legittimità dell'ordine(Riv.Penale 1931)

Raselli — Il potere discrezionale del giudice civile (Padova 1927)

Zanobini — L'attività amministrativa e la legge (Riv.di Diritto Pubblico 1924)

Resta — La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi (Annuario della Università di Macerata 1932)

Civoli — Manuale di Diritto Penale (Milano 1900)

Massari — Le dottrine generali del Diritto Penale (Spoleto 1928)

Ferraris — Diritto Amministrativo (Padova 1923)

Valenti — La responsabilità degli amministratori (Roma 1927)

Paoli — Principi di Diritto Penale (Vol.III Padova 1929)

Manduca — Il nuovo Codice Penale Italiano e i suoi criteri organici (In "Trattato" del Cogliolo Vol.I Milano 1888)

Castori — Concorso di persone in unm stesso reato (In "Trattato" del Cogliolo Milano 1888)

P.Vico — Diritto Penale militare (In "Enciclopedia" del Pessina Vol.XI ~~Pag~~)

Angioni — Le cause obbiettive di esclusione della antigiuridicità (Milano Ist.Edit. 1930)

Angioni — Le cause che escludono l'illiceità obbiettiva penale.

Bettiol — L'efficacia della consuetudine nel Diritto Penale (Milano 1932)

Rocco — L'oggetto del reato

Antolisei — L'evento e il nuovo Codice Penale (Riv.It.Dir.Pen 1932) n.1

680

Rocco La riparazione alle vittime degli errori giudiziari (Riv.Penale 1902)

Chiovenda Principi di Diritto processuale (Napoli 1923)

Paolocci Obbedienza gerarchica (In "Supplemento alla Rivista Penale" Vol.XV)

La Monica Sulla scriminanza dell'obbedienza gerarchica (In "Dizionario Penale" 1927 pag.351)

Bettiol Applicazione analogica della legge penale (Riv. It.Dir.Pen. 1931 nn.1,2)

Carrara Programma

Almena Principi di Diritto Penale (Napoli 1912)

Pessina Elementi di Diritto Penale (Napoli 1882)

Longo Commento al Codice Penale (Torino 1911)

Crivellari Il Cod.Pen. interpretato (Torino 1892)

Capalozza L'obbedienza gerarchica come causa escludente della im putabilità (Riv.It.Dir.Pen.1932)

Mangini,ecc. Codice Penale illustrato con i lavori preparatori (Roma 1930)

Vannini Concetto e contenuto dell'illecito penale (In "Studi Senesi" 1932 fascicoli 1,2)

Bettiol Sul tentativo di partecipazione delittuosa (Annali di Dir.e Proc.Pen. 1932)

Bettiol Lineamenti dell'istituto del concorso di più persone in un reato secondo il nuovo Codice Penale. (Archivio Giuridico 1931)

Massari Il momento esecutivo del frato (Pisa 1923)

Stoppato Il diritto di resistenza per i terzi non direttamente offesi dall'atto arbitrario ("Temi" 1905)

Bettiol Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa (Riv.It.Dir.Pen. 1930 n.5)

Delitala — Le dottrine generali del reato

Battaglini — Sull'azione civile per risarcimento di danni contro l'imputato assolto per totale infermità di mente (In "Studi per P.P.Zanzucchi" Milano 1928)

Filomusi-Guelfi — Delle circostanze che escludono e diminuiscono l'imputabilità.Studio sugli articoli 62 - 70 del progetto Vigliani 24 - 2 - 1874 (In Riv.Pen. Vol.III pag.481 - 482)

Rocco — Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale

Massari — La norma penale

Barthlemey — L'influence de l'ordre hierarchique sur la responsabilitè des agents (Revue de Droit Publique 1914)

François Coppée: Cahier rouge (versi) "Prenez une fille"

Alessandro D'Ancona: Demonio Meridiano 1903

Giuseppe Gallo: Fanti d'Italia in Macedonia

A. Brunetti: L'art. 51 nel nuovo Cod. Penale. pag. 801 Annali 1933

Sabatini: Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche. Annali 1933 pg. 28

Sabatini: L'azione dell'incapace di intendere e di volere di fronte alla legge penale. Annali 1933 pg. 1265

Zeitschrift für die gesammte Strafrechts-
Wissenschaft. 693

Periodico 101

Mi interessano:

1°) il vol. 22 per questo articolo: Höpfner: "Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft".-

2°) il vol. 28 per questo articolo: Beling: "Zur Lehre von der «Ausführung» strafbarer Handlungen" (Per la dottrina della esecuzione di azioni punibili)

Se non è possibile avere la Zeitschrift, mi interessano l'una o l'altra di queste due opere, in ordine di importanza decrescente:

Mösmer: Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht.-
(L'autore mediato in contemporanea considerazione con l'ipnotismo nel diritto penale)
M. T. - 16-18

~~List~~ List: ~~B~~ Lehrbuch des deutschen

Strafrecht – Edizione 1914 – 694

V - 2 - II - 13

Graetzer: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen.

(L'autore mediato in rapporto alla sua astratta possibilità nelle particolari classi di delitti) Berlino 1907 - pagine 57

M - T - 56 - 8 -

de Franchi maria Vittoria

565

~~Pag. 12~~ Cristian a Ferrara pag. 13. 14 - 15 - 16 - 17. 18. 19

Mantovani: Psicologia fisiologica - Hoepli - Milano

696

" Ogni fenomeno psichico è concomitante a un determinato fenomeno fisiologico, che è una speciale funzione del sistema nervoso. "

Andreotti: Psicologismo e diritto criminale.

Paul Bourget: L'emigrato.

Cocivellis: Di un nuovo indirizzo nel dir. penale.

" : Dir. penale e funzione preventiva.

Bocci: Medicina legale.

Mosso: La paura.

Oddi: L'inibizione.

Fano: La fisiologia in rapporto con la chimica e con la morfologia. Torino - Loescher.

" Inibizione è un'azione che ostacola o impedisce il manifestarsi di un'altra azione e che l'affievolisce o l'arresta se era già in atto.

Herzen: Studio biologico sulla volontà. - Annali universali di medicina - 1868.

Movente a delinquere è quel complesso di rappresentazioni psichiche che determinano la volontà a commettere un'infrazione della legge penale.

Cangeredi Gatti: Il movente del reato nella scienza del diritto penale. - Note sulla psicogenesi del reato - Il movente del reato nel diritto positivo.

Longo: La causale a delinquere - Lucera 1899.

Musco: L'omicidio - Utet -

~~pag. 53 Manual del Bonano~~ -

~~pag. 57 58 59~~

Lombardo: Civiltà e delitto -

"Civiltà e progresso non sempre costituiscono mezzo rimanente di educazione" -

Lucas: Il ventre di Napoli -

pag. 63 - 67 - 75 - 76 - 80

le tre disposizioni che sono da combattere nell'animo umano: tendenza criminosa, malizia, bestialità

Siglele: La coppia criminale - (Bocca - Torino)

Sighele: La folla delinquente -

Rossi: Psicologia collettiva morbosa - (Bocca - Torino)

Alimena: Il delitto nell'arte (Bocca - Torino)

Romagnoli: Il teatro greco (Zanichelli)

- Clitemnestra di Sofocle -

- 96 - 101 - 110, 111, 112-113 -

Cordola: Il delitto e la pena nel pensiero di Dante.

pag. 121-122 - 136 - - 145 -

Foscolo: Oreste - Foscolo: Ricciarda - (Bocca)

Leggiardi - Laveria: Il delinquente nei Promessi Sposi

Valpicelli Luigi: L'omicidio all'Ergastolo

Rossi: Psicologia collettiva morbosa (Bocca -)

Dumas figlio: Il processo Clemenceau -

pag. 155 - 156

Nuga: Il marito di Elena -

Ferrari: L'uomo (La Toga)

Il bene non è fatto se non possa raggiungersi con l'onestà del mezzo -

Wilde: Dorian Gray - 163

Bourget: Il discepolo -

"artifizio teatro del Pirandello"

Pirandello: Liola e la Zerda -

" : L'amica delle mogli

Crampsaure: L'avvilita - pag. 179-180

pag. 184 - 187 Dottrina di Romagnosi

pag. 190 - 191 " " Florian

Locoraro - Lombardo: Tentativo di una teoria dei motivi a delinquere - (Palermo 1895) -

Ugo Conti: pag 198

Infallomeni: L'omicidio nel diritto penale -

Capofoni: Dei motivi determinanti al reato.

Per il Conti il motivo è elemento costitutivo del delitto: ma quest'ultimo è quel fatto di pubblico allarme contrario al diritto, per cui la minaccia da norme relativamente normali, per motivi antigiuridici corrispondenti -

Infallomeni distingue:
- motivi: elementi che rispondono a una necessità del diritto (per. tipi delitti)
- motivi determinanti: sono quelli che rispondono a un bisogno legittimo (p. es.: fatto determinante per provare fatti veri)
- motivi determinati (per fini di lucro p. es. delitto per il soggetto del semplice aspetto di [illegible])
- motivi apparenti: rientrano maggiore pericolosità -

699

Per l'Impallomeni è impossibile determinare a priori delle categorie di motivi che possano rialzare più o meno la qualità morale di un delitto. Bisogna fondarsi su questo criterio: la maggiore o minore antisocialità dei motivi consiste nella maggiore o minore diffondibilità del pericolo sociale.

Arturo Rocco: L'oggetto del reato e della tutela giuridica pen. pag. 200 (Torino - Bocca)

Frisi: Il Delitto preterintenzionale (Torino - Bocca)

- 234 ... 251 -

Carnevale: La dottrina morale nel dir. penale (Riv. Penale LV)

Spencer: Basi della morale

pag. 300 principio

pag. 303 - 304 in nota bibliografia

307

334 fine, 335 fine

Il delitto è una violazione delle norme elementari della vita sociale, dei diritti fondamentali del consorzio umano, violazione della quale l'uomo sia la causa volontaria. Eccettuati i casi nei quali l'impunità è stabilita dalla legge per ragioni specialissime, non si può parlare di delitto se la causa di un fatto nocivo non possa trovarsi nella volontà dell'agente. Un uomo potrà essere ucciso da un fulmine da una belva; non potrà parlarsi di delitto. Ma non basta. Un uomo potrà essere ucciso da un demente, o per un caso non previsto e non prevedibile, o per difesa, o per un ordine legittimo; non potrà parlarsi nemmeno di delitto. E nell'antica definizione dell'omicidio: «violenta vitae hominis ademptio ab homine iniuste patrata» le parole «ab homine» sono quelle che indicano la condizione senza della quale non può parlarsi di delitto, se per uomo s'intenda colui che è fornito di

facoltà di discernimento, di determinazione, di libertà di agire.

Nel binomio inscindibile: delitto-pena è insito il concetto di un autore che sia fisicamente normale, e come non si può parlare di delitto senza scindolo, almeno idealmente, nei due elementi soggettivo e oggettivo, così non si può parlare di pena, senza distinguere in essa quella menomazione di libertà o di patrimonio la quale ne costituisce l'elemento materiale, e quel quid fatti morale, che ne deriva al soggetto e che se può rivolgersi ad esso come ammonimento o come freno, prima che il delitto sia commesso, si rivolge costantemente, dopo l'infrazione alla fonte istessa del male: la psiche. Ora l'imputabilità consiste appunto in questo rapporto fra delitto e pena, rapporto nel quale, forse, è più perfetta la equazione morale di quella materiale, nel quale, anzi, può dirsi che l'equazione non si possa trovare se non nell'elemento morale: nullum fascionis, et malum actionis. A questo

rapporto ha condotto lo svolgimento della vita sociale, distinguendo la meccanica reazione, la brutale vendetta della pena.

3) — L'uomo ha attraversato un primitivo stato di lotta, contro gli elementi, contro le fiere, contro il proprio simile. Lotta che, determinata dalla necessità della vita, importava reciprocità di offese con la vittoria del più forte o del più astuto. E poichè la reazione non poteva essere sempre immediata, sorse il sentimento della vendetta, e, con la formazione della famiglia, continuando lo stato di inimicizia non solo nell'individuo, ma anche nei suoi discendenti, sorse la vendetta del sangue.

Formatisi i primi gruppi sociali, come gli individui sottomettono la loro volontà a quella di un capo, così questi avocò a sè il diritto di vendicare l'offesa e cioè di

punire le offese. La costante ripetizione di tale funzione di punire le offese, induce negli animi la convinzione che chi offende dev'essere per necessità punito e, quindi, chi non vuole incontrare la pena deve astenersi dal mal fare. Si afferma così il primo sentimento della giustizia, che si svolge con l'andar del tempo, modificandosi nelle sue forme, rimanendo sempre identico in se stesso; parallelamente allo svolgersi della funzione punitiva rimasta egualmente immutata. Riuscirebbe impossibile dimostrare con la storia del diritto penale, dai primi tempi sino agli attuali, che il sentimento della pena e la funzione penale abbiano deviato anche per poco dal loro carattere primitivo, né le speculazioni dei filosofi, né le diverse finalità attribuite, e qualche volta, conseguite dalla pena, hanno mai offuscata la sua vera

ragion d'essere. Considerata si l'offesa recata all'individuo come offesa alla divinità, si rafforza il concetto della pena come malum passionis ob malum actionis; onde tale è il concetto consacrato dai codicifici antichi, nei quali l'uomo abbia potuto addentare lo sguardo: nell'Avesta, nelle leggi mosaiche, in quelle dell'antica Roma, nelle leggi germaniche, nel diritto canonico, sino a quelli dei nostri tempi; il concetto che mai scompagna la pena è questo, che essa segua come reazione, come vendetta, come necessaria purificazione, il fatto delittuoso.

Il taglione, composizione per la quale il reo evitava il risarcimento dell'offesa, se si sottoponeva al pagamento di una somma, il contetto della espiazione purificatrice dimostrano questo assunto: che cioè, indipendentemente da tutte le teorie, antiche e moderne, svoltesi intorno alla pena, questa esiste

sempre ora, come nel passato, come fine a sé stessa.

Ma la sapienza romana già aveva compreso la grande importanza della pena, per i fini preventivi, sia per la eliminazione dei malvagi dal consorzio sociale, sia nello stato di violazione proibitiva, come mezzo di allontanare i male intenzionati dalla violazione del diritto, come già aveva distinte le due importanti funzioni che, poi, dalla scuola positiva dovevano essere confuse; quella punitiva e quella preventiva. Eloquenti sono due passi del Digesto, in uno dei quali, sotto il titolo «De lege Pompeia de parricidis» si afferma che colui che ucciso in preda a furore, non deve essere punito, ma deve essere, invece, messo nella impossibilità di recare altro danno; in un altro (par. 13, libro 1. «de officio praesidis») si raccomanda al vigile preside della provincia di aver cura che gli uomini male intenzionati, i predoni, i ricettatori siano tenuti di occhio e di badare, se un folle commette un delitto, di metterlo nell'impossibilità di nuocere curando altresì di accertare che la follia non sia simulata.

Il fine di prevenzione diretta, funzione non necessaria, ma utilissima della pena, si era, così già vigorosamente affermato. L'altro fine, quello della espiazione e dell'emenda, fu consacrato dal diritto canonico.

«Ciò che distingue il sistema penitenziario nato con la Chiesa — osservò un insigne scrittore — è la competenza distinta del giudice, per giudicare non solo del fatto materiale, ma anche dell'intima volontà che l'ha ispirato. Il carattere della pena, che non è

vendetta, ma espiazione e rigenerazione il consentimento dell'offeso alla pena. Ma quando la troppo incondizionata fiducia nell'efficacia intimidatrice della pena, e, quel ch'è peggio, l'ignoranza dei giudici, l'incertezza della legge, l'empirismo predominante avevano ridotto la funzione punitiva a sola funzione di carnefici, gareggianti col reo nella invenzione di torture e di torture, quando non era affatto nemmeno strano sottoporre i cadaveri a procedimenti e all'esecuzione delle pene, Cesare Beccaria diffuse il suo piccolo libro del quale è deplorevole che alcuni critici non abbiano nemmeno riconosciuti il coraggio e la vigoria italianissima delle affermazioni.

4.) – Non si è responsabili delle teorie

e dei sistemi filosofici dei tempi nei quali si vide: Cesare Beccaria chiese la giustificazione della sua tesi a quei sistemi filosofici che, essendo il portato dei tempi, si prestavano a lor volta a favorire mirabilmente le proposte di riforma. Spirito temprato nello studio degli enciclopedisti, fondò sulla teoria del contratto sociale la sua lotta contro la barbarie del diritto, affermando che le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica sono ingiuste di lor natura e tanto più giuste sono le pene quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza che il sovrano conserva ai sudditi.

S'incominciò, allora ad affermare il principio che nessuno potesse essere punito se non per gli atti dei quali fosse responsabile, per averli liberamente commessi

si e liberamente voluti, ed al rinnovamento delle idee corrisposero le riforme legislative e riforme penitenziarie.

Da Beccaria a Carrara, la scienza del diritto penale ripulse di luce meravigliosa non tanto per le affermazioni filosofiche donde era partita, quanto per il suo contenuto altamente morale. I filosofi non si erano illusi di modificare il mondo e la vita sociale, aveano, invece, attinto alla fonte vera del sentimento ed alla realtà dell'animo umano.

Pur essendo essi partiti da presupposti che il tempo non poteva non distruggere, la realtà proclamata dai seguaci della scuola classica non derivava da tali presupposti, ma dai fatti che la storia aveva affermati: la costruzione incrollabile della scuola

classica si fonda sul concetto di funzione etico giuridica del magistero penale e, conseguentemente, sul quello di imputabilità morale, giustificato, in pratica, non dalla impossibile dimostrazione della libertà del volere, ma dalla esistenza positivamente innegabile di quelle facoltà che si compendiano nella coscienza, nella volontà, nella libertà dei propri atti, le quali distinguono gli uomini normali dagli infermi di mente, dagli ubbriachi, dai sonnambuli. Tale principio fu accolto dal nostro codice ed impera in tutti i codici delle nazioni civili, conquista inoppugnabile della scienza.

---

1)– La complessività dell'anima umana, l'incessante lavorio della psiche, l'invisibile e immane travaglio dello spirito, la continua stratificazione di rappresentazioni di ogni genere, non permettono neanche al più profondo dei psicologi di determinare con esattezza tutti e i vari momenti dell'azione umana, essendo impossibile, non conoscendosi tutte le forze che si contrattono nell'animo di stabilire più che approssimativamente, la risultante di esse. Le indagini psicologiche, è vana ogni illusione sul proposito, non possono essere che sommarie, allorquando non siano del tutto convenzionali, e la prova di ciò sta nel fatto che dall'indagine psicologica non si può, se non in rari casi, prevedere quali saranno, in determinati momenti, la condotta e il modo di agire dell'individuo. Il sistema che si segue è l'opposto; dopo l'azione, si

cerca stabilire il processo psicologico che l'ha determinata di rilevare, cioè, a stabilire, più o meno schematicamente, il motivo predominante dell'azione umana, quando questo sia dei più comuni o una risultante dei più comuni; spesse volte, l'indagine ha esito del tutto negativo e non permette che di trarre l'illazione che sino a oggi (e forse sempre) rimarrà nell'animo umano qualche cosa di imperscrutabile e di inconoscibile. Tale considerazione più che persuadere della vanità dell'indagine psicologica induce a perseveranti, con la tenacia che nasce dalla conoscenza della difficoltà, ed evita le illazioni semplicistiche, delle quali si compiace una psicologia convenzionale, che riesce a polarizzare tutte le forze che agiscono nell'animo umano verso tipi prestabiliti di movente. Con questa inda-

gine noi non potremo illuderci d'isolare il movente dall'azione; la concezione che otterremo sarà più sbiadita, più evanescente nei contorni, ma più corrispondente alla verità.

Nelle opere d'arte, noi vediamo, spesso, riunite in un personaggio tutte le caratteristiche che non ci danno la persona, ma il tipo; quasi, secondo il precetto di un immortale artista, per il quale le diverse bellezze debbono compendiarsi, nell'opera d'arte, in una sola, così nelle opere della letteratura, vediamo compendiate, in un solo individuo, tutte le caratteristiche di un tipo, preda di una sola passione, che in esso domina incessantemente. L'opera è perfetta ed è vera dal punto di vista estetico; non è tale scientificamente. Non una sola corrente, nella vita, che tormenta l'anima umana, ma correnti numerosissime, alternate, l'una all'altra contrarie, e l'indagine serena non può che contentarsi quando sarà riuscita a stabilire il movente principale o la somma di quei moventi che danno alle psiche una direzione, dopo che questa è stata già predisposta e abbattuta, come, per usare una vecchia similitudine, una foglia, che, staccata dal ramo e contesa dall'avverso ardore dei venti, si lasci, infine, trascinare dalla foga di quello che, in un dato momento, è il più impetuoso.

Ma se quel metodo psicologico, cui già abbiamo accennato, seguito dai creatori di tipi immortali, ha il vantaggio di presentarci riuniti, per accorgimento estetico, in una sola vita, tutte le sfumature della passione, nessuno ne presenta quell'altro, seguito per da psicologi in voga, i quali del

la psicologia si servono come metodo per una tesi da dimostrare; dato il fatto, si subordina la psicologia alla dimostrazione di questa tesi. Del primo sistema può giovarsi il giurista e il sociologo; del secondo sarebbe pericoloso fidarsi troppo, e le indagini seguite, secondo l'detto sistema, intanto possono accogliersi, in quanto l'esperienza della vita, i confronti e gli studi sul vivo permettano di essere sicuri che le abitudini mentali dello scrittore o dell'artista non abbiano fatto velo alla verità.

Codice Zanardelli: Titolo IV. "Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono".

716

art. 49: « Non è punibile colui che ha commesso il fatto per disposizione della legge o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dell'autorità competente. ..... Nel caso preveduto nel numero 1°, se il fatto commesso in esecuzione dell'ordine di un pubblico ufficiale costituisca reato, la pena stabilita per il medesimo è applicata al pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. »

Codice Rocco: Titolo III: "Del Reato".

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 delle 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. ».

Avant projet de code pénal français: (aprile 1932)

art. 111: "Des causes qui suppriment l'infraction.

art. 112: Il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention.

1) Lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime;

2) Lorsque il n'était que l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir de la fonction ou de la profession;

ecc.

Codice Zanardelli: art. 60 "Delle imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono.

«Nelle contravvenzioni commesse da chi è soggetto all'altrui autorità, direzione o vigilanza, la pena, oltre alla persona subordinata, si applica anche alla persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o vigilanza, se trattasi di contravvenzione a disposizioni che essa era tenuta a fare osservare, e se la contravvenzione fosse stata impedita dalla sua diligenza.

«Se la contravvenzione sia commessa per ordine della persona rivestita dell'autorità, o incaricata della direzione o vigilanza, e sulle disposizioni che la persona medesima era tenuta per legge a fare osservare, la pena si applica anche alla persona subordinata, nel caso che questa abbia commesso la contravvenzione non ostante speciale divieto o avvertimento dell'autorità.»

Giuseppe Bettiol. 718

"L'ordine dell'autorità nel diritto penale"

---

1) L'art. 51 del codice Rocco ha risolto ottimamente il problema dell'esecuzione dell'ordine dell'autorità, specie in riferimento alla difettosa disposizione legislativa contenuta nel codice precedente.

2) ... problema che presenta un notevole interesse teorico perché in esso particolarmente si riflettono alcune delle più importanti dottrine che dividono il campo degli studiosi, quelle ad es. concernenti l'azione, l'evento, l'illecito, la colpevolezza, il tentativo, la partecipazione delittuosa e via dicendo.

3) ... l'ordine conforme alla legge non suscita difficoltà interpretative risolvendosi la sua esecuzione in una mediata applicazione di una norma giuridica.

4) Il subordinato che segue un ordine illegittimo vincolante non risponde dell'illecito cagionato. Non basta però accontentarsi di questa affermazione, ma è necessario indagare il titolo della sua irresponsabilità penale; io ritengo che l'ordine costituisca una circostanza di giustificazione e si debba quindi considerare lecita l'azione del subordinato. Non possono invero accettarsi le dottrine che spiegano la non punibilità del subordinato

Facendo riferimento ai concetti di costringimento psichico e di dovere, il subordinato non è punito imputato per essere erroneamente creduto di eseguire un ordine legittimo, ma perché la operata inconformità al dovere di obbedienza imposto gli dall'ordinamento giuridico. Questo degli ordini illegittimi vincolanti la nostra legislazione non fece un contrasto irriducibile tra la illiceità di un ordine e la sua vincolatività per il subordinato.

5) Alla irresponsabilità penale del subordinato per l'esecuzione di un ordine illegittimo vincolante corrisponde la responsabilità penale del superiore. Ho ritenuto necessario studiare il titolo di questa responsabilità per concludere che il superiore risponde come partecipe, non come autore mediato del fatto compiuto dall'inferiore: rende così possibile una coordinazione tra l'art. 51 e il 110 e sg. del Cod. P.

6) Il problema è sorto col sorgere di ogni aggregato sociale, la sua soluzione dipende dall'angolo visuale sotto cui si considerano in un determinato momento storico i rapporti tra l'autorità del gruppo sociale e la libertà del singolo individuo. Oggi il vincolo dell'ordine illegittimo è limitato ai rapporti di supremazia intercedenti tra lo Stato e i cittadini, perché il primo non tollera più l'esistenza di gruppi politici con prerogative sovrane operanti nel suo territorio.

L'ordine dell'autorità nel diritto Romano.

1) Le fonti romane riconoscono il diritto di impartire un ordine a chi è titolare di un diritto di supremazia su di una persona o un gruppo. Dice Gaio (D. 9-2-37): "Liber homo si iussu alterius mancipium dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit cum eo agendum est qui fecit". Il subordinato è obbligato ad eseguire anche l'ordine illegittimo ricevuto e non risponde del danno, perché: "id damnum dat, qui iubet dare: ejus vero nulla culpa est cui parere necesse".

