legge parla del Tatbestand legale come concetto comprensivo degli elementi (Merkmale) del singolo delitto,ai quali si riferisce la colpa,e che quindi non includono in sè stessi la

colpa. Se inoltre sono menzionate particolarmente in questo articolo "le circostanze che aumentano le punibilità", questa è soltanto una incertezza dell'espressione; poichè anche queste circostanze aumentanti la pena e aggravanti l'illiceità del fatto, alle quali si deve riferire la colpa dell'autore, appartengono propriamente al Tatbestand penale. Questo Tatbestand fornisce propriamente fondamento per valutazione penale dell'illiceità.

III) Con un legame meno rigoroso appartengono al Tatbestand del delitto le cosidette condizioni oggettive della punibilità. Sono solamente elementi secondari del Tatbestand penale.

IV) La illiceità dell'azione è contrassegno (elemento -merkmal) del reato, ma non contrassegno (elemento) del Tatbestand. Una azione non è ancora illecita se è soltanto attuatrice del Tatbestand; questa illiceità le manca laddove c'è una speciale ragione di esclusione dell'illecito. Quindi la illiceità della azione non può essere contrassegno (elemento) del Tatbestand. Ciò potrebbe esser dubbio soltanto là dove l'elemento "illecito" o un contrassegno equivalente expressis verbis è contenutonell'articolo della legge. Ma anche in questi casi si deve negare l'appartenenza al Tatbestand, poichè il senso, se la legge sottolinea il concetto di "illecito", è soltanto quello che il giudice in questi casi è tenuto ad esaminare la presenza di una eventuale ragione di esclusione della illiceità. Il significato generale della illiceità non cambia per questo.
Però la illiceità dell'azione è contrassegno del reato, cioè parte del "Tatbestand" nel senso che attribuisce alla parola la dottrina generale del diritto.

Anche questo si voleva negare e si diceva: la illiceità come contrassegno corrispondente (gleichgeordnek) non si potrebbe mettere sulla stessa linea accanto alla Tatbestandmässigkeit (= rispondenza alla attuazione del Tatbestand) come un sintomo di una malattia accanto alla malattia stessa. Che essa logica-

mente abbia un altro valore che non gli altri contrassegni del reato derive_
rebbe dal fatto che in verità,esso sarebbe un giudizio sugli altri contras_
segni del reato. .....
Infatti non si può negare che nella determinazione della illiceità di un Tat_
bestand sia incluso un giudizio sul Tatbestand. Ma ciò non esclude che questo
giudizio e la sua realizzazione siano presupposti necessarii per la pena e
che esso quindi sia contrassegno del reato. Si tratta nel giudizio sulla illi
ceità dell'azione,cioè nel giudizio per mezzo del quale viene constatata la
rispondenza della situazione di un Tatbestand e contemporaneamente,la mancan_
za di una ragione di esclusione della illiceità,di un giudizio pronunciato da
un punto di vista più alto,giudizio la cui pronunzia appartiene lo stesso ai
presupposti della pena,come quei giudizi che sono pronunciati da un inferiore
punto di vista situato nel campo dei cosidetti elementi normativi del Tatbe_
stand. ..... Giustamente è quindi ammessa ampiamente nella letteratura l'il_
liceità come elemento del reato.

V) L'illecito speciale tatbestandsmässiges non ha niente da fare con una spe_
ciale illiceità per il diritto penale. ..... La ammissione di una illicei_
tà solamente penale non corrisponde alla natura del diritto come di un ordi_
ne unico della vita. Il Tatbestand penale non è una specie particolare di il_
lecito limitata al campo del diritto penale,ma un illecito in special modo
circoscritto e dotato di conseguenze speciali e che è illecito sia fuori sia
entro il campo del dir. penale.

p a g : 1 8 1

§ 22 - Il Tatbestand come fondamento della illiceità.

Chi agisce attuando un Tatbestand,agisce illecitamente se non si presenta una
ragione di esclusione dell'illecito. Il Tatbestand penale,che descrive que_

sto agire ha, con ciò, un'importanza massima per la illiceità penalmente rilevante dell'azione: è ratio essendi della illiceità, naturalmente sempre sotto la condizione che l'azione non sia giustificata per mezzo di una speciale ragione di esclusione dell'illecito. Se questa c'è, l'azione, malgrado la sua rispondenza all'attuazione del Tatbestand, non è antigiuridica. (Rechtswidrig)

p a g : 2 3 e segg:

§ 32 - Il principio della valutazione dei beni (Güterabwägung)

I) Non illecitamente agisce chi lede o mette in pericolo un bene giuridico di valore inferiore, se soltanto così può esser salvato un bene giuridico di valore superiore.

I Tatbestände penali ci mostrano i singoli beni giuridici che vuol proteggere il dir. penale; e rendono anzitutto illecita la azione che lede o mette in pericoli questi beni. Non possono però imbire che questi beni vengano in contrasto fra loro e collidano. Tale collisione esiste specialmente dove un certo comportamento salverebbe l'un bene mentre distruggerebbe l'altro. Così se per es nel corso di una gravidanza si è prodotto uno stato in cui il non agire del medico costerebbe la vita alla madre (bene giuridico dell'art:211 omicidio "La vita") dove però l'intervento del medico ~~salvante~~ salverebbe la vita della madre ma distruggerebbe il feto (bene giuridico art: 218: l'aborto).

Dai Tatbestände stessi nulla si può dedurre in questo contrasto..... Essi si occupano sempre di un solo bene giuridico per la cui protezione sono erretti, non però di altro bene giuridico. Mancano anche disposizioni della legge per la decisione e soluzione della questione. Tuttavia è indispensabile tale soluzione. Essa si ricava considerando che tutti i beni giuridici rappresentano valori giuridici che stanno in un certe rapporto di valore fra di loro. Il valore minore deve cedere il passo al valore maggiore: la soluzione consiste in un principio generale di valutazione dei beni giuridici.

Valutando i beni, si tratta di una valutazione oggettiva. Non il valore che dà l'agente al bene è non un personale dovere di agire, ma solo la valutazione dell'ordinamento giuridico e del giudice sono rilevanti. Non entrano quindi elementi soggettivi dell'illecito.

Il cosidetto principio ("Güterabwägungsprinzip) è esso stesso soltanto un principio formale; però, riguardo alla necessità di una limitazione precisa delle ragioni di esclusione dell'illecito, è indispensabile. La valutazione materiale si fa con altri mezzi giuridici ausiliari; cioè: in primo luogo mediante la valutazione dei beni che si ricavano dalla legge, come sono per es: espresse nella entità della punizione; in secondo luogo, dove ciò non porta a un risultato, mediante considerazioni "ultra-legali" (übergesetzlich) ma sempre giuridiche, che derivano da concezioni culturali (civiltà ecc.) e infine per mezzo della stessa idea di diritto.

.....

Questo principio della valutaz: dei beni giuridici ci conduce ad una speciale ragione di esclusione dello illecito e quindi non soltanto ad una semplice negazione della colpa. In relazione alla ragione di esclusione della colpa nel l'art: 54 (Notstand) si è scelta la denominazione: "übergesetzlicher Notstand" (= Notstand che non esta nella legge, quindi interpretativi, ultralegale). In un'altra sentenza l'R. G. ha ristretto la sua opinione per mezzo di un elemento soggettivi di illiceità, non giusitificato. Qui esso R. G. pone quale presupposto reale per il riconoscimento della liceità una "considerazione sul dovere". Così nega quelle sentenze che il non medico "che non dispone delle qualità necessarie per poter giudicare la situazione" sia giustificato di fronte d un'accusa in base all'art: 218 (aborto). Però questa "considerazione del dovere" soggettiva dell'agente non può esser rilevante: decisiva è solamente la valutazione oggettiva della situazione. .....

Uno scopo giustificato per sè solo non sopprime la illiceità delle azioni effettuate per la sua realizzazione (Cosidetta teoria dello scopo). Lo scopo non giustifica il mezzo. .....

/

pag: 207

Cap: II: La esclusione della illiceità

a) La esclusione dell'illecito secondo il principio del mancato interesse.

§ 28 - Il consenso dell'offeso

Non illecitamente agisce colui alla cui azione dà il consenso il titolare del bene giuridico attaccato. Il consenso dell'offesp è l'esempio elastico della esclusione dell'illecito secondo il principio del mancato interesse. Poichè esso significa una rinuncia consapevole agli interessi da parte di colui che è qualificato a disporre del bene giuridico.

pag: 215

§ 29 - Il presunto consenso.

Presunto consenso significa un giudizio oggettivo e pronunciato dal giudice sulla probabilità,nel senso che il leso,se avesse avuto prima conoscenza della situazione,dal suo personale punto di vista avrebbe dato il consenso ad essa.

.....Naturalmente questo consenso presunto non è da scambiare con un permesso atteso o con una credenza dell'autore (non del giudice) su di un consenso in verità nè esistente nè oggettivamente presumibile; credenza che influisce soltanto sulla colpa.

CODICE PENALE TEDESCO

a r t: 4 7

Se più eseguono insieme un'azione punibile,ognuno di essi va punito come au_
tore.

a r t: 4 8

Come Mandante va punito chi ha determinato dolosamente un altro all'azione punibile da quest'ultimo commessa,sia mediante regali, sia con promesse,o minacce o abuso dell'autorità o della forza, o intenzionale induzione o con_servazione in errore,o mediante altri mezzi.

La pena del mandante va stabilita secondo quella legge che va applicata al_l'azione alla quale egli ha determinato consapevolmente.

a r t: 4 9

Come complice va punito chi ha consapevolmente prestata aiuto all'autore per la commissione del crimine o del delitto,mediante consiglio o azione (Rat und Tat).

La pena del complice va stabilita secondo quella legge che va applicata alla azione alla quale consapevolmente egli ha prestato aiuto; va però diminuita secondo le disposizioni relative alla punizione del tentativo.

a r t: 4 9 a

Chi istiga un'altra persona alla commissione di un reato o alla partecipazio_ne ad un reato o chi accoglie una siffatta istigazione,in quanto la legge non ~~punisce~~ infligga un'altra pena,sarà punito,se il reato comporta la pena di morte o il carcere duro a vita,con la prigione per non meno di 3 mesi; se il reato comporta una pena minora,con prigione fino a 2 anni o con arresto in fortezza per uguale durata.

Una uguale pena subisce colui che si offre per la commissione o per la partecipazione ad un reato, come pure colui che accetta una tale offerta.

art: 49 b

Chi concerta con altra persona un reato di omicidio, sarà già per questo accordo punito con carcere non inferiore ad un anno; la pena sarà il carcere duro se una persona dovesse essere uccisa per motivi inerenti alla sua posizione nella vita pubblica.

Rimane impunito chi dà notizia dell'accordo alla persona minacciata o alla autorità prima che l'omicidio avvenga o sia tentato.

art: 50

Se la legge aumenta o diminuisce la punibilità di una azione secondo le qualità personali o i rapporti di colui che l'ha commessa, queste circostanze speciali del fatto sono da attribuire all'autore o a quel compartecipe (coautore, mandante, complice) in cui sono presenti.

art: 51

Un'azione punibile non esiste se l'autore al tempo della commissione della azione si trovava in uno stato di incoscienza (Bewusstlosigkeit) o di perturbazione morbosa della attività mentale per cui era esclusa la sua libera determinazione volontaria.

art: 53

Un' azione punibile non esiste se l'azione era dovuta per legittima difesa. Legittima difesa è quella difesa che è necessaria per respingere un assalto attuale, antigiuridico, da sè o da un altro. L'eccesso della leg: dif: non è punibile se l'autore confuso, spaventato o atterrito ha oltrepassato i limiti della difesa.

art: 54

Un' azione punibile non esiste se l'azione, oltre il caso della legittima difesa, è stata commessa in stato di necessità non colpevolmente provocato e altrimenti non evitabile, allo scopo di salvare sè stesso o un parente da un pericolo attuale della vita o della persona.

art: 55 - abrogati e sosti_

art: 56 - tuiti dalla

art: 57 - Legge sulla Giovent

"Legge sulla Gioventù" (16 febbraio 1923)

art: 1) Giovane (Iugendlicher) nel senso di questa legge è chi ha più di 14, ma non ancora 18 anni.

art: 2) Chi commette un'azione punibile prima di avere 14 anni non è punibile.

art.3) Un giovane (Iugendlicher) che commette un'azione penalmente sanzionata non è punibile se egli altempo dell'azione secondo il suo sviluppo mentale e morale, era incapace di capire l'illegalità della sua azione o di determinare la sua volontà secondo questa comprensione.

art: 4) La punibilità del mandante, del complice, del favoreggiatore e del ricettatore non è alterata dalle disposizioni degli artt: 2 e 3 della presente legge:

art: 136

Chi chiamato come teste, giurato, o scabino adduce un fatto non vero come scusa (per non presentarsi N. d. T.) va punito con carcere fino a due mesi.

.....

art: 173

Incesto

SPP

a r t: 1 7 6

(costrizione, nelle prime due parti, al rapporto sessuale: quindi delitto contro la libertà sessuale.

..... è punito chi .....

2) di una donna che si trova priva di volontà o di coscienza o che è pazza, abusa per il coito extraconiugale.

a r t: 1 7 7

E' punito con carcere duro chi, mediante violenza o minaccia di un imminente pericolo per la vita o l'integrità personale, costringe una donna a subire il coito extraconiugale; o chi compie su di una donna tale coito dopo averla, a tale scopo, posta in stato di incapacità di intendere, di volere.

Ecc. .....

C o m m e n t o d e l F r a n k

pag: 382 - I l art: 177

"Identità della persona che costringe e di quella che compie il coito anche qui non è necessaria. Se la persona che costringe, usa per compiere il coito, una persona che agisce senza dolus penale; (per es: un pazzo), appunto chi costringe è autore unico. "Alleint"ater". Se agiscono tutti due dolosamente e colpevolmente e d'accordo, essi sono coautori. L' R. G. vol: 3 , pag: 181 dal punto di vista della teoria soggettiva, vide nella sola costrizione una semplice complicità. Dal suddetto segue che anche una donna può essere autrice e coautrice. Ugualmente: Finger 1, 338; Olshausen 2; Ved. Liszt Schmidt § 105; Ebermayer Leipzig Komm. 2; Wachenfeld 458; Mayer 377. Diverso parere ha Binding Lehrbuch 1, 200.".

a r t: 3 4 8

Un pubblico ufficiale autorizzato a rilasciare pubblici documenti il quale

nell'ambito della sua competenza, compie dolosamente una falsa documentazione di un fatto giuridicamente rilevante o lo iscrive nei registri o libri pubblici, va punito con carcere non inferiore ad un mese.

La stessa pena subisce il pubblico ufficiale che distrugge dolosamente un documento che gli è stato affidato ufficialmente o che può aver fra mano, o che lo nasconde, lo distrugge parzialmente, o lo falsifica.

Perchè, se la [illegible] realizzazione del Tatbestand è considerata come [illegible]

O L S H A U S E N

Parte I - Abschnitt 3 - N. 5

p a g: 1 9 5

Autore di un reato è quella persona fisica che compie il Tatbestand del reato dalla legge previsto.

Se una azione o una omissione, senza riguardare una qualunque azione o un qualunque evento, costituisce il Tatbestand di un reato, trova, senz'altro, soluzione, senza difficoltà, il problema intorno ai requisiti per la qualità di autore.

Se il Tatbestand di un reato richiede una determinata, immediata Azione e oltre a ciò un certo, distinto evento, allora è autore colui che cagiona questa azione e rispettivamente questo evento e ciò facendo agisce soggettivamente nel modo richiesto dalla legge, o del tutto con dolo o del tutto con colpa, o parte dolosamente, parte colposamente; o, infine, in parte con dolo o colposità in parte senza alcuna responsabilità soggettiva.

Autore immediato è chi realizza il Tatbestand mediante attività materiale propria, per la quale tuttavia si può servire dell'aiuto di un altro agente in buona fede o con dolo. Autore mediato è chi fa compiere il Tatbestand per mezzo di un altro che è privo di volontà o costretto o irresponsabile o versante in errore. Fin qui c'è comune consenso. Chi però, come il R. G., distingue la qualità di autore, dalla complicità non secondo elementi esterni, ma secondo la configurazione interna è costretto ad amplificare considerevolmente il concetto dell'autore mediato.

p a g: 1 9 6

Perchè, se la prima realizzazione del Tatbestand è considerata come complici-

tà soltanto col fondamento che l'agente ha il fatto altrui, un altro de_
v'essere messo al posto dell'autore. Perciò si sceglie quello che sta
dietro l'agente; e che,senza prender parte egli stesso materialmente alla
esecuzione, ha fatto eseguire il fatto,avendo l'animus auctoris usando u_
n'attività fisica altrui.

Il contadino che ha comandato al servo di portar via la vacca sequestrata,
è responsabile come autore se il servo esegue il comando conoscendo le ci_
costanze, difatti il servo stesso è punibile come complice. La distinzio_
ne fatta dall' R. G. fra("Täterwillen und Gehilfenwillen") "animus aucto_
ris" e "animus soci", che condiziona la amplificazione del concetto di au_
tore mediato,dev'essere respinta perchè permette alla considerazione dei
motivi e degli scopi una influenza troppo grande.

Inoltre la norma legale sul mandato ci dice che non soltanto manda il bi_
sogno, ma anche è contro la volontà della legge sottomettere procedimenti
di questo genere sotto il concetto dell'autore mediato;(Frank III). D'al_
tra parte non c'è dubbio di applicare questo concetto ai casi in cui c'è
un delitto che può essere commesso in qualità di autore soltanto da certe
persone,e in cui un intraneus ha determinato un extraneus a commettere l'a_
zione di esecuzione.

Klee G. 67, 104; Wachenfeld in Zeitsch. vol: 40 pag: 144 e segg; M. E.Ma_
yer pag: 376; Köhler pag: 511; Meyer-Allfeld pag: 214; Leipz. Kommentar 39;
Una diversa opinione in Perten: "Trattato di Dir. Penale 198, 135; Frank.
Generalmente parlano per la commissione della qualità di autore mediato
dolosa : Binding: "Normen" IV pag: 601; Von Liszt 218 e segg:; Goldschmidt
e Merkel. Contro una amplificazione del concetto sono: Wachenfeld Zeit.40
pag: 30 e segg. e 144 e segg.; Köhler pag: 510; Gerland; Beling: Methodik
der Strafgesetzgeb. pag: 99; ecc.

L'autore mediato non è però concepibile in tutti i casi in cui l'autore intellettuale non poteva realizzare egli stesso immediatamente il Tatbestand poichè gli mancavano le qualità necessarie o i rapporti; come per es:la qualità di autore come uomo nel delitto di violenza carnale; come impiegato nei delitti di ufficio; il rapporto dell'autore col processo in qualità di parte o teste nei delitti di falso giuramento.

Binding Gr. 146; Löning pag: 13; Wachenfeld pag: 197 N. 5, 198; Borchert Teiln. 106; Höpfner in Zeit. vol: 22 pag: 207; Nagler "Teilnahme am Sonderverbrechen pag: 72; Köhler 512; Frank; Leipz Kommetar 38. Una diversa opinione: Von Bar 638, 640; Wachenfeld pag: 142; Meyer Allfeld 215; Von Liszt 218

Parte II - Abschnitt 13 - Artt: 177

pag: 794

2) b.

Soggetto del delitto di Notzucht può essere sia un uomo sia una donna poichè la legge non richiede costrizione al coito con l'autore. Se l'uomo che compie il coito penalmente non è responsabile, per es: per pazzia, la donna che lo costringe è autrice unica; altrimenti è coautrice; così Finger I 338 N. 432; Hölschner 2, 230; Von Liszt 383; Meier A. 214 N. 6, 339; Wachenfeld 196 N. 1=,202, 458; Frank I, 1 ; Schwartz N. 1 a ; Leipzig K.N. 2 - Diverso parere: Binding Lehrbuch I pag: 200.

16 2 / 604

P E S S I N A

pag: 251) Il concorso al reato richiede per essere punibile che il reato si avveri sotto la forma di maleficio consumato, oppure si rimanga nei confini di conato criminoso; ma è necessario che il risultamento del concorso sia alcun che di criminoso in sè stesso, e punibile se non altro come conato, perchè i vari concorrenti siano considerati e puniti di un reato a tutti comune.

pag: 251) Il principio della punibilità proporzionale dei singoli partecipi ingenera alcuni pronunciati che vogliono essere svolti partitamente.

pag: 270) Provocazione a delinquere.

I. Innanzi tutto il punto dal quale bisogna muovere per poi procedere alle singole valutazioni della responsabilità individuale si è che tutti son punibili i condelinquenti in nome di quel reato che a tutti è comune. Vi ha dunque una prima misura della punibilità dei condelinquenti, cioè il reato che a tutti è comune, e che è l'effetto dell'opera da tutti prestata. Questa misura potrebbe chiamarsi il comune determinatore.

pag: 271 II. Essa dee restringersi al reato avvisato nella sua sostanzialità, astrazione fatta dalle circostanze. E qui si rannodano due teoremi: a) Le circostanze penali non si estendono dall'uno all'altro dei condelinquenti (personae inhaerent). Così se commettono un omicidio un uomo di età maggiore ed un fanciullo minore di anni nove, vi è un comune denominatore, astrazione facendo per il maggior d'età da quella condizione di età minore degli anni nove che toglie nel fanciullo ogni

nota di reato annientando la sua reità individuale. Così se due individui uccidono, insieme operando, colui che è padre ad uno di essi, il comune determinatore sarà l'omicidio volontario, e per solo colui che è figlio della vittima ha valore la circostanza aggravante personale del vincolo di sangue. Così da ultimo se uno dei due condelinquenti trovavasi oppresso da vizio di mente nel momento dell'azione, sicchè la sua coscienza perturbata scemava la sua imputabilità, dal comune determinatore sarà per lui solo diffalcata quella quantità di punizione che la legge in genere diffalca al colpevole che nell'atto del reato trovavasi in istato di mente viziata.

pag: 270) Provocazione a delinquere.

La provocazione è la somma degli sforzi che fa un individuo perchè altri esegua il reato da lui voluto. Essa non è un puro proponimento, ma aggiunge al proponimento un'operare, ed un operare sulla volontà di un altro uomo, vincendola, soggiogandola, facendola strumento all'attuazione delle voglie del provocatore. In essa si appalesa che un essere dotato di volontà operà con questa sovra un'altra volontà, onde l'uomo che provoca è cagione del reato in un modo alquanto diverso

pag: 271 dalle altre manifestazione del delinquere; essendochè il provocatore non dee vincere forze fisiche e soggettarle al suo arbitrio, ma vincere una forza morale, assoggettare a sè una volontà, la quale è pertanto eccitata, non assolutamente mossa; sicchè l'esecutore materiale è sempre cagione efficiente dei propri movimenti. Epperò la provocazione non toglie allo intutto la libertà morale (altrimenti degenererebb-

be in costringimento,togliendo allo in tutto la colpabilità dell'esecutore che vi sottogiace); ma porge motivi impellenti alla volontà di un altro uomo.

pag: 271 Imperocchè si può trascinare la volontà di un uomo sia mercè il comando quando si ha una autorità sovra lui,sia mercè il vincolo di un patto scellerato,sia mercè l'instigazione.

a) Il comando è da rannodarsi alla teorica dell'ubbidienza gerarchica. In quelle cose quae habent atrocitatem facinoris,tranne i casi specialmente enunciati dalla legge pag: 272 come tali da togliere ai medesimi la nota del maleficio, il comando non giustifica l'esecutore; e bisogna punire eum qui yussit ed eum qui fecit. Ma il superiore per rispondere di cooperazione per comando debbe abusare della sua potestà,cioè comandare atti che abbiano un qualche legame con le attribuzioni di che si trova rivestito, atti che abbiano un legame col suo potere,e comandarli a chi è tenuto di prestargli una qualche obbedienza.

pag: 276: L'aiuto al maleficio ha per indole propria qiella di contenere una azione diversa dal fatto principale,in cui il reato si incarna.Colui che uccide non è complice,ma reo principale; colui che tiene la vittima,quando altri letalmente ferisce,è aiutatore all'omicida. E di qui sorge quel l'aforismo giuridico che non vi è complice dove non sia un reo principale,non potendosi supporre aiuto criminoso senza ammettersi un reato che impronti della sua stessa reità quel fatto che ne ha renduto agevole l'esecuzione.

.....

Art: 110 - Pag: 561 - 340 - La partecipazione criminosa al medesimo reato presuppone la cooperazione di più cause nascenti da volizioni di soggetti distinti simultanee e successive, con o senza il concorso di altre cause estranee alla volontà.

Art: 110 - Pag: 562 - 341 - Non può parlarsi inoltre di concorso quando il reato sia commesso col concorso della persona contro la quale la azione criminosa è diretta. Nell'omicidio consensuale, per esempio, il consenso della parte lesa non vale a dar vita ad un concorso di più persone nel delitto. Egualmente, non è configurabile il concorso nella determinazione di altri o nell'aiuto di altri al suicidio, nel reato consensuale, poichè il consenso della parte non può trasformare il consenziente in un partecipante.

Art: 110 - Pag: 563 - 343 - Nel codice abrogato la parola determinazione era adoperata con riferimento alla sola istigazione primaria (v. art: 63, capov.). Il nuovo codice, invece, nel capo 3° del titolo 4°, adopera la medesima espressione per riferirsi indifferentemente tanto all'istigazione primaria quanto all'istigazione che il codice abrogato considerava come secondaria.

Art: 110 - Pag: 563 - 343 - Determinare al reato, significa non tanto il suscitare in taluno l'idea del reato, quanto l'infondere la risoluzione di eseguirlo. Se soltanto l'idea e non anche la risoluzione fosse opera del determinante, poichè nel reato è il movente volontaristico quello che, esternandosi in una condotta esecutiva, ha importanza, non si avrebbe determinazione. Si ha perciò determinazione quando, sebbe[illegible] l'idea criminosa sia

già sorta nell'esecutore,il determinante abbia fatto nascere in lui la ri_ soluzione di commettere il reato,ossia col farlo passare,dalla semplice i_ dea zione criminosa, all'esecuzione di essa.

Art: 110 - Pag: 564 - 343 - Condizione indispensabile per la punibilità del_ l'istigazione è che l'esecuzione del reato,a cui l'istigazione si riferisce, sia stata iniziata.

Art: 110 - Pag: 566 - 344 - In questo articolo è racchiuso il principio di responsabilità penale per tutti indistintamente coloro che in qualsiasi modo siano concorsi nel reato.Sulla base di questo principio vi è perfetta equi_ parazione tra tutte le forme di concorso principali ed accessorie,morali e materiali,e ciò indipendenza dell'altro principio che regola il concorso di cause nella produzione dell'evento,per cui tutte le condizioni,che con_ corrono a produrre l'evento,son cause di esso (v. art: 41). Allorchè si è illustrato l'art:41, abbiamo posto in rilievo che le disposizioni sul rap_ porto di causalità materiale si riferiscono a tutte le cause sia materiali che umane,sia coscienti,che non intelligenti.Orbene,anche nell'ipotesi che il fatto sia stato commesso da più persone,l'evento doveva essere messo a carico di tutti i concorrenti che abbiano contribuito a determinarlo,in quan_ to che l'attività dei vari concorrenti si realizza in un'associazione di cause coscienti produttrici dell'evento e,in conseguenza, a ciascuno dei compartecipanti doveva essere attrivuito 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 coscienza,in ogni compartecipe,di contribuire all'altrui a_

zione; la quale coscienza avvince inscindibilmente tra loro le varie azioni.

Contro il sistema,che è stato seguito dal nuovo codice,si è osservato che la distinzione del codice abrogato tra correi e complici rispecchiava una realtà,nella pratica,d'indubbio valore.Ma,in verità, invano la dottrina e la giurisprudenza si studiarono di fornire un criterio sicuro,per distinguere la correità dalla complicità.D'altra parte, è da por mente che è del tutto arbitrario il voler stabilire una quota di causalità per ciascuno dei concorrenti in relazione all'evento che sia derivato dalla loro azione associata,perchè concretamente la valutazione dell'apporto di ogni partecipante nella produzione del reato dipende da molteplici circostanze,aventi,ognuna,un valore diverso e che si sottraggono alla possibilità di essere determinate a priori.

Art: 110 - Pag: 570 - 345 - Ciò premesso, intratteniamoci sugli elementi del concorso. Nel concetto del codice,il concorso di più persone nello stesso reato presuppone una convergenza di attività atte alla realizzazione di un medesimo fatto costituente reato; presuppone,inoltre, la consapevolezza d'esplicare una azione atta al conseguimento di un fine in comune,penalmente illecito: un'adesione psichica del fatto del partecipe al fatto dell'altro partecipe.

Art: 110 - Pag: 572 - 345 - Il concorso può aversi anche nel delitto tentato,il che si verifica quando,pur essendo compiuti atti idonei e non equivoci al fine di commettere un delitto,l'azione x non si compia e l'evento non si verifichi (concorso nel tentativo)

Avvertiamo inoltre che,in considerazione del carattere essenzialmente unitario del reato,nel concorso l'azione di uno dei partecipi non può punirsi solamente a titolo di tentativo,quando l'opera dell'altro colpevole abbia por-

tato ad effetto il reato.
Allo stesso modo che non può concepirsi concorso morale non susseguito dalla azione altrui (per esempio,nell'istigazione a commettere un reato senza che questo sia commesso), così non può concepirsi un concorso puramente fisico, cioè un concorso in un'azione materiale senza volontà,come nel caso di una persona 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 (pag:573) di tale persona si sia servito per attuare la sua volontà criminosa; l'istigatore è il vero ed esclusivo autore del reato,sia che abbia determinato, sia che abbia soltanto facilitata la azione del soggetto non imputabile.
L'impossibilità di concepire una partecipazione puramente morale o puramente fisica,discende dal principio che non vi può essere reato, senza che nel fatto che lo costituisca si riscontrino l'elemto fisico e l'elemento psichico.
Il codice fa applicazione del principio per cui non può verificarsi un concorso puramente morale non eseguito dall'azione altrui,nel caso dell'art:115 di cui appresso ci occuperemo.
Poichè il concorso nel reato,come sopra è stato detto,risulta da una convergenza di forze da cui il reato scaturisce,tutte queste forze (morali e fisiche) devono essere idonee nel senso che siano rispettivamente sufficienti a realizzare un'azione in comune. Vale qui,perciò, il principio di causalità che abbiamo avuto occasione d'illustrare nel commento all'art: 40.

Art: 111 - Pag: 576 - 348 - Nell'art:111 il codice si occupa della determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile,disponendo che colui che abbia determinato a commettere un reato una persona non imputabile,ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale,risponde del reato da questa commesso,ma la pena stabilita per il reato è aumentata.Per "deter-

minazione" si deve intendere tanto la istigazione primaria,quanto quella secondaria.V.l'art: 110.

L'ipotesi dell'art:111 si distingue da quella regolata dall'art: 86,perchè in questo si prevede il fatto di chi ha cagionato lo stato di non imputabilità dell'autore del reato,mentre l'art:111 regola la responsabilità di chi ha determinato a commettere il reato una persona che si trovi già nello stato di non imputabilità o non punibilità per cause estranee all'azione dell'istigatore.

La giustificazione dell'aggravamento della pena a carico di colui che abbia determinato una persona,non imputabile o non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, a commettere un reato,è riposta nella maggior pericolosità di questa istigazione?. E,infatti, nel caso in cui la persona determinata non sia imputabile,la persona stessa non è che un mezzo o strumento alla mercè dell'istigatore,con cui è reso più agevole il conseguimento dello intento che egli si sia proposto; e nel caso del reato,da una condizione o qualità personale che rende non punibile la persona che sia stata determinata all'azione o all'omissione, è indice indubbio di una maggiore pericolosità nell'istigatore.

In sostanza, l'art: 111 contempla il caso di una responsabilità che si sostituisce alla responsabilità di un'altra persona,la quale responsabilità è considerata più gravemente di quella dell'istigazione rivolta a persona imputabile o punibile (concorso apparente nel reato).

Art: 111 - Pag: 577 - 349 - Nell'art:111 si adopera la locuzione "non punibile a cagione di una condizione o qualità personale congiunta all'altra "non imputabile".

A quali categorie di persone si riferisce l'articolo in esame?

E' da premettere che il codice non assegna alla espressione "non punibile" un significato sostanzialmente uniforme, rispetto alle disposizioni nelle quali essa è adoperata.

Vi sono cause, come a suo tempo si è accennato, di esclusione della pena, le quali possono essere personali (es: rapporto tra padre e figlio) o reali (inerenti al fatto), e cause di esclusione del reato (es. legittima difesa).

Però questa è una distinzione posta dalla dottrina. Ai fini pratici, nel concetto di non punibilità rientrano tutte le cause oggettive e soggettive che vietano l'applicazione della pena.

Una contrapposizione, invece, è necessaria anche dal punto divista pratico, tra la non imputabilità e la non punibilità: perchè, nella prima sono compresi tutti i xxxxxxcasi, in cui il reato si esclude per la mancanza della capacità d'intendere e di volere; e nella seconda sono compresi tutti gli altri casi di esclusione del reato e della pena, dipendenti sia dalla mancanza di elementi xx oggettivi, sia della mancanza di elementi soggettivi. In considerazione di ciò, il codice usa la formula "non imputabile", come quella che è comprensiva di tutti i casi in cui il reato si esclude per la mancanza della capacità d'intendere e di volere; e usa la formula "non punibile", come quella che è compiensiva, tanto delle cause di esclusione del reato, quanto di quelle di esclusione della pena.

Poichè il codice non assegna alla espressione "non punibile" un significato uniforme rispetto alle disposizione nelle quali essa è adoperata, deve aversi riguardo, di volta in volta, rispetto alle singole disposizioni, allo scopo della norma, per stabilire, in ciascun caso, a quali categorie di persone la espressione "non punibile" si riferisce.

Art: 111 - Pag: 578 - 360 - Nell'ipotesi dell'art: 111, la determinazione del

casi che rientrano nella formula della non punibilità è ristretta a quelli in cui la punibilità dipende da qualità o condizioni della persona che sia stata da altri determinata a commettere il reato.

Non rientrano perciò, nelle previsioni della legge, tutti i casi di esclusione del reato per mancanza della sua obiettività giuridica.E', infatti, evidente che,se ricorre una di tali cause di non punibilità non esistendo il reato,non può neanche ipotizzarsi la partecipazione, agli effetti penali, di chi abbia determinato l'autore del fatto a commetterlo.

Sono esclusi pure dall'applicazione dell'art:114:

a) la non punibilità preveduta dall'art:384 per coloro che hanno commesso uno dei fatti preveduti negli articoli ivi indicati per essere stati costretti all'azione della necessità di salvare sè medesimi o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.Si tratta,anche qui, di casi di esclusione del reato e cioè di fatti che sono eccezionalmenti permessi dal diritto;

b) i casi di non punibilità preveduti negli artt: 308 (cospirazione); 309 (banda armata); 376 (ritrattazione); 463 (falsità in monete,ecc.). Tutte queste ipotesi,infatti,si concretano in un pentimento operoso e trovano la loro ragione,sia in motivi politici,nel senso che giovi allo Stato fare in modo che il delinquente stesso si trovi spinto,mediante la promessa della non applicazione della pena,ovvero di una diminuzione di pena, a eliminare le conseguenze del fatto proprio; sia anche in motivi di giustizia,perchè il danno sociale è minore e perchè la giustizia si consegue anche per via di compenso o di premio.

Il pentimento operoso non fa venir meno l'antigiuridicità del fatto,ma pur lasciando sussistere il fatto come penalmente illecito,lo rende tuttavia non punibile.Esso si riferisce non a una condizione o qualità dell'autore del fat-

to,ma a una condotta che non esiste al tempo dell'istigazione,è a essa posteriore ed opera in senso contrario alla precedente attività criminosa,sia per impedire che la violazione giuridica produca ulteriormente gli effetti di cui è causa,sia per sopprimere gli effetti già derivati dalla stessa e ripristinare l'antecedente stato di fatto;

c) i casi di distinzione del reato e della pena.

La locuzione "persona non punibile a cagione di una condizione o qualità personale della persona determinata" adoperata in aggiunta e in contrapposizione a quella di "persona non imputabile" non può,dunque,comprendere che quelle ipotesi in cui,pur sussistendo, e l'imputabilità dell'agente, e il reato nei suoi elementi essenziali,è esclusa la pena in considerazione di una circostanza soggettiva concernente le condizioni e qualità personali della persona determinata da altri all'azione od omissione.

Un'ulteriore limitazione all'applicabilità dell'articolo in esame deriva dal considerare la ragione dell'aggravamento della pena preveduta nello articolo stesso.Questo aggravamento,giova ripeterlo,trae la sua ragione dalla maggior pericolosità in colui che si avvalga,per commettere un reato,di una delle persone indicate nell'articolo.Talchè,è manifesto che,per l'applicabilità dell'art:111,la qualità o la condizione personale deve esistere,e quindi essere nota,al tempo dell'istigazione.Se si abusa maliziosamente dello stato di non imputabilità,o di non punibilità della persona che sia stata determinata ad agire,è necessario conoscere tale stato nel momento in cui avviene la determinazione.

Per la nozione di condizione o qualità personale,rinviamo al commento dell'art: 70.

Rientrano pertanto nelle previsioni dell'art:111,per esempio, il caso di chi determini un deputato coperto dalla immunità parlamentare (art:51 dello Statuto) a ingiuriare un altro deputato; il caso di chi determini una parte

o un patrocinatore a pronunciare offese all'avversario dinanzi all'Autorità giudiziaria o amministrativa (v. art: 598); il caso di una persona che determini un'altra a commettere un furto a danno del coniuge non legalmente separato (art: 649).

Art: 112 - Pag: 582 - 354 - Nel n.3° è preveduto il caso di coloro che,nello esercizio della loro autorità,direzione o vigilanza,abbiano determinato persone ad esse soggette a commettere il reato.

Sul concetto di determinazione di altri,a commettere il reato,v.l'art:110.

La ragione dell'aggravante consiste in ciò: chi abusa della sua autorità gerarchica si rileva maggiormente temibile,perchè si avvale di una coazione psicologica,traendo profitto dal timore (metus) riverenziale della persona sottoposta.

L'azione determinante deve avvenire nell'esercizio dell'autorità,della direzione o della vigilanza: espressioni queste che,per il loro ampio significato,implicano non soltanto rapporti di soggezione a cagione di un pubblico o privato ufficio,ma anche rapporti di soggezione familiare o di autorità marital,ovvero rapporti disciplinari o di subordinazione di natura privatistica,anche diversi da quelli di soggezione o di autorità a cui dà luogo l'istituto della famiglia.