2) Un problema importante è proposto dall'ordine illegittimo vincolante è quello concernente il suo raggio di estrinsecazione. Nel nostro ordinamento giuridico la vincolatività dell'ordine illegittimo è limitata ai rapporti di supremazia di diritto pubblico. Bisogna però indagare se questa limitazione esistesse anche nel diritto romano affine a esso è il portato delle legislazioni moderne. La risposta dipende dal carattere che si assegna alla famiglia romana, domestico o politico. Nelle fonti sono numerosi gli esempi di ordini illegittimi vincolanti impartiti dal capo di famiglia ai suoi dipendenti. Se si propende per il carattere domestico la vincolatività di ordini illegittimi va considerata estesa anche al diritto privato

se invece si profonde nel carattere politico della famiglia romana, tale inviolabilità rimane limitata al campo del diritto pubblico. Questa tesi è confortata da un argomento di logica: è inverosimile che lo Stato riconosca un'autorità privata che arrivasse in relazione a casi particolari l'efficacia degli imperativi giuridici espressi per garantire la conservazione dell'aggregato sociale. Questo potere può spettare solo allo Stato. Si comprende invece come l'ordine religioso inviolabile potesse sfuggire entro l'ambito della famiglia perché nelle sue origini questo organismo sociale non è di natura privata ma di natura politica e quindi pubblica. Lo Stato dovrà sostenere delle lunghe lotte per poter affermarsi e limitare l'autorità e poteri del capo di famiglia.

3) All'autorità del paterfamilias sono sottoposti: donne, figli, e schiavi. Nelle fonti è particolarmente considerato il dovere di obbedienza dello schiavo. Problema: questo dovere di obbedienza al dominus è sempre incondizionato o trova un limite quando allo schiavo viene imposta un'azione che porterebbe ad una grave lesione giuridica? Le fonti stabiliscono che l'ordine del padrone non serve allo schiavo di scusa quando si tratti di fatti che hanno atrocitas facinoris vel teleris (omicidio, furto, danneggiamento, ecc.). La patria potestas e la potestas dominica risultano di già infatti subordinate all'autorità statale che ne determina i limiti e il contenuto onde impedire ~~gli~~ abusi e pregiudizi ad una ordinata convivenza sociale. Sorge il problema se le limitazioni

fossero tali che rivestono atrocitatem facinoris vel teleris. Esistevano nel diritto romano classico o sono state introdotte nel periodo giustinianeo. Il Perozzi ha dimostrato che i testi limitanti il dovere di obbedienza del servus sono interpolati, per cui nella epoca classica doveva essere senza eccezione il principio che lo schiavo deve obbedire ad ogni ordine che il dominus gli impartisce.

Ostacolo e discussioni riguardo a un frammento di Ulpiano.

II 9 - 4 - L. 2 - par. 1 — Secondo il Karlowa per tutta l'epoca romana classica doveva vigere il principio che il comando del padrone esimeva lo schiavo da pena. Nell'età post-classica, invece, per lo sgretolamento dell'istituto familiare romano e il rafforzarsi dell'autorità statale lo schiavo è punito se compie certi determinati delitti per ordine del suo padrone. La pena però viene diminuita. ... Non abbiamo un criterio sicuro per stabilire in che consistesse la "atrocitas" di alcuni fatti.

4) Il dovere di obbedienza del filius familias non è particolarmente disciplinato nelle fonti. Possiamo dedurne l'esistenza e la consistenza da due frammenti delle fonti:

II 50 - 17 - 4 "Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini"

II 49 - 16 - 4 "Qui filium substraxit militiae belli tempore, crimen et bonorum parte multandus est: si in pace, fustibus caedi jubetur et requisitus juvenis vel a patre postea exhibitus in deterius rem militiam sandus est; qui enim se delicitatis ab alio, ut

niam non meretur.. Se il dovere di prestare servizio militare sciogliesse il figlio dal dovere di obbedienza verso il padre, ne seguirebbe l'unica limitazione al potere di supremazia del pater familias sui figli? Noi riteniamo che il dovere di obbedienza dei figli avesse il medesimo contenuto di quello dei servi e che ad diritto postclassico il figlio non fosse scusato se perpetrava per comando del pater un delitto atroce. Sembra invero inconcepibile che il dovere di obbedienza del figlio, persona libera, fosse più lieve del dovere dello schiavo.

5) Il dovere o il fatto che dovesse obbedienza all'ordine del magistrato del padre non esclude dall'illecito cagionato: "servum nihil delinquit qui dominus iubente obtemperaverit.. Il comando vincolante agisce come una circostanza che toglie all'agente la spontaneità e cioè la colpevolezza dell'azione: La mancanza di colpevolezza priva l'azione del carattere delittuoso ("nihil delinquit.) perché a costituire il delitto non basta il mero rapporto oggettivo tra l'agente umano e l'evento lesivo, in quanto la colpevolezza è richiesta, come nelle epoche più recenti, per dare rilievo al reato.

b) Fuori dell'ambito della famiglia, vediamo l'ordine illegittimo emanato in virtù del rapporto di supremazia intercedente tra l'autorità statale e i cittadini. Rapporto che può essere generico o specifico.

a) Rapporto di supremazia generico. Abbiamo un passo dell'Ulpiano
D 50 - 17 - 157 "Qui iubente iudice aliquid fecit, non videtur

dolo malo facere quia parere necesse..

Problema: deve il cittadino obbedienza a tutti i comandi del magistrato o può talvolta rifiutare obbedienza? Dice in proposito il Bonfante
D 50 - 17 - 170 "Factum a iudice, quod ad officium eius non pertinet, ratum non est.. Questo frammento va messo in relazione con l'altro precedentemente citato: il cittadino deve obbedienza all'ordine del magistrato se questi era competente ad impartire l'ordine medesimo. Quindi per l'obbedienza del cittadino vi era un presupposto di carattere formale che il cittadino doveva indagare prima di eseguire: la competenza formale. Il che esclude che una serie di ordini illegittimi, per una serie di ordini illegittimi, tale nel caso concreto perché questo indagato recasse un minor sforzamento traffico grave dell'autorità pubblica.

b) Rapporti di supremazia specifica. Il più rigoroso è il rapporto militare, D 49 - 16 - 3 - 15 "Iu Ello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non fecerit, capite puniuntur, etiamsi res huic geserit.. Quali le limitazioni a questo dovere di obbedienza? Alcuni sostengono debbano valere le stesse che per i servi ed i filiifamilias: non ammettere limitazione al dovere di obbedienza del soldato sarebbe lo contrasto con l'alto concetto che i Romani avevano del miles e con la sua privilegiata posizione giuridica e sociale. - Altri sostengono debba esserci nel soldato sempre una obbedienza cieca e illimitata. Il comando illegittimo del superiore è sempre vincolante perché l'obbedienza

autorizzare è stabilita in vista dell'interesse pubblico alla conservazione e difesa dello Stato. – Noi distinguiamo tra la guerra e la pace. Limitato il dovere di obbedienza in guerra; limitato durante la pace così come era sempre per figli e gli schiavi. –

L'ordine dell'Autorità nel diritto germanico.

7/ L'istituzione di delitti commessi per ordine del superiore è presa in considerazione anche dal diritto dei popoli germanici.
I rapporti di supremazia vanno anche qui ricercati nell'ambito della famiglia, intesa nelle sue origini come un aggregato politico. Il corrispettivo della patria potestas è il: mundio.

8/ Il servo è obbligato ad eseguire qualsiasi ordine del padrone anche la sua esecuzione porti ad una grave lesione giuridica: il diritto germanico non conosce la distinzione tra delitti atroci e non atroci, era nel dir. Rom. giustinianeo. La colpa conseguentemente imputabile, è del padrone, non del servo che lo obbedito. L'editto di Rotaritto e le altre leggi germaniche distinguono sempre tra il fatto commesso per ordine del padrone e quello commesso dal servo spontaneamente: di questo il servo risponde. La legge dei Sassoni parifica consiglio del padrone al comando agli effetti della responsabilità penale. Le legislazioni germaniche distinguono tra: comando, costrizione e non punizione del dominus per i delitti commessi dai suoi: il comando e la costrizione si equivalgono ai fini della responsabilità dello schiavo, che non è punito se obbedisce all'ordine

del padrone. Nell'ipotesi della non punizione, deve il dominus provare con giuramento di non aver impartito al servo l'ordine delittuoso, al fine di liberarsi dalla responsabilità penale.

9/ Rapporti di supremazia dello Stato: tra rex o duce e il suddito. Il suddito deve eseguire gli ordini emanati da chi incarna o rappresenta l'autorità suprema dello Stato, non tanto perché il rapporto che a lui la legge richiede una pronta e incondizionata obbedienza, ma perché il comando del re o del suo rappresentante equivale ad una norma giuridica, che deve ad ogni costo essere eseguita. Il suddito che esegue l'ordine non incorre in responsabilità penale. Il contenuto del comando non può essere di qualsiasi, senza limiti. La legge ribuaria stabilisce doversi obbedire a un comando del Re se era conforme alle leggi ed emanato nell'interesse della collettività. Questa disposizione della legge ribuaria è dovuta alla influenza cristiana. Il diritto canonico, invece, obbliga il subordinato ad eseguire l'ordine del superiore, solo se lecito e legittimo. Se l'ordine è illegittimo, contrario a un principio etico o ad una norma di diritto divino positivo, il subordinato deve rifiutare obbedienza. Ecco il Decretum: "non semper malum est non obedire praecepto; cum enim Dominus jubet ea, quae Deo sunt contraria, tunc ei obediendum non est." (Decreti, secunda pars, Causa XI, Quaestio III cap. 92 in "Corpus Juris canonici.")

L'ordine dell'Autorità nel Dritto Comune.

10) Responsabilità del padrone per il delitto compiuto dal servo. I giuristi distinguono tre ipotesi: il padrone è al corrente del delitto e egli è al corrente ma non impedisce la commissione del delitto; egli comanda al servo di perpetrare il delitto. Nel primo caso (Baldo) "dominus nozaliter obligatur, quod ratio equitatis introduxit ne quis delicto sui propriae fuy gravetur, quam ob valor eiusdem". Nel secondo caso (Decio) "dominus tenetur: quia ipse occidisse videtur". Nel terzo caso il figlio o il servo debbono sempre obbedire a meno che non si tratti di commettere un delitto atroce, nel qual caso essi non debbono eseguire l'ordine, altrimenti vanno soggetti alla pena prevista per il delitto, attenuata.

Il principio da cui glossatori e post. glossatori ricavano l'imputabilità del servo o del figlio è la mancanza di una libera determinazione di volontà: questa è necessaria a realizzare il contenuto dell'ordine, perchè l'ordine può essere paragonato ad una violenza morale. Si trovano di fronte ad una circostanza di esclusione della colpevolezza. Dice Decio: ... "nec actus voluntarius videtur quem fit jussu patris vel domini quia ex voluntate fieri dicitur, quod ex libero mentis arbitrio profficiscitur... Et per obedientiam propria voluntas mutatur... Et actus non dicitur voluntarius quando fit ab eo qui fuerat compulsi."

11) Rapporti di supremazia fra Stato e cittadini. 728

Pratica differenziano specialmente l'ordine legittimo dallo illegittimo per le conseguenze penali che sorgono a carico dell'inferiore che eseguisce l'ordine illegittimo quando esso non lo vincolante. Bisogna distinguere se il "praeceptum est clare contra legem aut est aperte secundum legem, aut dubitatur" nel primo caso il subordinato non deve obbedire, nel secondo deve essere punito se non obbedisce, nel terzo deve obbedire. Secondo Bartolo per stabilire la legittimità dell'ordine bisogna considerare la competenza dell'autorità ad emanare l'ordine medesimo. La competenza però deve essere fondata dall'inferiore solo quando l'Autorità abbia ordinato un fatto che è delitto atroce. (Note: Quali i delitti atroci. Diversi criteri per determinarli. Odofredo adduce un criterio soggettivo: sono atroci "quae sing dolo non committuntur", non atroci "quae committuntur culpa". Lo segue Oldrico da Rosciate. Secondo Farinacio: "delicti gravitas et levitas cognoscitur ex illius qualitatibus et circumstantiis, quae illud idem et grave et leve, iuxta facti et personarum qualitatem, reddunt". Jason de Magno considera atroci i delitti "quae habent speciale nomen delicti et damnum est magnum, et fortius ubi imponitur poena mortis.")

Cap. II. - Il Concetto di Ordine -

1) Si disputa in dottrina se sia naturalistica o giuridica la natura del concetto di ordine. Problema: "È ordine quella manifestazione di volontà che un soggetto rivolge ad un altro in virtù di un rapporto di supremazia riconosciuto dall'ordinamento giuridico affinché questi compia o si astenga da un'azione, oppure si può qualificare come ordine anche quella manifestazione di volontà indirizzata ad una persona in virtù di un rapporto di supremazia che su di essa esiste solo di fatto?

2) Secondo alcuni (Van Calker - Ginginoff) l'ordine deve coincidere sempre l'espressione di un rapporto di supremazia costituito dall'ordinamento giuridico. Rapporto di supremazia costituito dal potere d'imperio (= diritto subiettivo) del superiore da una parte e dal dovere di obbedienza dell'inferiore dall'altro. Potere d'imperio e dovere d'obbedienza hanno limiti e contenuto a seconda degli obblighi che l'ordinamento giuridico si propone nella costituzione dei singoli rapporti di supremazia. Ordine, in senso giuridico, è la manifestazione di volontà che il superiore, entro i limiti segnati, indirizza all'inferiore affinché questo compia un'azione o se ne astenga. Rapporti di supremazia non riconosciuti dal diritto non hanno significato secondo la concezione giuridica, la volontà del titolare del potere d'imperio equivale a volontà dello Stato.

3) Secondo noi ci troviamo di fronte ad un concetto di carattere naturalistico che, in particolari circostanze e qualora siano presenti determinati presupposti, acquista natura e rilevanza giuridica. L'ordine, considerato come manifestazione della volontà del superiore è un'azione; l'azione nel campo giuridico va primieramente considerata come fenomeno naturalistico perché la qualificazione giuridica è predicato non elemento essenziale della medesima. L'ordine legittimo e quello illegittimo sono qualificazioni giuridiche del concetto di ordine che va determinato in base a criterii extragiuridici. Non c'è un concetto unitario di ordine in senso giuridico. Il concetto di ordine va desunto dal significato volgare della parola. Gli innumeri rapporti di supremazia esistenti nella vita sociale possono essere riconosciuti, tollerati o ostacolati dall'ordinamento giuridico, ma per il concetto di ordine basta che essi esistano come realtà di fatto. Presupposto dell'ordine è dunque naturalistico: un rapporto di supremazia. (Von Ammon).

1) Non è necessaria la forma imperativa. Normalmente l'ordine si distingue dalla istigazione, dal consiglio, dalla preghiera, perché espresso in forma imperativa. Ma questa non è essenziale alla nozione naturalistica di ordine, perché se così fosse si farebbe consistere l'ordine in una dichiarazione di volontà, mentre esso è una manifestazione di volontà. Anche un semplice cenno, in date circostanze, può essere ordine; mentre tale non è per es. una dichiarazione imperativa riguardante fatti estranei al contenuto del rapporto di supremazia e subordinazione. Inoltre è difficile trovare un criterio distintivo tra ordine e istigazione.

5) Definizione naturalistica dell'ordine: Ordine è la manifestazione di volontà che viene indirizzata dal titolare di un potere di supremazia al subordinato per esigere un determinato comportamento.

6) Punto di vista giuridico dell'ordine. Perché si possa parlare di un ordine giuridicamente inteso si richiede la presenza di determinati presupposti. Innanzi tutto occorre che il rapporto di supremazia sia riconosciuto dal diritto, cioè giuridicamente rilevante.

7) Due tipi di rapporti di supremazia:
Rapp. generico = quello che lega ogni persona ai titolari dell'autorità dello Stato entro l'ambito del territorio.
Rapp. specifico = quello che assume un individuo allo Stato o ad altra autorità in virtù di una posizione particolare in cui esso individuo si trova. = Ordine gerarchico.
L'art. 51 considera ambedue i tipi di rapporti di supremazia.

8) Il Vacchelli sostiene che l'art. 51 vada limitato all'ordine generico e che quindi un ordine illegittimo vincolante non possa assumersi in base al rapporto di subordinazione generale fra cittadino e Stato. Egli dice che il cittadino può sindacare la legittimità dell'ordine ricevuto e la legge del Consiglio di Stato fece di più di conferirgli facoltà di impugnare tale provvedimento che gli imponga di far qualcosa che non sia conforme alla legge. Il cittadino dunque non potrebbe mai addurre a difesa del proprio operato la scusa di aver eseguito un ordine emesso dall'Autorità che non fosse legittimo e che nella sua esplicazione fosse tale a commettere un reato. A sostegno della sua tesi il Vacchelli richiama l'art. 650 in cui è espressamente richiesta la legittimità dell'ordine per l'esistenza del fatto sanzionato.

9) Noi riteniamo che proprio l'art. 650 (norma penale in bianco) dimostri: a) la possibilità di un ordine in base al rapporto generico di supremazia e subordinazione. b) che un privato costretto ad obbedire all'autorità, come se fosse un pubblico funzionario od agente, non è chiamato a rispondere del fatto compiuto in ottemperanza all'ordine se tale fatto è considerato dalla legge come reato. La parola "legalmente" dell'art. 650 postula la legalità formale non quella intrinseca, distinta secondo la distinzione ormai tradizionale in dottrina. Se si richiedesse la legalità in senso assoluto giudice delle ragioni di giustizia, sicurezza pubblica ... ecc. sarebbe il privato, non l'autorità. Ma l'art. 650 commina pene per la inosservanza di provvedimenti dell'Autorità, che siano attuati perché siano formalmente legali. Quindi il 650 non esclude, ma riafferma la possibilità di ordini illegittimi vincolanti nei rapporti generici fra cittadino e Stato. —

Enrico Altavilla — 733

— Lineamenti di Diritto Criminale —

<u>La liceità eccezionale</u>: Il delitto si risolve in un conflitto tra l'individuo e superiori esigenze sociali, che possono anche consistere nella protezione del diritto del singolo, garentita dalla norma penale.
Ma può avvenire che si crei un conflitto tra questa norma generale ed una particolare condotta, a sua volta consentita o imposta da una norma giuridica. Si crea così una forma di liceità eccezionale, consistente proprio nel conflitto tra due norme, una delle quali toglie la illicità alla violazione dell'altra: la legittima, cioè.
Si tenga ben presente che noi siamo fuori dell'indagine soggettiva in quanto manca alla condotta umana un carattere oggettivo di illicità giuridica, essendo essa conforme al diritto.
In alcuni casi però più propriamente deve parlarsi di "giustificazione" in quanto l'azione non è legittima, e, come tale, conforme al diritto, ma, per particolari contingenze, il precetto si disarma della sua sanzione e l'azione, pur permanendo intrinsecamente illegittima, non appare punibile. Sono i casi in cui il rispetto dell'altrui diritto implicherebbe un sacrifizio che non si può pretendere da un uomo. (legittima difesa; stato di necessità).

<u>Ordine legittimo</u>: legittimato è il fatto commesso per un ordine legittimo della pubblica autorità.
"Pubblica autorità" è considerato ogni individuo al quale sia

attribuita una pubblica funzione. Perché egli agisca legittimamente deve funzionare nei limiti delle attribuzioni conferitegli dalle leggi, cosicché noi abbiamo che tra la norma giuridica e colui che agisce si frappone la pubblica autorità, che nei limiti dei suoi doveri o della sua discrezionalità, ordina ad altri di agire in un determinato modo; la fonte immediata quindi dell'azione è l'ordine, la fonte mediata è sempre la legge. (ad es. il Procuratore del Re che emette un ordine di cattura agisce, se è facoltativo, nell'esercizio di un diritto; se è obbligatorio, di un dovere - Il Delegato di P.S. che lo esegue in ottemperanza di un ordine).

Ordine illegittimo: Ma l'ordine può essere illegittimo, così che il fatto commesso integra un reato. Si deve allora esaminare la situazione giuridica del comandante e dell'esecutore.

a) chi ha dato l'ordine risponde sempre del reato che ha fatto commettere.

b) egualmente di esso risponde l'esecutore. Ma si tratta due casi:

1) L'esecutore andrà impunito se, per errore di fatto, ha ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Il che importa che l'ordine provenga da un'autorità competente o ritenuta tale. Che il subordinato, per ragione di dipendenza gerarchica, debba, anzi di dovere, obbedienza. Se quindi un ufficiale al cassiere di un ministero ordinasse di consegnare i valori contenuti in una cassaforte, questi avrebbe il dovere di disubbidire; ma se si presentasse come un ispettore del Ministero incaricato di un'inchiesta e avesse tale qualità o facesse credere di averla, l'ottemperanza al suo ordine non costituirebbe reato. Il che significa che quando si parla di "errore di fatto" dobbiamo riferirci tra alla esistenza della qualità di superiore gerarchico, tra alla sua facoltà ad emettere l'ordine, tra alla legittimità di esso. Bisogna poi distinguere l'illegittimità dall'ingiustizia dell'ordine. La prima si riferisce alla competenza funzionale, cioè alla capacità di agire che il pubblico ufficiale deriva dalla legge (es. diritto di emettere un mandato di cattura) ed alla forma dell'ordine (es. se occorre la forma scritta). Se ad es. in tempo di pace, su di una regolare condanna a morte, si ordinasse di fucilare un uomo, qualunque fosse la forma di subordinazione gerarchica, si imporrebbe il dovere di non eseguire.

L'ingiustizia invece ha riferimento al mal uso di un potere discrezionale: si emette un mandato di cattura dall'autorità competente contro un innocente, in tale caso manca nel subordinato la facoltà di controllo.

2) Quando la legge non gli consente alcun diritto di indagare sulla legittimità dell'ordine. L'errore di fatto sulla legittimità implica la possibilità di una valutazione. Ma, per particolari condizioni di dipendenza, tale possibilità può mancare perché ogni controllo è vietato al dipendente. Si comprende che questi, messo tra il dovere dell'obbedienza e il divieto di sottrarsi ad esso con una disamina di legittimità, non può rispondere di ciò che ha commesso.

Ritorno infatti particolari generalissime (la milizia); particolari situazioni giuridiche (quella del condannato in espiazione di pena) per le quali la rapidità e la celerità dell'obbedienza è necessaria, così da essere perfino imposte da particolari regolamenti. E se poi ci riferiamo al tempo di guerra, abbiamo che perfino fatti che hanno così evidenti caratteri criminosi, che normalmente imporrebbero la disobbedienza (l'omicidio ad es.), possono risultare a particolari urgenze, così da imporre un'immediata obbedienza. —

Disciplina giurisdizionale dell'esercito: "Quando per commettere alcuno dei fatti ... ecc. art. 55 sono le seguenti norme:

a) se l'eccesso è volontario, doloso, siamo fuori dei casi di legittima.

b) la sproporzione dipende da un fortuito che non può mettere in opera una colpa. Si è vibrato uno schiaffo, ma l'aggressore è scivolato e si è ferito gravemente. In tal caso si applicherà la giustificante.

c) art. 55. La difesa ad es. è sproporzionata per imprudenza dell'aggredito: per avere esagerato nella valutazione dell'offesa; per aver usato mezzi che era prevedibile avrebbero causato un evento più grave di quello imposto dalla necessità. —

— Giurisprudenza —

dalla "Rivista Penale" del Lucchini —

1) Studi sul progetto Vigliani 24-2-1874.
F. Filomusi Guelfi: Delle condizioni che escludono e diminuiscono l'imputabilità. - Studio sugli art. 68-70 del Progetto

"D'accordo col Pessina e col Mancini, col progetto Zanardelli e col codice bavarese, vorrebbe l'Autore formulata una precisa disposizione circa la irresponsabilità per obbedienza generalizza, che offre tante difficoltà; o che almeno si correggesse la dizione dell'art. 192 aggiungendovisi che l'ordine del superiore sia dato nelle forme legittime, e quella dell'art. 371 N. 4, dove è mal detto che l'omicidio non sia imputabile quando sia commesso per ordine della legge o della legittima autorità, non dovendosi in libero reggimento esigere l'obbedienza giurisdizionale cieca e passiva." 1875 (Vol. III pag. 481-482)

2) Cassazione Roma - 27 aprile 1878. "Sostiene che, come persona giuridica compie atti di gestione patrimoniale, in tanto può essere tenuto responsabile del danno causato da un suo funzionario, in quanto costui abbia recato il danno nell'esercizio delle incombenze affidategli.

Cessa quindi la responsabilità dello Stato, se l'impiegato abbia agito fuori della sfera di azione che gli fu assegnata ed usurpando le attribuzioni d'altro funzionario, specialmente fosse il fatto dannoso costituisca un reato.
Così non v'è responsabilità per lo Stato, se il privato anzichè versare il danaro nelle mani del tesoriere della finanza (il solo delegato per legge alle riscossioni) lo abbia invece versato nelle mani di un altro funzionario (d'un controllore) il quale se lo sia indebitamente appropriato).

Vol. X pag 328.

3) Cassazione Firenze. 26 gennaio 1879 -
L'affermare se un reato sia stato commesso o tentato da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni implica un concetto giuridico, la cui definizione è riservata esclusivamente alla Corte, la quale dà luogo a quelli se si riferta in proposito a quanti incompetentemente fu dimandato ai giurati.

- X pag. 211 -

4) Cassazione Roma. 9 maggio 1879
A termine dell'art. 686 N. 2 del Cod. Penale -, cadono in contravvenzione coloro che usano contro le persone vie di fatto o minacce, od impugnano armi contro di esse, quando questi atti non costituiscano per sè un crimine o un delitto.