La persona che pone in essere l'azione determinante a commettere il reato deve trovarsi,al momento di tale azione,nell'esercizio dell'autorità,della direzione o della vigilanza,alla quale la legge si riferisce,e la persona determinata al reato deve essere soggetta all'autorità,alla direzione o alla vigilanza dell'istigatore.

L'aggravante in esame assorbe,nei congrui casi,quella stabilità nel n.11° dell'art: 61, per coloro che abbiano commesso il fatto con abuso di autorità domestica,o comunque violando i doveri inerenti al proprio stato,ufficio o

professione.

Art: 112 - Pag: 583 - 355 - Sulle aggravanti indicate al n. 4° (per chi fuori del caso preveduto nell'articolo precedente,ha determinato a commettere il reato un minore degli anni diciotto,o una persona in istato d'infermità o di deficienza psichica), rileviamo che non c'è contraddizione tra l'art: 111 e le predette aggravanti.Nell'art:111 si tratta di avere determinato una persona non imputabile o non punibile; nel n.4° dell'art: 112,invece,si tratta di una persona imputabile che determini un'altra persona a imputabilità diminuita,ovvero sempre imputabile,ma minore degli anni diciotto e maggiore degli anni quattordici.Per rendere chiari questi concetti,il n.4° comincia con la locuzione "per chi,fuori del caso preveduto nell'articolo precedente".

Nel concetto d'infermità psichica non rientra quello di deficienza psichica.Vi sono infatti condizioni che non possono rientrare nella previsione dell'infermità psichica,clinicamente intesa,ma che pure rivelano uno stato di deficienza psichica,di cui si può avvalere chi cerca un partecipe nel commettere un delitto.Ed è questo il motivo per cui nella disposizione in esame,accanto alla infermità psichica,si parla anche di deficienza psichica.

La vecchiaia,per esempio,non è una malattia, ma se taluno si avvalga della debolezza senile di un altro,per indurlo a commettere un reato,è più gravemente punito.

Può darsi pure che della particolare debolezza di una donna si profitti,per farle commettere un reato. Anche all'infuori dei casi d'isterismo,è frequente il caso in cui la donna facilmente diventi una succube, e in questi casi si deve aggravare la pena. Altro caso è quello della rusticitas,come la chiamavano i Romani. Vi sono persone che,per difetto d'intelligenza,senza arrivare alle forme cliniche di idiozia,o per mancanza di cultura,presentano tale deficienza intellettuale di cui è possibile profittare per far loro commettere reati.

Anche l'aggravante in esame potrà assorbire,nei congrui casi,quella stabilita nel n. 5° dell'art: 61, per colui che profitti dell'infermità psichica di "altre persone".

E' bene poi tenere anche qui presente che ogni qualvolta nell'articolo si parla di coloroo che abbiano determinato,con ciò si vuole indicare che,agli effetti della anzidetta formula,tanto la istigazione primaria,quanto la istigazione secondaria,hanno giuridica rilevanza (v. su ciò, l'art: 110.)

Art: 112 - Pag: 584 - 356 - L'ultima parte dell'art: 112 dispone che gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1°, 2°, 3° si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile.

Circa la portata della locuzione "non punibile", usata nell'art:112,è da rilevare che essa deve essere intepretata nel senso che,sotto la denominazione di non punibili,si devono comprendere tutti coloro,a favore dei quali,per una condizione soggettiva diversa dalla loro non imputabilità,non si faccia luogo a sentenza di condanna.

L'ipotesi di non punibilità,per mancanza degli elementi obbiettivi del reato,non può essere presa in considerazione.

Per chiarire lo scopo della disposizione in esame,è sufficiente por mente all'aggravante dipendente dal numero delle persone.La maggiore pericolosità delle forze associate e il maggiore allarme sociale si verificano ugualmente, anche se a formare il numero minimo di cinque persone concorrano persone non punibili per ragioni attinenti a rapporti famigliari (es: il figlio che ruba a danno di persone di famiglia) o persone che non sono punibili per ragioni di politica criminale , o rispetto alle quali sussista una qualsiasi causa di esclusione della pena.V. su ciò, quanto si è detto nel commento allo art: 111.

Art: 113 - Pag: 587 - 358 - Nel capoverso dell'articolo si stabilisce che la pena è aumentata per coloro che hanno determinato altri a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni ricordate nell'art: 111 e nei numeri 3° e 4° dell'art: 112. Esempio: il padre o il padrone che determina il figlio minore o il servo a lanciare il veicolo a grande velocità. Col richiamare le suddette aggravanti per la cooperazione nel delitto colposo, il codice attua una uniformità di disciplina, nelle linee fondamentali, tanto per il concorso nei delitti dolosi, quanto per il concorso nei delitti colposi.

Art: 113 - Pag: 587 - 360 - Poichè nella cooperazione colposa nessuno dei partecipanti deve aver voluto l'evento, consegue che non può esservi partecipazione dolosa in delitto colposo. Ciò però non esclude che ciascuno dei partecipanti risponda distintamente della propria azione dolosa o colposa. Così, per esempio, se una persona, a fine di uccidere, consegni ad altra una rivoltella che sappia essere carica, assicurandola che sia scarica e invitandola a sparare contro una terza persona per scherzo, e la persona incitata, ritenendo che l'arma sia scarica, spari imprudentemente ed uccida, l'esecutore risponderà di omicidio colposo e l'incitatore di omicidio volontario.

Art: 113 - Pag: 588 - 361 - Poichè come abbiamo visto, nel concorso doloso l'opera dei compartecipi è diretta al conseguimento dell'evento da tutti voluto e nel quale consiste il reato, consegue che non può esservi partecipazione colposa nel delitto doloso. Ciò non toglie però che l'autore della colpa sia punibile separatamente per delitto colposo o per contravvenzione, a seconda dei casi. Se, per esempio, un farmacista vende senza prescrizione medica un veleno a persona che segnalatagli a fine di ucciderla, il farmacista risponderà di sola contravvenzione alla legge sanitaria, non di concorso in omicidio, perchè egli, col suo fatto colposo non, ha fatto nascere il proponimento omicida, od quanto meno non l'ha incoraggiato.

Art: 113 - Pag: 568 - 362 - Appena poi occorre avvertire che non vi è dubbio, dopo ciò che si è detto sulla partecipazione colposa,e tenuti presenti i principi in materia di colpa,che può essere configurata una cooperazione per omissione in un delitto colposo in concorso con cause positive colpose.

Col concorso di cause nel delitto colposo,non bisogna confondere il caso in cui , a produrre l'evento, sia concorso il fatto dell'offeso; perchè,mentre, come abbiamo visto,il concorso colposo nel delitto presuppone il concorso dell'attività di almeno due soggetti,egualmente imputabili, nel secondo caso invece,non si ha imputabilità a carico di uno dei due soggetti in quanto che nessuno può rispondere penalmente per avere posta una causa a sè dannosa o pericolosa.Sono estranee quindi,alla situazione giuridica che qui esaminiamo,le regole poste dalla legge sul concorso nel delitto colposo.

Art: 117-119 - Pag: 599 - 373 - Nell'art: 117 sono considerate le circostanze soggettive essenziali del reato,onde disciplinare gli effetti del mutamento del titolo del reato rispetto a taluno dei concorrenti.

Negli artt: 118 e 119 sono considerate le circostanze accidentali,oggettive e soggettive,del reato,che aggravano o diminuiscono o escludono la pena,le quali sussistano solmante per taluno dei concorrenti,all'effetto di valutarle a carico o a favore dei singoli concorrenti.

Nei riguardi delle circostanze a cui si riferisce l'art: 117, queste,o sono proprie di taluno dei concorrenti (es., qualità di coniuge nell'adulterio,di militare nella diserzione) e tali che gli altri concorrenti non avrebbero potuto commettere il reato,senza il concorso della circostanza soggettiva essenziale che è propria di alcuno tra essi; ovvero proprie di taluno dei concorrenti (es., qualità di pubblico ufficiale nel peculato), ma tali che gli altri concorrenti,anche senza di esse, avrebbero potuto egualmente commettere un reato.

Orbene,della prima categoria di circostanze essenziali soggettive l'art:118

non si occupa. Poichè queste circostanze essenziali soggettive del reato,senza di cui un reato non può essere commesso,tutti i partecipanti debbono rispondere dello stesso titolo di reato.

Nel caso però della seconda categoria di circostanze,nel silenzio della legge,poteva sorgere il dubbio circa il trattamento da fare a quelli tra i concorrenti,rispetto ai quali il titolo del reato si sarebbe potuto considerare come diverso da quello commesso dal concorrente,al quale la circostanza personale si riferisce.L'art: 117 ha eliminato questo dubbio,adottando una soluzione unitaria,cioè disponendo,come nel primo caso,che tutti gli altri concorrenti rispondono dello stesso reato.Facciamo un esempio: nel caso di concorso in appropriazione indebita commessa da pubblico ufficiale,reato questo che ha un proprio nomen iuris, quello di peculato,poteva sorgere il dubbio se solamente il pubblico ufficiale dovesse rispondere di peculato,mentre gli altri concorrenti (a cui la qualità di pubblico ufficiale non si riferisce) dovessero rispondere di appropriazione indebita,cioè di un reato avente un diverso titolo, un diverso nomen juris.Orbene,l'art: 117 è diretto a eliminare ogni dubbio in proposito,perchè fa rispondere di peculato tutti quanti i partecipanti.L'art:117 ~~è diretto a ei minare~~ infatti,stabilisce che se,per condizioni o qualità personali del colpevole, o per rapporti fra il colpevole e l'offeso,muti il titolo del reato (600) per taluno dei concorrenti,anche gli altri rispondono dello stesso reato.E' irrilevante perciò che questi conoscano o non le condizioni,le qualità personali o i rapporti suddetti.

Quell"unità di qualificazione giuridica che il legislatore ha voluto imprimere all'unico fatto,sarebbe stata in realtà compromessa,nella maggior parte dei casi, se l'applicazione della norma dell'art:117 avesse dovuto dipendere dalla scienza delle circostanze in discorso da parte di tutti i partecipanti.Il reato è inscindibile per tutti i concorrenti.Tutti devono rispondere dello stesso reato.

L'ignoranza o l'erronea conoscenza delle condizioni o qualità personali del colpevole o dei rapporti fra il colpevole e l'offeso,dunque,non giova. Così,chi concorre a rubare con un pubblico ufficiale non può allegare l'ignoranza di tale qualità e risponde di concorso nel reato commesso dal pubblico ufficiale: per esempio, di peculato anzichè di concorso nel furto o in appropriazione indebita.

Il principio dell'art: 117 non ha però unmvalore assoluto.Per espressa disposizione di legge,infatti,il giudice ha la facoltà, limitatamente al caso in cui il reato diverso sia più grave,di diminuire la pena rispetto a quelli,tra i concorrenti,per i quali non sussistono le condizioni,qualità o rapporti suddetti. La seconda parte dell'articolo consente di attenuare la rigidezza del principio senza aprire però l'adito all'indagine della scienza sulle condizioni o qualità personali del colpevole o del rapporto fra il colpevole e l'offeso con la conseguenza di scindere il reato per ogni concorrente. Riprendendo l'esempio del peculato,concorrente in questo delitto può essere il figlio,non pubblico ufficiale,del peculatore.Egli può aver agito per timore reverenziale verso il padre,per eccezionali riguardi famigliari.Orbene, in questo e in simili casi, la legge tempera il rigore del principio,ponendo una diminuzione di pena,in dipendenza della minore pericolosità del concorrente.

La ipotesi dell'art: 117, e quella dell'articolo precedente,sono sostanzialmente diverse. Nel caso dell'art: 116, non soltanto il nomen juris, ma anche il fatto commesso da un concorrente è diverso da quello voluto dall'altro concorrente: è giusto,perciò, che, al concorrente responsabile di un fatto che egli non ha voluto si conceda sempre diminuzione di pena. Nell'ipotesi dello art:117 il fatto è il medesimo per tutti i concorrenti,e muta soltanto il nomen juris di esso in dipendenza di condizioni o qualità personali di taluno

dei concorrenti o per rapporti fra il colpevole e l'offeso,è perciò la legge pone a carico del concorrente,a cui una delle predette circostanze non si riferisce,una responsabilità maggiore.Ciò,giova ripeterlo,in conseguenza del carattere unitario,che la legge ha impresso al,fatto commesso con la partecipazione di più persone. (601).

Il principio dell'art:117,per quanto severo,avrebbe potuto, a rigore, non comportareeccezioni. Tuttavia,era opportuno temperare la severità nel caso in cui il giudice ne avesse ravvisata la convenienza,per individuare,nei giusti limiti,la responsabilità dei singoli concorrenti.Sulla nozione di condizioni o qualità personali del colpevole e su quella di rapporti fra il colpevole e l'offeso,v. l'art: 70.

Art: 117-119 - Pag: 601 - 374 - Gli art. 118 e 119 si occupano della comunicabilità delle circostanze vere e proprie,ossia di quegli elementi che aggravano o diminuiscono la pena,senza mutare il titolo del reato [illegible] (accidentalia delicti).

Il codice abrogato,negli art: 65 e 66, regolava espressamente solo la comunicabilità delle circostanze aggravanti personali o materiali.Il nuovo codice invece,obbedendo ad un criterio di maggiore completezza,si occupa distintamente della comunicabilità delle circostanze aggravanti,delle attenuanti e di quelle derimenti.

Quanto alla comunicabilità delle circostanze oggettive,in dipendenza delle disposizioni del nuovo codice:

a) se si tratta di circostanze oggettive che escludano la pena,esse hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato,siano o non siano conosciute da tutti i compartecipanti; e ciò perchè,facendo venir meno l'elmento fisico-materiale del reato,non si ha la possibilità,rispetto adèalcuno dei partecipanti,di configurare un'ipotesi driminosa (art:119,capov.);

b) se si tratta di circostanze oggettive che aggravano o diminuiscono la pena, anche se non conosciute da tutti coloro che concorrono nel reato, sono valutate a carico o a favore di esse (art: 118, parte 1). La disposizione non costituisce che un'applicazione della norma generale dell'art: 59 sulle circostanze per cui quelle che aggravano o attenuano la pena sono valutate, rispettivamente a carico o a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui, per errore, ritenute inesistenti.

Per quanto riguarda la comunicabilità delle circostanze soggettive:

a) se si tratta di circostanze soggettove che escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, esse hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono, e ciò perchè, essendo esse d'indole strettamente personale, mentre fanno rimanere integro l'elemento fisico materiale del reato, non influiscono menomamente sull'elmento soggettivo, nei riguardi degli altri partecipanti (art: 119, parte 1);

b) se si tratta di circostanze soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, per le quali sia aggravata la pena per taluno di coloro (602) che sono concorsi nel reato, esse stanno a carico anche degli altri, ancorchè non conosciute, quando abbiano servito ad agevolare l'esecuzione del reato (art: 118, 1° capov.); quando, cioè, abbiano servito a rendere più facile l'esecuzione del reato;

c) se si tratta di circostanze soggettive non inerenti alla persona del colpevole, e per le quali sia aggravata la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, esse sono valutate soltanto riguardo alla persona aicui si riferiscono, quando non abbiano servito ad agevolare l'esecuzione del reato, siano o non siano conosciute dai concorrenti (art: 118, ult. capov.);

d) se si tratta di circostanze soggettive non inerenti alla persona del

colpevole,per le quali sia diminuita la pena per taluno dei concorrenti,esse sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono (art:118, ultº capov.);

e) se si tratta di circostanze soggettive inerenti alla persona del colpevole,per le quali sia aggravta o diminuita la pena per taluno dei concorenti,esse sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono,siano o non sonosciute dai concorrenti,abbiano o non servito ad agevolare l'esecuzione del reato (art:118,ult.capov.).

In sostanza,le circostanze inerenti alla persona del colpevole (aggravanti o diminuenti) non possono essere valutate che riguardo alle persone a cui si riferiscono.Poichè sono circostanze,a così dire, personalissime,concernenti cioè l'imputabilità (età minore,infermità dimente,ecc.) o la pericolosità del colpevole (recidiva, abitualità e professionalità nel reato e tendenza a delinquere), sono sempre strettamente individuali (art:70,ult.capov.).

Anche tutte le altre circosta,ze soggettive sono sotanzialmente,sebbene non strettamente,individuali,perchè attengono del pari alla persona del soggetto attivo del reato,anche quando la qualità di questa persona è considerata nei suoi rapporti con la vittima.Obbediscono perciò alla stessa disciplina di quelle inerenti alla persona del colpevole,dovendo essere valutate,soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono,salvo tuttavia il caso,in cui aggravino la pena,o il caso in cui abbiano effettivamente servito ad agevolare l'esecuzione del reato.In questi casi,infatti, esse si obiettivizzano,e per tale qualità seguono la regola dettata nella prima parte dell'articolo per le circostanze oggettive: sono cioè valutate a carico di tutti i concorrenti,anche di quelli che non le avessero conosciute.

Le circostanze oggettive,le quali escludono la pena poichè incidono sullo elemento obiettivo del reato (che,come più volte abbiamo avuto occasione di accennare,è comune a tutti i partecipanti), fanno venire meno erga omnes la ra_

gione di punire.

Le circostanze soggettive,che escludono la pena rispetto a coloro alla cui persona non si riferiscono,perchè sono strettamente personali,al pari delle circostanze soggettive strettamente personali (inerenti alla persona del colpevole) e che diminuiscono solamente la pena,non possono essere estese a persone diverse da quelle a cui si riferiscono,perchè,altrimenti,darebbero luogo a un beneficio non avente alcuna giustificazione.

Sotto la denominazione di "circostanze soggettive,che escludono la pena", sono comprese non soltanto quelle che escludono l'esistenza di un reato per difetto d'imputabilità nell'agire (es., infermità di mente), ma anche quelle per le quali,sempre in considerazione della persona del soggetto attivo del reato (qualità di figlio nel furto a danno dei genitori), non si fa luogo alla punizione del colpevole,pur dovendo ritenersi il reato come giuridicamente esistente,tanto è vero che si puniscono coloro che concorsero nel reato insieme col soggetto non punibile (v. su ciò, gli artt: 70 e 111).

Gli anzidetti principi,relativi, alla comunicabilità o non comunicabilità delle circostanze,si applicano tanto al concorso nei delitti,quanto al concorso nelle contravvenzioni.E, infatti, nelle esaminate disposizioni,si parla sempre di reato.

---

18 626

Leopoldo ZIMMERL = Principi della dottrina della partecipazione.

= = = = = = = = = = = = = = =

. . . . . .