La legge non fa per tal modo differenza tra il privato e l'agente della forza pubblica, il quale ultimo essendo non può far uso delle armi se non nei limiti concessi dal diritto comune, cioè per necessità della propria difesa. Questa necessità non si verifica nel caso in cui taluno si rifiuti di indicare il nome di una determinata persona ad un agente della pubblica forza, ove i che detto agente, se impugna l'arme contro chi si rifiuta a rispondergli, incorre nella contravvenzione di cui sopra. — Vol. XI pag. 69

5) "Della Responsabilità civile dello Stato per fatti colposi e delittuosi dei suoi rappresentanti ed ufficiali ..
di Carlo Fasso. - Vol. XI pag 282-296.

6) Cassaz. Firenze - 22 novembre 1879
Non essendo da alcuna legge prescritto il modo precisato sul quale i sindaci debbano accertarsi della occorrenza di emettere provvedimenti diretti a tutelare la sicurezza e salute degli abitanti dei Comuni, non può essere censurato il sindaco se, constatandosi in qualsiasi modo dello stato pericolante di un campanile, rifiuti opportuno di vietare l'uscita delle campane e rinnovare il relativo divieto al sagrestano. Il parroco, venuto a conoscenza del divieto, è tenuto a osservarlo e se lo crede

arbitrario, può ricorrere all'autorità competente, non farsi ragione da lì. " Vol. XI pag. 350 -

Vol. XI pag 880

Vedi anno 1889 pag. 299
Programma del Von Liszt
per l'Unione Internaz. di Dr. Penal

L'avere il pubblico ufficiale eccitato ad errato nell'esercizio delle sue funzioni non elimina l'oltraggio.
(Cassazione - Napoli - 6-10-1888 - Bruni)

Blanc: Des délits des esclaves en droit romain - De la responsabilité des patrons en matière d'accidents en droit français. - Digne - Chaspoul et C.ie

Köster: Die Haftung des Vaters aus Delikten der Kinder
Leipzig. -

Brivellers: Il codice cod. penale italiano interpretato
(1889) Torino Utet.

Il padrone che ordina ai contadini di diffondere un terreno soggetto a vincolo forestale, è punito come agente principale.
Cass. Roma - 20 luglio 1888

L'essere stato sospeso e rimosso dalla carica il mezzo di oltraggio il conciliatore non esclude l'azione penale contro di lui.
(Tribunale Catanzaro 6-10-1888)

Tribunale di Asti. 1° febbraio 1889.
Nei reati di duello fra militari l'obbligo di battersi ad essi creato dalla loro posizione, non può ammettersi

come causa dirimente l'imputabilità a sensi dell'art. 94 cod. penale. (Cod. pen. sardo art. 94, 588 e seg.; Cod. pen. toscano art. 34 e 345; Legge 25 maggio 1852 sulla posizione degli ufficiali).

Dagli atti regolarmente compiuti, nei limiti delle loro attribuzioni, dagli agenti di pub. sic. (nella specie contestazione di contravvenzioni all'art. 64 l. p. s.) non può sorgere responsabilità civile a carico dello Stato, sol perchè il processo penale ebbe un esito negativo. (Cass. Roma 25 aprile 1888 Riv. Pen. pag. 113 Vol. 29-30 aprile)

Un caso nuovo si è presentato al Tribunale Militare di Milano. — Un soldato rifiutò di prestare il giuramento di fedeltà al Re. — Uscì dai ranghi, durante la cerimonia del giuramento, e gridò: io non giuro.
Si trovò un titolo singolare d'imputabilità: rifiuto d'obbedienza (Riv. Pen. Vol. 30, pg. 204)

Tanto chi esegue quanto chi comanda un arresto arbitrario risponde di attentato alla libertà individuale.
(Cassaz. Roma 18-11-1888. R. P. Vol. 30 pg. 309)

pag. 306 vol. 30

— L'Ordine dell'Autorità e l'Errore —

1°) Il subordinato può essere scusato se eseguisce l'ordine illegale con l'erronea convinzione della sua legittimità. art. 51 cpr. I redattori del Codice hanno cercato di mettere in luce nelle discussioni la natura dell'errore, la causa e la intensità. Dice il Manzini che anche l'errore di diritto può essere tenuto presente quando abbia cagionato un errore sul fatto. Allude a norme giuridiche non penale (amministr., civile, ecc.) che la legge penale considera spesso come presupposto di fatto per un dato reato. L'errore sulla norma penale non scusa: art. 5 c.p. Il Rocco combatte la tendenza della dottrina (p. es. Manzini) a distinguere tra errore invincibile (inescusabile) ed errore vincibile (scusabile): combatte per la pericolosità dell'indagine sulle cause dell'errore e sull'eventuale colpa nelle medesime. Il subordinato dovrebbe considerarsi sempre scusato qualunque sia la causa abbia avuto l'errore in cui egli versa e qualsiasi intensità esso presenti. —

2°) Per risolvere il problema dell'efficacia dell'errore facciamo tre ipotesi:

a) errore di diritto. Superiore e subordinato non possono addurre a scusa l'ignoranza della norma di legge che vietava l'emanaz. o l'esecuz. dell'ordine illegittimo.

b) errore di fatto. Sup. e sub. credono che il fatto non sia quello vietato dalla legge. L'errore deve esser tale che per esso l'agente non soffra di commettere il reato che commette.

c) errore su di una circostanza che renderebbe nel caso presente lecita la commissione di un fatto altrimenti vietato. (Es: circostanze per la legittimità dell'arresto).

Il Manzini insegna che bisogna distinguere sempre l'errore su norme penali (che non scusa) dall'errore su norme non penali, che rende incolpevole il fatto illecito compiuto. (es: errore su norme che enunciano i presupposti per la legittimità dell'ordine.)

3°) Bisogna inoltre sempre distinguere l'errore sulla legittimità dall'errore sulla vincolabilità dell'ordine. Nel primo caso devono prendersi in considerazione i presupposti di fatto che autorizzano il superiore ad emettere l'ordine e giustificano l'ordine medesimo, nell'altro la norma che disciplina il dovere di obbedienza del subordinato.

2444 Vedi Manzini Vol. I pag. 480-481

L'errore deve essere sempre essenziale, non accidentale. Per bisogna distinguere alcune ipotesi subordinate:

a) il superiore per errore emette un ordine illegittimo credendolo legittimo, l'inferiore crede pure per errore di aver ricevuto un ordine legittimo e quindi obbedisce. L'ordine è in questo caso oggettivamente illegittimo: la legittimità di un ordine non dipende da un atteggiamento soggettivo dell'emittente perchè la conformità dello ordine ai suoi presupposti formali e sostanziali è un aliquid che può essere oggettivamente provato. - Sono esenti da pena subordinato e superiore se ci fu errore di fatto. Ma se in ambedue questo errore di fatto fu determinato da colpa, dobbiamo rispondere penalmente se il fatto realizzato è preveduto dalla legge come delitto colposo.

b) il superiore dà per errore un ordine illegittimo. Il subordinato ne sa il difetto e lo eseguisce dolosamente. Il superiore è scusato e l'inferiore risponde di reato doloso.

c) il superiore dà dolosamente un ordine illegittimo, che l'inferiore crede per errore legittimo e quindi obbedisce. Il superiore è punito, l'inferiore scusato. Art. 51 cap.

d) L'errore va anche considerato in relazione all'eccesso colposo dai limiti dell'ordine. Il subordinato, perchè valga l'art. 51, deve agire sempre nei limiti posti dall'ordine ricevuto. Se li eccede colposamente vale l'art. 55. - Se li eccede dolosamente risponde del reato doloso commesso. Se li eccede per errore, perchè crede erroneamente che l'ordine abbia un contenuto diverso dal reale, non risponde dell'eccesso, a meno che l'errore non dipenda da colpa e il fatto sia preveduto come delitto colposo.

Carnelutti: Teoria generale del reato -

Manzini: Trattato Vol. II pag. 40 e pag. 270 -

Nuvoloni, Gabrieli, Esentino: Cod. Penale illustrato con i lavori preparatori.

Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht - (pag. 148)

Von Ammon: Der Bindende rechtswidrige Befehl - Breslau 1926 (pag. 101)

L'ordine illegittimo vincolante

{ La Resistenza agli ordini dell'autorità —
✓ limiti del dovere di obbedienza.

— L'Autore Mediato —

1°) Si presenta l'autore mediato quando quello immediato è un incapace?
2°) " " " " " " " è un soggetto che versa in errore?
3°) " " " " " " " è una persona che agisce in stato di necessità cagionato da un terzo?
4°) " " " " nel caso di concorso di più persone nei reati propri?
5°) " " " " nel caso di esecuzione di un ordine illegittimo vincolante?

1°) È compito dell'interprete indagare il titolo giuridico della responsabilità di cui la legge fa carico al superiore che ha emanato un ordine illegittimo.
2°) Si può rispondere di un reato a) come autore immediato. b) come partecipe principale o secondario. c) come autore mediato.
3°) È semplice il caso in cui l'inferiore abbia eseguito un ordine illegittimo non vincolante. Si tratta di una semplice forma di partecipazione: l'inferiore risponde come autore e il superiore come partecipe principale del fatto compiuto. — Vi è una dottrina (Bettiol) che tende a fare in rilievo una inconciliabilità tra la partecipazione e l'ordine: vi sarebbe distrazione rispetto all'elemento subbiettivo che avvince i soggetti operanti: nella partecipazione la volontà dell'istigato è libera di accettare l'istigazione delittuosa; nell'ordine la volontà del subordinato è necessitata a sottomettersi a quella del superiore in virtù del dovere di obbedienza. — Bettiol risponde: il nostro codice quando parla del concorso di più persone ad un reato non fa alcuna menzione della loro posizione rispettiva o dai mezzi usati dall'istigatore per spingere l'istigato al delitto, mezzi di cui fa, invece, menzione il Codice Tedesco. Sempre che ci siano due soggetti a perpetrare un reato, si realizza fra loro l'ipotesi della partecipazione purchè di questa esistano gli elementi soggettivo ed oggettivo. Alla partecipazione è essenziale che alla realizzazione dell'evento lesivo intrapresa dall'autore principale accada consapevolmente l'azione del partecipe per suscitare o favorire quella realizzazione. Ora, se il superiore tende con l'emanazione dell'ordine alla perpetrazione di un reato, la sua azione ha in sè l'efficacia di spingere il subordinato all'esecuzione del reato stesso. L'azione del subordinato non è coperta dal dovere di obbedienza perchè l'ordine non è, nella nostra ipotesi, vincolante e quindi si tratta di azione illecita. Dell'evento lesivo prodotto rispondono il subordinato come autore e il superiore che ha dato l'ordine come partec-

fe principale. A carico del superiore l'aggravante dell'art. 112 N.3. —

4:) Vediamo ora nel caso si tratti di ordine illegittimo vincolante. Il subordinato non risponde perchè sarebbe illogico far sorgere a suo carico una pretesa punitiva quando l'ordinamento giuridico gli ha imposto di agire secondo l'ordine ricevuto. Ma quale sarà il titolo giuridico della responsabilità del superiore? Comunemente si ritiene il superiore responsabile come autore mediato dell'evento illegittimo realizzato dall'inferiore. Soluzione accolta sia da coloro che ritengono l'ordine una circostanza di liceità per l'azione del subordinato; sia da coloro che ritengono si tratti di una circostanza escludente la colpevolezza. Il Battaglini, seguace di questa seconda teoria, sostiene che la figura dell'autore mediato non possa considerarsi da coloro che seguono la dottrina della liceità. La figura dell'autore mediato è ammissibile quando la azione dell'inferiore è illecita sebbene non colpevole; non quando la azione dell'inferiore viene considerata un'azione lecita: come rispondere a titolo di autore mediato di un fatto certamente realizzato dall'autore immediato? —

5:) Studiamo la figura dell'autore mediato —

Le norme sulla partecipazione di più persone ad un reato sono norme complementari estensive: perchè le singole fattispecie delittuose possono venire realizzate solo da chi si trovi con tale realizzazione in un tipico rapporto causale. (Es. chi colpisce col fucile risponde di omicidio non chi porge l'arma per perpetrare il misfatto. Quest'ultima azione ha un'importanza causale in relazione al fatto delittuoso, ma non rientra nella zona dell'illecito segnata rigidamente dalla norma principale: "non ammazzare") L'azione quindi di chi porge il fucile assume rilevanza giuridico-penale non per la norma-tipo, ma per le norme sulla partecipazione le quali, come dice il Vannini, fanno assurgere a "fatto penalmente illecito un fatto che tale non potrebbe considerarsi in base alla sola norma principale perchè qualitativamente e quantitativamente difforme da quello definito nella norma principale stessa".

Perchè si risponda come partecipi è necessario che sia stata violata la norma principale: non si può essere puniti per avere facilitato l'esecuzione di ~~un~~ un fatto non disapprovato dal diritto. La dottrina prevalente Italiana e Tedesca richiede ancora, perchè sia punita l'azione del partecipe, che l'autore principale abbia realizzato l'evento colpevolmente. Se manca, quindi, un'azione principale illecita e colpevole non può ammettersi una partecipazione. Si è detto però che ove non giunge la figura della partecipazione non si possa ricorrere ad un altro schema giuridico e si debba mandare impunito l'agente. A colmare le lacune interviene

la figura dell'autore mediato.

6) La dottrina fa ricorso a questa finzione giuridica per stabilire un titolo di responsabilità a carico di determinati soggetti. Invero l'autore mediato si ha quando la persona che agisce immediatamente sia: a) un minore, un incapace, un soggetto che versa in errore; b) un soggetto che non ricorre una qualità personale considerata dalla legge come presupposto di un reato (reati propri); c) un soggetto che agisce senza una particolare intenzione necessaria ad integrare il tipo di un reato (reati intenzionali, che richiedono un dolo specifico). Il Binding dice: "Quella di più incerto che oggi attribuire all'autore d'oggi l'antico requisito dell'azione compiuta con le proprie mani. C'è una qualità mediata d'autore in contrasto con quella immediata. Che l'autore per la realizzazione della propria volontà d'autore si possa servire di uno strumento umano colpevole o incolpevole è innegabile, e questo autore mediato esige categoricamente il suo riconoscimento."

7) La persona che immediatamente agisce deve considerarsi come uno strumento meramente passivo se è incapace, come strumento "doloso" negli altri casi. (Es. se un pubblico ufficiale istiga un estraneo a perpetrare un reato proprio o Tizio istiga Caio ad impossessarsi di una cosa mobile altrui senza fine di trarne profitto, il pubblico uffic. e Tizio saranno autori mediati dei reati perpetrati dagli "strumenti dolosi"...). Il Flegenheimer distingue uno "strumento doloso privo di intenzione" quando fa difetto l'intenzione richiesta dalla legge, e uno "strumento doloso privo di qualificazione" quando manca la particolare qualità personale.

8) Il Wachenfeld fa notare come i presenti "strumenti dolosi" agiscano con coscienza e libertà e determinino spontaneamente il corso degli avvenimenti. L'uomo può essere considerato uno strumento solo quando cessa di esistere come persona, quando si trasmuta in una cosa meramente passiva nelle mani di colui che se ne serve per i propri fini (caso del minore e dell'incapace). Ripugna, invece, alla coscienza giuridica moderna considerare strumenti delle persone che liberamente agiscono: i presenti "strumenti dolosi" con l'accettare liberamente l'incarico delittuoso spezzano il nesso causale che dovrebbe unire l'autore mediato all'evento e si rendono signori del nesso medesimo: la catena causale si deve, invero, ritenere inesorabilmente spezzata quando tra l'azione di un soggetto e un evento si inserisce la dolosa attività di una terza persona. In presenza dello "strumento doloso" scompare la figura dell'autore mediato e vale l'istituto della partecipazione nella forma

dell'istigazione. Tra la volontà dei due soggetti intercorre un rapporto di coordinazione, non di subordinazione.

9) Il Beling ritiene inammissibile la figura dello "strumento doloso". Ma nello stesso tempo gli pare anche impossibile un ricorso all'istituto della partecipazione quando si tratta di un reato intenzionale: sia colui che s'impossessa di una cosa mobile altrui senza il fine di trarne profitto, sia colui che altro non compie se non spingere il primo alla contrectatio, non realizzano le fattispecie del furto. Essi devono quindi andare prosciolti. Non è vero, infatti, che se un soggetto non può esser considerato autore di un fatto determinato, debba esser ritenuto partecipe nella perpetrazione del fatto medesimo e viceversa. Si cadrebbe in una petizione di principio: non si dimostra come dalla qualità di autore si possa passare a quella di partecipe e viceversa. Se non si può esser puniti come partecipi non è detto che si debba a tutti i costi esser puniti come autori, perché con ciò si viene ad ignorare l'intimo significato della responsabilità condizionata e a fondare solo negativamente la responsabilità a titolo di autore.

10) Lo Schmidt sostiene contro il Wachenfeld l'ammissibilità dello "strumento doloso". Egli ritiene che al concetto di dolo non basta la previsione e la volontarietà dell'evento (concezione psicologica), ma occorre anche la contraddizione tra la volontà del soggetto capace e la norma che lo obbligava ad agire diversamente (concezione normativa). Nei casi in cui la realizzazione di una fattispecie non sia per l'agente illecita, perché manca in lui la speciale intenzione espressamente richiesta o una determinata qualità considerata come presupposto di un reato, non è possibile parlare di realizzazione dolosa perché la norma che vieta quel comportamento non è stata violata. Coloro che hanno agito, hanno agito come semplici strumenti: nessuna difficoltà s'incontra, quindi, ad ammettere anche in questi casi la figura dell'autore mediato. – Per lo Schmidt, tutti i reati possono essere mediatamente realizzati; anche i reati di pura attività, nei quali l'opinione comune ritiene inammissibile la figura dell'autore mediato. (Es. atti reati contro il buon costume e l'ordine delle famiglie). Per sostenere la sua tesi, lo Schmidt interpreta le singole fattispecie delittuose in base alla dottrina dell'illicità materiale: al legislatore più che i caratteri dell'agire umano interessa il danno sociale che dalla perpetrazione di un reato deriva. Il legislatore disegna le fattispecie per esprimere giudizii di valore sulla lesione di interessi giuridicamente protetti. Perciò è autore immediato o mediato di un reato ogni soggetto cui può venire imputata la tipica lesione di un interesse anche se il suo agire non si adegua ~~esattamente~~ perfettamente ad un tipo

astratto di reato. (Es: autore mediato del delitto di incesto chi abbia spinto un passo a commettere in danno della sorella il fatto previsto dall'art. 564) — Bettiol ritiene inaccettabile la tesi suddetta perchè porta ad un frantumamento delle singole fattispecie delittuose con l'accordare al giudice un potere discrezionale troppo ampio in relazione alla sussunzione di comportamenti umani sotto gli astratti modelli di legge. Per evitare danni sociali il legislatore ipotizza come reati ~~i~~ quelle azioni od omissioni che normalmente li cagionano; ma con ciò toglie al giudice la facoltà di prendere in considerazione l'antisocialità di una condotta umana che non si adegua perfettamente al tipo legale. Altrimenti dove andrebbe a finire il principio cardine "nullum crimen sine lege"? È vero che al legislatore preme l'evento, ma nei reati formali è considerata l'azione nelle sue caratteristiche e non può essere autore - sia pur mediato - chi non spiega l'attività ipotizzata dalla legge. - Osservazione giusta nella teoria dello Schmidt: le azioni dei soggetti privi di un'intenzione o spogli di una qualità personale non sono dolose perchè manca lo elemento normativo, che accanto al psicologico, caratterizza la colpevolezza.

11) Esaminiamo il problema collegato riferentesi al concorso di più persone nei reati propri. La questione ha importanza quando ci sono concorrenti che hanno la qualità richiesta dalla legge (intranei) e concorrenti che non l'hanno (estranei).

Va chiarito anzitutto che non riteniamo ammissibili i "reati misti". Secondo una dottrina questi starebbero accanto ai "propri" e potrebbero essere perpetrati da soggetti privati o spogli della particolare qualità richiesta dalla legge. Es: peculato e appropriazione indebita: il fatto in ambedue le ipotesi delittuose sarebbe il medesimo, mentre varierebbe solamente la sua denominazione giuridica. Noi osserviamo: a) che l'oggetto specifico dei due reati è diverso; b) che i fatti sono diversi perchè la qualità particolare richiesta nell'agente è un presupposto del reato e non un elemento che sta fuori del fatto, ma uno di quelli che lo costituiscono. Se il presupposto fa difetto manca anche il fatto così come è ipotizzato dalla norma penale. - Infine il Delitala afferma che è inconcepibile che uno stesso fatto sia contemporaneamente previsto da due norme penali: se due sono le norme, due sono i fatti. Quindi niente reati misti, ma o reati propri o reati comuni magari aggravati. —

12) Tornando alla questione del concorso in un reato proprio di intranei ed estranei, è indubitabile che un estraneo non può realizzare un reato proprio perchè gli manca la qualità particolare richiesta dalla norma giuridica penale. Se l'estraneo non può ledere l'ogg-

verso da questa protetto, deve anche tale interesse rispettare astenendosi da ogni azione che possa condurre indirettamente alla lesione del medesimo, perchè - come dice il Nagler - il bene o interesse giuridico può esser leso dall'estraneo ~~anche~~ secondariamente col realizzare una condizione favorevole alla lesione o al pericolo di lesione. Se l'estraneo - è dottrina dominante - non può essere punito come autore del reato proprio, può esserlo come partecipe qualora egli acceda all'azione dell'intraneo, perchè in tal caso egli ha infranto il dovere di rispetto verso interessi giuridicamente tutelati. — Citerò ~~due~~ casi particolari:

12) L'intraneo, autore principale, è un soggetto incapace. Si dice non potersi parlare di autore mediato perchè l'estraneo non può essere autore, neppure mediato di un reato proprio; e si vorrebbe mandare impunito l'estraneo che agisce solo in opposizione a un precetto morale, non anche in contrasto con un precetto giuridico. ~~Bettiol nel concetto di partecipazione ritiene che esso esista~~ Bisogna invece ~~per~~ ricorrere al concetto di partecipazione accessoria: per la punibilità di questa basta la presenza di un'azione principale oggettivamente illecita. È oggettivamente illecita l'azione dell'intraneo incapace; l'estraneo deve essere punito come partecipe perchè egli si trova in una colpevole relazione causale con la lesione di un interesse protetto.

Quindi, tanto nel caso di un intraneo capace ~~o di~~ quanto in quello di un intraneo incapace, autori principali, è l'estraneo che partecipa al fatto compiuto dall'intraneo è da punirsi a titolo di partecipazione delittuosa, anche quando ignori la condizione o qualità personale del colpevole.

13) Diverso è il caso quando un intraneo vuol perpetrare un delitto proprio per mezzo di un soggetto estraneo. Si ammette qui la figura dell'autore mediato (Liszt e Schmidt, Siffel): autore mediato sarebbe l'intraneo, che non dovrebbe, quindi, andare impunito ~~che~~ sia o no l'estraneo ~~sia~~ capace. — A noi pare diversa la soluzione del problema: l'obbligo di legge di compiere o astenersi da certe azioni, quando è imposto ad una determinata cerchia di persone, non si estende a coloro che sono fuori di tal cerchio. Gli estranei non possono realizzare nè la fattispecie delittuosa e ledere l'interesse protetto, nè operare colpevolmente, vale a dire in opposizione all'imperativo giuridico: la lesione di un interesse che non trova la sua espressione in un fatto tipico non può esser considerata penalmente rilevante e tale da radicare una responsabilità a titolo d'autore, sia pure mediato. L'estraneo, quindi, non può mai realizzare la fattispecie di un delitto proprio e la sua azione non può conseguente

mente servire di appoggio alla figura dell'autore mediato o a quella della partecipazione. L'intraneo deve andare impunito sia che l'estraneo abbia agito colpevolmente o incolpevolmente. –

Michele Cafarelli
III° A
752

SEMINA FLAMMAE
TESTI DI FILOSOFIA E PEDAGOGIA

ANTONIO ALIOTTA
PROFESSORE DELLA R. UNIVERSITA' DI NAPOLI

SOMMARIO
DI
ORDINAMENTO CORPORATIVO

LIBRERIA EDITRICE FRANCESCO PERRELLA
NAPOLI - CITTA DI CÁSTELLO

SEMINA FLAMMAE

PER L'INSEGNAMENTO DEL GRECO

LA FILOSOFIA GRECA.

Vol. I. — **Aristotele, Etica Nicomachea.** Testo greco, traduzione latina e note a cura di A. Aliotta e M. Galdi . . . L. 12.—
Vol. II. — **Platone, Critone.** Testo greco, traduzione latina e note a cura di A. Aliotta e M. Galdi . . . » 11.—
Vol. III. — **Platone, Eutifrone.** Testo greco, traduzione latina e note a cura di A. Aliotta e M. Galdi . . . » 11.—

BIBLIOTECA DI FILOSOFIA

Diretta da ANTONIO ALIOTTA

G. DELLA VALLE. — *La pedagogia realistica* . . . L. 15.—
N. ABBAGNANO. — *Le sorgenti irrazionali del pensiero* . . . » 15.—
M. PANTALEO. — *L'assoluto nella teoria di Einstein* . . . » 8.—
L. MOSCHETTI. — *Fenomenismo e relativismo nel pensiero di E. Mach* . . . » 8.—
P. SERINI. — *Bergson e lo spiritualismo francese del sec. XIX* . . . » 8.—
G. FORNARO. — *Henry Poincaré* . . . » 8.—
C. ROMANO. — *Le fonti della dottrina epicurea in Cicerone* . . . » 8.—
C. ROMANO. — *Il pensiero di Giulio Cesare Vanini* . . . » 8.—
U. CUGINI. — *L'empirismo radicale di W. James* . . . » 8.—
F. DE JOANNA. — *L'idealismo di G. Lachelier* . . . » 8.—
M. LANZARA. — *La pedagogia di A. Rosmini* . . . » 8.—
R. PAVESE. — *Necessità e contingenza nel divenire dell'atto* . . . » 8.—
E. PESSINA. — *Le basi della morale nel pensiero di C. Secrétan* . . . » 8.—
C. CARBONARA. — *L'idealismo di O. Hamelin* . . . » 15.—
P. GATTI. — *Una visione teleologica del mondo* . . . » 8.—
V. F. CASSANO. — *La relatività della conoscenza* . . . » 10.—
N. ABBAGNANO. — *Il problema dell'arte* . . . » 8.—
N. ABBAGNANO. — *Il nuovo idealismo inglese ed americano* . . . » 30.—
C. GUZZO. — *La psicologia di Plotino* . . . » 8.—
R. PAVESE. — *Realismo logico per un idealismo gnoseologico* . . . » 8.—
A. ALIOTTA. — *Le origini dell'irrazionalismo contemporaneo* . . . » 15.—
F. PARDO. — *La filosofia teoretica di B. Croce* . . . » 20.—
E. PESSINA. — *Note sulla dottrina filosofica e pedagogica di Enrico Pessina* . . . » 8.—
L. LIMENTANI, A. MASNOVO, A. LEVI, M. MARESCA, G. DELLA VOLPE, E. F. LAMANNA. — *La filosofia contemporanea in Italia dal 1870 al 1920* . . . » 15.—
A. ALIOTTA. — *L'Estetica del Croce e la crisi dell'idealismo moderno* . . . » 7.—
A. ALIOTTA. — *La guerra eterna e il dramma dell'esistenza.* Seconda edizione, accresciuta d'un'introduzione autobiografica e di nuovi saggi politici . . . » 10.—
A. ALIOTTA. — *Relativismo e idealismo* . . . » 10.—
A. ALIOTTA. — Pedagogisti antichi e moderni.
1. MAZZINI. — *La missione educativa* . . . » 7.—
2. GABELLI. — *La scuola della nuova Italia* . . . » 7.—
3. CAPPONI. — *Pensieri sull'educazione* . . . » 7.—

Opere scelte ad inquadrate nella storia del pensiero pedagogico italiano del secolo XIX.

Indirizzare richieste e vaglia alla Libreria Editrice
FRANCESCO PERRELLA, Galleria Principe di Napoli - NAPOLI.

SOMMARIO DI

ORDINAMENTO CORPORATIVO

ANTONIO ALIOTTA
PROFESSORE DELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

SOMMARIO
DI
ORDINAMENTO CORPORATIVO

LIBRERIA EDITRICE FRANCESCO PERRELLA
NAPOLI — CITTÀ DI CASTELLO
1930 — VIII E. F.

PROPRIETÀ LETTERARIA

Tipi F. Sangiovanni & Figlio - Napoli

CAPITOLO I.

Il problema sociale e la sua soluzione corporativa.

1. *Origini del problema sociale nella modernità.*— Il problema sociale nei tempi moderni assume l'aspetto della contrapposizione dei salariati ai capitalisti, che ha avuto origine dallo svilupparsi delle industrie.

Con l'introduzione delle macchine e la crescente divisione e specificazione del lavoro, la fabbrica sostituisce in larga misura i lavoratori indipendenti, il lavoratore non ha più la proprietà della materia e dei mezzi tecnici dell'industria e deve cedere l'opera sua ad altri che l'impiega per conto suo. Questo processo di trasformazione si va sempre più accentuando fino a diventare la regola; la separazione fra gli altri fattori della produzione e il lavoro diviene sempre più netta; ed i lavoratori indipendenti si trasformano in dipendenti.

Questa trasformazione valse senza dubbio a dare vigoroso impulso alla produzione, fornendo potenti mezzi all'industria, inceppata dalle norme restrittive proprie del regime corporativo medievale, che, proteggendo l'o-

peraio, lo tenevano legato. E quando la vita economica, uscendo dalla stretta cerchia dei piccoli mercati urbani, assunse nuove forme e massimo rigoglio nei mercati nazionali e internazionali, sorti in seguito alla costituzione dei grandi Stati moderni e all'apertura di nuove vie commerciali, i piccoli *maestri* non bastarono più alla produzione, perchè non disponevano di sufficienti capitali. Furono sostituiti da capitalisti, da ricchi mercanti: si cominciò a formare il tipo dell'intraprenditore; e parallelamente crebbe e si sviluppò il regime dei salariati.

È facile osservare questo fenomeno in Inghilterra, che è stata per molto tempo all'avanguardia del movimento industriale. Nella seconda metà del secolo XVIII abbiamo, p. es., la scoperta della macchina a vapore e della macchina per la lavorazione del cotone. Prima d'allora la filatura e la tessitura eran fatte in casa dall'operaio, che con la sua famiglia viveva quasi sempre in campagna abbastanza agiatamente. Ma col sistema delle macchine le cose cambiano, perchè i capitalisti servendosi di esse posson produrre ad un prezzo molto minore. Il lavoratore manuale non può sostenere la concorrenza ed è costretto a lasciare la sua casa ed a recarsi come salariato nelle grandi officine. In tal modo si forma la classe lavoratrice attuale, l'odierno proletariato. Ciò che avviene per il cotone si verifica anche nella lavorazione della lana, del lino, della seta ed in ogni altro ramo d'industria: in breve l'Inghilterra diventa l'officina del mondo.

2. *La falsa dottrina del liberalismo e la conseguente lotta fra le classi sociali.* — I lavoratori si trovarono così di fronte agl'industriali, senza alcuna tutela da parte dello Stato, che, in conformità ai principii della falsa dottrina del liberalismo allora dominante, non doveva intervenire, ma lasciare che gl'individui e le varie

classi sociali lottassero fra loro liberamente. Si accettava come un domma che le forze economiche dovessero agire meccanicamente come forze fisiche e che dal loro libero giuoco dovesse risultare la migliore produzione possibile! E non si vedeva che dal conflitto sregolato delle forze, dall'antagonismo delle classi non poteva derivare che una perdita di ricchezza per la Nazione. Ebbene, può lo Stato permettere, senza intervenire, che si distrugga la sua ricchezza e che si diminuisca così la sua potenza? Inoltre, quella dottrina non solo era anti-economica, ma era anche immorale, in quanto gli operai non lottavano ad armi eguali contro gl'industriali: questi, infatti, disponevano di maggiori forze di resistenza, avevano, almeno, tanto da vivere e aspettare comodamente l'esito della lotta, mentre gli operai erano assillati dallo spettro della fame. Lo Stato liberale, astenendosi da ogni intervento, favoriva il trionfo del più forte, e abbandonava l'operaio indifeso alle imposizioni della classe industriale.

3. *Il fenomeno del sindacalismo e il marxismo.* — Non è da meravigliarsi, dunque, se i lavoratori cercassero di difendersi da sè, riunendosi in associazioni per la difesa dei comuni interessi. Le prime società operaie furono segrete, perchè erano severamente proibite; ma poi, nel 1824, gli operai inglesi ottennero il diritto di potersi associare e formarono le *Trade Unions*, le leghe professionali che si proponevano di proteggere la classe lavoratrice, fissando il salario e trattando da potenza a potenza coi padroni, regolando le paghe secondo il profitto del capitalista, soccorrendo con casse per la disoccupazione gli operai senza lavoro, proclamando sciopero quando i padroni non volevano cedere alle richieste.

Non è da meravigliarsi neppure che in questo terreno di lotta aperta sia germogliata e abbia fiorito

quella teoria, che è un'aberrazione dal punto di vista economico e che va sotto il nome di *comunismo*. Il suo apostolo fu, com'è noto, il filosofo tedesco Carlo Marx (1818-1873) sostenitore di quella teoria del *materialismo storico*, secondo la quale non sono le idee e i sentimenti spirituali che determinano i fatti storici e producono lo sviluppo della società, ma al contrario l'evoluzione della coscienza umana è determinata dal fattore economico. E la lotta delle classi condurrà, secondo il Marx, al collettivismo, come ad un fenomeno naturale, ad un prodotto necessario delle leggi sociali, quando l'industrialismo avrà compiuto il suo ciclo storico.

« Proletari di tutti i paesi, unitevi! » Così concludeva Carlo Marx *il Manifesto dei comunisti*, pubblicato nel 1848 alla vigilia della rivoluzione. Il grido di Marx fu raccolto e nel 1864 si fondò l' *Associazione internazionale dei lavoratori*, che, due anni dopo, tenne a Ginevra il suo primo congresso.

Abolizione del capitale e della proprietà individuale, passaggio dall'individuo allo Stato, che perciò diviene l'unico proprietario, della terra, delle macchine e di tutti i mezzi di produzione: ecco l'ideale del comunismo. Nella sua attuazione pratica si avranno, secondo Marx, due fasi: nella prima, non ancora del tutto purificata dai residui della vecchia società borghese, ciascuno operaio avrà in ragione del suo lavoro, ritirando con uno scontrino i generi di consumo ad esso equivalenti. Questa è una fase imperfetta, perchè, se sono eliminati i privilegi di classe e tutti sono costretti a lavorare, rimangono i privilegi della capacità naturale, diversa da individuo a individuo. Uno è più forte d'un altro ed ha maggiori attitudini; uno può per la sua costituzione fisica lavorare di più, un altro di meno. Anche questa ingiustizia di natura deve scomparire. « In una

fase più elevata della società comunistica, dopo che è scomparsa la subordinazione degl'individui per la divisione del lavoro, e con ciò anche il contrasto di lavoro intellettuale e corporale; dopo che il lavoro è divenuto non solo un mezzo di vita, ma anche il primo bisogno della vita; dopo che col generale sviluppo degl'individui sono cresciute anche le forze produttive e tutte le sorgenti delle ricchezze sociali scorrono in tutta la pienezza, solo allora l'angusto orizzonte giuridico borghese può essere superato completamente e la società può scrivere sulla sua bandiera: « Ognuno secondo la sua capacità, a ognuno secondo i suoi bisogni! » In altri termini, l'ideale sarà attinto allorchè tutti lavoreranno quanto più e quanto meglio possono per le loro naturali attitudini, e ad ogni individuo si darà ciò di cui ha bisogno, senza tener conto di quel che ha prodotto.

La lotta fra proletariato e borghesia continua ancora a svolgersi ai nostri giorni; e il *Manifesto dei comunisti* insieme all'opera principale di Marx *Il capitale* (1867) costituiscono si può dire la *Bibbia* del partito socialista, che, pur ispirandosi tutto al medesimo ideale, si è scisso in pratica in due diversi gruppi: l'uno *rivoluzionario* o, come si è chiamato più di recente, *massimalista*, che all'instaurazione del comunismo crede si debba giungere subito e con la violenza, l'altro *riformista*, che sostiene invece l'evoluzione lenta con progressive riforme che lo vengano a poco a poco attuando. E bisogna riconoscere che le conquiste dei lavoratori non sono mancate e che la legislazione sociale è ora molto più progredita che non fosse nei primi tempi del fiorire delle industrie. I foschi colori, coi quali il Marx dipingeva le condizioni degli operai inglesi d'allora, sono esagerati se si considera il momento attuale. Le leggi di assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, le ma-

lattie e gl'infortuni, le casse pensioni, le cooperative; e più di recente la giornata di otto ore rappresentano certo dei passi in avanti verso una superiore giustizia nei rapposti fra capitale e lavoro; e vedremo come il Fascismo in Italia li abbia con mirabile senso giuridico fatti entrare nel dominio della legge, dimostrando come bisognasse battere una via ben diversa da quella sognata da Carlo Marx e che in seguito alla guerra mondiale si è creduto di poter seguire in alcuni paesi, specialmente in Russia.

Sarà molto istruttivo esaminare questo tentativo, perchè esso prova con l'esperimento l'assurdità delle teorie comunistiche dal punto di vista dell'economia.

4. *Il tentativo comunistico in Russia e il suo fallimento.*— Leggiamo la Costituzione, cioè la legge fondamentale della Repubblica Socialista Federale dei Soviety di Russia, del 1918. « Proponendosi essenzialmente lo scopo di sopprimere ogni sfruttamento dell'uomo sull'uomo, di abolire definitivamente la divisione della società in classi, di schiacciare senza pietà tutti gli sfruttatori, di realizzare l'organizzazione socialista della società e di far trionfare il socialismo in tutti i paesi, il Quinto Congresso Panrusso dei Soviety decide: « Per realizzare la socializzazione della terra, la proprietà privata della terra è abolita, tutte le terre sono dichiarate proprietà nazionali e sono rimesse ai lavoratori senza alcuna specie di riscatto sulle basi di una ripartizione ugualitaria in usufrutto ». « Al fine di sopprimere gli elementi parassitari della società e di organizzare la vita economica del paese, il servizio del lavoro obbligatorio è stabilito per tutti »... « Chi non lavora non mangia ». E in altre leggi dello stesso anno si aboliscono i diritti di eredità e di donazione: « L'eredità per legge o per volontà del testatore è abolita. Dopo la morte del proprietario, i suoi beni

mobili o immobili appartengono al Governo della Repubblica Federale Socialista dei Soviety di Russia ». « Ogni donazione, trapasso o cessione gratuita di beni del valore superiore a 10.000 rubli non è valida » (1).

In teoria, dunque, la proprietà privata è abolita; ma in realtà, per quanto si dica che appartiene allo Stato e che si deve lavorare per la comunità e non per sè, la terra è divisa in usufrutto fra i contadini. Si espropria il latifondista, ma solo per distribuire le sue terre ai piccoli proprietari. E questi certamente lavorerebbero con maggiore intensità se fossero sicuri di conservare gli utili del loro lavoro; ma non hanno tanto spirito di sacrificio da affaticarsi a produrre per la repubblica! E cosa accade nella realtà, così lontana dal sogno di Carlo Marx? I contadini russi si rifiutano a scambiare coi biglietti di banca i loro prodotti; i lavoratori delle cooperative agricole si limitano a mietere soltanto la loro parte del raccolto; i nuovi piccoli proprietari preferiscono lasciare marcire il grano sul campo piuttosto che darlo ai soldati. Per evitare questi inconvenienti e incoraggiare la coltivazione, bisogna dare al contadino la sicurezza che lavora per l'utile proprio e levargli la paura della requisizione dei prodotti del suolo; ed ecco, infatti, un proclama del Soviet russo, dove il principio del lavoro per la comunità è esplicitamente abbandonato: « Il dovere del Governo è di dare alla popolazione agricola la certezza che il raccolto sarà preso da quelli che hanno attualmente la proprietà della terra e da quelli che l'hanno lavorata e seminata ».

Più conforme ai principii del comunismo è l'ordinamento delle fabbriche e delle officine, passate tutte in potere dello Stato; ma anche qui naturalmente è acca-

(1) Campodonico, *La Russia dei Soviets*, Firenze, 1920.

dujo che gli operai, retribuiti a stipendio fisso, hanno cercato di lavorare il meno possibile; e dalla vendita delle merci non si è ricavato spesso che appena la metà del costo di produzione! Dapprima si erano concessi grandi poteri agli operai nella gestione delle fabbriche, ma la disciplina interna andava malissimo: diminuiva la produzione e si rovinavano gl' impianti. « Questi fatti, scrive in un suo rapporto il commissario al lavoro Schliapnikoff, ci hanno indotto ad abolire i Consigli di fabbrica e a nominare dei direttori, con poteri illimitati di vita e di morte sugli operai, a capo di tutti gli stabilimenti importanti ». E il commissario Krassin giustifica con più ferrea teoria queste disposizioni. « Se abbiamo il diritto di mandare dei cittadini leali a farsi uccidere in difesa della Rivoluzione, abbiamo senza dubbio il diritto per la stessa causa di uccidere sleali scrocconi ». Tuttavia la coercizione, anche terroristica, sarebbe da sola insufficiente e diverrebbe inefficace nell'estensione a grandi masse e per lungo tempo; e Lenin, riconosciuta con pronto intuito questa realtà, non arretrò di fronte alla necessità di provvedimenti, che erano un deciso ritorno a sistemi prima condannati ed aboliti come borghesi, capitalisti, sfruttatori; ma che apparivano i più fecondi di sicuro risultato, interessando ogni singolo lavoratore al più produttivo rendimento del suo lavoro personale. Non soltanto a Mosca c' è una commissione regionale per combattere l'ozio, la quale consegna i colpevoli agli organi amministrativi perchè siano confinati in campi di concentramento di lavoro coatto, ma vengono anche stabiliti i minimi di produzione per i diversi operai, salari a cottimo, multe in denaro e in viveri, etc. E visto che la nazionalizzazione dell' industria non dava buoni risultati, i capi del governo dei Soviety hanno dovuto ricorrere all' opera degli antichi industriali, procra-

stinando le socializzazioni, adottando criteri più liberali nei riguardi della divisione dei profitti, lasciando maggior libertà agl' industriali nella determinazione dei prezzi.

È scomparsa la lotta delle classi? Tutt'altro. Eliminato il conflitto fra borghesia e proletariato, rimane la lotta fra gli egoismi delle varie associazioni operaie. Ecco in Russia, difatti, i contadini che nascondono i prodotti per non darli agli operai delle città; ecco ogni associazione cercar di assicurarsi vantaggi a spese delle altre. L'uomo reale è ben lontano da quell'assoluta perfezione etica che richiederebbe il comunismo di Carlo Marx, nel quale si esige che ciascuno lavori disinteressatamente per gli altri! Egli che derideva le utopie di Fourier (1) e di Saint-Simon (2), non si accorse che la sua concezione sociale era anch' essa un sogno.

Esaminiamo, infatti, la formula di Marx: ciascuno lavori secondo la sua capacità, a ognuno si dia secondo i suoi bisogni. In pratica essa porterebbe a questo risultato: tutti avrebbero molti bisogni da mettere avanti, ma poche forze per produrre. Il capitale sociale, la terra, gli opifici darebbero uno scarso rendimento, si arriverebbe presto alla carestia e alla miseria universale. Non ci sarebbe altro rimedio che ricorrere alla forza, trattando i lavoratori come schiavi, assegnando a ciascuno dispoticamente ciò che deve fare;

(1) Sociologo francese (1760-1825) sostenitore dell'abolizione della famiglia e della proprietà privata.

(2) Sociologo francese (1773-1837) che ideò il *falanstero* composto di circa 2000 individui con proprietà agraria sufficiente, in cui tutti dovevano lavorare solo per l'attrazione passionale e distribuirsi i prodotti della proprietà sociale, rappresentata da azioni ad interesse, nella misura di 5/12 al lavoro, di 4/12 agl'interessi del capitale e 3/12 all'ingegno.

ma l'esperienza dei secoli dimostra che il lavoro servile rende assai meno del lavoro libero, stimolato dal desiderio d'un maggiore benessere personale. Il sentimento del dovere non basta nella maggior parte degli uomini, e non è sufficiente neppure l'amor proprio e l'emulazione, che, secondo qualcuno, agirebbero nella società comunistica. Ci vuol altro che l'onore a stimolare un falegname a piallare due assicelle di più e il fabbro-ferraio a limar meglio un chiavistello; ci vuol altro che l'emulazione per sostenere l'oscura e perseverante fatica di tutti i giorni!

E poi chi misurerà i bisogni dei singoli individui? L'uomo non vive di solo pane; non si tratta soltanto, dunque, di assegnargli una razione di viveri. Vi sono le esigenze più alte dello spirito che debbono essere soddisfatte e che non sono le medesime in tutti gl'individui. La teoria del Marx pecca di eccessivo semplicismo e distrugge ogni spirito d'iniziativa personale. Lo Stato non potrebbe dire: fa quello che vuoi, perchè altrimenti nessuno si assoggetterebbe ai servizi più umili e più faticosi, ma dovrebbe stabilire per ogni individuo la quantità e la qualità del lavoro per coordinare le diverse attività. Si verrebbe così a togliere allo spirito quello che è il bene più alto: la libertà di svolgersi secondo le proprie tendenze individuali.

5. *La concezione fascista dello Stato* — Contro queste false ideologie ha reagito vigorosamente in Italia la rivoluzione fascista, che ha fatto entrare nell'ordine del diritto i rapporti fra capitale e lavoro, instaurando così una superiore giustizia sociale.

Non si può intendere lo spirito informatore delle riforme del Fascismo nel campo economico, se non si risale alla concezione dei rapporti dello Stato e degl'individui, onde muove tutto il complesso della politica e della legislazione instaurata da Benito Mussolini e dai suoi collaboratori. La teoria liberale, che era alla base dei precedenti Governi, concepiva lo Stato come uno strumento che dovesse servire al massimo sviluppo possibile degl'individui e della loro libertà, pensata in modo astratto come sussistente in sè fuori dei rapporti sociali. Non si considerava che l'individuo e la sua libertà non esistono fuori dello Stato e del suo ordine costituito; e che la coscienza dello Stato è reale non come semplice somma delle coscienze degl'individui, ma ha una sua personalità concreta, che nella sua sintesi ha una fisonomia propria differente da quella somma. E gl'individui sono reali non staccati a sè, ma nella sintesi dello Stato in cui è solo possibile il loro svolgimento.

Il Fascismo corregge l'errore del liberalismo: non lo Stato deve subordinarsi agl'individui, ma gl'individui debbono vivere e agire per lo Stato e nello Stato. Questo ha per sè un valore e una dignità che deve essere affermata e difesa di fronte agli altri Stati. Qui è la chiave di tutta la politica di Benito Mussolini: instaurazione d'un Governo forte che affermi la potenza della Nazione italiana all'estero e all'interno. Quindi rafforzamento del potere centrale e dei suoi organi, della disciplina e dell'autorità dello Stato.

« Nell'attuale momento storico italiano, ha scritto Benito Mussolini, il potere esecutivo non è più considerato dipendere dal legislativo come uno strumento privo di valore proprio: la degradazione del Governo alla mera funzione esecutiva, paradosso al quale fummo condotti dallo sconvolgimento rivoluzionario del secolo XVIII, è definitivamente scomparsa dal diritto pubblico fascista.....

Fu un errore del liberalismo il ritenere che l'unico possessore del diritto di rappresentanza dello Stato, cioè della sovranità, fosse la massa degli elettori, il collegio elettorale, nelle sue varie forme di costituzione. La sovranità dello Stato veniva così frazionata e polverizzata, e la pretesa sovranità reale di Rousseau, irrealizzabile per la mancata unanimità di concorso dei cittadini elettori, andò a finire nella sovranità dei capi-partito e anche dei gregari localmente influenti dei varii partiti, i quali presero il posto delle vecchie baronie feudali accampate contro lo Stato con la pretesa assurda di essere svincolate da ogni soggezione al governo dello Stato. Il Foscolo aveva detto che per rifare l'Italia bisognava disfare le sette. La necessità storica italiana ha voluto che per rifare lo Stato si dovessero disfare le baronie medievali dei partiti. Questo compito fu assunto e risolto dal Fascismo, ed in questo momento della vita storica nazionale il Governo fascista rappresenta proprio la personalità dello Stato costituito dalla preminenza degl' interessi generali sui particolari interessi di categorie o di classi economiche » (1).

A rafforzare l'autorità del Governo mira appunto la riforma della legge elettorale. Le associazioni sindacali propongono i loro rappresentanti; il Gran Consiglio Fascista sceglie e forma la lista che è posta in votazione. Solo nel caso che questa non riporti la maggioranza, si ammette la votazione di altre liste. I deputati sono così espressione delle forze produttive del Paese; e la Camera può contribuire alla coordinazione di esse.

6. *La collaborazione delle classi.* — Al principio socialistico della lotta delle classi il Fascismo ha sostituito quello della

(1) *Gerarchia*, 1928, n. 8.

collaborazione delle classi, in quanto gl'individui che le compongono debbono riconoscere che al di sopra dei loro particolari interessi sta l'interesse dello Stato e che tutti, capitalisti o operai, proprietari o lavoratori della terra, hanno un fine comune da raggiungere, la prosperità della Nazione italiana, da cui è inseparabile la loro prosperità privata.

Il Sindacato Fascista, in cui si raccolgono i diversi ordini di lavoratori del braccio e del pensiero, di proprietari e datori di lavoro, ha una funzione diversa da quella che gli assegnavano le teorie comunistiche; non serve a preparare scioperi o serrate, per ottenere o togliere con la forza concessioni, spesso contro alle leggi economiche, ma è un organo di collaborazione. Lo Stato in queste controversie fra le varie classi sociali non è più assente, come coi passati Governi, e non permette più che si svolgano in forma violenta, mettendo in pericolo con scioperi e altri disordini l'economia nazionale, ma interviene con la sua legislazione a tutelare i diritti del capitale e della proprietà, come quelli dei lavoratori.

« Il Sindacalismo Fascista si differenzia da quello tradizionale perchè presenta caratteristiche proprie e una propria originalità: sono, infatti, gli operai, i datori di lavoro, i tecnici, i quali costituiscono un insieme armonico con un unico obiettivo: quello di raggiungere il massimo di produzione e di benessere, subordinando però gl'interessi particolaristici agl'interessi superiori della patria. Caratteristica questa che colpisce in pieno le concezioni del Marxismo, il quale considera irreparabile il conflitto di classe. Il Fascismo, invece, smentisce tale irreparabilità » (1).

(1) Mussolini, *Discorso al Gran Consiglio*, 15 Marzo 1923.

« La lotta di classe può essere un episodio nella vita d'un popolo; non può essere il sistema quotidiano, perchè significherebbe la distruzione della ricchezza e quindi la miseria universale. La collaborazione, cittadini, fra chi lavora e chi dà il lavoro, fra chi dà le braccia e chi dà il cervello; tutti gli elementi della produzione hanno le loro gerarchie inevitabili e necessarie: attraverso a questo programma voi arrivate al benessere, la Nazione arriverà alla prosperità e alla grandezza » (1). « C'è un limite che non si può varcare, un limite per gl'industriali e un limite per gli operai. È, cioè, nell'interesse degl'industriali che gli operai conducano una vita tranquilla, che abbiano il necessario alla vita e non siano assillati dai bisogni insoddisfatti. Ma è anche nell'interesse degli operai che la produzione si svolga con ritmo ordinato, vorrei quasi dire solenne, poichè il lavoro è la cosa più alta, più nobile, più religiosa della vita » (2).