La dottrina della compartecipazione appartiene al novero dei capitoli molto di_scussi e quasi "senza speranza" della scienza penale dommatica. La causa si può trovare, almeno in parte, nel fatto che gli studi sono stati deviati dalla trattazione fondamentale del problema e si sono concentrati su un terreno secondario. E di ciò, almeno per una parte, la cagione può trovarsi nella credenza che i problemi più importanti siano quelli dei quali si sono già occupati i postglossatori. Che quantità di lavoro e di intelligenza è stata adoperata nella lite per la teoria oggettiva e quella soggettiva della compartecipazione!! Come se fosse questa questione il problema fondamentale della compartecipazione. Io d'altronde sono ben lontano dal ritenere insignificante e perduta la fatica dedicata a questo problema; ma più importante mi sembra tuttavia una risposta decisiva sulla questione: perchè abbiamo addirittura bisogno delle norme sulla compartecipazione? Non sarebbe possibile cancellare queste norme dalla legge senza danno? Tale questione fin adesso è stata molto trascurata. Infatti è possibile una opinione in base alla quale si possono ritenere superflue o almeno indispensabili le norme sulla compartecipazione. Io dò a siffatta opinione il nome di "interpretazione estensiva dei Tatbestände". Essa dice: i Tatbestände legali sono da considerare in modo che ognuno il quale diventi causatore (Kausal Werden) della attuazione di un Tatbestand, agisca attuando il Tatbestand (Tatbestandmässig) e possa esser punito in quanto sia sufficiente la sua colpa (Schuld). Dunque il Tatbestand dell'omicidio "chi uccide un uomo...." sarebbe da considerare in tal modo che ognuno che causi la morte di un uomo agisca attuando il Tatbestand: chi diventa causatore per questo evento sia dolosamente o colposamente, è quindi da punire come autore doloso o colposo. Da questo punto di vista c'è bisogno delle norme sul mandato e sulla complicità solamente nel caso in cui si ritengano questi speciali modi di diventare causatore più o meno punibili. Le norme sul mandato e sulla complicità sono poi, ri_

guardo al Tatbestand relativo, una lex specialis fatta per il fine di una punizio
ne sia più mite,sia più grave di questi casi speciali; se queste norme non posso_
no essere applicate,applichiamo le norme genrali,cioè vediamo la qualità di auto_
re in ogni "diventare causatore colpevole" della attuazione di un Tatbestand. U_
na legge costruita su questa opinione dovrebbe punire non soltanto il mandatore e
la complicità dolosi,ma anche quelli colposi,che dovrebbero essere punitè come
qualità di autore colposa. Che questa conseguenza per il Codice Penale non sia
tratta anche da quelli che interpretano ~~ii significate~~ nel modo suddetto estensi_
vamente i Tatbestände,che invece la compartecipazione colposa ad un delitto dolo_
so sia ritenuta ~~generalmente~~ generalmente ~~impunibile~~ impunibile, si basa sola_
mente ~~sul~~ sul dogma della interruzione del nesso di causalità. Oggi non è più da
dimostrare che questo dogma scientifico non sia sostenibile. Si crede però che
il Cod. Penale accolga questo principio e lo sostenga de lege lata. Non è mio com
pito di esaminare se forse si legge più nella legge di quanto non vi sia effetti_
vamente contenuto/se si confonde l'intenzione del facitore della legge con la leg
ge stessa o se forse si ha bisogno di questa dottrina per evitare le, altrimenti
insostenibili, conseguenze del principio fondamentale stesso. In ogni caso non è
~~un~~ dubbio che i progetti non ne vogliono più saper nulla di questo dogma. Nel mo_
mento però in cui esso cade,non si può fare a meno di considerare autore chiunque
ponga ~~una~~ un condizione pel reato,sempre che non si delinei una partecipazione.
Anche la figuba del cosiddetto autore mediato si capisce da sè basandosi su que_
sta dottrina: in quanto è impossibile una punizione per mandato,vale il principio
comune che ogni causazione colpevole vuole punita come qualità di autore.
Questa interpretazione estensiva dei Tatbestände ha però una grande grave svantag
gio: distrugge precisamente i Tatbestände. Noi consideriamo i singoli Tatbestände
come un baluardo della sicurezza di diritto. Soltanto un comportamento che corri_
sponde al Tatbestand può essere punito: nullum crimen sine lege. Nel momento pe_
rò in cui estendiamo i Tatbestände in modo che comprendano ogni "diventare causa_

tore", i limiti della conformità al Tatbestand risultano talmente estesi che s a_ rebbe lo stesso abbandonarli pienamente. Se contemporaneamente ci si ~~fosse~~ pone dal punto di vista della teoria della causalità adeguata,si possono evitare al_ meno le conseguenze impossibili a sostenere. Dal punto di vista della teoria della equivalenza (l'unica filosoficamente sostenibile) i genitori dell'omicida, quando lo generavano già potevano agire conforme al Tatbestand nel senso del Tatbestand dell'omicidio: poichè essi divengono causatori per la morte dell'uc_ciso dal loro figlio. Basandoci su questa dottrina,dovremmo rinunziare ad una de limitazione oggettiva dell'illecito (Unrecht) penale,e talvolta non soltanto di esso:dalla questione se sia attuato il Tatbestand dipende spesso la questione della antigiuridicità. In questi casi non si potrebbe determinare oggettivamen_ te ciò che è illecito e ciò che non. Se il criterio,giudicando la attuazione del Tatbestand (Tatbestandsmässigkeit),è la causalità ,è possibile soltanto una delimitazione soggettiva mediante la colpa (Schuld). Questa delimitazione per mez_ zo della colpa (Schuld) nell'attuale sistema penale non è più sufficiente. Già nel campo della legittima difesa è desiderabile una limitazione oggettiva; lo stes so vale per i mezzi di difesa (Sicherungsmitteln) sia personali che reali. Nei perso_ nali potremmo prendere come criterio il dolo (Vorsatz) e la colposità (Fahrlässig keit) in senso psicologico,di cui sono capaci anche molti pazzi. Un simile mezzo ausiliario è stato già una volta tentato nel campo del diritto civile. Ciò è però molto discusso (Nota: Alexander: Comportamento penale del pazzo - pag: 56 e segg:) I processi psichici negli irresponsabili stanno troppo sotto l'influen_ za della loro malattia per poter derivare da essi la decisione importante se ci sia liceità o illiceità. Che si conclude nei casi in cui non c'è dolo (Vorsatz) in seguito ad un disturbo morboso,per es: ad una allucinazione o ad un indeboli_ mento della facoltà di discernimento in relazione al mondo esterno,come avviene nei bevitori? E il metodo di Alexander cioè di vedere se in un sano nelle stes_ se condizioni ci sarebbe dolo (Vorsatz) o colposità (Fahrlässigkeit) praticamente

è una finzione della specie meno accoglibile. La dottrina della interpretazione estensiva dei Tatbestände significa quindi nè più nè meno che una distruzione dell'intero sistema penale. Ci sono però anche altre non rilevanti difficoltà Anzitutto sembra essere adatta soltanto per i delitti di evento.

La distinzione tra delitti di evento e delitti di semplice azione è stata combattuta spesso come ingannevole. Così Von Liszt: Ogni delitto (ha) un evento nel senso di una trasformazione del mondo esterno. Il Mayer dice che almeno ogni delitto eccezion fatta per i puri delitti di omissione, si possa considerare come delitto di evento. Così perviene ad una relatività del concetto di evento (Allgemeiner Teil pag: 170 e segg:). Però non si può negare quesbo fatto: che ci siano delitti nei quali la trasformazione del mondo esterno, se di questo si vuol parlare, cessa contemporaneamente alla attività di autore; ed altri delitti in cui la trasformazione resta patente anche dopo questa attività. Non vedo la ragione perchè non si potrebbe chiamare i primi delitti di attività (Tätigkeitsdelikten), gli altri delitti di evento. (Erfolgsdelikten) Nei delitti di evento c'è per lo più un maggiore o minore intervallo di tempo fra il momento in cui cessa l'attività dell'autore e quello in cui avviene quella trasformazione del mondo esterno, che chiamiamo evento. Su questo fatto si basa la figura del tentativo compiuto (Beendeter Versuch) che non è ancora un delitto mancato (non riuscito). Due possibilità esistono per quegli che contribuisce alla realizzazione di questo evento: egli può inserirsi nella catena causale prima o durante l'azione dell'altro cooperatore (l'autore) o egli può agire dopo che l'attività dell'autore è cessata, cioè appunto in quel tempo in cui si presenta un tentativo compiuto. In tutti due i casi diventa causatore (Kausal Werdem) in relazione all'evento, ma soltanto nel primo caso anche in relazione all'azione, non nel secondo. Ora, non vi sarebbero difficoltà se in tutti i delitti di evento fosse da considerare soltanto l'evento. Spesso però devono essere considerati anche i mezzi coi quali fu realizzato l'evento

630

e fra questi mezzi è di nuovo il modo dell'azione che ha una grande importan_ za. Voglio accennare qui ai Tatbestände con mezzi legalmente definiti (Tatbe_ stand mit gesetzlich geschlossenen Mitteln) come li chiamava il Binding...Nel furto con scasso per es: si dovrebbe quindi particolarmente distinguere se uno è diventato causatore anche per lo scasso o soltanto per il furto. Il pri_ mo soltanto dovrebbe essere punito per furto con scasso,il secondo per furto semplice anche se il suo dolo (Vorsatz) comprendeva l'intero reato. Ciò porterebbe a conseguenze particolarmente sgradevoli in quei delitti d'evento nei quali il mezzo è più importante che non l'evento:per es: nella rapina. Chi non diventa causatore della violenza,ma soltanto della apprensione ai dan_ ni della persona resa incapace di difendersi potrà essere punito soltanto per furto:poichè per la rapina egli non era causatore. Già da questi esempi risulta che debbono mostrarsi i maggiori inconvenienti nella figura del coa_ utore (Mittäter). Noi siamo abituati,ed è dottrina dominante,ad attribuire al coautore l'intero delitto e la ragione è questa: che egli ha fatto proprio per mezzo del dolo (Vorsatz) comune,ciò che non ha fatto egli stesso. Se pe_ rò agisca attuando il Tatbestand solo colui che è causatore per l'evento,che attua Tatbestand,il coautore,per la parte (del Tat:) che non ha causata non agisce attuando il Tatbestand.

Più difficile ancora diviene la questione se consideriamo i puri delitti di attività,nei quali il"diventar causatore" può riferirsi soltanto all'azione stessa,poichè nello stesso momento in cui cessa l'attività dell'autore,cessa anche la trasformazione nel mondo esterno . Senza dubbio è possibile pensa_ re un evento sciolto dalla persona del causatore - un evento può essere cau_ sato anche in altro modo che mediante un'azione - non però un'azione. Essa è troppo intimamente legata alla persona che la fa.Quindi anche Beling nei de_ litti di semplice attività (Delitti formali) non ammette l'autore mediato e

631

"i delitti manu propria" di Binding coincidono essenzialmente coi delitti di attività della dottrina comune. La opinione che considera chiunque divenga causatore dell'azione come autore,cioè come esecutore di questa azione,avrebbe conseguenze insostenibili. A che determina B al coito con la sua (di A) figlia,dovrebbe essere punito per l'incesto. Per evitare questa conseguenza non si deve considerare l'azione di A scissa dalla persona di B,cioè non si deve dire che A ha compiuta l'azione,ma che ha causato l'azione di B. E con ciò avremmo capovolto il principio che ognuno che divenga causatore per l'attuazione di un Tatbestand vada considerato come autore: A non è autore,ma causatore del delitto altrui.

Dal già detto deriva anche la soluzione del problema molto discusso delle circostanze speciali dei compartecipi in relazione alla teoria della interpretazione estensiva dei Tatbestände. Queste circostanze sarebbero sempre da considerare soltanto nella persona di colui in cui esistono. Ciò porta nei puri delitti di evento spesse volte,e nei puri delitti di azione,invece raramente,ad un risultato possibile. Abbiamo addotto come caso evidente quello dell'incesto. Similmente non è soddisfacente il risultato anche in alcuni delitti di stato,di posizione (Standesdelikte):il portalettere che determina un privato a leggere una lettera indirizzata ad un altro o che presta a ciò soltanto il suo aiuto sarebbe da punire per violazione del segreto postale (Art: 142 della Legge del 1927). Il medico che determina sua moglie o le rende possibile svelare un segreto che ella ha sentito in un qualsiasi modo e che gli è stato affidato nell'esercizio della sua professione dovrebbe esser punito per violazione del segreto professionale del medico. Possono accrescersi gli esempi secondo il proprio gusto.

Si può addurre contro il principio della interpretazione estensiva dei Tatbestände finalmente ancora un argomento,a cui io non dò molta forza probante; ma che è preso sul serio dagli attuali nostri legislatori:cioè l'uso

di lingua (Sprachgebrach). Nessun profano capirà mai che sia un ladro con scasso (scassinatore) colui che fornisce soltanto gli strumenti o che sia un omicida colui che dà l'arma per uccidere.

Rivolgiamoci adesso alla seconda teoria: alla interpretazione restrittiva dei Tatbestände. Essa dice: i Tatbestände son fatti così che comprendono soltanto l'autore, non però l'azione del mandante e del complice. "Chi uccide un uomo" sarebbe da intendere così: "chi compie l'azione di uccisione di un uomo", e non "chi cagiona (veranlasst) o coadiuva l'azione di uccisione". Le azioni di mandato e di complicità, le azioni della zona esterna, sarebbero quindi azioni che non attuano il Tatbestand. Per questa mancanza di conformità al Tatbestand non potrebbero essere punite, se non esistessero speciali norme a rendere possibile la punibilità anche di tali azioni, norme che fanno sì che esse divengano attuatrici del Tatbestand (Tatbestandsmässig). Secondo questa opinione avremmo dunque bisogno delle norme sul mandato e sulla complicità per rendere punibile l'illiceità. Perciò queste norme possono giustamente chiamarsi: ragioni di estensione della punibilità, come le chiama il Mayer; meglio sarebbe la dizione: ragioni di estensione del Tatbestand, poichè, per mezzo di queste norme, viene esteso il Tatbestand speciale, che comprende solo le azioni di autore, anche ad azioni della zona esterna. Contemporaneamente si possono ritenere queste azioni della zona esterna più o meno punibili delle azioni di esecuzione; così le norme sul concorso hanno un duplice scopo: in primo luogo rendono possibile la punibilità di azioni illecite che altrimenti sarebbero impunite col farle attuatrici del Tatbestand; in secondo luogo commisurano alla diversa colpevolezza di queste azioni, diverse entità di pena. Questa teoria ha il grande vantaggio di fronte all'altra, che rende possibile in modo semplice una restrizione oggettiva della causalità sproporzionatamente estesa dalla teoria dell'equivalenza: non ogni "diventare causatore" in relazione alla morte di un altro, è omicidio, ma soltanto quella situazione cau-

sale che attua il Tatbestand, cioè la commissione di una azione di uccisione? Contro ciò si è detto: ma che cosa è un'azione di uccisione? Si dovrebbe, per definirla, cercare rifugio nell'uso della lingua parlata e ciò renderebbe impossibile ogni criterio fisso. Questa obbiezione mi sembra errata: anche se non solo ogni profano, ma anche ogni giurista non fosse in grado di distinguere precisamente nel singolo caso pratico, questa obbiezione non sarebbe convincente. Fin quando vi saranno concetti - ed ogni elemento del Tatbestand è un concetto - sarà difficile sussumere fatti sotto questi concetti. E' inoltre strano che si faccia questa obbiezione soltanto nei delitti di evento nonostante che la situazione nei delitti di semplice azione sia pienamente identica. A chi abbia la convinzione che, secondo le formule delle varie teorie della causalità adeguata, il dolo singolo potrebbe essere giudicato più precisamente, non posso togliere questa opinione; credo però che sia più facile constatare se una azione è o può essere un'azione di uccisione anzichè se sia o possa essere una adeguata azione causale per la morte di un uomo. Dal punto divista della teoria che considera le norme della compartecipazione come ragioni di estensione del Tatbestand non è possibile punire anche il mandato o la complicità colposi, nei casi che la legge punisca soltanto la compartecipazione dolosa: invero le azioni di compartecipazione conformi al Tatbestand sono soltanto in seguito alle norme sulla compartecipazione. Se A determina B a sparare un colpo di fucile e tutti due colposamente non prevedono che il colpo ferirà un uomo, è impossibile punire A come autore della uccisione colposa; la sua azione nel senso dello speciale Tatbestand dell'omicidio non attua il Tatbestand. Attua il Tatbestand solamente come azione della zona esterna in seguito alle norme della legge sulla compartecipazione.

Non si deve interpretare diversamente il Tatbestand secondo la situazione soggetpiva dei compartecipi.

Ciò che non è azione di esecuzione (Ausführungshandlung) se tutti due agiscono dolosamente, non può diventarlo se tutti due agiscono colposamente.

Lo stesso vale per l'autore mediato. Anche qui si attribuisce nella teoria semplicemente una interpretazione estensiva del Tatbestande per il caso che all'autore immediato non si possa attribuire una commissione dolosa. A ha determinato B a sparare su X: agiscono tutti due con dolus: noi diciamo che l'azione di B è azione di esecuzione che attua il Tatbestand nel senso del Tatbestand speciale dell'uccisione. L'azione di A però attua (è tatbestandmässig) il Tatbestand soltanto come azione della zona esterna, e in seguito alle norme legali sul mandato. Se non esistessero tali norme sarebbe addirittura impunibile per mancanza di attuazione del Tatbestand. E se B, l'autore immediato, per caso è un irresponsabile o si trova in errore nella commissione della sua azione, in questo caso dovrebbe essere punito A come autore, nonostante che il fatto oggettivamente sia identico? E' forse divenuta l'azione di A per la mancanza del dolo di B ad un tratto, una azione che attua il Tatbestand, un'azione cioè della zona interna del Tatbestand stesso? La pretesa di designare la azione di A come attuatrice del Tatbestand o come non attuatrice dello stesso, secondo la situazione soggettiva di B mi sembra strana. Come si perviene in generale alla figura dell'autore mediato?