« L'errore del Marxismo è quello di credere che vi siano due classi soltanto. Errore maggiore il credere che queste due classi siano in perenne contrasto fra di loro. Il contrasto vi può essere, ma è di un momento e non è sistematico. L'antitesi sistematica, sulla quale hanno giocato tutte le teorie socialiste, non è un dato della realtà. La collaborazione è in atto: si è visto che c'è un limite per il capitale e un limite per il lavoro. Il capitale, sotto pena di suicidio, non può incidere oltre una certa cifra sul dato lavoro, e il dato lavoro non può andare oltre un certo segno nei confronti col capitale » (3).

---

(1) Mussolini, *Ai contadini del Polesine*, 2 Giugno 1923.
(2) Mussolini, *Agli operai dello Stabilimento « Fiat »*, 24 Ottobre 1923.
(3) Mussolini, *Discorso a Palazzo Chigi del 20 Dic. 1923 ai rappresentanti degl'industriali e degli operai.*

« Le Corporazioni hanno un interesse diretto a che il capitale italiano sia il più possibile libero da ceppi interni ed esterni. L'antitesi diretta — capitalismo-proletariato — di origine marxista, esula completamente dal Sindacalismo Fascista, il quale l'ha praticamente superata.... Le Corporazioni possono sperare di migliorare le sorti dei loro Sindacati, se il capitalismo è potente, non già se il capitalismo è debole, statico, pauroso... Le condizioni della classe operaia sono legate alle condizioni di sviluppo del suo proprio capitalismo. Un sistema di dazi doganali, che restringa — ad esempio — la possibilità di espansione del capitalismo italiano, si ripercuoterà fatalmente sulle condizioni delle classi lavoratrici. Meno lavoro, meno salario, meno benessere. Una industria battuta dalla concorrenza estera è un disastro per gli operai che vi sono impiegati. Il Sindacalismo Fascista sa che le rivendicazioni operaie salariali, spinte oltre un certo limite, incontrano ostacoli insuperabili di ordine obiettivo, che non si possono superare se non con l'artificio foriero di crisi. D'altra parte la Nazione, intesa nel suo complesso di forze politico-morali, non può prescindere dal destino delle moltitudini che lavorano, poichè il suo interesse immediato e mediato è d'inserirle nel suo organismo e nella sua storia. Altrettanto dicasi dei datori di lavoro, i quali hanno un interesse obiettivo a tenere il più possibile alto lo *Standard of life* (1) dei loro operai, poichè ciò significa maggiore tranquillità nelle officine, maggiore e migliore rendimento delle prestazioni, quindi maggiori possibilità di vincere la concorrenza altrui. Un capitalista intelligente non può

---

(1) Tenore di vita. *Standard* significa in inglese propriamente « modello ».

sperar nulla dalla miseria. Ecco perchè i capitalisti intelligenti non si occupano soltanto di salari, ma anche di case, scuole, ospedali, campi sportivi per i loro operai. Da quanto sopra risulta chiaro che le tre forze storiche da noi prese in esame — Nazione, Capitale, Corporazioni — non sono in antitesi irreducibile, come predicarono — con imprecisa visione dei fenomeni economici — i socialisti, ma sono in rapporto di stretta interdipendenza fra di loro, dalla quale interdipendenza scaturisce la necessaria coordinazione. In questa chiara nozione è il nocciolo del Sindacalismo Fascista per il quale la collaborazione è la regola e la non collaborazione è l'eccezione ». (1)

(1) Mussolini, *Fascismo e Sindacalismo* in « *Gerarchia* », Maggio 1925.

CAPITOLO II

L' ordinamento corporativo (1)

1. *Le associazioni dei lavoratori nell'antico oriente.* — Associazioni di lavoratori si trovano in tutti i tempi e in tutti i luoghi, perchè nascono dalla naturale tendenza ad unirsi degl' individui per il comune interesse. Già nell'India antica fin dal secolo VII av. Cr. esistevano associazioni di coltivatori, di pastori, di artigiani, con leggi, che regolavano le ore di lavoro e il numero degli apprendisti e permettevano di stipulare contratti validi per tutta la categoria professionale, con tribunali propri e un proprio diritto consuetudinario.

Nella Grecia antica la leggenda attribuisce a Teseo la divisione del popolo in collegi professionali. Una legge di Solone permise alle varie corporazioni di darsi regolamenti, purchè non contrari alle leggi dello Stato.

(1) Chi volesse estendere questi pochi cenni può servirsi utilmente del libro *Elementi di ordinamento corporativo* (Roma, Edizioni del « Diritto del Lavoro » 1928) che ci è stato di guida in questo capitolo.

Dopo la conquista di Alessandro Magno in quasi tutto l'Oriente ellenizzato e specialmente nell'Egitto dei Tolomei, lo Stato monopolizzò la produzione e il commercio d'immensi territori con una colossale gerarchia burocratica, prescrivendo l'organizzazione obbligatoria degli artigiani in corporazioni con rigorosi regolamenti. Si vietava di esercitare un mestiere diverso da quello ufficialmente riconosciuto e spesso un mestiere diverso da quello esercitato dai genitori.

2. *I « collegia artificum » della Romanità e la « lex Julia »*. — In Roma i « *collegia artificum* » riunivano tutti i lavoratori d'un dato ramo, di cui avevano la rappresentanza e la tutela. Esorbitando nel loro potere si misero ben presto in lotta con lo Stato; perciò Tarquinio il Superbo proibì le assemblee dei « vicani » e « pagani » (1) e le corporazioni di mestiere. Cacciati i Re, i collegi d'arti e mestieri furono di nuovo riconosciuti dalla Repubblica; ma nel 690 un decreto del Senato Romano li scioglieva, perchè avevano preso parte alle guerre civili. Furono ricostituiti pochi anni dopo da Clodio, e continuarono a turbare l'ordine pubblico, provocando decreti del Senato che ne limitarono il numero, finchè Giulio Cesare li abolì quasi tutti, lasciandone solo alcuni più utili e più antichi.

Una legge, votata dai comizii su proposta di Augusto, li sciolse nuovamente risparmiando solo i *collegia antiqua et legitima* e sottopose all'autorizzazione del Senato ogni costituzione di collegi nuovi. Perchè l'autorizzazione fosse data, il collegio doveva dar garanzia di esser non solo inoffensivo, ma anche utile al pubblico interesse. Il Senato conferiva al collegio, così giuridicamente riconosciuto, il diritto di rappresentare in giudizio i propri soci, di stipulare contratti, di comprare ed ereditare beni, di goderli in usufrutto etc. A poco a poco questi collegi si diffusero e fiorirono sotto il controllo dello Stato.

(1) Da *vicus* e *pagus*.

Nel periodo classico era data libertà ai lavoratori di appartenere o no ai collegi; ma in seguito, nell'epoca della decadenza, l'iscrizione divenne obbligatoria; si era costretti a fare lo stesso mestiere del padre e spesso quello che lo Stato prescriveva. Questo rigido sistema corporativo viene però a disgregarsi per effetto delle invasioni barbariche: ed al suo posto un altro ne sorge con carattere di autonomia nell'età dei Comuni. Le corporazioni medievali si governano, infatti, da sè e dànno a se stesse i propri *Statuti*.

3. *Le corporazioni medievali*. — *Arti* furono dette a Firenze e in altre città le corporazioni di mercanti e industriali, sorte per ragioni economiche e politiche insieme. Uniti, infatti, potevano meglio difendere sè stessi e le merci nei viaggi e nelle fiere: tramandare di padre in figlio i segreti del mestiere; assicurarsi con la divisione del lavoro e con la cooperazione un prodotto migliore, più abbondante e di minor costo. Si aggiunga a ciò il bisogno di unire le proprie forze in modo da emanciparsi dalla dipendenza del vescovo e del feudatario, e conquistare il diritto di dar leggi a sè stessi e partecipare al Governo del Comune.

Una singolare e potente fioritura delle costituzioni corporative si ebbe tra il sec. XII e XIV. Ogni bottega aveva a capo il *maestro*, padrone, direttore tecnico e lavoratore della sua azienda e si componeva di *socii*, lavoratori pari a lui in diritti e in obblighi, e di *garzoni* che facevano il loro tirocinio. Il raggiungimento del grado di maestro esigeva qualità morali e tecniche di cui giu-

dicava la corporazione, sottoponendo il garzone a prove difficili. Le *corporazioni d'arti* comprendevano i lavoratori della stessa industria; ed alcune avevano carattere privato, cioè erano solo tacitamente riconosciute; altre invece, le *corporazioni giurate* (che sono le più tipiche del Medio Evo) ebbero riconoscimento giuridico, ottennero sempre maggiori privilegi e finirono col conquistare coi loro *priori, rettori* o *consoli* il governo del Comune. Ad ogni lavoratore era assegnata una specie esclusiva di lavoro: il tessitore, per es., non poteva confezionare le vesti e doveva lasciare ad altri questa lavorazione. Gli Statuti delle varie Arti stabilivano il numero dei mercanti di ciascuna industria; determinavano le materie che dovevano adoperarsi; il modo di trattarle riguardo alla forma, alla grandezza e alla qualità dei prodotti; prescrivevano la misura dei prezzi e delle mercedi; comminavano multe e pene corporali contro i trasgressori, per i quali il castigo più grave era l'espulsione dall'Arte.

Mentre in una prima fase le regole stabilite per l'ingresso nell'Arte e per il conseguimento della posizione di maestro furono utili ad assicurare la capacità tecnica del lavoratore; in una seconda fase divennero ostacoli alla facoltà naturale di ciascuno di pervenire ad una posizione economica conforme alle sue attitudini. Le corporazioni degenerarono in corpi chiusi; i membri delle famiglie dei privilegiati divennero membri nati della maestranza; si regolarono gli esami in modo da impedire ai concorrenti incomodi l'ingresso nell'arte.

E questa degenerazione avvenne anche dal punto di vista morale e politico. In un primo tempo la corporazione curò sopratutto lo sviluppo tecnico della propria arte e gl'interessi degli associati, ai quali fu data ogni assistenza con la fornitura delle materie prime, col soccorso ai bisognosi, agl'infermi, alle vedove, con la

sepoltura a sue spese dei defunti. Si sorvegliava perchè non si affaticassero i giovani prima di una data età, perchè i maestri li trattassero benevolmente come figli, pur nella severità della disciplina. Si punivano severamente i disonesti, gli adulteratori della merce, quelli che non lavoravano con la diligenza di cui avevano fatto giuramento. L'Arte, insomma, non era solo un'associazione economica d'interessi; ma costituiva una unità etica e religiosa raccogliendosi nella sua chiesa e intorno al gonfalone su cui era effigiato il suo Santo protettore.

Ma la floridezza degenerò poi in prepotenza; e l'ambizione del governo condusse alla lotta fra le varie corporazioni, delle *arti minori*, cioè dei mestieri più bassi, contro le *arti maggiori* (come nel tumulto dei Ciompi a Firenze); e fu un continuo fare e disfare delle costituzioni dei varii Comuni. Anche nell'interno di ciascuna corporazione si crearono ingiuste gerarchie e privilegi di pochi, che sperperarono il denaro sottraendolo alle utili opere di assistenza sociale; si aumentò la tassa necessaria per conseguire il grado di maestro, rendendo sempre più difficile la carriera; si moltiplicarono le divisioni e suddivisioni di ciascun'arte con regolamenti sempre più complicati.

4. *La decadenza delle corporazioni e i principii della Rivoluzione Francese.* — Onde la decadenza delle corporazioni che coincide col sorgere della moderna industria, che per lo sviluppo dei suoi mezzi tecnici aveva bisogno di rompere le strettoie dell'ordinamento corporativo medievale, inteso solo a conservare il monopolio di ciascuna arte e rigidamente chiuso in certi sistemi di produzione che si volevano senz'altro imporre nei loro minuti dettagli con regolamenti fissi. Occorreva aprire le porte alla libera concorrenza, al libero uso di nuovi e più perfetti mezzi di produzione; occorrevano per le

macchine e in genere per la nuova tecnica industriale forti capitali, che superavano le limitate risorse delle botteghe e delle loro associazioni corporative. L'industria moderna rende necessaria la divisione tra capitalista o imprenditore e operai, che prima erano uniti nella stessa bottega.

Tuttavia le corporazioni durarono sino verso la fine del sec. XVIII. Il Turgot, ministro di Luigi XVI, abolì nel 1776 con un editto quasi tutte le corporazioni (1), proclamando che il diritto di lavorare appartiene per natura ad ogni uomo, al quale perciò si deve lasciare, contro ogni monopolio, la libertà di scegliersi il mestiere o la professione.

Ricostituite di nuovo per breve tempo, le corporazioni vennero definitivamente soppresse in Francia nel 1791. Anche in Italia furono abolite verso la fine del sec. XVIII, specialmente per il diffondersi delle idee della Rivoluzione francese; alcune ne rimasero ancora tuttavia, pur contro la legge, anche nella prima metà del sec. XIX, finchè, dopo l' unificazione del Regno d' Italia, la legge 29 Maggio 1864 le dichiarava del tutto abolite sotto qualsiasi forma.

5. *I sindacati socialisti.*—Il grande sviluppo industriale del sec. XIX, pose, come vedemmo nel capitolo precedente, gli uni contro gli altri, gli operai e i capitalisti e diede origine alla lotta delle due classi e alla teoria del comunismo. I lavoratori, aggruppati in grandi masse negli stabilimenti industriali, si unirono, per la difesa dei loro interessi, in associazioni nazionali e internazionali. Molte conquiste furono così realizzate dalla classe operaia: ricordiamo le leggi a protezione

(1) Ne lasciò solo quattro per ragioni speciali, cioè quelle dei parrucchieri, dei librai editori, degli orefici e dei farmacisti.

dell'infanzia operaia (1802), le casse di risparmio (1804), le magistrature dei proibiviri (1806), le prime cooperative operaie (1831), le leggi sulle ispezioni nelle fabbriche (1833), i primi tentativi di partecipazione degli operai agli utili delle aziende (1842), le leggi sulla limitazione del lavoro delle donne (1844) e degli adulti (1848), il patrocinio gratuito (1851), il riposo festivo (1861), l' assicurazione contro gl' infortuni (1867), gli ufficii del lavoro (1869). Ma, incoraggiati dai primi successi, incitati dalla predicazione della falsa teoria del comunismo, le associazioni operaie esagerarono nelle pretese di salari che l'industria non poteva sopportare, cercando ogni pretesto per ricorrere allo sciopero e ad altre violenze.

E la lotta contro gl' industriali si trasformò ben presto in lotta contro lo Stato, che la dottrina del socialismo internazionalista accusava di proteggere i proprietari e i capitalisti, cioè la borghesia dominante nelle Camere dei Deputati e nei Ministeri. E i demagoghi si lanciarono alla conquista del potere, proclamando il prossimo avvento dello Stato comunista.

6. *Disciplina dei rapporti collettivi di lavoro: i tentativi anteriori al Fascismo.*—Non sono mancati i tentativi per eliminare la lotta delle due classi. Uno di questi tentativi è *la partecipazione degli operai agli utili dell'azienda;* ma esso non è riuscito perchè o la partecipazione agli utili è un complemento del salario e non elimina le controversie sulla misura di questo; o la partecipazione agli utili è il solo compenso, e l'operaio non può aspettare i dividendi alla fine dell' anno e, peggio ancora, affrontare il rischio delle perdite.

Un altro tentativo è quello delle *cooperative operaie di produzione*, nelle quali gli operai stessi mettono il capitale e si dividono gli utili. Ma non è possibile

così raccogliere i forti capitali necessari alle grandi industrie; e c'è sempre l'incertezza o l'esiguità dei primi guadagni, su cui gli operai non possono fondarsi per vivere. Molte di queste aziende impiantate nel Belgio, pur con concessioni gratuite di miniere, sono miseramente fallite.

In quanto, poi, ai sogni più audaci di ordinamento comunistico, vi è l'esempio della Russia, che, come abbiamo già mostrato, è stata costretta a far macchina indietro, ritornando alla proprietà privata. E non ripeteremo qui la critica che già abbiamo fatta ampiamente della teoria del Marx, mostrando a quali disastrose conseguenze condurrebbe dal punto di vista economico.

7. *Differenza del sindacato e della corporazione fascista dalle forme precedenti di associazione operaia.*— L'esperimento, ancor più della discussione teorica, ha messo, dunque, in rilievo l'impossibilità di eliminare quel fecondo fattore di produzione che è il capitale. La distinzione tra capitalisti e lavoratori non può essere eliminata: la soluzione del problema sociale può trovarsi solo in un accordo di questi due fattori, e l'accordo non può realizzarsi se non giuridicamente con l'intervento dello Stato.

Ciò ha ben veduto il Fascismo, che alla ridicola teoria liberale dello Stato, spettatore inerte del conflitto delle classi, pericoloso per la sua stessa esistenza, ha sostituito la dottrina e la pratica del suo attivo intervento. Al di sopra degl'interessi delle classi c'è quello più alto dello Stato, che deve assicurarsi la potenza economica e politica di fronte agli altri Stati. Ciò proclama solennemente la I° Dichiarazione della *Carta del Lavoro*: « La Nazione italiana è

un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori, per potenza e durata, a quelli degl'individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato Fascista ».

Al principio comunistico della *lotta delle classi*, il Fascismo ha sostituito quello della collaborazione. La corporazione fascista è appunto l'organo di questa collaborazione fra i sindacati dei datori di lavoro e i sindacati dei lavoratori. I due ordini di sindacati rimangono in essa nettamente distinti con una propria personalità giuridica; e ciò differenzia la corporazone fascista dalla corporazione medievale, dove le due classi erano insieme confuse, cioè i maestri della bottega erano nel medesimo tempo datori di lavoro e lavoratori. Nel M. E., infatti, l'esercizio di ciascun ramo di arte o di mestiere riuniva insieme con comunità d'interessi imprenditori e operai in una data corporazione, p. es., in quella della lana, della seta etc. Inoltre, mentre la corporazione medievale era una creazione autonoma della categoria sociale addetta a questo o quel ramo della produzione; la corporazione fascista è organo dello Stato, e come tale non difende solo gl'interessi particolari d'un ramo solo di produzione, come la corporazione medievale; ma cerca di coordinarli con quelli degli altri rami, mettendo al di sopra di tutti il benessere dello Stato.

Questo subordinarsi delle forze produttive all'interesse supremo della Na-

zione (è bene metterlo in rilievo) non toglie loro però alcuna libertà di sviluppo. Ogni operaio, ogni industriale può liberamente scegliere la forma e i mezzi di produzione; il campo è aperto a tutte le feconde iniziative. Non vi sono monopolii di categoria, corpi chiusi di arti, che inceppino, come nel Medio Evo e nell'antichità, il progredire dell'industria e impediscano la concorrenza, che è stimolo a una migliore produzione.

Abbiamo già nel capitolo precedente delineato i principii generali su cui si fonda l'ordinamento corporativo; ci rimane ora solo a descriverne la struttura nei suoi particolari.

8. *Disciplina fascista delle associazioni professionali nella Carta del Lavoro.* — I rapporti collettivi di lavoro furono regolati dalla legge 3 aprile 1926 col regolamento relativo del 1° luglio 1926 e dalla Carta del Lavoro del 21 aprile 1927.

Secondo la Dichiarazione III della Carta del Lavoro «l'organizzazione sindacale o professionale è libera»; cioè lo Stato concede il diritto di costituire liberamente associazioni professionali e di appartenervi, entro i limiti, s'intende, dell'ordine pubblico, della morale e del buon costume. Solo i militari, i magistrati, i professori d'istituti superiori e medii, i funzionari ed agenti dei Ministeri dell'interno, degli esteri e delle colonie non possono costituire associazioni per la difesa dei loro interessi: e ciò per impedire loro di mettersi di fronte e contro lo Stato con un turbamento di quella disciplina che è essenziale alla sua conservazione.

Ma la stessa dichiarazione III della Carta del Lavoro aggiunge che «solo il sindacato legalmente riconosciuto e sottoposto al controllo dello Stato ha il diritto di rappresentare legalmente tutta la categoria»; altrimenti nascerebbe un gran disordine, non sapendosi quale dei sindacati avrebbe il diritto di trattare legalmente, e potrebbero nascere divergenze e insolubili controversie. L'unità della rappresentanza è praticamente necessaria.

9. *Requisiti per il riconoscimento giuridico dei sindacati.* — Perchè il sindacato possa essere legalmente riconosciuto occorre un numero minimo di soci; e propriamente per i datori di lavoro bisogna che essi in complesso impieghino almeno un decimo degli operai che di quel ramo vi sono nella circoscrizione territoriale di quel sindacato; per i lavoratori che siano essi stessi un decimo di quella circoscrizione.

Condizione essenziale per il riconoscimento giuridico è che l'associazione abbia un programma di assistenza, d'istruzione e di educazione morale e nazionale dei soci. Ciò pone il sindacato fascista spiritualmente assai più in alto di quello comunistico che si preoccupava solo degl'interessi economici.

I soci debbono avere l'età minima di 18 anni e buona condotta morale e politica dal punto di vista nazionale; i dirigenti dell'associazione debbono offrire garanzia di capacità, di moralità e di sicura fede nazionale.

10. *Poteri delle associazioni riconosciute.* — Le associazioni riconosciute dallo Stato hanno le seguenti prerogative: 1.° Esclusività di tutela degl'interessi di quella categoria professionale; 2.° diritto di regolare con contratti collettivi i rapporti di lavoro per tutti gli appartenenti a quella categoria; 3.° diritto d'imporre loro contributi sindacali; 4.° potere di disciplina sui proprii

iscritti. A questi poteri si aggiunge la funzione politica di proporre i rappresentanti del paese per il Parlamento. Secondo la nuova legge elettorale, infatti, le Associazioni professionali riconosciute ed altri Enti propongono un numero di candidati doppio (800) di quelli da eleggere (400); il Gran Consiglio Fascista sceglie tra essi e forma la lista, su cui ha luogo la votazione del corpo elettorale. Solo nel caso che essa non abbia la maggioranza dei voti, si possono proporre altre liste.

I sindacati, legalmente riconosciuti, hanno *personalità giuridica*; cioè una propria capacità di diritto, distinta da quella degl'individui che li compongono; e poichè lo Stato delega ad essi alcuni dei suoi poteri, cioè quello di far regolamenti e imporre tributi, si possono chiamare *persone giuridiche di diritto pubblico*.

11. *Gestione interna del sindacato e controllo dello Stato.* — Ogni sindacato per costituirsi deve approvare il suo *Statuto*, in cui siano indicati i fini dell'associazione, la sua circoscrizione territoriale, la sua sede, i rapporti di dipendenza e di unione con altre associazioni, le norme di ammissione e di espulsione dei soci, il modo di deliberare le imposizioni dei contributi, la composizione degli organi direttivi e la loro competenza, le modalità dell'elezione o nomina di essi, le regole dell'amministrazione e la quota delle entrate che deve essere assegnata alle spese obbligatorie. I sindacati, infatti, non possono sottrarsi al dovere di erogare le cifre occorrenti all'organizzazione sindacale, all'assistenza economica, morale e religiosa, all'istruzione professionale e all'educazione nazionale dei propri aderenti; di contribuire all'Opera Nazionale del Dopolavoro, all'Opera Nazionale per la Maternità e per l'Infanzia, all'Opera Nazionale Balilla e al Patronato Nazionale.

Lo Stato controlla l'azione dei Sindacati con la

facoltà di non approvare o di revocare le nomine dei dirigenti di essi, col vigilare sui loro bilanci e sulle loro deliberazioni, riservandosi il diritto di sciogliere i loro Consigli di amministrazione e di nominare al loro posto un Regio Commissario, se gli atti non sono in regola.

12. *Il contratto collettivo di lavoro.*—Una delle attribuzioni del Sindacato legalmente riconosciuto è, secondo la dichiarazione III della Carta del Lavoro, il diritto «di stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutta la categoria». E la dichiarazione IV spiega che «nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà fra i varii fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori e la loro subordinazione agl'interessi superiori della produzione».

Il *contratto collettivo di lavoro* è l'accordo fra un'associazione di lavoratori e una di datori di lavoro sulle condizioni a cui si debbono uniformare i singoli contratti di lavoro fra i membri delle due diverse categorie; più che un contratto, è l'insieme delle norme generali che debbono regolare i veri e propri contratti di lavoro. Per la validità del contratto collettivo è necessario che i rappresentanti dei sindacati diano il loro libero consenso alla sua stipulazione e lo sottoscrivano. Nel contratto deve stabilirsi la durata della sua efficacia; si debbono regolare secondo le prescrizioni della Carta del Lavoro i rapporti disciplinari, il periodo di prova, la misura e il pagamento della retribuzione, l'orario di lavoro, il riposo settimanale, le ferie annuali; si deve contemplare il caso di licenzia-

mento senza colpa del lavoratore o per morte di costui, il caso di trapasso dell'azienda da un datore di lavoro a un altro, nei riguardi del personale che vi è addetto, il trattamento del lavoratore nel caso di malattia, il caso di richiamo del lavoratore alle armi o in servizio della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale. Nel contratto collettivo, inoltre, l'accordo fra le due parti contraenti deve essere raggiunto in maniera da non danneggiare con esso gl'interessi superiori della produzione nazionale.

Perchè siano validi, i contratti collettivi debbono essere redatti per iscritto e approvati dall'organo competente a ricevere il deposito del contratto stesso (Prefetto o Ministero delle Corporazioni, secondo che l'azione delle associazioni stipulanti si estenda solo al territorio della provincia o a tutto lo Stato).

Le norme stabilite nel contratto collettivo sono obbligatorie per tutte le pattuizioni individuali dei soci di quella determinata categoria; tuttavia si possono concedere agli operai condizioni più favorevoli di quelle stabilite nel contratto generale. Se un datore di lavoro o un lavoratore si rende inadempiente alle regole del contratto collettivo, è chiamato dalla legge sindacale a rispondere penalmente della violazione con la multa da lire 100 a 5000; e a risarcire i danni arrecati all'altro contraente e all'associazione sindacale che ha stipulato il contratto collettivo.

13. *La magistratura del lavoro.*—Per comporre i dissidii fra datori di lavoro e lavoratori si ricorreva prima in Italia (e si ricorre ancora in altri paesi) all'arbitrato, cioè le associazioni rimettevano le soluzioni delle controversie a determinate persone (arbitri) nominate dalle due parti, perchè decidessero secondo equità. Ma tali decisioni non davano alcuna vera garanzia d'imparzialità. Perciò il

regime fascista ha istituito (dichiarazione V della Carta del Lavoro) la *Magistratura del lavoro*, alla quale si può ricorrere, dopo aver fatto un primo tentativo di conciliazione davanti alle Associazioni sindacali o alle Corporazioni.

Perchè la Magistratura del lavoro dia sicura garanzia d'imparzialità e d'indipendenza, la legge ha stabilito che essa sia formata da una sezione della Corte di Appello con tre magistrati e due cittadini esperti nei problemi della produzione e del lavoro, e che sono scelti di volta in volta dal Primo Presidente della Corte di Appello fra gl'iscritti in un Albo speciale.

La Magistratura del lavoro è chiamata a giudicare di tutte le controversie collettive, cioè di quelle che sorgano non tra individui, ma fra intere categorie professionali e riguardino l'applicazione delle norme contenute nei contratti collettivi di lavoro o di altre norme emanate dalle Corporazioni. Essa, inoltre, può stabilire nuove condizioni di lavoro, sia quando manchi un contratto collettivo, sia quando le condizioni da esso stabilite debbano modificarsi prima che scada il termine della durata del contratto per un notevole cambiamento sopravvenuto nelle condizioni di fatto, in vista delle quali era stato stipulato.

Nei giudizii della Magistratura del lavoro interviene il Pubblico Ministero, come rappresentante del pubblico interesse; e ciò perchè nelle controversie collettive di lavoro è in giuoco l'interesse dello Stato, che non può perciò rimanere assente. Il Pubblico Ministero può anche promuovere i giudizi, ove le associazioni interessate non vi provvedano; nel caso, p. es., d'una serrata o d'uno

sciopero proibito dalla legge. Se un datore o un prestatore d'opera si rifiutino di eseguire le decisioni del Magistrato, sono puniti con il carcere da un mese a un anno e con la multa da lire cento a cinquemila. Più gravi sono le pene per i dirigenti delle associazioni.

14. *I reati collettivi di lavoro: sciopero, serrata.* — Nella concezione liberale lo *sciopero* era considerato quasi come un diritto del lavoratore; lo Stato se ne disinteressava fino a quando non degenerava in violenze. Ma questo disinteresse dello Stato era un grave errore; perchè lo sciopero reca danni a tutto il paese, diminuisce la produzione, crea la disoccupazione e i fallimenti delle aziende, è un fattore di disordine, anche quando non è, come in molti casi, manifestazione di protesta politica contro lo Stato. Lo stesso si dica delle *serrate*, cioè delle chiusure delle officine e degli stabilimenti, con cui i padroni rispondevano agli operai, per farli cedere.

Il Fascismo non ha esitato a vietarli e a punirli come reati con la legge del 3 Aprile 1926. Il datore di lavoro è punito, per la serrata, con la multa da lire diecimila a centomila; il lavoratore, per lo sciopero, con una multa da lire cento a mille. I sobillatori sono colpiti con pene più gravi. Pene più gravi la legge pure commina per il caso di violenza contro le persone o le cose; e sopratutto quando si tratti di pubblici servizi (ferrovie, poste, telegrafi etc.), dove lo sciopero produce conseguenze più gravi ed è una ribellione di funzionari contro lo Stato.

15. *L'ordinamento corporativo della produzione e la collaborazione delle classi.* — «L'ordinamento corporativo, ha detto S. E. Bottai (1), coi suoi istituti oiene

(1) Lezione del 27 Aprile 1929 agli studenti dell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Napoli.

ad integrare l'azione del Sindacato, là dove l'azione del Sindacato non arrivi alle ultime conseguenze. Prendete, per esempio, il contratto collettivo: l'azione per il contratto collettivo appartiene specificamente ed unicamente alle associazioni sindacali. Sono le associazioni sindacali che hanno l'obbligo, sanzionato precisamente da una dichiarazione della Carta del Lavoro, di promuovere l'azione per la stipulazione dei contratti collettivi, per ogni ramo della produzione e del lavoro nazionale. Le associazioni trattano indipendentemente da ogni potere dello Stato, in una fase di azione assolutamente autonoma. Ove questi contratti non possano essere conclusi direttamente dalle associazioni interessate, interviene la corporazione a fare il tentativo di conciliazione. E la corporazione solo allora può dettare delle norme obbligatorie, quando le parti gliene abbiano dato specifico mandato. Che se la corporazione tale mandato non ha avuto e la conciliazione non riesce, l'ultima parola resta alla Magistratura del Lavoro ».

Bisogna, dunque, stare attenti a non confondere la corporazione col sindacato. I sindacati sono associazioni omogenee che raccolgono i datori di lavoro da un lato, i lavoratori dall'altro. Le *corporazioni* sono organi centrali superiori di collegamento che riuniscono tutte le associazioni sindacali dei diversi fattori della produzione, datori di lavoro, lavoratori e liberi professionisti, per un determinato ramo della produzione stessa (art. 42 R. D. 1 Luglio 1926). In altri termini la corporazione non rappresenta gl'interessi speciali d'una categoria, ma « costituisce l'organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresenta integralmente gl'interes-

si (dichiarazione VI della Carta del Lavoro). Mentre nell'organizzazione sindacale gl'interessi delle varie classi sono separati e posti l'uno di fronte all'altro; nell'organizzazione corporativa queste forze sono chiamate a collaborare fra di loro e con lo Stato per la tutela degli interessi generali della produzione nazionale.

16. *Le confederazioni nazionali dei sindacati.* — Le associazioni sindacali sono dapprima inquadrate gerarchicamente in sei *Confederazioni nazionali* di datori di lavoro e sette di lavoratori rappresentanti le sette grandi categorie dell'attività produttiva nazionale (industria, agricoltura, commercio, banca, trasporti marittimi e aerei, trasporti terrestri e navigazione interna, professioni liberali); poi i rappresentanti delle confederazioni di datori di lavoro da un lato, di lavoratori dall' altro, per ciascun ramo di produzione, sono insieme chiamati a collaborare negli organi centrali delle relative corporazioni. Queste non hanno propria personalità giuridica, come i sindacati, perchè sono organi dell'Amministrazione dello Stato.

17. *Poteri delle corporazioni.* — La corporazione ha i seguenti compiti. Essa può, dopo essersi accordata con le rappresentanze dei datori di lavoro e dei lavoratori, stabilire norme generali sulle condizioni di lavoro nelle imprese appartenenti al ramo della produzione per cui è costituita; norme che valgono per tutti i datori di lavoro e i lavoratori di quella categoria e che hanno lo stesso valore di quelle contenute in un contratto collettivo di lavoro, perchè la Corporazione le emana sostituendosi alle Associazioni che avrebbero dovuto stipulare quel contratto, dopo essersi intesa con esse. La Corporazione è chiamata, inoltre, a conciliare pacificamente le controversie di lavoro, prima che si ricorra alla Magistratura. Alla Corporazione è poi affidato un altro importantissimo compito di azione sociale, cioè di provvedere al collocamento degli operai per mezzo di speciali *uffici di collocamento.* Un' altra funzione assai delicata della Corporazione è la disciplina del tirocinio operaio, cioè delle condizioni secondo le quali nelle varie industrie si deve svolgere l'utilizzazione degli apprendisti e la loro educazione. In fine alla Corporazione è assegnato dalla Carta del Lavoro il compito di sorvegliare che siano osservate da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori le leggi sulla prevenzione degl' infortuni e sulla polizia del lavoro.

18. *Il Ministero delle Corporazioni.* — Le Corporazioni sono poi alla loro volta coordinate per mezzo del *Ministero delle Corporazioni* e del *Consiglio Nazionale delle Corporazioni.* Questi due organismi si completano a vicenda: il Ministero promuove e dirige l'attività delle singole corporazioni; il Consiglio Nazionale, collegando le loro varie rappresentanze in un consesso unico, fornisce al Ministero l' organizzazione unitaria dei diversi rami della produzione.

19. *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni.* — Il Gran Consiglio Fascista nell'Aprile 1929 ha approvato il seguente progetto di riforma del *Consiglio Nazionale delle Corporazioni,* già istituito col R. D. 2 Luglio 1926 e integrato poi successivamente col R. D. 14 Luglio 1927.

La presidenza del Consiglio Nazionale spetta al Capo del Governo, Primo Ministro, Segretario di Stato, Ministro per le Corporazioni o, in sua vece, al Sottosegretario di Stato per le Corporazioni.

Dell' importante organo sono chiamati a far parte col nuovo progetto il Segretario del Partito, i rappresentanti di tutti i Ministeri, i rappresentanti dell' Asso-

ciazione del Pubblico Impiego, un delegato dell' Ente Nazionale per la Cooperazione, i rappresentanti delle Opere Nazionali Balilla, Dopolavoro, Maternità e Infanzia e Patronato, i rappresentanti delle organizzazioni sindacali, regolarmente riconosciute, e una ventina di esperti.

La presidenza del Capo del Governo è effettiva, ed è consacrata da varie disposizioni del disegno di legge, che rendono necessario l'assenso del Primo Ministro per l'espletamento di alcune funzioni importantissime, deferite al Consiglio Nazionale delle Corporazioni.

Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni sarà composto approssimativamente di 140 membri. e sarà diviso in sette sezioni, corrispondenti ognuna alle grandi branche della Confederazione Nazionale, ed in alcune sottosezioni per le materie di minore importanza.

In seno al Consiglio avremo, dunque, una sezione dell'industria, di circa venti membri, che si suddividerà in due sottosezioni rispettivamente per l'Industria e l'Artigianato; una sezione per l'Agricoltura di 16 membri; una sezione per il Commercio di 14 membri; una sezione per i Trasporti marittimi e aerei di 16 membri, suddivisa a sua volta in due sottosezioni, rispettivamente per i trasporti marittimi e per quelli aerei; di una sezione per i Trasporti terrestri di 10 membri; di una sezione di 10 membri per le Banche, e di una sezione per le professioni intellettuali di circa venticinque membri, suddivisa a sua volta in due sottosezioni, corrispondenti rispettivamente alle Professioni ed alle Arti.

Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni, oltre ad essere un organo di consultazione del Ministero omonimo, ha l'incarico di formulare progetti di legge e regolare la procedura del lavoro; di formare organi per il coordinamento delle attività assistenziali e delle varie discipline dei rapporti di lavoro, stabiliti dai contratti

collettivi, in modo da regolare i rapporti tra le varie categorie della produzione, rappresentate dalle associazioni sindacali legalmente riconosciute, nonchè di deliberare sulle disposizioni della legge sindacale e del relativo regolamento.

Vastissimo è, adunque, il campo assegnato al Consiglio, il quale, mentre da una parte ha funzioni consultive, dall'altra ha attribuzioni normative, per una vasta materia interessante i rapporti della produzione del lavoro.

A nessuno sfuggirà l'importanza che assume il compito affidato al Consiglio Nazionale di regolare i rapporti economici collettivi tra le varie categorie della produzione, rappresentate dalle associazioni sindacali legalmente riconosciute. Tale disposizione non deve, però, trarre in errore, in quanto il Regime desidera lasciare piena libertà alle aziende, e non avere alcuna ingerenza nell'andamento delicato della produzione.

Può darsi che, in determinati momenti (circostanze queste che si sono già verificate e felicemente risolte) sia invocato l'intervento del Ministero delle Corporazioni per la soluzione di delicati problemi, riguardanti più che i rapporti di lavoro, i rapporti economici tra le varie categorie. Il disegno di legge in parola prevede tale eventualità ed opportunamente la disciplina.

Notevole è anche la parte che si riferisce al coordinamento delle varie discipline dei rapporti di lavoro, stabiliti dai contratti collettivi, per evitare che determinati contratti collettivi stipulati per una determinata categoria vengano a danneggiare gl' interessi di categorie affini. Si stabilisce per questi casi la facoltà d'intervento del Ministero delle Corporazioni. In questo equo contemperamento degl' interessi di tutte le organizzazioni, operanti nella vita dello Stato, è lo spirito della legislazione sindacale fascista.

La composizione di tutte le sezioni è paritetica, cioè a dire formata con uguale numero di rappresentanti dei datori di lavoro e dei prestatori d'opera. Per ragioni facili a comprendere, a tale norma fa eccezione la sezione delle professioni intellettuali.

Il Consiglio Nazionale può essere convocato in assemblea generale, a cui partecipano i componenti di tutte le sezioni (in questo caso sarà realizzata la *corporazione integrale*) o in singole sezioni per l'esame dei particolari problemi.

È data, inoltre, facoltà al Capo del Governo, Ministro delle Corporazioni, di convocare per alcuni casi anche esclusivamente le rappresentanze o dei datori di lavoro o dei prestatori di opera.

Notevole significato ha l'appartenenza al Consiglio del Procuratore Generale della Corte di Cassazione del Regno. Per suo mezzo, sarà realizzato un armonico contatto tra l'organo supremo del Sindacalismo e la Magistratura ordinaria, chiamata a svolgere un ruolo importante delle controversie sindacali, con la costituzione della Magistratura del Lavoro, e con l'espletamento dei poteri, ad essa recentemente conferiti, per la soluzione delle controversie individuali, derivanti da inosservanza dei patti di lavoro.

Per quanto si riferisce alle nomine dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali, si stabilisce che essi saranno designati a seconda delle disposizioni statutarie di ciascuna organizzazione e nominati con decreto reale.

È data, inoltre, facoltà al Capo del Governo di invitare ad assistere alle sedute del Consiglio, in qualità di osservatori, i rappresentanti di organizzazioni permanenti internazionali, a cui l'Italia partecipa a mezzo di delegati nominati dal Governo del Re.

In seno al Consiglio viene costituito, come organo

però a sè stante, il Comitato Corporativo Centrale, per esaminare tutt'i problemi, riguardanti l'ordinamento corporativo e la produzione e che implichino emanazione di direttive di carattere politico.

Il Comitato Corporativo Centrale sarà presieduto dal Segretario del Partito; di esso faranno parte i Sottosegretari per le Corporazioni e per l'Economia Nazionale ed i presidenti di tutte le Confederazioni.

20. *La Corporazione Provinciale.* — Un secondo disegno di legge, approvato dal Gran Consiglio Fascista pure nell'Aprile 1929, riguarda la costituzione ed il funzionamento delle Corporazioni Provinciali sino ad oggi funzionanti sotto la denominazione di Comitati Provinciali Interrindacali.

Questi organismi hanno ovunque svolta un'efficace opera. Oltre all'esame ed alla soluzione di numerose vertenze di carattere sindacale, essi hanno realizzato un'efficace collaborazione tra Partito e organizzazioni sindacali.

Col nuovo disegno di legge le Corporazioni Provinciali hanno un assetto e riconoscimento giuridico. Esse saranno presiedute dal Segretario Federale del Partito, che le convocherà, presi gli ordini dal Prefetto, e saranno costituite dal Vice-Prefetto e dalla rappresentanza delle organizzazioni locali provinciali dell'Agricoltura, dell'Industria, del Commercio e degl'Intellettuali.

Nelle provincie, nelle quali esistono organizzazioni della Confederazione dei Trasporti Marittimi e Aerei, dei Trasporti Terrestri e di Navigazione Interna e delle Banche, si dispone che delle Corporazioni Provinciali siano ugualmente chiamati a far parte i delegati delle organizzazioni provinciali suddette.

La Corporazione Provinciale è chiamata a svolgere un importante compito, sia per dirimere controversie di

carattere individuale, sia per promuovere presso le organizzazioni sindacali, analogamente a quanto prescrive la Carta del Lavoro, la stipulazione di contratti collettivi.

Inoltre, essa potrà emettere un giudizio arbitrale, nella fissazione di determinate mercedi, in esecuzione di contratti collettivi, con l'approvazione e la ratifica del superiore Ministero delle Corporazioni.

21. *La coscienza corporativa.*— Mi piace chiudere questi brevi cenni sulla legislazione corporativa con le parole che S. E. Bottai rivolgeva il 27 Aprile 1929 agli studenti dell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Napoli: « Io parlerò a loro, sopratutto per rivolgere la loro attenzione, il loro intelletto, il loro cuore e la loro coscienza verso questa nuova disciplina, verso questi nuovi studi, da cui il Paese attende un rinnovamento profondo. Dico attende, perchè è proprio la mia esperienza che mi porta a non essere vanamente ottimista e a dichiarare che, se in quasi tre anni di esperimento corporativo le nostre organizzazioni hanno compiuto veramente dei miracoli, questi miracoli, che consistono nella trattazione e nella stipulazione dei contratti collettivi e nella formazione di nuovi istituti, sono ancora, sarei quasi per dire, dei fatti in superficie, da cui l'insegnamento deve discendere profondamente nelle coscienze e negli spiriti, perchè solo allora noi potremo dire di aver fondato lo Stato Corporativo italiano. Occorre che questo Stato, anzicchè affidarsi alla lettera delle leggi e alla forma degl'istituti, si affidi al convincimento profondo delle nostre coscienze. A fondare questo convincimento voi, giovani miei camerati, potete e dovete concorrere non solo teoricamente, ma anche praticamente »

CARTA DEL LAVORO (1)

La sera del 21 aprile 1927, sotto la presidenza di S. E. il Capo del Governo e Duce del Fascismo, si è riunito a Palazzo Chigi il Gran Consiglio Fascista. Erano presenti, oltre a tutti i membri del Gran Consiglio, anche i presidenti delle Confederazioni Fasciste dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Il Gran Consiglio ha adottato il seguente

ORDINE DEL GIORNO

Il Gran Consiglio, approvando il seguente testo della « Carta del Lavoro »

esprime il voto

che il Governo, per iniziativa del suo Capo, Ministro per le Corporazioni, di concerto cogli altri Ministri in-

(1) Per il commento di questa *Carta* e i particolari legislativi della sua esecuzione vedi il capitolo II.

teressati, predisponga i provvedimenti di legge necessari a promulgare i principî oggi affermati in via di svolgimento dalla legislazione fascista sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro e sull' organizzazione corporativa dello Stato e

delibera

che entro il corrente anno 1927 vengano conclusi, rinnovati o modificati i contratti collettivi di lavoro, in base alle clausole contenute nella presente « Carta », e che la durata dei contratti debba essere tale da consentire alle imprese la possibilità di un ampio margine di tempo necessario per adeguarsi alla nuova situazione finanziaria e alle difficoltà della concorrenza internazionale.

Nel momento, poi, di promulgare questa Carta, che è un documento fondamentale della rivoluzione fascista, in quanto stabilisce i doveri e i diritti di tutte le forze della produzione

ritiene

opportuno di richiamare su di essa l'attenzione di tutto il popolo italiano e di quanti nel mondo si occupano dei problemi sociali contemporanei

poichè

con questo suo atto di volontà e di fede il Regime delle Camicie Nere dimostra che le forze della produzione sono conciliabili fra di loro e che solo a questa condizione esse sono feconde.

Il Regime Fascista dimostra, inoltre, che esso, al di fuori, al disopra e in antitesi alle rovinose e assurde demagogie socialistiche oramai dovunque fallite, screditate

e impotenti, tende ad elevare il livello morale e materiale delle classi più numerose della società nazionale, consapevolmente entrate di diritto o di fatto nell'orbita dello Stato Fascista.

Testo della Carta del Lavoro

Dello Stato corporativo e della sua organizzazione

I. — La Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degl'individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato Fascista.

II. — Il lavoro, sotto tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche, manuali, è un dovere sociale. A questo titolo, e solo a questo titolo, è tutelato dallo Stato.

Il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale; i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale.

III. — L'organizzazione sindacale o professionale è libera. Ma solo il sindacato legalmente riconosciuto e sottoposto al controllo dello Stato ha il diritto di rappresentare legalmente tutta la categoria di datori di lavoro o di lavoratori, per cui è costituito; di tutelarne, di fronte allo Stato e alle altre associazioni professionali, gl' interessi; di stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria, d'imporre loro contributi e di esercitare, rispetto ad essi, funzioni delegate d'interesse pubblico.

IV. — Nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà tra i varii fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori, e la loro subordinazione agl'interessi superiori della produzione.

V. — La Magistratura del Lavoro è l'organo con cui lo Stato interviene a regolare le controversie del lavoro, sia che vertano sull'osservanza dei patti e delle altre norme esistenti, sia che vertano sulla determinazione di nuove condizioni del lavoro.

VI. — Le associazioni professionali legalmente riconosciute assicurano l'uguaglianza giuridica tra i datori di lavoro e i lavoratori, mantengono la disciplina della produzione e del lavoro e ne promuovono il perfezionamento.

Le corporazioni costituiscono l'organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresentano integralmente gl'interessi.

In virtù di questa integrale rappresentanza, essendo gl'interessi della produzione interessi nazionali, le corporazioni sono dalla legge riconosciute come organi di Stato.

Quali rappresentanti degl'interessi unitari della produzione, le corporazioni possono dettar norme obbligatorie sulla disciplina dei rapporti di lavoro e anche sul coordinamento della produzione, tutte le volte che ne abbiano avuto i necessari poteri dalle associazioni collegate.

VII. — Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione.

L'organizzazione privata della produzione essendo

una funzione d'interesse nazionale, l'organizzazione dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore di opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità.

VIII. — Le associazioni professionali di datori di lavoro hanno l'obbligo di promuovere in tutti i modi l'aumento, il perfezionamento della produzione e la riduzione dei costi. Le rappresentanze di coloro che esercitano una libera professione o un'arte e le associazioni di pubblici dipendenti concorrono alla tutela degl'interessi dell'arte, della scienza e delle lettere, al perfezionamento dei fini morali dell'ordinamento corporativo.

IX. — L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta.

X. — Nelle controversie collettive del lavoro l'azione giudiziaria non può essere intentata se l'organo corporativo non ha prima esperito il tentativo di conciliazione.

Nelle controversie individuali concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro, le associazioni professionali hanno facoltà d'interporre i loro uffici per la conciliazione.

La competenza per tali controversie è devoluta alla

magistratura ordinaria, con l'aggiunta di assessori designati dalle associazioni professionali interessate.

Del contratto collettivo del lavoro e delle garanzie del lavoro.

XI. — Le associazioni professionali hanno l'obbligo di regolare, mediante contratti collettivi, i rapporti di lavoro fra le categorie di datori di lavoro e di lavoratori, che rappresentano.

Il contratto collettivo di lavoro si stipula fra associazioni di primo grado, sotto la guida e il controllo delle organizzazioni centrali, salva la facoltà di sostituzione da parte dell'associazione di grado superiore, nei casi previsti dalla legge e dagli statuti.

Ogni contratto collettivo di lavoro, sotto pena di nullità, deve contenere norme precise sui rapporti disciplinari, sul periodo di prova, sulla misura e sul pagamento della retribuzione, sull'orario di lavoro.

VII. — L'azione del sindacato, l'opera conciliativa degli organi corporativi e la sentenza della Magistratura del Lavoro garantiscono la corrispondenza del salario alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro.

La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale e affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi.

XIII. — I dati rilevati dalle pubbliche Amministrazioni, dall'Istituto Centrale di Statistica e dalle associazioni professionali legalmente riconosciute, circa le condizioni della produzione e del lavoro e la situazione del mercato monetario, e le variazioni del tenore di vita

dei prestatori d'opera, coordinati ed elaborati dal Ministero delle Corporazioni, daranno il criterio per contemperare gl'interessi delle varie categorie e delle classi fra di loro e di queste coll'interesse superiore della produzione.

XIV. — La retribuzione deve essere corrisposta nella forma più consentanea alle esigenze del lavoratore e dell'impresa.

Quando la retribuzione sia stabilita a cottimo, e la liquidazione dei cottimi sia fatta a periodi superiori alla quindicina, sono dovuti adeguati acconti quindicinali o settimanali.

Il lavoro notturno, non compreso in regolari turni periodici, viene retribuito con una percentuale in più, rispetto al lavoro diurno.

Quando il lavoro sia retribuito a cottimo, le tariffe di cottimo debbono essere determinate in modo che all'operaio laborioso, di normale capacità lavorativa, sia consentito di conseguire un guadagno minimo oltre la paga base.

XV. — Il prestatore di lavoro ha diritto al riposo settimanale in coincidenza con le domeniche.

I contratti collettivi applicheranno il principio tenendo conto delle norme di legge esistenti, delle esigenze tecniche delle imprese, e nei limiti di tali esigenze procureranno altresì che siano rispettate le festività civili e religiose secondo le tradizioni locali. L'orario di lavoro dovrà essere scrupolosamente e intensamente osservato dal prestatore d'opera.

XVI. — Dopo un anno d'ininterrotto servizio il prestatore d'opera, nelle imprese a lavoro continuo, ha diritto ad un periodo annuo di riposo feriale retribuito.

XVIII.—Nelle imprese a lavoro continuo, il trapasso dell'azienda non risolve il contratto di lavoro, e il personale ad essa addetto conserva i suoi diritti nei confronti del nuovo titolare. Egualmente la malattia del lavoratore, che non ecceda una determinata durata, non risolve il contratto di lavoro. Il richiamo alle armi o in servizio della M. V. S. N. non è causa di licenziamento.