Abbiamo già visto che nei delitti di evento, spesse volte, tra il momento in cui l'autore cessa di agire e il momento in cui si presenta l'evento, è compreso un certo intervallo. Entro questo intervallo si sviluppa regolarmente la serie causale che parte dall'azione dell'autore e perviene all'evento. Cade in questo intervallo di tempo una serie di avvenimenti. La loro presenza non ci inibisce, però in nessun modo di conside-

rare l'azione dell'autore come attuatrice del Tatbestand nel senso del rispettivo Tatbestand speciale. Quindi non è da considerare azione di uccisione, se A vuole uccidere B, che egli A faccia saltare la casa mediante una bomba fornita di una miccia che può bruciare un'ora o anche più. Ma è azione di uccisione il fatto di accendere la miccia. Se questi avvenimenti intermedii sono movimenti di animali, ciò non cambia niente. Es: A ruba una cosa di proprietà di B valendosi di un cane ammaestrato, o di una gazza domata. Tuttavia l'azione di A la consideriamo come azione di sottrazione del possesso. La ragione è che questi avvenimenti intermedii non sono valutati giuridicamente. Mettiamo al posto del cane o della gazza un uomo di ~~non~~ B istigato da A a portargli queste cose di X: senz'altro solo l'azione di B apparirà come azione di sottrazione ~~del~~ (azione di impossessamento) dal possesso e l'azione di A soltanto come determinazione a questa sottrazione. Ora esiste un'opinione largamente diffusa basantesi sulla "teoria dell'imperativo" (Imperativentheorie), la quale dice che l'azione di un pazzo o in genere di un irresponsabile è un nihil giuridico o, almeno, un nihil penale. L'azione di un pazzo, si crede, è equivalente per l'ordinamento giuridico al movimento di un animale. Il compimento di un evento conforme al Tatbestand, per mezzo di un pazzo, è stata sempre il caso tipico dell'autore mediato. Se si considera effettivamente l'azione di un pazzo come un nihil penale è naturale che l'azione del mandante vada considerata l'azione propria di autore, cioè l'azione che attua il Tatbestand della uccisione o della appropriazione. E' strano che oggi ancora si debba dimostrare che l'azione di un pazzo non è nè un nihil penale, nè un nihil giuridico. Anche se non si considera il diritto civile, in cui sarebbe veramente strano far sorgere pretese di risarcimento di danno su di un nihil giuridico, sarebbe sufficiente uno sguardo ai Progetti di Cod. Penale (Capitoli sulle misure di sicurezza) per dimostrare il contrario. Ma già dal punto di vista del ~~delitto~~ diritto attuale la com-

.....

battuta opinione è insostenibile:contro un nihil giuridico non si potreb be ammettere la legittima difesa; il non impedire un nihil giuridico (ar t:212 Cod. pen. austriaco) non potrebb'essere un delitto; per un nihil giuridico non si comincerebbe alcun processo. Se noi consideriamo,però, anche l'azione di un pazzo come azione vera quando essa è tale,e questo è per lo più il caso; se la consideriamo come un fatto giuridicamente va_ lutabile e quindi anche sussumibile sotto i Tatbestände, non è possibile considerare l'azione di colui,che determina un pazzo a fare qualcosa, come azione di autore,dobbiamo piuttosto riconoscervi una azione di man_ dato,perfettamente come nel caso in cui si tratti di una mandatario men_ talmente sano. Soltanto se l'attività del pazzo non potesse essere ad_ dirittura considerata una azione,cioè un'attività volontaria,ma fosse sol tanto un movimento riflesso,solo in tal caso potremmo considerare autore colui che avesse causato in un pazzo tale movimento riflesso. A questi casi dovrebbe essere limitata la figura dell'autore mediato. Almeno pel momento perchè se perveniamo alla opinione (che Alexander ritiene neces_ saria) dimisurare,anche i semplici movimenti riflessi dei pazzi in base ad un criterio di ordine giuridico dovremo anche per questa via cambiare opinione. E' da accennare ancora che in tutti questi meglio si parlerebbe di qualità di autore che non di qualità di autore mediato:poichè essi in niente si distinguono dagli altri casi in cui c'è la figura dell'autore. Questo potrebbe essere il processo di formazione del concetto dell'auto_ re mediato. Esso ha mostrato,specie nella dottrina tedesca,parecchi erro_ ri.La causa è da ricercare nella natura strettamente accessoria della com partecipazione nel diritto tedesco attuale e nella necessità da essa ri_ sultante di un ripiego pei casi che altrimenti sarebbero impunibili. Ri_ cordo soltanto la figura dello strumento doloso e il fatto che anche il mandato doloso (Vorsätzlich) all'azione di uno che agisce colposamente

637

(Fahrlässig) è ritenuto un caso di autore mediato:qui però nessuno può dire che l'azionee colposa sia un nihil penale. Per il problema delle circostanze speciali dei compartecipi nulla possiamo ricavare dalla teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände. Dunque si può risolvere questa questione partendo dall'ora detto principio,nello stesso modo come si può risolverla partendo dal principio contrario. Se ciò si vuol fare (risoluzione dal punto di vista restrittivo) e ciò non sarà consigliabile in base agli inconvenienti suddetti - dipende dal come si concepisce il problema della accessorietà.

Il modo di porre la questione in questo problema è parimenti influenzato dai principii teorici che eventualmente si abbiano. Stando sul terreno della interpretazione estensiva dei Tatbestände si deve domandare in quali circostanze sarebbe adatta una punizione diversa da quella che ha da aspettarsi l'autore . Ogni "diventare causatore" che non è punibile sotto il punto di vista della compartecipazione dovrebbe essere punito come autore,come sopra si è esposto. In base alla teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände il problema della accessorietà è così concepito: in quali circostanze un comportamento (Verhalten) che non attua alcun Tatbestand speciale,ma sta in relazione causale con la attuazione di un tale Tatbestand può essere considerato Tabbestandsmässig,così da renderne possibile la punizione? Si può risolvere la questione in base all'altra teoria similmente come partendo dalla prima. Si può staccare pienamente la azione di compartecipazione dal fatto principale e considerarla per così dire come un delitto sui generis. Questa formula avrebbe però di fronte al secondo principio un aspetto artificioso:ciò che primariamente è punibile secondo questo principio è l'azione che attua il Tatbestand; se noi vogliamo tuttavia punire una azione che non si lascia comprendere in un Tatbestand speciale,ciò non avviene per l'azione in sè,ma perchè essa ha relazione con una azione che attua un Tatbestand. Se A dà a B un'arma da

fuoco questo non è un fatto che l'ordinamento giuridico avrebbe ragione di impedire; ciò che può rendere punibile questa azione è appunto la relazione con una azione che attua il Tatbestand:in quanto questa dazione ci si presenti come una coadiuvazione ad una azione di uccisione o di lesione e sia quindi da punire. Una certa dipendenza dal fatto principale è quindi chiara. Soltanto è controverso quanto valga debba o possa valere questa dipendenza. Si potrebbe in primo luogo concepire la accessorietà soltanto nel senso che dovrebbe essere realizzato sia totalmente sia parzialmente un fatto principale antigiuridico per poter punire i compartecipi,dato che siano colpevoli. Sarebbe sufficiente quindi quanto al fatto principale una illiceità civile purchè il partecipe commetta un illecito tatbestandsmässig. Questa soluzione credo poterla respingere senz'altro. La ragione più importante per questa confutazione la vedo nel fatto che la illiceità che attua un Tatbestand regolarmente è la più pericolosa. Invero soltanto perciò certe parti dell'illecità il legislatore le ha configurate come Tatbestände e rese punibili,perchè le vuole in particolar modo evitate e trova in sufficiente una reazione coi mezzi del diritto civile. Non è necessario si tratti del più grave illecito. Anche per minori violazioni di beni giuridici può essere statuita una difesa per mezzo della pena,può darsi per il fatto che altrimenti diventerebbero molto facilmente una consuetudine generale, ciò che potrebbe essere molto sgradevole se non pernicioso. Si pensi ai delitti di polizia o simili piccole contravvenzioni. Così perveniamo alla seconda costruzione possibile: come fatto principale è da richiedere una azione antigiuridica che attua un Tatbestand. Questa concezione hanno essenzialmente il Codice Penale Austriaco vigente e i Progetti. In Germania essa è la opinione comunemente approvata de lege ferenda. La sua formulazione precisa deriva da Beling e Mayer. Questi parla in proposito di una natura limitatamente accessoria della compartecipazione. La terza costruzione possibile richiederebbe una azione principale antigiuridica che attui il

638

Tatbestand e che sia colpevole come appunto richiede il Codice Penale Tedesco. Che si scelga la seconda o la terza costruzione dipende dal fatto se si considera la compartecipazione come prender parte al fatto di un altro (Beteiligung) ~~oppure~~ oppure come compartecipazione con colpa (Mitschuld). La opinione della Mitschuld oggi è generalmente respinta come insufficiente: tuttavia non è tanto errata come può sembrare a prima vista. Il compartecipe ad un fatto colpevole (SchuldhaftemTat) infatti, può essere considerato, caeteris paribus, più condannevole che non il compartecipe ad un fatto senza colpa. Il particolare bene giuridico che è compito della legge penale di proteggere, di regola sarà ugualmente leso mediante un attacco senza colpa come mediante un attacco colpevole. Chi però le norme giuridiche non le considera soltanto come "norme di valutazione" (Bewertungsnormen), ma, se pure secondariamente, come "norme di determinazione" (Bestimmungsnormen), troverà, già in relazione all'illiceità, una differenza tra violazione non colpevole e violazione colpevole di beni giuridici; la prima è soltanto una illegalità nel senso di una discrepanza fra il fatto reale e le norme giuridiche; la seconda è anche una disobbedienza. Infatti da un fatto colpevole non è soltanto colpito il bene giuridico contro cui il fatto è diretto, ma anche è scossa la fiducia della popolazione sul potere cogente delle norme dello Stato, e ciò corrispondentemente alla gravità della colpa. Nel fatto colpevole la volontà dell'individuo insorge contro la volontà della comunità. Si può quindi designare la colpa stessa come un elemento secondario della illiceità. Ciò ha minore influenza sulla compartecipe. Però non ritengo tanto importante la differenza nella colpa del compartecipe che si debba punire soltanto la compartecipazione ad un fatto colpevole (Schuldhaft).

Tuttavia si potrebbe tener conto di questa sfumatura di colpa per mezzo di una speciale commisurazione della pena., sarebbe possibile ancora una quarta costruzione, cioè richiedere un fatto principale punibile in concre-

to. Poichè la dottrina attuale già dalla terza costruzione non ne vuole_ per niente, la quarta non è affatto da considerare. In suo favore non si può addurre proprio niente. Dunque si dovrà restare nell'opinione della natura limitatamente accessoria della compartecipazione. Se il fatto antigiuridico che attua un Tatbestand è la base per la punizione dei com_ partecipi, poichè noi appunto la cooperazione alla commissione di un tale fatto rifiutiamo, ne deriva automaticamente che ai compartecipi sono da at_ tribuire tutte quelle circostanze che stanno in relazione con la illicei_ tà del fatto, cioè appunto con la antigiuridicità e la Tatbestandsmässig_ keit. Circostanze invece che si riferiscono solamente alla colpa (Schuld) o alla pericolosità (Gefährlichkeit) agiscono soltanto in relazione perso_ nale così come appunto la colpa e la pericolosità sono qualcosa di pura_ mente personale. Una eccezione soffre quest'ultima tesi soltanto per la opinione suddetta della colpa come elemento secondario della illiceità. Se una legge non dice in generale che il compartecipe ad un fatto colpevole (Schuldhaft) sia da giudicare più severamente del compartecipe ad un fat_ to non colpevole, si possono anche nel singolo caso non prendere in consi_ derazione circostanze inerenti alla colpa in un modo che influisce sulla pena del partecipe, se queste circostanze sono presenti soltanto nella per_ sona dello autore. Con ciò è risolta in maniera sostanziale una parte del problema delle circostanze speciali dei compartecipi?. Il resto si ri_ solve mediante il seguente ragionamento. Abbiamo già visto che le azioni di compartecipazione sono punibili soltanto per la loro relazione con un fatto principale che attua un Tatbestand e che sarebbero, senza questa re_ lazione, innocui. Ci sono però casi nei quali non c'è un fatto principa_ le che attui un Tatbestand, ma tuttavia esiste la necessità di punire i com_ partecipi. E lo possiamo spiegare nel seguente modo: qualche volta il le_ gislatore trascura di tipizzare un certo comportamento antigiuridico in

uno o più Tatbestände, non perchè gli sembri meno pericolosa o meno ripro_ vandà questa specie di illecito, ma per ragioni che non hanno alcuna rela_ zione con l'illecito, bensì solamente hanno importanza per la colpa (Schuld) personale o la pericolosità o per ragioni che derivano da considerazioni penali o extrapenali. Quindi non si fa un Tatbestand ~~poichè~~ perchè, per ra_ gioni non connesse alla illiceità, una punizione dell'autore non è voluta. Un chiaro esempio ce lo offre il suicidio. Indubbiamente esso è antigiu_ ridico. La ~~considerazione~~ configurazione di esso in un Tatbestand non si è fatta poichè si ritiene che ognuno che si decida a questo passo si tro_ vi o in una specie di necessità (Notstand) o in uno stato di perturbatio mentis e che quindi non si possa attribuire molta efficacia ad una sanzio_ ne penale. La entità dell'illecito nel suicidio non è molto diversa da quella dell'omicidio del consenziente? Si tratta qui sempre di ragioni di impunibilità inerenti alla persona dell'autore, che quindi non devono es_ sere efficaci per i compartecipi. Poichè, però, il fatto principale non at_ tua un Tatbestand, salvaguardando il principio della natura limitatamente accessoria della compartecipazione, si deve qui ~~ricorrere~~ ricorrere ad un formale delictum sui generis. Se si respinge, come noi abbiamo riconosciu_ to necessario, in logica applicazione della teoria della interpretazione restrittiva dei Tatbestände, la figura dell'autore mediato, anche in un se_ condo gruppo di casi diventa necessario la costituzione di un delictum sui generis. ~~Non~~ Generalmente la figura del mandato o della complicità condurrà a risultati giusti se alcuno attui il Tatbestand di un reato per mezzo di un inconsapevole (der Unwissende). Tale figura però non è suffi_ ciente nei casi in cui colui che agisce immediatamente è contemporaneamen_ te l'offeso del reato (caso di chi distrugge la propria cosa). Qui, contra_ riamente a tutti gli altri casi, la differenza fra la compartecipazione ad un fatto di un consapevole e la compartecipazione al fatto di un inconsa_

pevole è tanto grande che dev'essere penalmente riguardato. Il più chia_ ro esempio è il suicidio. Mentre generalmente,anche secondo la dottrina comune,non c'è differenza nella punibilità di A se egli induce B che agi_ sce a sua volta dolosamente o se induce C versante in errore su ciò che fa, ad uccidere X; la cosa è pienamente diversa 1°) se A presta ad Y,che vuo_ le suicidarsi,l'arma necessaria o 2°) se A induce Z,che non pensa affatto a morire,a scaricare contro sè stesso un'arma supposta scarica. Solamen_ te la prima ipotesi può essere considerata partecipazione al suicidio,la altra è da parificare ad un omicidio. Per avere raggiungere lo stesso tr trattamento di tutti i due casi occorre un delictum sui generis. In quan_ to si tratti di lesione patrimoniale abbiamo un tale delitto nel Tatbestand della frode. In quanto si tratti di attentato alla integrità fisica o al_ la vita,dovrebbe tale delitto essere creato. Quale è però la ragione del la valutazione diversa di quei casi in cui uno si serve della stessa vit_ tima inconsapevole? E' da ricercare,come già possiamo dedurre dai risul_ tati,nel campo della illiceità. Suicidio e uccidione del consenziente differiscono dalla uccisione del non consenziente già oggettivamente per il minore contenuto di illiceità (Unrechtsgehalt). La vita del singolo individuo è protetta sia per sè stessa,sia in riguardo alla comunità. Il primo momento scompare se il singolo vuole altrimenti. In seguito al consenso abbiamo quindi una minore violazione dei beni giuridici. Il con_ senso però è soggettivo,è un fatto psichico. In un certo senso abbiamo qui un elemento soggettivo di illiceità (Unrechtselement). E percio qui una fattispecie (Sachverhalt) oggettivamente uguale è da giudicare di_ versamente secondo la situazione psichica di chi,vi prenda parte. (Nota: Dobbiamo dire con chiarezza che ciò è possibile soltanto se la situazio_ ne psichica di un compartecipe ha importanza non solo per la colpa,ma per l'illiceità). Noi abbiamo qui uno dei rari casi in cui una

azione considerata sotto il punto di vista della compartecipazione, non potrebbe essere trattata secondo la sua ~~pessibilità~~ punibilità (Straf_ wurdigkeit). In siffatti casi la creazione di un delitto sui generis è l'unica via d'uscita giusta nel senso della sistematica penale.

==========

==========

======

==

====

ASSR ASSR ASSR ASSR

AMMINISTRAZIONE DELLA PROVINCIA DI BARI

644

Bibliografia
e Materiali
preparati

MOLFETTA
Scuola Tipografica per Sordomuti
Istituto Provinciale Apicella

ASSR Archivio storico della Scuola Repubblica

— Bibliografia per la tesi —

La tariffa doganale [illegible] e la legge del valore [illegible]

Lehmann

Zurechnungsfähigkeit = Imputabilità -

Binding teoria [illegible] per esprimere [illegible]

Kelsen

9 luglio 1934

Causalità - normale concorrenza di due fatti

da [illegible] dall'esperienza [illegible] Carnelutti

Vannini: Le Condizioni estrinseche di punibilità nella Struttura del reato - "Studi Senesi" Vol. 43 -

Roma 18
Bari 20
Consultate 7 – In corsivo 98 –

Bari 6 Luglio 934

§ Manifestazione di volontà. Willensbetätigung
§ Dichiarazione " " . Willenserklärung

« Il concorso al reato richiede che due o più individui vogliano un dato e medesimo reato e facciano opera perchè ogni di attui nel dominio del fatto. »

Segue –

1)	von Bonnin	Der bindende rechtswidrige Befehl (L'ordine illegittimo vincolante)	Breslau 1926	pag. 89, 90	Bettiol	I
2	Longhi	Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale.	Milano 1930	pag. 149 e segg.	Bettiol	
3	Antolisei	L'azione e l'evento nel reato	Milano 1928	pag. 102 e segg. V-P.G.	Bettiol	Bari
4	von Bar	Gesetz und Schuld im Strafrecht (Diritto e dovere nel diritto penale)	Berlino 1909 – II. ed.	pag. 658	Bettiol	Roma
5	Battaglini	Sull'azione civile per risarcimento di danno contro l'imputato assolto per totale infermità di mente.	In "Studi per P.P. Zanzucchi" – II-E-14 Milano 1928	pag. 384 N. 1	Bettiol	Bari
6	Battenberg	Das auf Befehl begangene Verbrechen (Il reato commesso per comando)	Breslau 1916		Bettiol	I
7	Beling	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern	Vol. 4 p. – 73		Von Liszt	
8	Beling	Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. (Metodica della legislazione e specialmente della legislazione penale)	Berlino 1922	pag. 98, 99	Bettiol	
9	Beling	Die Lehre vom Tatbestand (La dottrina della fattispecie)	Tübingen 1930	pag. 11, 12	Bettiol	

10	Beling	Grundzüge des Strafrecht (Lineamenti fondamentali del Dir. Penale)	Tübingen 1930	V-H-20	Bettiol	Bari –
11	Beling	Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen. (Per la dottrina dell'esecuzione di azioni punibili)	in Zeitschrift für die g. Straf. W. Vol 28 pag 589, 611		Bettiol	Roma =
12	Beling Eug	Die Lehre vom Verbrechen (La dottrina del reato)	Tübingen 1906	pag. 236, 237	Bettiol	
13	G. Bettiol	Sul tentativo di partecipazione delittuosa	"Annali"	1932 N. 1	id.	Bari –
14	G. Bettiol	I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone in un reato secondo il nuovo codice.	"Archivio Giuridico"	1931 Vol. CV fasc. 2	id.	Bari –
15	G. Bettiol	Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa. → Sul numero di più persone nei delitti colposi (Riv. It. Dir. Pen. 1930 pag. 89)	"Riv. It. di Dir. Penale"	1930 N° 5		Bari –
15 bis	G. Bettiol					Bari –
16	Binding Karl	Die Normen und ihre Uebertretung (Le norme e la loro violazione)	Leipzig 1916	V C - 12, 4, 6 -	id.	Bari –
17	Binding	Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen (Trattato di dir. penale e di diritto processuale penale) Il cap è lo studio seguente: "Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter,	München 1915	Vol. I: pag. 283	id.	

		der Verursacher, der Gehilfe / Le tre principali figure di soggetti delittuosi: l'autore il cagizzatore, l'ausiliatore/.				
17bis	Binding	Lehrbuch des Strafrechts				
18	Birkmeyer	Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen (La dottrina della partecipazione al reato)	München	1890 pag. 157, 167	Bettol.	I Roma-Roma
19	Borchert	Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter		1888	Graetzer.	I
20	Bruny	Kritik der Lehre vom Tatbestand (Critica della dottrina della fattispecie)	Bonn - Köln	1932 pag. 63 ol.	Bettol	
21	von Calker	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht (La responsabilità giuridica penale per atti compiuti dietro comando, specialmente in relazione al diritto penale militare)	München	1891 pag. 22	Bettiol.	
22	Carnelutti	Teoria generale del reato			id.	Bari-Emersialy
23	Carnelutti	Il danno e il reato			id.	
24	Cohn Max	Wie scheiden sich Mittäterschaft und	Heidelberger Dissertation	1904	Von Liszt	