XIX. — Le infrazioni alla disciplina e gli atti che perturbino il normale andamento dell'azienda, commessi dai prenditori di lavoro, sono puniti, secondo la gravità della mancanza, con la multa, con la sospensione dal lavoro e, per i casi più gravi, col licenziamento immediato senza indennità.

Saranno specificati i casi in cui l'imprenditore può infliggere la multa o la sospensione o il licenziamento immediato senza indennità.

XX. — Il prestatore di opera di nuova assunzione è soggetto ad un periodo di prova, durante il quale è reciproco il diritto alla soluzione del contratto, col solo pagamento della retribuzione per il tempo in cui il lavoro è stato effettivamente prestato.

XXI. — Il contratto collettivo di lavoro estende i suoi benefici e la sua disciplina anche ai lavoratori a domicilio. Speciali norme saranno dettate dallo Stato per assicurare la polizia e l'igiene del lavoro a domicilio.

Degli uffici di collocamento.

XXII. — Lo Stato accerta e controlla il fenomeno della occupazione e della disoccupazione dei lavoratori, indice complessivo delle condizioni della produzione e del lavoro.

XXIII. — Gli Uffici di Collocamento sono costituiti a base paritetica sotto il controllo degli organi corporativi dello Stato. I datori di lavoro hanno l'obbligo di assumere i prestatori d'opera pel tramite di detti uffici. Ad essi è data facoltà di scelta nell'ambito degl'iscritti negli elenchi con preferenza a coloro che appartengono al Partito e ai Sindacati Fascisti secondo l'anzianità d'iscrizione.

XXIV. — Le associazioni professionali di lavoratori hanno l'obbligo di esercitare un'azione selettiva fra i lavoratori, diretta ad elevarne sempre di più la capacità tecnica e il valore morale.

XXV. — Gli organi corporativi sorvegliano perchè siano osservate le leggi sulla prevenzione degl' infortuni e sulla polizia del lavoro da parte dei singoli soggetti alle associazioni collegate.

Della previdenza, dell'assistenza, dell'educazione e dell' istruzione.

XXVI. — La previdenza è un'alta manifestazione del principio di collaborazione. Il datore di lavoro e il prestatore d'opera devono concorrere proporzionalmente agli oneri di essa. Lo Stato, mediante gli organi corporativi e le associazioni professionali, procurerà di coordinare e di unificare, quanto più è possibile, il sistema e gl'istituti della previdenza.

XXVII. — Lo Stato Fascista si propone:

1° il perfezionamento dell' assicurazione infortuni;

2° il miglioramento e l'estensione dell'assicurazione maternità;

3° l'assicurazione delle malattie professionali e della tubercolosi come avviamento all' assicurazione generale contro tutte le malattie;

4° il perfezionamento dell' assicurazione contro la disoccupazione involontaria;

5° l'adozione di forme speciali assicurative dotalizie pei giovani lavoratori.

XXVIII. — È compito delle associazioni di lavoratori la tutela dei loro rappresentati nelle pratiche amministrative e giudiziarie, relative all'assicurazione infortuni e alle assicurazioni sociali.

Nei contratti collettivi di lavoro sarà stabilita, quando sia tecnicamente possibile, la costituzione di casse mutue per malattia col contributo dei datori di lavoro e dei prestatori di opera, da amministrarsi da rappresentanti degli uni e degli altri, sotto la vigilanza degli organi corporativi.

XXIX. — L'assistenza ai propri rappresentati, soci e non soci, è un diritto e un dovere delle associazioni professionali. Queste debbono esercitare direttamente le loro funzioni di assistenza, nè possono delegarle ad altri enti od istituti, se non per obbiettivi d'indole generale, eccedenti gl'interessi delle singole categorie.

XXX. — L'educazione e l'istruzione, specie l'istruzione professionale, dei loro rappresentati, soci e non soci, è uno dei principali doveri delle associazioni professionali. Esse devono affiancare l' azione delle Opere nazionali relative al dopolavoro e alle altre iniziative di educazione.

Il presente testo è stato firmato dal Capo del Governo, dai Ministri e Sottosegretari di Stato intervenuti, dai membri della Direzione del Partito, dagli altri membri del Gran Consiglio e dai presidenti delle Confederazioni professionali dei datori di lavoro e dei lavoratori.

INDICE

CAPITOLO I.

Il problema sociale e la sua soluzione corporativa

1. Origini del problema sociale nelle materiali, 1 — 2. La falsa dottrina del liberalismo e la conseguente lotta fra le classi sociali, 2 — 3. Il fenomeno del sindacalismo e il marxismo, 3 — 4. Il tentativo comunistico in Russia e il suo fallimento, 6 — 5. La concezione fascista dello Stato, 10 — 6. La collaborazione delle classi, 12.

CAPITOLO II.

L' ordinamento corporativo

1. Le associazioni dei lavoratori nell'antico oriente, 17 — 2. I «collegia artificum» della Romanità e la «lex Julia», 18 — 31. Le corporazioni medievali, 19 — 4. La decadenza delle corporazioni e i principii della Rivoluzione Francese, 21 — 5. I sindacati socialisti, 22 — 6. Disciplina dei rapporti collettivi di lavoro; i tentativi anteriori al Fascismo, 23 — 7. Differenza del sindacato e della corporazione Fascista dalle forme precedenti di associazione operaia, 24 — 8. Disciplina fascista delle associazioni professionali nella Carta del Lavoro, 26 — 9. Requisiti per il riconoscimento giuridico dei sindacati, 27 — 10. Poteri delle associazioni riconosciute, 27 — 11. Gestione interna del sindacato e controllo dello Stato, 28 — 12. Il contratto collettivo di lavoro, 29 — 13. La magistratura del lavoro, 30 — 14. I conflitti collettivi di lavoro: sciopero, serrata, 32 — 15. L'ordinamento corporativo della produzione e la collaborazione delle classi, 32 — 16. Le confederazioni nazionali dei sindacati, 34 — 17. Poteri delle corporazioni, 34 — 18. Il Ministero delle Corporazioni, 35 — 19. Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni, 35 — 20. La Corporazione Provinciale, 39 — 21. La coscienza corporativa, 40.

Carta del lavoro

Dello Stato corporativo e della sua organizzazione, 43 — Del contratto collettivo del lavoro e delle garanzie del lavoro, 46 — Degli uffici di collocamento, 48 — Della previdenza, dell'assistenza, dell'educazione e dell'istruzione, 49.

SEMINA FLAMMAE

PER L'INSEGNAMENTO DELLA FILOSOFIA, PEDAGOGIA, ECONOMIA E ORDINAMENTO CORPORATIVO

ANTONIO ALIOTTA — Classici del Pensiero
ad uso delle Scuole Medie.

Vol I. — PLATONE, ARISTOTELE, LUCREZIO, EPITTETO, CICERONE. Opere scelte ed inquadrate nella storia della filosofia greca. 4.ª ed. L. 16.—
Vol. II. — LUCA, GIOVANNI, PAOLO, AGOSTINO, BRUNO, GALILEI, BACONE, CARTESIO. Opere scelte e inquadrate nella storia del pensiero medievale e del principio dei tempi moderni. 2.ª ed. . . . » 16.—
Vol. III. — SPINOZA, LOCKE, LEIBNIZ, BERKELEY, HUME. Opere scelte e inquadrate nella storia del pensiero moderno fino al secolo XVIII. » 16.—
Vol. IV. — VICO, CONDILLAC, ROUSSEAU, KANT. Opere scelte e inquadrate nella storia del pensiero filosofico del sec. XVIII . . . . » 16.—
Vol. V. — JAMES., *La volontà al credere*, trad. di Abbagnano con Introduzione di Aliotta . . . . . » 7.—

ANTONIO ALIOTTA — Sommario di storia della filosofia in 5 volumetti, ciascuno . . . . . » 5.—

ANTONIO ALIOTTA — Sommario di economia e ordinamento corporativo 6.ª ed. . . . . » 9.—

ANTONIO ALIOTTA — Sommario di ordinamento corporativo . . . . . » 3.—

ANTONIO ALIOTTA — Il problema della scienza nella sua storia 2.ª ed. . . . . » 10.—

ANTONIO ALIOTTA — La Vita del Pensiero

Vol. I. — **Il problema della conoscenza.** Introduzione alla lettura dei Classici del Pensiero. *Sesta edizione* rifatta secondo i programmi dell'esame di Stato. » 6.—
Vol. II. — **Il problema morale.** Introduzione alla lettura dei Classici del Pensiero. *Quarta edizione* rifatta secondo i programmi dell'esame di Stato . . . » 6.—

ANTONIO ALIOTTA — Filosofia e Pedagogia ad uso degli Istituti Magistrali, secondo i nuovi programmi dell'esame di Stato.

Vol. I. — **Il problema della conoscenza e didattica della scienza** con letture estratte dal **Saggio** del Galluppi e dal **Sistema** del Rosmini. 4.ª ed. . » 10.—
Vol. II. — **Il problema morale e l'educazione morale** con letture del **Nuovo Testamento** e **Il fondamento della metafisica dei costumi** di Kant. 4.ª ed. » 10.—
Vol. III. — **Il problema estetico e didattico dell'arte** con cenni della letteratura sull'infanzia e letture estratte dalla **Repubblica** di Platone, dalla **Scienza nuova** di Vico e dalla **Critica del Giudizio** di Kant. 3.ª ed. . . . » 10.—
Vol. IV. — **Il problema religioso e didattica della religione**, con l'**Eutifrone** di Platone, le **Epistole** di S. Paolo, le **Pagine** del Vico **sulla Provvidenza** e le **Pagine religiose** di Mazzini. . . . . » 10.—
Vol. V. — **Compendio di storia della pedagogia** 2.ª ed. . . . . » 10.—

Indirizzare richieste e vaglia alla Libreria Editrice
FRANCESCO PERRELLA, Galleria Principe di Napoli - NAPOLI.

Personalmente ritengo che la risposta al quesito debba essere affermativa: che perciò il condomino non concedente successivamente divenuto proprietario dell'intero fondo, possa sperimentare contro il proprietario del fondo dominante l'actio negatoria servitutis —

La giurisprudenza segue invece l'opposta opinione. Così la Corte d'Appello di Venezia ~~nella~~ sentenza 16 febbraio 1934, riportata nel "Foro Italiano" ed annotata dal giudice Grieb. Si trattava di alcuni fratelli e della loro madre: ~~ed~~ uno dei fratelli aveva concesso ~~al proprietario~~ una servitù ~~di passaggio~~ sul fondo comune indiviso. Successivamente morto il fratello concedente e dei pari la Madre ed altri fratelli non concedenti, la Corte di Venezia negava ai fratelli ~~divenuti~~ rimasti come proprietarii del fondo il diritto di ~~negare~~ imporre al proprietario del fondo dominante l'esercizio della servitù. Carattere del ragionamento fatto dalla Corte d'Appello Veneta il capoverso ultimo dell'art. 636 sancente una efficacia ambulatoria, a carico del condomino concedente il divieto, di carattere morale prima che giuridico, di venir meno alla parola data.

Nè muta - dice la Corte Veneta - la soluzione pel fatto che gli attuali comproprietari sono eredi del concedente e dei non concedenti ed non partecipano condomini non concedenti. Gli appellanti opponevano che la disposizione del capov. dell'art. 636 è inestensibile al caso presente perchè si tratta di norma di jus singulare non interpretabile per analogia

2

Già in fattispecie consimile, se non perfettamente identica, aveva la Suprema Corte sentenziato che: « La concessione di una servitù fatta da uno « dei comproprietari di un fondo indivisibile obbli- « ga il successivo proprietario dell'intero fondo « avente causa dal condomino concedente e da « quello non concedente, a non mettere impedi- « mento all'esercizio del diritto concesso »

[Cassazione 14 aprile 1931 contro Appello Bologna
Cassazione 8 luglio 1927 contro " Napoli.

Si tratta qui di interpretare rettamente l'art. 636 del Codice Civile.

1/ Anzitutto bisogna tener conto dei precedenti storici di questa norma. Essa rappresenta una deviazione dal principio fondamentale che le servitù non poss-

no costituirsi per parte a "Servitutes dividi non possunt" — Il Diritto Romano classico era giunto ad ammettere — come scrive l'Albertario — che una servitù si potesse costituire mediante in parte da parte di più condomini. Le fonti romane insegnano che "cum ex dominij communione aedium servitutem imponere non potest", occorre il consenso di tutti i partecipanti e non solo dei condomini nihil agebatur. Il Diritto Romano più antico richiedeva, nel suo rigore, che il consenso di tutti i condomini all'atto costitutivo della servitù "in re communi" fosse contemporaneo. Il Dir. Romano classico — come insegna l'Albertario, — giunse ad ammettere che una servitù si potesse costituire mediante in parte da parte di più condomini anche non contemporaneamente: separatim. Tale risulta l'insegnamento di Paolo (Dig. 8, 4, 18) o di Celso (Dig. 8, 2, 11). "Se non che la legislazione giustinianea respinge le inevitabili conseguenze della pura logica giuridica, di quella che i Bizantini chiamano, in fondo con una squisita disfrezza, la "subtilis ratio" e accoglie un principio che i Bizantini dicono più benigno: per condomini

che hanno già fatto la cessio. (la cessio in fine è ora scomparsa) non possono vietare che il proprietario del fondo dominante eserciti il diritto da loro concesso: non devono insomma valersi del segno del diritto per venire meno alla parola data.

E così il testo di Ulpiano esce dalle mani dei compilatori alterato (albertario)

L'art. 636 del nostro Codice rappresenta questo anomalo principio. Derivato dall'art. 656 del Codice Albertino, lo si potrebbe dire, dichiara l'albertario, quasi la traduzione letterale del testo di Celso rimaneggiato dai compilatori del Corpus. Tuttavia da esso risulta che solo per ragione di convenienza morale e sociale, si ammetterà che nel caso in cui gli altri comproprietari recusino di dare il loro consenso alla costituzione della servitù, la mancanza di questo consenso non può giovare né può essere invocata da chi l'ha concessa. (Mirafucci).

2/ Esaminiamo ora l'art. 636.
La prima parte di esso, in perfetta ~~conformità~~ armonia con i principi regolatori del condominio e delle servitù

dichiara necessario il consenso di tutti i condomini perchè la servitù sia sul fondo in comunione stabilita e realmente impressa.
Il primo capoverso soggiunge che le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sintanto che sia seguita quella dell'ultimo.
Il secondo capoverso pone a carico del concedente e dei suoi successori anche particolari ed aventi causa l'obbligo di non impedire l'esercizio del diritto concesso.
Di qui sorgono parecchie questioni:

a) deve ritenersi sorto il diritto reale di servitù?

b) Di quale natura è il diritto spettante al concessionario di non subire impedimenti all'esercizio del diritto concesso?

c) qual'è la ragion d'essere dell'obbligo imposto al concedente, ecc. dall'ultimo capoverso dell'art. 636?

d) a quali condizioni di fatto è subordinato questo obbligo, cioè quale è la sua durata?

e) quali le conseguenze nei confronti del concedente che dia la cosa in locazione o in prestito?

a) Il Grillo, prendendo in considerazione l'espressione "rimangono... in sospeso" del 2° capov. dell'art. 636, ritiene che dalla concessione di un solo condominio sorga un diritto reale, sia pure sottoposto a condizione. Se vi è sospensione - egli scrive - "significa che il diritto nasce quale esso è, di "natura reale. Soltanto esso non può essere "esercitato tanto che sia concesso dagli altri con- "domini." Ciò, egli dice, è in armonia con le norme sul condominio fra le quali i comproprietari hanno facoltà di opporsi a qualunque innovazione sulla cosa comune che ne alteri l'integrità o la destinazione. Ed aggiunge che se gli aventi diritto condizionato sono condizione sospensiva non è presumibile che il carattere del diritto concesso muti con l'avvenuta della condizione. Dimodochè il principio fondamentale che il comunista abbia un diritto extendunteas in totum et in qualibet parte rei vale secondo il Grillo a giustificare la concessione di un diritto di servitù del condomino sulla cosa comune: il diritto è la pretesa giuridica in astratto; l'esercizio è il modo concreto con cui

tale pretesa si attua, si fa valere. L'esercizio è subordinato alla condizione sospensiva dell'assenso degli altri condomini: dimodochè l'ultimo capov. dell'art. 636 varrebbe a stabilire che se gli altri condomini non si offrono allo esercizio della servitù, proprio il concedente non potrà ciò fare. « Il divieto al concedente e suoi successori ed aventi causa di fare impedimento all'esercizio del diritto concesso non si riferisce evidentemente ad uno stato di diritto, ma ad uno stato di fatto, nel senso che ove l'esercizio della servitù sia tollerato dagli altri condomini, il concedente non può ostacolarlo col pretesto che esso debba rimanere sospeso finchè gli altri comproprietari non abbiano anch'essi concesso tale diritto. ».

Ritengo inaccettabile questa opinione del Grieb, quand'anche si consideri il condominio concedente quale un negotiorum gestor e la concessione sia costituita soltanto dall'atto compiuto dal proprio a cui è necessario accedano le ratifiche degli altri, è sempre da tener presente che ~~il diritto~~ la concessione di servitù

non può aversi se non quando tutti i condomini manifestino in tal senso una loro volontà. L'idealmente uguale diritto di tutti non può limitarsi fra i non concedenti all'impedimento dell'esercizio. Onde ~~che~~ le successive concessioni non sono condizioni sospensive, ma manifestazioni di volontà indispensabili perchè sorga il diritto reale in re aliena. (in Re communi)

b) Finchè gli altri non abbiano consentito, il concedente è solo tenuto a non fare impedimento all'esercizio del diritto. « Nel periodo intermedio tra il consenso dei primi e quello dell'ultimo scrive il De Ruggero (pg. 664, 665) – non si ha quindi acquisto del diritto reale, ma un semplice rapporto obbligatorio che lega i concedenti e mentre vieta loro di ritirare il consenso già prestato, vincola non solo i loro successori a titolo universale, ma altresì quelli a titolo particolare, a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso ».

In relazione a questo diritto di non impedimento spettante al concessionario, ritenne la Cassazione correttamente, che esso fosse indipendente dal comportamento degli altri comproprietari e di natura

reale e perciò non estinguibile se non per le cause ordinarie di estinzione dei diritti di tale natura." Ma giustamente osserva il Masucci che se tale portata si desse all'ultimo capov. dell'art. 636 si dovrebbe riconoscere nel esso e la prima parte dell'art. un'insanabile contraddizione: il che non è ammissibile.

Quindi il terzo acquista un dov. subordinato al comportamento degli altri comproprietari: e verso il concedente ha un dov. obbligatorio personale del quale espressamente l'art. 636 ult. capov. (e perciò il suo carattere di jus singulare e la sua trasmissibilità analogica) stabilisce l'ambulatorietà, cioè il trapasso ai successori col avente causa pure quando nell'atto di alienazione non se ne sia fatta menzione. In tal senso giustamente scrive l'Albertario: "Quel diritto che sorge contro il condomino concedente non è affatto un diritto di servitù, cioè un diritto reale, ma un diritto di credito (l'articolo esattamente parla di "esercizio del diritto concesso" e non di "esercizio della servitù" e già il testo giustinianeo parlava di "jus ceptum" e non di servitus):

diritto dunque difeso da un'azione personale e non dall'azione confessoria. Il fatto previsto della costituzione della servitù si completa soltanto con la dichiarazione di volontà di tutti i condomini: tutte le dichiarazioni di volontà precedenti quella dell'ultimo condomino producono il semplice effetto che non è lecito contravvenire a quello che si è consentito.

e) Dal suddetto deriva che l'obbligo imposto dall'ultimo capov. del 636 non vuole già come dice il Grieco: «giovare all'economia permettendo il sorgere di una forma speciale di servitù, quanto per un migliore uso e più proficuo sfruttamento del fondo dominante», ma soltanto tende ad impedire il venire meno alla parola data. Non significa già che si possa costituire per parte un diritto per la sua stessa natura indivisibile (albertario). Il vantaggio economico può derivare lo stesso dall'obbligo di non ritrattare la parola data (art. 1123 C. Civ.); ma con ciò la legge non pregiudica la libertà di consentire e di impedire negli altri compresprietari. Le sentenze tutte sin riferite ed anche la cita

del Grieb non offrono inoltre la dimostrazione che del fondo il condomino non concedente che detenga erede o il terzo che acquisti l'intero fondo debbano essere considerati aventi causa dei concedenti. Si legga quanto scrive concludendo il Grieb: «Può verificarsi che tutto il fondo venga venduto ad un sol compratore... Il compratore in questo caso è senza dubbio un avente causa del concedente. In tale sua veste egli deve rispettare gli obblighi assunti dal suo dante causa: deve quindi riconoscere non solo l'atto costitutivo della servitù, ma se fosse disposto dall'ult. capov. del 636, non deve ostacolare l'esercizio della servitù: viene a trovarsi in conseguenza nelle stesse condizioni del condomino che abbia acquistato le altre quote del fondo comune o che ne sia divenuto proprietario successione causa.» Anche se si dà col Grieb alle successive concessioni dei comproprietari il valore di condizioni sospensive: non si può essere d'accordo ~~col Grieb~~. Si pensi al caso del condomino che diviene unico proprietario per eredità: la condizione non si avvera

nell'atto stesso della sua esperimento della azione negatoria.
Inoltre ~~il fatto~~ l'opinione accolta dalla ~~sud~~ giurisprudenza può portare a gravi inconvenienti.
Si pensi al caso di un condomino che concede la servitù e muoia prima che l'altro ne abbia avuto notizia. Sarà perciò tenuto il condomino non concedente a non "fare impedimento alla esercizio del diritto concesso" quando non sia ancora nemmeno per un istante tollerato proprio l'esercizio?

d) L'obbligo della legge posto nell'ult. capov. art. 636 ha applicazione in ogni tempo? Ritengo, e non con la forma lievemente dubitativa di un "fare" con la quale ciò ammette il Mazzucca che si debba limitare l'obbligo solo allo stato di indivisione. Invero solo durante questo sussiste la ratio juris della norma, eccezionale di fronte ai principi della comproprietà ed intesa a facilitare le contrattazioni quando i fini partecipanti, col frutto nascente eventuale dei consensi, potrebbero sol esse fare grande ostacolo.

e) Le argomentazioni della giurisprudenza fanno appello al caso che la stesso concedente

divenga proprietaria dell'intero. Indubbiamente la servitù ~~abbia~~ avrà fine e reale vigore. Ciò giustificano sia base all'ult. capov. dell'art. 631. Ma non è il caso. Si tratta di una logica conseguenza delle regole governanti il condominio: acquisto il concorr. dell'altrui diritto si estende su tota re il pieno dominio del concedente e ha totale riconoscimento la sua volontà.

Invece se un terzo acquirente o un altro condomino non concedente ~~venga~~ abbia tutto il fondo, non dev'essere tenuto a rispettare un diritto di servitù su di esso mai esistente.

X tale ratio juris secondo il Betti va trovata nel fatto che la legge ha voluto dare all'atto di concessione di un condominio la maggiore efficacia dispositiva compatibile col rispetto del concorrente diritto di proprietà dell'altro condomino. Secondo il Mazzei, freschi gremmente, va trovata anche nel divieto di costituire al fatto proprio, tesi propugnata già dalla glossa.

dal Betti -

... la tesi positiva che contrapposti a quella della Corte di Bologna risolvendo in senso affermativo la questione circa la disponibilità o meno del primitivo litisconsorzio fra condomini.

1) il giudicato prestato da uno solo dei condomini convenuti con la confessoria determina senz'altro il rigetto della domanda nei suoi confronti.

2) ma per gli altri litisconsorti la domanda proposta comporta una decisione diversa dal rigetto e precisamente (nel presupposto che il giudice si convinca della sua fondatezza) l'accertamento di un obbligo a carico personale loro e dei loro successori anche particolari, di non impedire, per quanto è in loro, l'esercizio della facoltà di uso del loro fondo: obbligo che funge da equipollente del rapporto di servitù in loro confronto. (adottando l'espressione dello art. 636 ult. capov.)

Secondo la mia formulazione vi è un affievolimento qualitativo del rapporto giuridico reale a vincolo personale propter rem, di cui rimangono gravati gli altri condomini. Vi è una conversione del rapporto di servitù in un rapporto di obbligazione dotato di una speciale efficacia ambulatoria: nel senso che l'obbligo di non impedire passa ai successori anche particolari ed aventi causa (art. 636).

Vi è nel mondo giuridico un principio generale, paragonabile a quello che nel mondo fisico è la legge della conservazione dell'energia. Esso tende ad attuare, fin dove sia possibile e in quanto sia praticamente utile, una conversione delle valutazioni giuridiche. Conversione che, d'ordinario, ma non sempre, importa un mutamento di qualifiche delle fattispecie giuridiche. La c. d. conversione dei negozi giuridici non ne è che un'applicazione particolare. Essa consiste per l'appunto nel fatto che la qualifica giuridica di un dato negozio concreto come negozio di un determinato tipo del quale non abbia tutti i requisiti e l'efficacia si trasforma nella qualifica come negozio di tipo diverso, mercè la quale quel dato negozio concreto rimane idoneo a produrre effetti, diversi bensì da quelli propri del primo tipo di negozio, ma appunto rispondenti congruentemente all'intento pratico delle parti. Il principio in discorso trova applicazione anche alla domanda giudiziale. Nel caso presente: Una domanda di accertamento concernente una servitù a carico di un fondo in comunione, può o meno convertirsi - se proposta o proponibile in confronti di alcuni condomini soltanto - in una domanda di accertamento conseguente concludente relativamente ad un lite-consorte con efficacia ambulatoria, di non mettere impedimento, per parte loro, all'esercizio della facoltà di usare del fondo?