		Beihilfe ?			
25	Dahm	Täterschaft und Teilnahme im deutschen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch - (Autore e compartecipazione nel progetto definitivo di un codice penale unico tedesco)	Breslau 1927 pag. 96, 97	Bettiol	T
26	Daniel	Mittäterschaft, gemeinschaftliche Begehung und Begehung mit vereinten Kräften -	(Münchner Dissertation) 1910	Von Liszt	
27	Delitala Giacomo	Il fatto nella teoria generale del reato	Padova 1930 pag. 27 e segg. V-D-39	Bettiol	Bari
28	Delitala	Le dottrine generali del reato	in "Osservazioni intorno al progetto preliminare di un nuovo Codice Penale pubblicato dall' Università Cattolica. Milano 1928 pag. 11 e segg.	Bettiol	Bari - V-K 23
29	Drost	Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem Künftigen Strafgesetzbuch (Istigazione e autore mediato nel Cod. Pen. futuro).	in "Zeitschrift - Vol. 51 - II H - pag. 359	Bettiol. Bettiol.	Roma =
30	Eichmann	Lehrbuch des Kirchenrechts (Insegnamenti di diritto canonico)	Paderborn 1921 - II vol. III auf. p. 465	Bettiol	

31		Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen ( )	Volumi: 6°, 26°, 28° e 31°	Graetzer	
32	Finger	Lehrbuch des Strafrechts	1904	Graetzer.	T
33	Flegenheimer	Das Problem des Dolosen Werkzeugs (Il problema dello strumento doloso)	Breslau 1913	Bettid.	T
34	Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich	1903 V-H-28	Graetzer	Berl
35	Friedemann	Der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe.	Heidelberger Dissertation 1905	Von Liszt	
36	Girgineff	Der bindende Befehl im Strafrecht (L'ordine vincolante nel diritto penale)	Borne-Leipzig 1904 pag. 108	Bettid.	
37	Glaser	Kleine Schriften aus dem Strafrecht und Strafprozess	1883	Graetzer	
38	Goetz	Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe	Beling-Heft 115 - 1911 im Anschluss an Liming	Von Liszt	
39	Graetzer	Mittelbare Täterschaft ...		Bettid.	Roma =
40	Grispigni	Corso di Diritto penale		Bettid.	Roma
41	Hälschner	Das Gemeine deutsche Strafrecht	1927	Graetzer.	
42	Hegler	Die Merkmale des Verbrechens (I contrassegni del reato)	in Zeitschrift - Vol. 36 pag. 215 u. 110	Bettid	Roma

43	Hegler	Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln des Mittelsperson (Autore mediato con azione lecita dello intermediario)	in "Festgabe für Richard Schmitt" Leipzig 1932 pag. 71 e segg.	Bettiol.
44	Hegler	Zum Wesen der Mittelbaren Täterschaft (Sull'essenza dell'autore mediato)	in "Festgabe der juristischen Fakultäten Zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts" - Berlin. 1929 * V Band. pag. 306	Bettiol.
45	Hegler	Subjektive Rechtswidrigkeitmomente (I momenti soggettivi dell'illicità)	in "Festgabe für Frank" - Editore Paul Siebeck - Tübingen - (I vol. pag. 319, 320)	Bettiol.
46	von Helldorff	Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung Zum Falscheid (L'autore mediato e la subornazione per falso)	Halle Dissertation - 1895	Graetzer. Von Liszt.
47	Hergt	Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen (La dottrina della partecipazione al reato)	Heidelberg 1909 pag. 135	Bettiol.
48	Hermey	Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.	Berliner Dissertation 1898	Graetzer. I

49	Hippel	Deutsches Strafrecht II vol.	Berlino 1930 pag. 482	Bettiol	Bari -
50	Hegel	Akzessorische Natur der Teilnahme	in "Zeitschrift" vol. 57	Bettiol	Roma =
51	Igel	Die Nebentäterschaft	Rostocker Dissertation 1910	Von Liszt	
52	Kelsen	Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemi fondamentali di diritto pubblico)	Tübingen 1923 pag. 189, 190	Bettiol	Bari -
53	Knoller	Die Begehung strafbarer Handlungen durch Benutzung von Organen der Strafrechtspflege zu Amtshandlungen gegen einen Unschuldigen (La commissione di azioni punibili mediante l'uso di organi della una dei diritti pubblici in atti di ufficio contro un innocente)	Breslau 1931 pag. 104-105	Bettiol	
54 x	Kohler	Studien aus dem Strafrecht	1890 vol. I.	Graetzer	
55	Lenz	Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung	1897	Graetzer	
56	Liszt	Die falsche Aussage	1877	Graetzer	
57	~~Liszt~~ Liszt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts	1914 V - 26 Bari - Vol. 1932 V - E - 26	Graetzer	Roma =
58	Liszt - Schmidt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts	Berlino 1932 25 Aufl. pag. 319	Bettiol	Bari
59	Löning	Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafr.		Graetzer	
52 bis	Köhler August	Deutsches Strafrecht	1917	V-H-18	Bari

60	Löning Richard	Die strafrechtliche Haftung des Verantwortlichen Redakteurs	28 - B 5 In "Festgabe für Rudolf von Gneist"	Graetzer	Roma =
61	Majer	Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft	Heidelberger Dissertation 1905	Graetzer	
62	Mayer	Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (La parte generale del Diritto Penale)	Editore: Karl Winter - Heidelberg 1928 pag. 375	Bettiol	Roma V-H-16
63	Mazzari	Il momento esecutivo del reato	Pisa 1924 pag. 35 e 207 n.1 V-D-20	Bettiol	Roma
64	Merkel	Grundriss des Strafrechts (Compendio di Diritto Penale)	Bonn 1927	Bettiol	Roma
65	Merkel	Lehrbuch des deutschen Strafrechts	1889 1912 17-A-20 V-H-21	Graetzer	Roma = Roma
66	Meyer	Die Lehre von Verbrechen und Strafe Lehrbuch " " "		Graetzer	
67	Mezger	Strafrecht	München 1931	Bettiol	Roma
68	Mezger	Mittelbare Täterschaft und	In "Zeitschrift" Vol. 52 - pg. 4 -	Bettiol	Roma =
69	Mittermeier	Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung der Hypnotismus im Strafrecht	1892	Bettiol Graetzer	Roma =
70	Nagler	Die Teilnahme am Sonderverbrechen (La partecipazione al reato speciale)	Leipzig 1903 pag. 115	Bettiol	
71	Nowak	Nebentäterschaft, Quasitäterschaft	Münsterische Dissertation 1911	Von Lust	
72	Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch	1927 V-H-13.4	Graetzer	Roma = Roma

73	Oppenhoff-Delius	Kommentar zum Strafgesetzbuch		Graetzer.	
74	Petri	Die mittelbare Täterschaft	(Beling - Heft 125) 1911	Von Liszt.	
75	Pitkin	Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähigen (La partecipazione al reato dell'irresponsabile)	Leipzig 1920 pag. 86	Bettiol.	
76	Riesenfeld	Wie scheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe?	Rostocker Dissertation 1902	Von Liszt	
77	Rittler	Lehrbuch des österreichischer Strafrecht (Trattato di diritto penale austriaco)	Wien 1933 pag. 218, 219	Bettiol.	
78	Rocco	L'oggetto del reato			Bari -
79	Rudorff-Stenglein	Kommentar zum Strafgesetzbuch		Graetzer.	T
80	Schmidt Eberhard	Die mittelbare Täterschaft (L'autore mediato)	in "Festgabe für Frank" Edit. Gulfelder Tübingen 1930 II° volume	Bettiol.	
81	Schultze	Die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen		Graetzer	
82	Schütze	Lehrbuch des D. Strafr.	1874	Graetzer.	
83	Stock	Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen (Sviluppo ed essenza dei reati di ufficio)	Leipzig 1932 pag. 264	Bettiol.	Roma
84	Sülflohn	Der Befehl im Strafrecht (L'ordine nel diritto penale)	Thorn 1910 pag. 1, 2	Bettiol	

85	Suhr	Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe de lege ferenda.	Göttinger Dissertation 1918	Von Liszt	
86	Temme	Lehrbuch des D. Strafr.		Graetzer	I
87	Thon	Rechtsnorm und subjektives Recht (Norma giuridica e diritto soggettivo)	Weimar 1878 pag. 71, 107	Bettiol.	
88	Tosetti	Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht zwölfjähriger Personen.	Leipziger Dissertation 1908	Von Liszt	
89	Vannini	Concett. e contenuto dell' illecito penale	in "Studi Senesi" 1932 fas. 1, 2 pag. 105	Bettiol.	Bari
90	Wachenfeld	Mittelbare Täterschaft und dolos Werkzeug (Autore mediato e strumento doloso)	in "Zeitschrift" vol. 40 (pag. 30 - 129 - 321 e segg.)	Bettiol.	Roma
91	Wachenfeld	Kritik über die unter 5/zitierte Schrift von Calkery in der Kritischen Vierteljahrsschrift	Vol. 34	Graetzer.	
92	Wolf Erik	Die Typen der Tatbestandmäßigkeit (Caratteri della tipicità dell fattispecie)	Breslau 1931 pag. 32 - 33	Bettiol.	
93	Zimmerl	Aufbau des Strafrechtssystems (costruzione di un sistema di diritto pen	Tübingen 1930 pag. 51	Bettiol.	
94	Zimmerl	Grundsätzliches zur Teilnahmelehre.	in "Zeitschrift" Vol. 49 anno 1929 pag. 45	Bettiol.	

95	Mittermaier	Gutachten über §300 R. St. G. B. (Parere sopra l'art. 300 del Cod. Penale Tedesco)	in Zeitschrift. Annata 1901 da pag. 196 a 258 –		Roma
96	Höpfner	Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft	in Zeitschrift. Annata 1902 –		Roma
97	S. Sighele	La teoria positiva della complicità	Torino 1894	1 Vol.	
98	Salvatori Giuf.	Le basi della nuova legislaz. penale	" 1920 V fp. II - 102		Bari
99		Scritti germanici di diritto criminale.	1851 V - H - 6,7		Bari
100	Brusa	Le. Saggio di una dottrina generale del reato.	Torino 1884		Bari
101	Cesarino	Il silenzio e l'omissione nella teoria degli eventi giuridici.	in Studi in onore di Cammeo vol. II		Bari.
102	Vannini	Uno studio sull art. 116	in Riv. di Dir. Penitenziario 1931		Bari.
103	Gristigni	Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato	in Scuola Positiva. 1911 - gen. feb.		Bari.
104	Impallomeni	Il Cod. Pen. Italiano illustrato	Firenze 1890		

105	Castori	Concorso di più persone in uno stesso reato.
106	Esposito	Lineamenti di una teoria del diritto.
	O. Vannini	Responsabilità senza colpa nel Dir. Penale
	O. Vannini	Per una più vasta nozione della azione, oltre la colpa
	O. Vannini	Lineamenti di Diritto Penale.
	Wolfgang Röhricht	Die rechtliche Natur der Anstiftung Breslau 1915

"Trattato" del Coglielo - Milano 1889 -
Vol. I° parte 3ª

in "Rivista Penale. XCIV 401, 501 —

in "Rivista Penale. XCIX 213, 341 —
Firenze 1932 pag. 704

In Strafrechtliche Abhandlungen
Heft 163 —

Tesina in Dir. Civile -

Il condomino che non è intervenuto all'atto di concessione di servitù prediale fatta dall'altro condomino, e che in seguito è divenuto proprietario dell'intero fondo per eredità, può mai dire l'esercizio della servitù spettante al proprietario del fondo dominante?

Cass. 8-7-1927 in "Foro Italiano" 1928 I, 735 con nota del Mascucci - Rigetto Venezia 16-2-1934 in "Foro Italiano" 1934, I, 1342 con nota del Grieb.

— Schema —

1/ [illegible] tedesca della partecipazione:
la premessa [illegible] la [illegible] della figura dell'autore mediato
2/ Estensione della figura dell'autore mediato
Fra le dottrine [illegible] [illegible]
che le ammettono [illegible] maggiore estensione.
3/ L'autore mediato con strumento totalmente passivo.
Opinione tedesca [illegible]
Opinione dei penalisti italiani su
l'art. 111 del Cod. Rocco.
4/ L'autore mediato con strumento doloso.

Opinioni tedesche contrastanti.
Soluzioni specifiche in base al nostro codice.
La comunicabilità all'altro concorrente.
5/ Il riscontro del problema, [illegible] conclusioni.
E la nozione della punibilità dell'esecutore
principale esclude la partecipazione in senso
che si debba parlare di autore immediato
o di autore mediato.
Opinione dell'[illegible] sulla causalità mediata
e sulla [illegible] del reato.

Opinione del Battaglini, [illegible]
Opinione del Carnelutti [illegible] quanto per una
considerazione generale del reato e del
concorso in base al codice:
[illegible] reato nella sua [illegible]
di violazione di un bene giuridico [illegible]
essere stato commesso da più persone [illegible]
è adatto ad esaminare nella sua singolare
complessità ciascuno dei reati in concorso.
Dal punto di vista dei reati in concorso
il reato principale [illegible] di concorso
[illegible] dei suoi elementi, singole e soggettive
e se viene [illegible] quella considerazione
legislativa che può escludere la punibilità
di uno partecipe e magari [illegible] non
però secondo il Codice Rocco — [illegible]
[illegible] osservazioni e considerazioni [illegible]

Carnevale
Ferri
Jacofalo
Mastan
Rocco
Marsiglio
Petrocelli

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
2	4	6	8	10	12	14	16	18	20
3	6	9	12	15	18	21	24	27	30
4	8	12	16	20	24	28	32	36	40
5	10	15	20	25	30	35	40	45	50
6	12	18	24	30	36	42	48	54	60
7	14	21	28	35	42	49	56	63	70
8	16	24	32	40	48	56	64	72	80
9	18	27	38	45	54	63	72	81	90
10	20	30	40	50	60	70	80	90	100

Premesso

Chi viene condannato? - domanda il profano. La risposta che gli viene data è: Colui che ha commesso quel tale reato. - Come si chiama costui con una parola? L'Autore.

Così parla il profano. Ha ragione o no, il profano? Io dico: Sì: egli ha certamente ragione, egli dice cosa vera quando egli si fa interprete del nostro dir. penale almeno leggendo la lettera della Legge.

In questo libro egli troverà subito un paragrafo che riguarda l'autore preveduto intorno al quale ho alcune speciali: Intendo l'art. 47 che tratta dell'autore.

Come lo definisce il Codice? Di autore ho visto ci sono due. Se un profano cercherà una definizione nella legge, bisogna che si accontenti delle parole dell'art. 47: "Quando parecchi commettano una stessa violazione ciascuno di essi viene punito come autore". Questa dichiarazione non risponde al quesito: Chi è autore nell'autore un elemento materiale, precisamente il

"commettere" questo fatto vietato dalla legge. Ma egli giustifica all'autore soggetto alla sua punibilità un elemento morale. Il giurista non sempre autore se non vede in esso un "dolus" cioè "Volere il fatto". Il Giur. rigoroso si domanda e deve domandarsi: L'esecutore ha voluto il fatto come fatto suo oppure il fatto è stato voluto da un altro mentre l'esecutore è soltanto una persona intermedia, uno strumento, come alcuni, invero erroneamente, dicono?

Nel primo caso il giurista dirà: A che ha un mandato B e ha voluto l'assassinio come fatto suo è autore diretto. Nel secondo caso dirà: Chi ha voluto ammazzare B, ma non voleva non poteva in persona proprio eseguire il fatto, ma ha guadagnato (alla sua causa) al suo posto il mandato da mente C o il quale materialmente ha indotto in errore, è l'autore mediato, mentre l'esecutore costituisce l'autore fisico. Secondo il giurista si presenta questa questione: come si esplica questo guadagnare "; così c'è questo indurre? Trattasi qui di una ~~cosa~~ suggestione (convincimento) determinazione oppure

Si volge qui un altro processo misterioso? Qui
non siamo qui al confine della istigazione, in una
parola che differenza c'è tra istigatore e autore
mediato?
Ma il giurista caratterizza diversamente l'autore
fittizio secondo che lo stesso non volle il fatto come
proprio, ma non era conscio delle gravi conseguen-
ze dello stesso o ne era conscio; oppure avrebbe dovu-
to (o poteva) essere conscio. E distingue quindi: A) il sem-
plice autore fittizio B) l'autore fittizio doloso c)
l'autore fittizio colposo.
Ma indagine siffatta si muove dal campo dell'istigazione
a quello del concorso. Come il giurista tuttavia
molte volte l'istigatore come autore effettivo, così gli
riesce non raramente di mettere a nudo il collaboratore (compartecipe)
come "vero principale". Siffatto non è oggetto di
maggiore interesse dal fatto estintosi nel mondo
esterno; giacché il giurista trova nell'istigatore il suo
campo d'azione, si trova una contraddizione. Con le
disposizioni della legge e riconosce come autore di fatto
anche l'indotto.

Il suo assunto è quello di fare un fatto esatto, ed debbo all'origine fare la verità della distinzione interessante l'autore diretto e indiretto la lotta con l'enfant terrible della scienza, cioè la figura del furto autore".

Io divido la materia in 6 parti 650

1) Considerazione fondamentale dommatica e storica
2) La figura dell'autore e la figura del furto autore
3) Autore diretto e indiretto.
4) Istigazione e autore mediato
5) Autore mediato e compartecipe.
6) Autore mediato mediante omissione.

— I.a Parte —

Il Codice dà autore mediato non è definito legislativamente; il Codice non ha una norma per definire l'autore.

È di conseguenza affidato alla dottrina di tenere conto davanti al fatto del concetto giuridico di pena che presenta ogni caso al giudice e ciò in interpretazione della volontà della legge.

È in conseg. affidato alla dottrina in interpretazione della volontà della legge di tener conto della impossibilità di costruire giuridicamente il concetto

giuridico di penale che oggetto di prego esta al giudice
Per parlare subito degli accenni della Cassazione di
oggi, parti Redazione. per quanto riguarda la
materia giuridica è oggetto, così io l'interpreto
come il legno indubitabile della coscienza di quello che
si fa. che i reati giuridici, che essi si erano
del tutto convinti della speciale caratteristica giuri-
dica di una certa configurazione giuridica, che
la "specialità" di questa configurazione esercitava una
influenza troppo forte su di loro; che così restavano
dominati da un erroneo modo di vedere durato
fino il Medioevo e fino al presente, modo di vedere
per cui solamente il concetto di furto autore fosse
sufficiente per creare una base circa la compartecipa-
zione di parecchie persone al delitto, non tenendo conto
di questi sentimenti.
Si contrapponevano coloro che avevano e subiettiva-
mente avevano maggiormente contribuito al delitto,
a coloro che erano meno colpevoli. È chiaro che un
tale procedimento - per quanto possa sembrare chiaro a
prima vista - potesse portare a errori e controversie. In
un caso del fatto che si tratta di due categorie

da distinguere: quella degli autori da una parte e quella degli istigatori dall'altra. E si mantenne la separazione però solo quoad poenam e non quoad qualitatem. Come autore si comprendeva però – e questo era il punto di tutto il sistema – chi agisce da sé, senza legame con l'istigatore. Quindi si pensava solamente all'attore non istigato.

– § 3 –

Come stavano le cose però con l'autore del delitto, chiamato autore non solo dalla dottrina di ogni tempo, ma in ogni tempo? Il quale colla realizzazione della sua volontà delittuosa forma il substrato per la punizione dell'istigatore? Domando io: è l'autore contrapposto all'istigatore? E io contrappongo quel soggetto giuridico non trovato soltanto nelle circostanze ora accennate, ma privato della sua autonomia, preconsiderato come obiettivo strumento esecutorio, credo così di aver caratterizzato l'opinione allora vigente. Mentre l'autore non istigato, proprio come nell'opinione moderna, compare sempre come "principal sceleris", nell'autore istigato questo significato della parola autore viene attribuito non all'autore effettivo (all'istigato), ma all'istigatore. Con altre parole, non si esita a

affermare che l'istigatore compì il fatto, non lo
compì colla propria mano ma si servì di uno stru-
mento nella persona dell'autore/esecutore ecc. Lo sfi-
gura è una delle peggiori degradazioni del sog-
getto del delitto della prima specie in correlazione
della partecipazione della seconda soggetto in persona
dell'istigatore. Si che si dica questo concetto che
ha causato la modificazione per cui una persona in
possesso della sua libera volontà viene qualificata
un puro e semplice strumento, una palla nella
mano d'un altro? L'autore istigato non è vera-
mente più completo padrone della sua volontà? Ha-
sce la possibilità della sua determinazione con
l'intervento di una forza. Solamente in un
rapporto del genere potrebbe egli non avere alcun
diritto (pretesa) alla autonomia come essa viene ac-
cordata all'autore non istigato? La risposta è sem-
plice. La spinta, l'impulso morente lo dà l'istiga-
tore; egli è per così dire il principio di una fermentazio-
ne che, con l'intervento di altri fattori, giunge alla
sfavorevole manifestazione. Egli è l'orhab Edel
vecchio dir. germanico. Non però nella differenziata
interpretazione del primo autore, ma, come spiegher
appresso in un "evocare", da un mettere principio.

che fortuna un tale dare motivo (sia) in verità (sia) fonte della seguente catastrofe; ma non colpa (sia) (sia) che per giungere alla colpa permettalo deve esserci una molto diversa situazione di fatto risulta evidente dall'esempio legato per cui (sia) (sia) onde che non risparmiano niente, irregistibili le quali attraggono (vivaio) con forza diversa le acque di uno stagno e senza curarsi dello scopo al quale (sia) destinate le mettono al servizio della loro (sia) furia. Non c'è dalla parte dell'(sia) legato una contrazione: egli ha (il suo libero arbitrio) (sia) la sua coscienza, la libera decisione e la conoscenza, anzi di più, egli segue la sua decisione secondo le sue intenzioni. Quest'ultimo al servizio piano servente come base dell'intera azione è (sia) della sua propria volontà, sorto dalla propria (sia) di pensare, ma dedotto da un cerchio d'idee estraneo. L'istigatore geniale il pensiero, lo (sia) a colui che sarà determinato a cercare di rendere cosciente atto a ricevere la relativa idea, di guadagnare influenza a quest'idea. Cioè egli (sia) di raggiungere che l'istigando accolga in sé le idee estranee come fossero sue, in base a ciò poggi la sua decisione di agire in tale e tal modo, (sia) rende

contro dell'istigatore, dello stesso, del motivo e
compia allora l'atto.
Primo principio è l'azione dell'istigatore, il fatto
fruttò, ma non per forza propria, bensì attraverso
la fattiva mano di chi si è lasciato istigare. Ma
pure non è la causa: manca il nesso volgente
senza indugiamenti; manca il rapporto di causalità.
Lo stesso è intervenuto e precisamente per la decisione
propria dell'istigato. Ciò non ostante si dice
che l'istigatore è la causa del fatto, e
Hälschner commette ancor oggi quest'errore,
si attribuisce allo stesso la volontà di commet-
tere il fatto come cosa sua.
4) Tuttavia sorge la domanda:
Come si manifesta il rapporto giuridico,
se l'istigato fra una parte non poté giun-
gere a alcuna decisione chiara e completa, per-
ché gli era tolta gliene era tolta la possibilità
o per tutti i casi, a causa della sua non libera
volontà, o per il caso specifico in seguito ad un
errore in lui generato sul carattere dell'azione,
dall'altra parte non volle giungere ad una
decisione giacchè non voleva accogliere in sé
il dolus del fatto, ma ciò malgrado fu costretto
ad arrendersi all'esecuzione del fatto?
Di che genere era questa costrizione? – Si sentiva
la verità e si esprese chiaramente questa opinione
si era solo riluttanti davanti al nome proprio

d'"autore", dinanzi a quella "causa physica"
che chiamata solo appendice della fata 656
auctor et tuba

L'ordine legittimo. —

Codice Pen. art. 51. L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine della Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.

Altavilla: I delitti contro la persona Vallardi 1933

Angioni: Le cause che escludono la illiceità oggettiva. Tip. Ed. 1930

Barthlemey: L'influence de l'ordre hierarchique sur la responsabilité des agents. Revue de droit public 1914

Ciardi: Obbedienza gerarchica militare Riv. Penale 1931

Ihering: La lutte pour le droit.

Vacchelli: Il limite di obbedienza gerarchica e l'art. 51 Riv. Ital. di Dir. Pen. 1932

Olivecrona: Principii di diritto penale. Napoli - Pierro 1910.

Bibliografia

Battenberg — Das auf Befehl begangene Verbrechen.
(Il reato commesso per comando - Breslau 1916)

Von Ammon — Der bindende rechtswidrige Befehl.
(L'ordine illeggitimo, vincolante. Breslau 1936)

Von Bar — Gesetz und Schuld im Strafrecht.
(Diritto e dovere nel diritto penale. Berlino 1909)

Beling — Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Straf-
gesetzgebung.
(Medoca della legislazione e specialmente della le-
gislazione penale. Berlino 1922)

Beling — Die Lehre vom Tatbestand.
(La dottrina della fattispecie. Tübingen 1930)

Beling — Die Lehre vom Verbrechen.
(La dottrina del reato. Tübingen 1906)

Binding — Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen.
(Trattato di diritto penale e di diritto processuale
penale. München 1915)

Birkmejer — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
(La dottrina della partecipazione al reato. München
1890)

Bruns — Kritik der Lehre vom Tatbestand.
(Critica della dottrina della fattispecie. Bonn -
Köln 1932)

Van Calker — Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl
begangene Handlungen ins-besondere nach Militärstraf-
recht.
(La responsabilità giuridica penale per azioni commes-

se dietro comando, specialmente in relazione al di_
ritto penale militare. München 1891)

Dahm — Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch.
(Autore e compartecipazione nel progetto definitivo di un codice penale unico tedesco. Breslau 1927)

Flegenheimer — Das Problem des dolosen Werkzeugs.
(Il problema dello strumento doloso. Breslau 1913)

Girginoff — Der bindende Befehl im Strafrech.
(L'ordine vincolante nel diritto penale. Borne - Leipzig 1904)

Graetzer — Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffige Mö_
glichkeit beit den einzelnen Deliktsklassen.
(L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possibi_
lità nelle particolari classi di delitti. Berlino 1907)

N.N. — Festgabe für Richard Schmidt.
(Scritti in onore di Riccardo Schmidt. Leipzig 1932)

N.N. — Festgabe der yuristischen Fakultäten zum 50-yairigen Bestehen des Reichesgerichts.
(Berlino 1929)

N.N. — Festgabe für Frank.
(Editore: Paul Sieheck Tübingen)

Hergt — Hergt Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
(La dottrina della partecipazione al reato. Heidelberg 1909)

Nagler — Die Teilnahme am Sondernverbrechen.
(La partecipazione al reato separato. Leipzig 1909)

Plotkin — Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähigen.
(La partecipazione al reato dell'irresponsabile. Leipzig 1930)

Rittler — Lehrbuch des österreichischen Strafrecht.
(Trattato di diritto penale austriaco.Wien 1933)

Stock — Entwichlung und Wesen der Amtsverbrechen.
(Sviluppo ed essenza dei reati d'ufficio.Leipzig 1933)

Sälflow — Der Befehl im Strafrecht.
(L'ordine nel diritto penale.Thorn 1910)

Wolf Erik — Die Typen der Tatbestand-mässigkeit.
(I caratteri della fattispecie.Breslau 1931)

Zimmerl — Aufbau des Strafrechtssystems.
(Costruzione di un sistema di diritto penale.
Tübingen 1930).

"Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"
Rivista per la scienza generale del diritto penale.

Bibliografia dal Graetzer

Borchert: Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter - 1888 -

Finger : Lehrbuch des Strafrechts - 1904 -

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = Volumi 6° , 26° , 28° e 31°

Frank : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 3 n.4 - Aufl. 1903 -

Glaser : Kleine Schriften aus dem Strafrecht unds Strafprozess - 1883 -

Hälschner:Das Gemeine Deutsche Strafrecht 1887 -

von Helldorff: Die Mittelbare Täterschaft und die Verleitung Zum Falscheid - Hallen - Dissertation - 1895 -
(L'autore mediato e la subornazione per falso)

Hermes : Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrecken - Berliner Dissertation - 1878 -

Kohler : Studien aus dem Strafrecht - Vol. 1° 1890

Lenz : Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung - 1897

Liszt :Die falsche Aussage - 1877

Liszt : Lehrbuch des deutschen Strafrechts - Ed. 1914 V - 2 D

Löning Richard : Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs 28 - B - 5 In Festgabe für Rudolf von Gneist

Löning : Grundiss Zu V vorlesungen über deutsches Straf.

Mayer : Ein Beitrag Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft - Heidelberger Dissertation 1905 -

Merkel : Lehrbuch des deutschen Strafr. 1889 - 17 - A - 20

Meyer : " " " "

Mössmer : Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht - 1892 -

Olshausen:Kommentar Zum Strafgesetzbuch - 1927

Oppehhoff:Delius " " "

662

Rüdorff - Stenglein: Kommentar zum Strafgesetzbuch

Schultze : Die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen

Schütze : Lehrbuch des D. Strafr. - 1874

Temme : " " "

Wachenfeld : Kritik über die unter 5) zitierte Schrift von Calkers in der Kritischen Viertelyahrschrift - Vol. 34 -

Christ a Claudia -

1:/ Regenheimer -
2:/ Dahm
3:/ Bicknieyer
4:/ Battenberg.

II

1:/ Schmidt Eberhard (Fest f. Franz)
2:/ Hegler (Fest f. Schmidt)
3:/ Hegler (Fest f. 50 R.G.)

Marcus

665

Programm : Die Aerzteschaft am Lyzeum für naturgemäße Aerzte-
fortbildung - Stenotypistin: Fräulein Ilse Hellenbroich

Montag : Beginn des D. Stenot. - Tags
darauf/ " " " "
Dienstag : Beginn der Winter 8) Uhrtage Sonntags 9 Uhr
Mittwoch " " " "
Donnerstag " " " "
Freitag " " " "
Samstag " " " "

In der Mittagspause Mittagessen im Kasino.

Bibliografia

Battenberg — Das auf Befehl begangene Verbrechen.
(Il reato commesso per comando - Breslau 1916)

Von Ammon — Der bindende rechtswidrige Befehl.
(L'ordine illeggitimo vincolante. Breslau 1926)

Von Bar — Gesetz und Schuld im Strafrecht.
(Diritto e dovere nel diritto penale. Berlino [illegible])

Beling — Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung.
(Metodica della legislazione e specialmente della legislazione penale. Berlino 1922)

Beling — Die Lehre vom Tatbestand.
(La dottrina della fattispecie. Tübingen 1930)

Beling — Die Lehre vom Verbrechen.
(La dottrina del reato. Tübingen 1906)

Binding — Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen.
(Trattato di diritto penale e di diritto processuale penale. München 1915)

Birkmejer — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
(La dottrina della partecipazione al reato. München 1890)

Bruns — Kritik der Lehre vom Tatbestand.
(Critica della dottrina della fattispecie. Bonn - Köln 1934)

Van Calker — Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht.
(La responsabilità giuridica penale per azioni commes-

se dietro comando,specialmente in relazione al di_
ritto penale militare.München 1891)

Dahm Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch.
(Autore e compartecipazione nel progetto definitivo di un codice penale unico tedesco.Breslau 1927)

Fliegenheimer Das Problem des dolosen Werkzeugs.
(Il problema dello strumento doloso.Breslau 1913)

Girginoff Der bindende Befehl im Strafrecht
(L'ordine vincolante nel diritto penale.Borne - Leipzig 1904)

Graetzer Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffige Mö_
glichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen.
(L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possibi_
lità nelle particolari classi di delitti.Berlino 1907)

N.N. Festgabe für Richard Schmidt.
(Scritti in onore di Riccardo Schmidt.Leipzig 1932)

N.N. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts.
(Berlino 1929)

N.N. Festgabe für Frank.
(Editore:Paul Sieheck _ Tübingen)

~~Herggt~~= Hergt Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
.....
(La dottrina della partecipazione al reato.Heidelberg 1909)

Nagler Die Teilnahme am Sondernverbrechen.
(La partecipazione al reato separato.Leipzig 1903)

Plotkin Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähigen.
(La partecipazione al reato dell'irresponsabile.Leipzig 1920)

666

Rittler	Lehrbuch des ~~ö~~österreichischen Strafrecht.
	(Trattato di diritto penale austriaco. Wien 1933)
Stock	Entwichlung und Wesen der Amtsverbrechen.
	(Sviluppo ed essenza dei reati d'ufficio. Leipzig 1932)
Sülflow	Der Befehl im Strafrecht.
	(L'ordine nel diritto penale. Thorn 1910)
Wolf Erik	Die Typen der Tatbestand-mässigkeit.
	(I caratteri della fattispecie. Breslau 1931)
Zimmerl	Aufbau des Strafrechtssystems
	(Costruzione di un sistema di diritto penale. Tübingen 1930).

"Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"
Rivista per la scienza generale del diritto penale.

Bibliografia dal Graetzer

Borchert: "Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter - 1888 -

Finger : Lehrbuch des Strafrechts - 1904 -

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = Volumi 6° , 26° , 28° e 31°

Frank : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 3 n.4 - Aufl. 1903 -

Glaser : Kleine Schriften aus dem Strafrecht und Strafprozess - 1883 -

Hälschner: Das Gemeine Deutsche Strafrecht 1887 -

von Helldorff: Die Mittelbare Täterschaft und die Verleitung Zum Falscheid - Hallen - Dissertation - 1895 -
(L'autore mediato e la subornazione per falso)

Hermes : Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrecken - Berliner Dissertation - 1878 -

Kogler : Studien aus dem Strafrecht - Vol. 1° 1890

Lenz : Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung - 1897

Liszt :Die falsche Aussage - 1877

Liszt : Lehrbuch des deutschen Strafrechts - Ed. 1914 V - 2 D

Löning Richard : Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs 28 - B - 5 In Festgabe für Rudolf von Gneist

Löning : Grundiss Zu V vorlesungen über deutsches Straf.

Mayer : Ein Beitrag Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft - Heidelberger Dissertation 1905 -

Merkel : Lehrbuch des deutschen Strafr. 1889 - 17 - A - 20

Meyer : " " " "

Mössmer : Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht - 1892 -

Olshausen: Kommentar Zum Strafgesetzbuch - 1927

Oppehhöff: Delius " " "

Rüdorff - Stenglein: Kommentar zum Strafgesetzbuch

Schultze : Die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbre_
chen

Schültze : Lehrbuch des D. Strafr. - 1874

Temme : " " " "

Wachenfeld : Kritik über die unter 5) zitierte Schrift van Calkers
in der Kritischen Viertelyahrschrift - Vol. 34 -

Bibliografia – (Seminario Giuridico – Bari –)

1)	Antolisei	L'azione e l'evento nel reato	V - F - 17
2)	Battaglini	Sull'azione civile per risarcimento di danni contro l'imputato assolto per totale infermità di mente.	II - E - 16
3)	Bettiol	Sul tentativo di partecipazione delittuosa	
4)	Bettiol	I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato secondo il nuovo Codice.	F - 4, 5, 6, 7, 8.
5)	Beling	Grundzüge des Strafrecht	V - H - 20
6)	Bettiol	Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa	6 - 3
7)	Binding	Die Normen und ihre Übertretung	V - C - 1, ... 5 -
8)	Carnelutti	Teoria generale del reato	V - C - 24
9)	Delitala	Le dottrine generali del reato	V - D - 23
10)	Grispigni	Corso di Diritto penale	V - G - 20
11)	Hippel	Deutsches Strafrecht	V - H - 17
12)	Kelsen	Hauptprobleme der Staatrechtslehre	III - C - 8
13)	Liszt - Schmidt	Lehrbuch des d. Strafrechts	V - H - 26
14)	Merkel	Grundriss des Strafrechts	V - H - 21
15)	Manzini	Il momento esecutivo del reato	V - F - 22
16)	Mezger	Strafrecht	V - D - 46
17)	Rocco	L'oggetto del reato	
18)	Vannini	Concetto e contenuto dell'illecito penale	C - 7 -
19)	Bettiol	Sul concorso di più persone nei delitti colposi (in Riv. It. dir. pen. 1930 N° 8-9)	

60

Von Bar (Pavia) — Gesetz und Schuld im Strafrecht (Diritto e colpa nel diritto penale. - Berlino 1909 - II pg. 158) — V-2-F-14/36

Birkmeyer — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen (La dottrina della partecipazione al reato - München 1890 - pag. 157, 167) — V-1-C-2

Graetzer — ~~Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche~~ Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklagen (L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possibilità nelle particolari classi di delitti) Berlino 1907 — M-T-56,8

Stock — Entwicklung und Wesen der Amtverbrechen (Sviluppo ed essenza dei reati di ufficio - Leipzig 1932 - pag. 264) — V-17-C-18

Zeitschrift für die Gesammte Strafrechtswissenschaft
Period. 101

Da vedere i seguenti volumi:

Vol. 28 - Beling - N: 12 elenco generale - 15 pagine

~~Vol. 36 - Hegler - " 29 " " - ~~

Vol. 37 - Hegel - " 35 " " -

Vol. 40 - Wachenfeld - " 52 " " - Non c'è.

~~Vol. 49 - Zimmel - " 55 " " ~~

Vol. 51 - Drost - " 24 " " - Non c'è.

~~Vol. 58 - Herzger - " 43 " " ~~

Vol. 21 - Mittermajer -: Gutachten über § 300 R. St. G. B. - (Parere sopra l'art. 300 del Cod. Penale tedesco) Annata 1901 - Sono 62 facciate: da pg. 196 a 258 -

~~Vol. 28 - Höpfner - Die Lehre von der mittelbaren Täterschaft - Annata 1902 - da pg. 205 a pag. 217 -~~

Binding — Lehrbuch des Strafrechts — V - 2 - C - 1

Listt — Lehrbuch des daetschen Strafrechts - (Edizione 1914) — V - 2 - D - 13

Mi interessa da pag. 140 a pag 143 e da pag. 217 a pag. 236 -

Löning Richard — Die strafrechtliche Haftung der verantwortlichen Redakteure . (Ste in "Festgabe für Rudolf von Gneist .) — 28 - B - 5

Merkel — Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889) — 17 - A - 20

Mötsmer — Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht - 1892 - pes più di 100 pagine — M. T. 16 - 18
(L'autore mediato in contemporanea considerazione con l'ipnotismo nel diritto penale).

Olshausen — Kommentar Zum Strafgesetzbuch - 1927 — V - 2 - H - 4,5.

Binding — Compendio di Diritto Penale - Tradotto dal Bonettini — V - 1 - D - 27

von Listt — Traité de droit penal - (tradotto in francese sull' edizione del 1908) - — V - 3 - f - 18,19.

Mittermaja — Dell'idea, della specie e della penalità dello autore del delitto (in "Scritti germanici di Diritto Criminale .) — V - 4 - E - 15[8]

Bibliografia —

1/ Angioni — Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale (Milano - 1930) pag. 119 e segg.

2/ Antolisei V.F.1 — L'azione e l'evento nel reato. (Milano 1928) pag. 103 e segg.

3/ Battenberg — Das auf Befehl begangene Verbrechen (Il reato commesso per comando - Breslau 1916)

4/ Von Ammon — Der bindende rechtswidrige Befehl - (L'ordine illegittimo vincolante - Breslau 1926 pag. 89-90)

5/ Battaglini II - E - 16 — Sull'azione civile per risarcimento di danni contro l'imputato assolto per totale infermità di mente. (Studi per S. P. Zanzucchi - Milano 1928 pag. 184 Nota 1)

6/ G. Bettiol — Sul tentativo di partecipazione delittuosa (Annali 1932 N. 1)

7/ G. Bettiol F - 4, 5, 6, 7, 9 — Lineamenti dell'istituto del concorso di più persone in un reato secondo il nuovo codice. (Archivio Giuridico - 1931 - Vol. CV - Fasc. 2)

8/ Von Bar R. V - 2 - F - 34, 36 — Gesetz und Schuld im Strafrecht. (Diritto e dovere nel diritto penale - Berlino 1909. II volume. - pag. 658 -)

9/ Beling — Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung (Metodica della legislazione e specialmente della legislazione penale - Berlino 1922 - pag. 98, 99)

10/ Beling — Die lehre vom Tatbestand. (La dottrina della fattispecie) Tübingen - 1930 - pg. 11, 12.

11/ Beling V - H - 20 — Grundzüge des Strafrecht - (Lineamenti fondamentali del Diritto Penale - Tübingen 1930 -

11 bis/ Bettiol C - 3 — Sulla natura oggettiva della partecipazione delittuosa (Riv. It. Dir. Penale 1930 N. 5) -

12/ Béling — Zur Lehre von der „Ausführung" strafbarer Handlungen - (Per la dottrina della esecuzione di azioni punibili) in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" - Vol. 28 - pag. 589-611 - — Si occupa del momento della

13/ Beling — Die Lehre vom Verbrechen - (La dottrina del reato - Tübingen 1906 - pg. 236-237) — Tratta formalmente anche questa dottrina nell'opera

14/ Binding — Die Normen und ihre Uebertretung - (Le norme e la loro violazione - Leipzig 1916 - IV vol. pag. 311 , 2, III) — Sull'altra medesimo in generale -

15/ Binding — Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher, der Gehilfe - (Le tre principali figure di soggetti delittuosi: l'autore, il cagionatore, l'ausiliatore) in "Trattato di Diritto Penale e di diritto processuale penale" [Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen] München 1915 - I vol. pag. 283 - — Trattato opera del Binding della Casa editrice

16/ Birkmeyer — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen - (La dottrina della partecipazione al reato - München 1890 pag. 157-167) — R. V - 1 - C - 2

17/ Bruns — Kritik der Lehre vom Tatbestand (Critica della dottrina della fattispecie - Bonn - Köln - 1932 - pag. 63 n. 1)

18/ Carnelutti — V - C - 24 — Teoria generale del reato - (Teoria generale del reato - Padova 1933 - pag. 80 e segg.) — Vedi l'esistenza di una trattazione diffusa.

19/ Von Calker — 24 - M - 19 — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht - (La responsabilità giuridica penale per azioni commesse dietro comando, specialmente in relazione al diritto penale militare. - München 1891 - pag. 22) — H4 - R - 19

20/ Dahm — Täterschaft und Teilnahme im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch. (Autore e compartecipazione nel progetto definitivo di un codice penale unico tedesco - Breslau 1927. pag. 96, 97) — L'autore medesimo in generale -

21) Delitala — Il fatto nella teoria generale del reato - (Padova - 1930 - pag. ~~45~~ 27 e segg.)

22) Delitala — Le dottrine generali del reato - (in "Osservazioni intorno al Progetto Preliminare di un nuovo Cod. Pen." pubblicate dall'Università Cattolica - Milano 1928. pag. 17 e segg.)
V - D - 23

23) Eichmann — Lehrbuch des Kirchenrechts (Insegnamenti di diritto canonico - Paderborn 1930 - II vol. III ausf. pag. 469)

24) Drost — Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch - (Istigazione e autore mediato nel Codice penale futuro in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Vol. 51 - III H - pag. 359)
(Rivista)

25) Flegenheimer — Il problema dello strumento doloso - "Das Problem des "dolosen" Werkzeugs" (Breslau 1913)

26) Girginoff — L'ordine vincolante nel diritto penale - "Der bindende Befehl im Strafrecht" (Borna - Leipzig - 1904 - pag. 108)

27) Graetzer — Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Delikts-Klassen. (L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possibilità nelle particolari classi di delitti.) Berlino 1907 - pag. 57 -
M - T - 56,8

28) Grispigni — Corso di Dir. Penale -
V - G - 20

29) Hegler — Die Merkmale des Verbrechens - (I contrassegni del reato - In "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Bd. 36 pag. 215 n. 110)

Reato formale può aver mezzo reato mediato

Sulla struttura del dolo in genere

Persona responsabile come autore mediato

In "Zeitschrift" Serie d. 101 dal 1881

30) Hegler — Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson -
(Autore mediato con azione lecita dell' intermediario in "Festgabe für Richard Schmidt" Leipzig. 1932 pag. 71 e segg.)

31) Hegler — Zum Wesen der Mittelbaren Täterschaft
(Sull'essenza dell' autore mediato. - in "Festgabe der juristischen Fakultäten Zum 50-järigen Bestehen des Reichsgerichts" Berlin 1929 - I Band - pag. 306) -

32) Hegler — Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente.
(I momenti [motivi] soggettivi dell' illicità - in "Festgabe für Frank" Editore: Paul Sieheck Tübingen - I vol. pag. 319-320)

33) Hergt — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
(La dottrina della partecipazione al reato - Heidelberg. 1909 pag. 135)

34) Hippel V-H-17 — Deutsches Strafrecht - II vol. Berlino 1930 pg 182.

35) Hoegel — Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz.
(Natura accessoria della partecipazione, autore mediato e proposito eventuale - in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Vol. 37 - pag. 667)

36) Kelsen (III-C-8) — Hauptprobleme der Statsrechtslehre -
(Problemi fondamentali di diritto pubblico - Tübingen 1923 - pag. 189, 190)

37) Liszt-Schmidt V-E-26 — Lehrbuch des d. Strafrechts -
(Trattato di diritto penale germanico. Berlino 1932 25 Auf. pag. 319)

38) Knoller — Die Begehung strafbarer Handlungen durch Benutzung von Organen der Strafrechtspflege Zu Amtshandlungen gegen einen Unschuldigen -

(la commissione di azioni punibili mediante l'uso di organi della mira del diritto penale in atti di ufficio contro un innocente. – Breslau 1931 – pag. 104 - 105)

39) Majer — Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. (la parte generale del diritto penale – Editore: Karl Winter – Heidelberg – 1923 pag. 375)

40) Merkel (V-H-21) — Grundriss des Strafrechts. (Compendio di diritto penale – Bonn – 1927 –

41) Masfari V-F-22 — Il momento esecutivo del reato – (Pisa 1923 – pag. 35 e 207 n. 1)

42) Mezger V-D-14 — Strafrecht – (Editore: Humbold – Dunker – Peresienhöhe 10 – München 1931)

43) Mezger — Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln. (Autore mediato e illecito agire – in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" Vol. 37. pag. 667 / 52 – IV Heft – pag. 623 e seg.

44) Nagler — Die Teilnahme am Sonderverbrechen – (la partecipazione al reato separato. – Leipzig 1903 – pag. 115)

45) ~~Getz~~ Plotkin — Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähigen (La partecipazione al reato dell'irresponsabile. Leipzig 1920. pag. 86)

46) Rittler — Lehrbuch des österreichischer Strafrecht. (Trattato di diritto penale austriaco – Wien 1933 – pag. 218, 219)

47) Rocco — L'oggetto del reato

48) Schmidt Eberhard — Die Mittelbare Täterschaft. (L'autore mediato – in "Festgabe für Frank" Editore: Paul Siebek – Tübingen – 1930 II vol. pag. 126) pag. 117

49) Stock
V - 17 - C - 18
Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen.
(Sviluppo ed essenza dei reati d'ufficio - Leipzig 1932 pag. 264)

50) Sülflow
Der Befehl im Strafrecht
(L'ordine nel diritto penale - Thorn 1910 - pag. 1, 2)

51) Thon
Rechtsnorme und subjektives Recht.
(Norma giuridica e diritto soggettivo - Weimar 1878. pag. 71, 107)

52) Wachenfeld (Erik)
Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug.
(Autore mediato e strumento doloso - in "Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft" vol. 40 - pag. 30 - 129 - 321 e segg.)

53) Vannini
C - 7 -
Concetto e contenuto dell'illecito penale.
(in "Studi Senesi" 1932 - fasc. 1 - 2 - pag. 105)

54) Wolf Erik
Die Typen der Tatbestandmässigkeit.
(I caratteri della moderazione della fattispecie)
(Breslau 1931 pag. 32, 33)

55) Zimmerl
Grundsätzliches zur Teilnahmelehre.
(Brevi concetti fondamentali della dottrina della compartecipazione) in "Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft. Vol. 49 - anno 1929 pag. 45.

56) Zimmerl
Aufbau des Strafrechtssystems.
(Costruzione di un sistema di diritto penale - Tübingen - 1930 pag. 51) —

57) Bettiol
Sul concorso di più persone nei delitti colposi.
(Rivista Italiana di Diritto Penale - 930. N-8-)

— Bibliografia dal Graetzer —

678

~~Binding: Lehrbuch des Strafrechts V 2 - c - 1~~

Borchert: Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit
für Handlungen Dritter - 1888.

Finger: Lehrbuch des Strafrechts - 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen -
Volumi 6°, 26°, 28° e 31°

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
3 u.A. - Aufl. 1903 -

Glaser: Kleine Schriften aus dem Strafrecht und Straf-
prozess. 1883.

Hälschner: Das Gemeine Deutsche Strafrecht 1887 -

von Helldorff: Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung
zum Falscheid - Halle - Dissertation. 1895.
(Delitto mediato e la istigazione per falso)

Herrmes: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen.
Berliner Dissertation - 1878.

Höpfner: Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft -
pg. 205-217 Zeitschr. Vol. 22 1902.
Tomo 12 pg.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Vol 1° 1890

Lenz: Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer
67a und rechtsvergleichender Darstellung. 1897

Liszt: Die falsche Aussage - 1877

Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Ed. 1911
V-2-I

Löning: Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen
Richards Redakteurs 28-B-5 Zu Festgabe für Rudolf von Ihering

Löning: Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafr.

Majer: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren
Täterschaft - Heidelberger Dissertation 1905.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafr. 1889 - I-A-2a

Meyer: " " " "

Mittermaier: Sopra il' art. 300 del Cod. Pen
Pag. 196 Gutachten über § 300 R.St.G.B.
§ 258
Sonder Zeitschrift vol. 21 anno 1901
facente -

Möllmer: Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger
Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht
loco cit. p. 20 M.T. 16-18 -1892-
pag. 19

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. (1900
V-2-H-4-5 1905
1927

Oppenhoff-Delius: " " 1-9-E-1-

Ord. 149 81 12.931 X. Aufl. Stgt. (3.0.3) 28 ...

Rüdorff - Stenglein : Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Schultze : Die Verletzung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen. 680

Schütze : Lehrbuch des D. StrafR. 1874

Temme : " " "

Wachenfeld : Kritik über die unter 5/ zitierte Schrift von Calkey in der Kritischen Vierteljahrsschrift Vol. 34 - III

Binding: Compendio di Dir. Penale. (Trad. Borettini)
V - 1 - D - 27
681
~~V - 1 - D - 28~~

Frank Reinhard: Vom intellektuellen -
Verbrechensschaden — 28 - B - 42 -

Franz von Liszt: Traité de droit penal - Sur la
traduction - dell'edizione 1908 - V - 3 - f - 18/19

Mittermaier: dell'idea, della specie e della penalità dello
autore del delitto (in "Scritti Germanici di Diritto
Criminale) V - 4 - E - 158

Del vol. Liszt traduzione da pag. 214 a pag. 236
e da pag. 440 a pag. 463 - ———

Codice penale dell'Impero Tedesco - 1874
Corp. 57 -

Ord. 149 81 12 931 X. An. Stracca. Frosinone (30.000)

Zeitschrift für die Gesammte Strafrechtswissenschaft.

1°) Beling : Zur Lehre von der "Ausführung" strafbaren Handlungen

Loro 18 pagine (Per la dottrina della esecuzione di azioni punibili) 682

Vol. 28 - pag. 589 - 611 -

2°) Drosta : Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch.

(Istigazione e autore mediato nel futuro Codice Tedesco)

Vol. 51 - III H - pag. 359

3°) Hegler : Die Merkmale des Verbrechens

X (I contrassegni del reato -)

Vol. 36 - pag. 215 - n. 40 -

4°) Hoegel : Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz.

(Natura accessoria della partecipazione, autore mediato e proposito eventuale)

Vol. 37 - pag. 667 -

5°) Mezger : Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln - (Autore mediato e illecito agire -)

Vol. 52 - IV Heft - pag. 529 e segg.

6°/ Wachenfeld: Mittelbare Täterschaft und dolloses Werkzeug -
683 (Autore mediato e Strumento dolo/o)
Vol. 40 pag. 30, 129, 321 e segg.

7°/ Zimmerl: Grundsätzliches Zur Teilnahmelehre
(Brevi concetti fondamentali sulla dottrina della partecipazione)
Vol. 49 - anno 1929 - pag. 45 - Serie 15 Pagine

Periodo 101 dal 1881

Autore:

Von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht
(Diritto e colpa nel dir. penale. Berlino 1909.
II vol. pag. 658) (Su l'estraneità in relazione al reato proprio). V - 2 - F - 34-36 -

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen (La dottrina della partecipazione al reato)
München 1890 - pag. 157, 167 - V - 1 - C - 2

Graetzer: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen (L'autore mediato in rapporto alle

Ord. 149 81 12 981 X. An. Stracco. Frosinone - 22x82 (2.0.000)

sua astratta possibilità nelle particolari classi di delitti) Berlino 1907 pag. 57 £

M - T - 56,8 - 684

Stock : Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen (Beitrag) (Sviluppo ed essenza dei reati di ufficio) Leipzig 1932 - pag. 264.

V - 17 - C - 18 -

Borchert: "Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter - 1888 -

Finger : Lehrbuch des Strafrechts - 1904 -

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = Volumi 6° , 26° , 28° e 31°

Frank : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 3 n.4 - Aufl. 1903 -

Glaser : Kleine Schriften aus dem Strafrecht und Strafprozess - 1883 -

Hälschner: Das Gemeine Deutsche Strafrecht 1887 -

von Helldorff: Die Mittelbare Täterschaft und die Verleitung Zum Falscheid - Hallen - Dissertation - 1895 - (L'autore mediato e la subornazione per falso)

Hermes : Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrecken - Berliner Dissertation - 1878 -,

Kohler : Studien aus dem Strafrecht - Vol. 1° 1890

Lenz : Die Fälschungsverbrecken in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung - 1897

Liszt :Die falsche Aussage - 1877

Liszt : Lehrbuch des deutschen Strafrechts - Ed. 1914 V - 2 D

Löning Richard : Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs 28 - B - 5 In Festgabe für Rudolf von Gneist

Löning : Grundiss Zu V vorlesungen über deutsches Straf.

Mayer : Ein Beitrag Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft - Heidelberger Dissertation 1905 -

Merkel : Lehrbuch des deutschen Strafr. 1899 - 17 - A - 20

Meyer : " " " "

Mössmer : Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht - 1892 -

Olshausen: Kommentar Zum Strafgesetzbuch - 1927

Oppenhoff: Delius " " "

Rüdorff - Stenglein: Kommentar zum Strafgesetzbuch

Schultze : Die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen

Schültze : Lehrbuch des D. Strafr. - 1874

Temme : " " " "

Wachenfeld : Kritik über die unter 5) zitierte Schrift van Calkers in der Kritischen Viertelyahrschrift - Vol. 34 -

Bibliografia

Antolisei — L'offesa e il danno nel reato.(Bergamo ,1930)

De Valles — La classificazione delle persone preposte ad uffici^ dello stato. (Annali dell'Università di Macerata 1927)

Grispigni — Corso di Diritto Penale (Padova 1932)

Vacchelli — Il limite dell'obbedienza gerarchica e l'art. 51 del nuovo C.P. (Rivista Italiana di Dirit_ to Penale 1932)

Battaglini — Le norme del Dir.Penale e i,loro destinatari (Roma 1910)

Leone — Le norme penali in bianco nel nuovo Codice (Scritti teorici-pratici sulla nuova legisla_ zione penale italiana .Messina 1931)

Tesauro — Manuale di Diritto Penale (Padova 1933)

Salemi — La cosiddetta responsabilità per atti illeggit_ timi della pubblica amministrazione.(Milano 1912)

Trentin — L'atto amministrativo (Roma 1915)

Comba — Organo e rappresentanza nella dottrina degli en_ ti collettivi (Torino 1931)

Maggiore — Principi di Diritto Penale (Bologna 1932)

Alimena — I limiti e i modificatori dell'imputabilità (Torino 1899)

Brusa — Saggio di una dottrina generale del reato (Torino 1884)

Maino — Commento al Codice Penale (Verona 1902)

Saltelli,ecc. — Commento teorico-pratico al Codice Penale

Romano — Principi di Diritto Amministrativo Italiano (Milano 1912)

Ranelletti — Istituzioni di Diritto Pubblico (Padova 1932)

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

Romano — Corso di Diritto Amministrative (Padova 1930)

Giriodi — I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa(in "Trattato" dell'Orlando 1900)

Esposito — Organo,ufficio e soggettività dell'ufficio (Padova 1932)

Girola — Funzione pubblica e servizio pubblico nel nuovo Codice Penale (Riv.It.Dir.Pen?.1932)

Zanobini — L'esercizio privato delle pubbliche funzioni (Pisa 1920)

Zanobini — Pubblici ufficiali e incaricati di servizi pubblici nel nuovo C.P. (In "Studi in onore di Ugo Conti" Città di Castello 1932)

Bettiol — La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione (Riv.It.Dir.Pen. 1932 n.4)

Finzi — Ernst Beling e la teoria del Tatbestand (In "Giustizia Penale" 1931)

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

De Valles — La validità degli atti amministrativi (Roma 1917)

Tosato — Le leggi di delegazione (Padova 1931)

Carnelutti — Teoria generale del reato

Benedicenti — Limiti giuridici del dovere di obbedienza dell'inferiore gerarchico (In "Archivio Giuridico" Luglio 1932)

Longhi — La legittimità della resistenza agli atti della autorità nel Diritto Penale.

Ciardi — Obbedienza gerarchica militare.$Sindacato sulla