Digest. Libro VIII Tit. III 756

De Servitutibus praediorum rusticorum

fr. 11 Celsus lib. XXVII Digestorum

„Per fundum quo fluvium est jus mihi
„esse eundi agendi potest separatim
„adi. Ergo subtili ratione non aliter
„omnium fiet jus, quam si omnes eadem
„et novissima demum cessare superiores omnes
„confirmabuntur. Benignius tamen
„dicetur, et antequam novissimus cesserit,
„eos qui antea cesserunt, retinui usum
„juris non posse. " –

Il metodo va inteso quale una esigenza interna della ricerca scientifica, indipendente da schemi prestabiliti e da regole formali —

1°) È desiderabile che l'indagine economica si elabori sopra una base speculativa consapevole.

2°) La costruzione scientifica ha significato pratico e strumentale, con la conseguenza che il contenuto delle singole scienze va giustificato non già alla luce dei principi speculativi, ma dei risultati pratici.

3°) Deve esserci aderenza tra l'indagine teorica ed i suoi schemi più o meno astratti e le condizioni concrete che ne costituiscono insieme il punto di partenza e di arrivo.

—

<u>Problema</u>: sistemazione teorica delle esperienze offerte dalla società economica corporativa. Si presenta allo studioso un gruppo di fenomeni nuovi ed inesplorati: in relazione a questi egli deve correttamente riesaminare i suoi principi.

Le caratteristiche della società corporativa e i recentissimi orientamenti del pensiero scientifico sono ~~nel tempo~~ avversi al determinismo ed al meccanicismo economico e tendono ad accettare il concetto delle leggi economiche quali schemi subiettivi del pensiero piuttosto che realtà obiettive della natura. Anzi si tende ad esagerare in questo senso.

—

La indagine economica può essere considerata da più punti di vista.

2

I 1/ Considerazione speculativa: quali siano il suo significato e la sua ragion d'essere - Valutazione del metodo scientifico e dei suoi rapporti con le altre forme del pensiero.

2/ Considerazione del contenuto dell'indagine.

II a/ determinare se le nozioni di beni, ricchezze, utilità, ecc. abbiano significato autonomo ovvero debbano considerarsi quali punti di riferimento formali ed astratti, simili ai postulati nella geometria: enunciazioni formali in sè nè vere nè false.

III b/ determinare i rapporti fra questi punti di riferimento astratti e la realtà empirica della quale sono depurati.

IV c/ tener conto del contenuto storico dei rapporti economici: quale punto di partenza, e quale punto di arrivo in quanto lo studioso, dopo aver foggiati gli strumenti della sua ricerca deve in qualche modo applicarli o quanto meno orientarli -

3

I Caratteri della Teoria Economica.

I

Teoria così come qualunque forma di attività del pensiero, è sistema di relazioni fra un soggetto (pensante) ed un oggetto (pensato).

Tale sistema può avere ad oggetto il procedimento stesso del pensiero: il pensiero scomponendo sì stesso perviene alla determinazione di concetti che sono degli universali ed irriducibili l'uno agli altri.

Una volta determinati questi concetti o criteri ora vi è attività del pensiero che ora possa essere considerata in rapporto a ciascuno di essi.

- Ogni uomo è aperto ad esigenze molteplici: teoretiche, morali, artistiche, ecc. Ed è perciò insieme uomo teoretico, morale, artistico, ecc.

In concreto queste diverse esigenze sono da uomo a uomo sentite e realizzate differentemente: onde l'unità del soggetto pure racchiudendo almeno rudimentalmente tutte le esigenze connesse, acquista forza e rilievo in rapporto a taluna o talune di esse.

Si entra così nella storia = studio degli uomini in quanto volti a porre e risolvere nella vita di tutti i giorni i problemi che la filosofia isola e determina sotto specie di criteri assoluti. Nella storia, entro l'unità concreta di tutti gli aspetti dell'attività umana, si restabilisce la coordinazione e l'unità apparentemente frantumate dalla molteplicità dei criteri speculativi.

Inoltre l'attività degli uomini, volta a realizzare i fini che la filosofia sola enuncia teoricamente e la storia considera rispetto all'unità concreta del soggetto, deve dirigersi ed orientarsi secondo punti di riferimento esterni. Il pensiero si trova di fronte ad un ostacolo, la realtà esterna: la sua attività perciò è rivolta a rendere intelligibile quest'ultima, a trasformare l'ostacolo in mezzo per il raggiungimento dei fini liberamente prescelti. E questo il compito della scienza.

Dimodochè:

a) la speculazione chiarisce il significato del pensiero;

b) la scienza allarga la sfera delle determinazioni libere del pensiero.

c) la storia è sintesi dei risultati concreti della attività del pensiero, sia questa intesa in senso interno, sia in rapporto agli ostacoli esterni.

L'unità del pensiero va intesa quindi come unità di relazioni, ciascuna insieme distinta e mutuamente determinata da tutte le altre. Unità la quale si realizza per effetto di quella coerenza interna che consente al pensiero di circolare liberamente dall'una all'altra forma, dall'una all'altra determinazione e di realizzarsi in guisa ogni volta particolare ed insieme universale. —

Il carattere dell'indagine scientifica. Le costruzioni della scienza sono insieme empiriche ed astratte: cioè attente a dati di osservazione e formulate con riferimento ad ipotesi astratte, le quali consentono di coordinare i risultati dell'osservazione secondo schemi, cioè teorie. — Vi sono per eccezione scienze nelle quali l'elemento empirico è del tutto assente (per es. la geometria); altre in cui è di difficile isolamento (per es. l'economia). Le osservazioni a fondamento della scienza possono essere più o meno accurate; gli schemi astratti più o meno opportuni e rilevanti, ma il fondato logico che collega le une agli altri e viceversa, in quanto sia fornito di coerenza interna, ha validità piena ed assoluta. L'uomo di scienza deve far proprio il quesito se i principi e leggi da lui formulati costituiscano una spiegazione coerente di tutto il campo dell'esperienza possibile ad essi relativa: è raro che una costruzione scientifica regga intatta per un tempo indeterminato. Successive più accurate osservazioni mettono in evidenza eccezioni od anomalie che debbono essere eliminate: così incessantemente tra il mondo dei fatti e quello dell'astrazione la teoria scientifica tesse e disfa le sue trame.

Dopo queste premesse vediamo il significato della scienza economica.

Come tutte le altre scienze non è un campo chiuso che l'indagatore possa tutto intero percorrere: è un insieme di dati sensibili. Meglio: è un insieme di problemi che il pensiero si pone sotto l'impulso di esigenze pratiche.

L'osservazione empirico-storica ne fornisce il fondamento; la logica astratta ne rivela le formulazioni; l'unità concreta dell'uomo di scienza con l'uomo che vive nella storia e che ha volontà, aspirazioni, passioni, colorisce di significato storico ed orienta gli schemi della teoria economica.

Si presenta l'interrogativo: quale contributo ci si può attendere da essa nella pratica? Ecco: una corretta impostazione dei problemi di tutti i giorni al di là delle apparenze e delle superficiali analogie od antinomie. Una chiarificazione dei termini nei quali questi problemi si presentano alla mente profana. Un insieme di schemi mentali non per imprigionare la realtà, che è ribelle ad ogni violenza intellettuale ed evade dai più stretti cancelli, ma per disciplinare e quasi allenare il pensiero indagatore. È compito dello economista nella realtà di tutti i giorni non solo dare ai fatti un'interpretazione al lume della dottrina, ma anche fondare i problemi rispetto ai quali la teoria fornisce un orientamento stesso, da quelli la cui soluzione è affidata all'intuito ed alla volontà dell'uomo d'azione.

La soluzione che la scienza può dare ai problemi della vita economica consiste non nella loro soluzione nel senso comune della parola, ma nella loro esatta impostazione. La scienza elabora strumenti logici il cui impiego affida al discernimento degli uomini.

Di qui procedono le limitazioni e i risultati della scienza economica. Limitazioni in quanto è esclusa la possibilità di pervenire, di approssimazione in approssimazione, a verità ultime e definitive e prevedere tutto il comportamento futuro delle entità economiche considerate. Risultati in quanto ~~gli strumenti~~ i criteri di semplificazione e comprensione, pur formulati sub specie temporis riaffermano l'intrinseca validità e certezza del pensiero scientifico. E ciò contro coloro che si abbandonano all'empirismo statistico di mentre sono che gli strumenti della ricerca quantitativa prima di essere tecnici sono teorici, che essi presuppongono cioè dei principi e delle ipotesi, e sono soggetti alle esigenze generali della logica con gli inevitabili pregi e le limitazioni.

II

L'elemento astratto.

La teoria economica è considerata tradizionalmente la scienza delle ricchezze.

Il mondo delle ricchezze, criticamente parlando, può essere concepito soltanto in guisa empirica, ovvero formale-convenzionale. I tentativi di definizione concettuale delle ricchezze si risolvono tutti inevitabilmente in tautologie: ~~[illegible]~~ parlare di utilità significa postulare quella cosa stessa che si vuole illustrare; la materialità è un concetto empirico; la limitazione investe non soltanto i beni, ma anche le facoltà di goderne.

Nemmeno si può avere una definizione concettuale delle attività volte al conseguimento delle ricchezze. Una vecchia dottrina le dice caratterizzate dal principio economico: ma questo elemento economico è una determinazione speculativa inerente a tutte quante le attività degli uomini: esprime il momento della adeguazione del contenuto (e cioè più caratteristica particolare quella di attività considerata) allo scopo, della proporzione tra mezzi e fini nella economia.

Ond'è che le ricchezze, le azioni economiche, il massimo mezzo, la materialità non sono suscettivi di determinazione concettuale: sono importanti e utili criteri empirico-astratti, presupposti formali, comode semplificazioni della realtà.

Da un punto di vista astratto l'attività economica (dei soggetti economici) è un insieme di scelte atte a realiz

fare rispetto a determinati scopi quella adeguazione tra mezzi e fini della quale il momento economico esprime in sede speculativa l'esigenza.

Esigenza di adeguazione tra mezzi e fini = principio del minimo mezzo. a) questo esprime la circostanza che tra ciascun fine ed i mezzi corrispondenti esiste una relazione ottima da un punto di vista formale: quella che richiede minima quantità di mezzo rispetto a uno scopo dato. b) il principio economico non è rapporto tra mezzi e un fine isolato. Vero è che i mezzi di cui l'individuo dispone vanno considerati rispetto ad ogni circostanza concreta una quantità fissa, ma se, agendo economicamente, l'individuo ~~solo~~ non impiega una certa quantità di mezzi per lo scopo A, riservandoli per gli scopi B, C, D, è evidente che il principio del minimo mezzo esprime l'idea di un certo coordinamento tra i diversi scopi ed i mezzi corrispondenti o coordinamento il quale risulta anche dal fatto che mezzi diversi possono essere usati per conseguire lo stesso scopo, e mezzi uguali possono permettere di raggiungere fini diversi.

c) Affare il carattere qualitativo che si ha dietro alla formulazione quantitativa del problema economico. Se ~~si~~ dovesse soltanto determinare la quantità minima di mezzi per un certo scopo, l'economia perderebbe ogni carattere autonomo, si ridurrebbe alle diverse tecniche (agraria, industriale, ecc.). Ma in realtà quasi non esiste scopo

che non possa essere raggiunto impiegando mezzi alternativi. La scelta di un mezzo a preferenza degli altri importa sì la necessità di sottostare alle sue esigenze imprescindibili, ma anche la possibilità di asservire il mezzo stesso facendone strumento di espressione libera. Come nell'arte: l'artista che prescelgli un dato mezzo tecnico di espressione ne subisce le limitazioni, ma fa di queste stesse il veicolo e lo strumento della sua espressione artistica. Non vi è scelta che non racchiuda elementi negativi e positivi; limitazioni e vantaggi. I primi possono essere indicati col nome di costi; i secondi col nome di utilità. Economica per eccellenza è, caso per caso, la scelta che presenta una massima eccedenza netta di utilità sul costo.

Quale è il criterio formale per determinare utilità e costi?

Si tratta di accertare criterii di equivalenza tra mezzi diversi rispetto allo stesso fine. Non si possono stabilire a priori perchè variano da persona a persona e nello stesso individuo da momento a momento. Ma si possono dedurre a posteriori osservando quali e quali mezzi vengono in concreto considerati equivalenti. Questo criterio di equivalenza ci viene illustrato dagli scambi, dalle sostituzioni. Ogni volta che determinati oggetti o il contenuto di deter-

minate attività vengono considerati sostituibili sia quali mezzi, sia quali scopi, sì ancora nel mondo della economia. L'economia politica è perciò essenzialmente la scienza degli scambi e delle sostituzioni.

L'utilità di due beni è equivalente quando l'uno è stato scambiato con l'altro: in tal senso rigidamente formale noi possiamo intendere la nozione di utilità economica. Noi, rigorosamente parlando, non possiamo dire che i beni sono ricchezza, ovvero sono scambiati, perchè utili; ma che sono economicamente utili in quanto sono scambiati o sostituiti fra loro. In altre parole, la utilità economica può essere considerata la proiezione quantitativa dell'utilità sensibile o psicologica in relazione di scambio.

In pratica per sapere se una data attività rientra nel campo dell'economia basta osservare se il contenuto di essa si presta ad essere misurato ed espresso in termini di moneta, cioè del bene permutabile per eccellenza perchè privo di ogni utilità intrinseca e quasi simbolo di quella dei diversi beni della vita.

Questa nozione formale assoluta delle utilità e dei costi è il presupposto per il trattamento quantitativo dei problemi economici. Questo ci consente la visione astratta, astronomica del mondo dell'economia, ma è necessario chiarire di che significato testamoiale gli schemi astratti, e allora si passa a considerare l'elemento empirico e l'elemento

storica, cioè i bisogni e gli impulsi che stanno a base dell'attività economica.

III

L'elemento empirico.

Precisare l'elemento empirico connesso ai problemi dell'economia significa reintroducere nozioni escluse nella determinazione del suo contenuto astratto.
Si rappresentano i problemi di determinazione per la ricchezza, l'attività economica, l'utilità economica.
Il punto di partenza deve ricercarsi nella realtà di tutti i giorni e nei suoi problemi. Da che mondo è mondo il coltivatore ha riflettuto sull'alternativa vicenda dei raccolti; l'artigiano sull'alto costo delle materie prime, ecc.
Man mano che le osservazioni prima sporadiche e casuali acquistarono una regolarità sistematica, sorse la necessità di determinare quali siano gli scopi ai quali sono rivolte le attività considerate, quale sia il comportamento normale degli agenti economici e quale rapporto passi tra gli impulsi degli agenti medesimi e le condizioni generali dell'ambiente. Su questo sfondo sono sorte le diverse teorie dei bisogni; con riferimento ad un gruppo di attività empiricamente descritte e raggruppate (volte al conseguimento di scopi egualmente descritti) sono stati posti e pensati, storicamente, i problemi della teoria economica.

Si noti che la determinazione, sia astratta sia empirica, dei diversi scopi della vita, è del tutto diversa dalla

medesima determinazione sul piano speculativo.
È necessario cioè scindere l'attività degli uomini diretta a realizzare finalità "esterne", da quella diretta a realizzare finalità "interne" dello spirito umano: le prime hanno riferimento ai bisogni che possono essere intesi in senso formale o in senso empirico-descrittivo (bisogno di alimentarsi, di vestire, di ripararsi, ecc.); le seconde si riferiscono ad esigenze liberamente poste dal soggetto medesimo (esigenza speculativa, morale, ecc.). Le une suscettive di trattamento quantitativo, le altre irriducibili al trattamento medesimo.
Così si può completare con l'elemento empirico la nozione di attività economica: essa è un insieme di scelte atte a realizzare, rispetto a determinati fini empirici (elaborati dalla teoria dei bisogni o altra equivalente) l'adeguazione tra mezzi e fini postulati, in sede speculativa, dal momento economico.

Le attività economiche così empiricamente determinate hanno riferimento a bisogni di carattere discretamente omogeneo il cui contenuto si può considerare in certo modo suscettivo di misura. Il no bridge tra le psicologie dei diversi individui viene in pratica ad attenuarsi: se ci si riferisce ai bisogni più elementari e fondamentali dell'esistenza si possono, per fini pratici, considerare le diverse utilità sensibili quali omogenee e suscettive di raffronto

Le utilità economiche si possono considerare in questi casi quali indici non solo formali, ma in certo senso sostanziali di utilità sensibili. Supp. es. A scambia cento sacchi di grano con un manoscritto alluminato di B, il raffronto fra le utilità rispettive dei permutanti non può essere che formale ed astratto: impossibile ogni riferimento al contenuto delle utilità stesse. Se A e B scambiano 100 sacchi di grano e 100 di riso è giusto il raffronto fra le utilità sensibili di ciascuna unità di grano e corrispondente di riso, trattandosi di due beni di consumo definitivo i quali possono essere considerati sostituibili in rapporto ad un medesimo bisogno.

Su tale presupposto si è elaborata un'importante parte della teoria economica e si è dato alle verità puramente formali della scienza un contenuto più concreto ed aderente alla pratica.

IV

L'elemento storico

Il fattore storico fornisce all'economia i dati e l'orientamento degli strumenti di indagine.

1) La scala delle preferenze che presiede alle scelte degli agenti economici, è soggetta a variare, entro larghi limiti, col variare del clima storico, morale e sociale. L'economia,

In quanto teoria, non è interessata alla determinazione di quelle scale: illustra soltanto le implicazioni logiche delle diverse scelte.

Ma la scienza economica è uno strumento adoperato dagli uomini e per gli uomini; ed il contenuto delle sue costruzioni deve rispecchiare in qualche modo il contenuto concreto delle scelte dei soggetti economici e la loro direzione. A differenza di quanto per es. accade nella geometria, è molto difficile che lo studioso di economia non adotti, esplicitamente o meno, gli stessi metri dell'ambiente.

2) Così come gli strumenti logici della scienza economica hanno un fondamento storico, il loro uso deve essere orientato secondo le grandi correnti e direttive dei tempi. Le pagine di Smith e di Ricardo sono sia strumenti di conoscenza, sia anche contributi polemici intorno ai problemi del tempo in cui furono scritte.

Smith: i tempi della rivoluzione americana e del sorgere della grande industria manifatturiera.

Ricardo: i problemi delle guerre napoleoniche e del periodo successivo considerati dal punto di vista del radicalismo inglese.

Posteriori costruzioni della teoria classica: media aurea età vittoriana.

È inesistente il preteso anti-storicismo della scuola classica: essa orientò la costruzione teorica nella descrizione di una società non molto dissimile da quella ispirata sotto la specie della concorrenza perfetta. Si considerarono l'impresa da un lato e il consumatore dall'altro quali le unità economiche per eccellenza e quale oggetto dell'attività economica sociale la creazione di una capacità di consumo massima per tutti gli agenti del mercato.

L'anti-storicismo è del periodo post-classico: in esso la scuola si occupò esplicitamente di estrarre dall'insegnamento classico le proposizioni che avevano una validità logica per sé stante indipendente da presupposti di fatto particolari. Si precisarono, rendendole più astratte, le nozioni di concorrenza e di monopolio; si riguardò rigidamente la teoria della distribuzione entro lo schema della dottrina del prezzo; si introdussero le indagini subiettive del valore; si perfezionarono ed estesero i metodi quantitativi.

Si andò incontro ad una iperseminplificazione del dato empirico storico e la teoria economica si rese meno aderente al flusso dei fatti. Però fu elaborata per questa ricerca una preziosa tecnica interna propria, tale da consentirle di adattare i propri strumenti logici a qualunque complesso di condizioni concrete. —

Le trasformazioni politiche degli ultimi anni hanno portato alla realizzazione di concezioni e fatti economici che, che appartenevano prima al mondo della pura ideologia. La società corporativa e la comunista pongono lo studioso di nanzi a condizioni molto diverse da quelle del passato. Si vanno formando perciò nuovi gruppi di principii e dottrine: da noi va sorgendo una teoria economica corporativa.

La teoria economica corporativa

In quanto scienza, cioè coordinamento secondo principii astratti dei dati dell'osservazione empirico storica, ~~teoria~~ la teoria economica corporativa non può non avvalersi del metodo e dei principii logici della teoria economica.

1) coloro che ciò negano ponendosi sul terreno della identificazione immediata tra fatto e teoria, negano all'economia corporativa carattere autonomo di scienza e la identificano con la storia o con la morale o con la politica.

2) Coloro (Amoroso, De Stefani) che vogliono distaccare l'economia corporativa da quella generale, in quanto la prima racchiuderebbe l'impronta di principii politici e morali ben definiti, vogliono sottrapporre alla fisica della teoria economica una metafisica della società corporativa. Non aderiamo.

È vero che la coscienza morale ed il clima politico

sono rilevanti nella determinazione dei problemi economici. (Per es. nessuno studia più oggi l'economia della schiavitù); ma la loro importanza è del tutto implicita: da un lato sono sfondo del problema economico, dall'altro valgono per l'orientamento concreto dello studioso che non può mai collocarsi fuori della storia. Il momento dell'indagine scientifica è essenzialmente di astrazione e separazione. (In questo senso il progresso di tutte le discipline - contro i possibili incessanti limiti interni del pensiero dello studioso). L'astrazione permette l'accordo degli studiosi ~~sulla~~ per presupposti empirico astratti; così concordemente essi adoperano i medesimi strumenti logici (domanda, offerta, monopolio, concorrenza, capitale) e, sebbene giungano a conclusioni diverse, la costruzione scientifica può progredire. Inevitabilmente astratta, la scienza economica può essere più o meno aderente al piano della realtà storica e perciò più o meno capace di trasfondere nei suoi schemi le caratteristiche salienti di una data epoca.

L'economia corporativa, come la teoria economica in genere, ha lo scopo di fornire alla mente tutti schemi logici in cui la realtà sperimentale possa inquadrarsi in maniera adeguata; però si differenzia dalla teoria economica anteriore

- per il contenuto storico dei dati di differenziazione
- per il contenuto dogmatico astratto
- per l'orientamento dei suoi risultati.

4) L'elemento empirico - storico.

Le scelte dell'attività economica possono essere interpretate con varietà di criteri, ma solo inseparabili dalla nozione di un clima storico che ne renda intelligibile il contenuto. Perciò, di nuovo nelle esperienze della società corporativa vi è anzitutto il campo di osservazione. L'optimum di qualunque situazione economica era per la teoria classica riferito agli interessi dei consumatori: il massimo economico per eccellenza riflettava l'area teorica della rendita del consumatore, il corrispondente minimo quella delle rendite dei produttori. Perciò la concorrenza rappresentava una situazione economica per antonomasia. L'ambiente economico contemporaneo è profondamente diverso: le differenze possono essere intese con riferimento a fattori tecnico-economici riferibili alle dimensioni dell'impresa (Marsh); oppure possono essere dialetticamente concepite quali incrementi alla logica interna della società capitalistica (Amaroso; De Stefani). Certo è che oggi non si possono più considerare l'impresa singola o il singolo consumatore quali le unità economiche per eccellenza. Bisogna tener conto dei loro rapporti con lo Stato, dei fini alla loro attività e degli orientamenti ed impulsi scaturenti dalla organizzazione corporativa. L'antico problema dei rapporti tra l'economia individuale e quella pubblica occupa il posto centrale nella teoria corporativa.

L'organizzazione corporativa va emergendo per effetto di una graduale elaborazione politica e legislativa. Ma si è pensato da molti scrittori che la teoria economica corporativa potesse sorgere d'un tratto come Minerva dalla mente di Giove; e che dovesse distaccarsi dalla teoria anteriore non per effetto della sistemazione pratica e metodica dei nuovi importanti dati sperimentali ma per un qualche principio superiore. Quindi un meccanico capovolgimento degli schemi liberistici, restituendo allo Stato quale "deus ex machina" della nuova costruzione.

Lo studioso deve invece osservare la realtà di tutti i giorni. Economicamente (oltre che politicamente) è importante solo l'effettivo comportamento delle istituzioni corporative; lo sforzo costante e sempre più accentuato di avvicinare i diversi interessi che concorrono nella produzione facendoli convergere, in quanto possibile, sotto il freno di una legge comune; il carattere sempre più cosciente e razionale che si tenta di imprimere ai rapporti economici, onde questi possano essere intesi non già quale il riflesso di condizioni meccaniche poste da una fatalità ineluttabile, ma di volizioni umane tendenti al miglioramento materiale e morale di coloro che lavorano e partecipano alla vita economica.

Le discussioni astratte su l'individuo e lo Stato, su l'atomismo ed il controllo economico, nulla giovano alla scienza: per questa interessa sapere come l'aspetto indivi-

duale e quello sociale del fenomeno economico sono considerati e contemperati nella società corporativa. Di questi è caratteristica essenziale l'esistenza di punti di riferimento fra interessi individuali e pubblici. L'ordinamento corporativo getta dei ponti fra il mondo delle utilità individuali e quello delle utilità collettive e nazionali. Onde le une e le altre diventano sempre più omogenee e perciò si avviano ad essere suscettive di raffronto, di comparazione, di determinazione quantitativa. La istituzione delle corporazioni cementa in guisa definitiva questo collegamento. Che cosa è infatti la corporazione se non una lente per porre a fuoco i diversi interessi rilevanti alla soluzione di ogni problema concreto e per stabilire in uno stesso angolo visuale l'interesse pubblico e quello individuale? La corporazione è destinata a fornirci le esperienze decisive per la configurazione scientifica dei nuovi ordinamenti: quali criteri essa andrà elaborando per raffrontare i vari interessi; quali indici di preferenza emergeranno, è prematuro voler conoscere.

2°) Il Contenuto dogmatico astratto.

Siccome i diversi interessi pubblici e privati vengono considerati da un punto di vista unico sorge la possibilità di determinare e raffrontare elementi collettivi di utilità e di costo economico.

I problemi che si presenteranno all'esame delle corporazioni saranno perciò di valutazione comparata di interessi capaci di una qualche determinazione quantitativa: e si risolveranno pertanto in problemi di ripartizione fra i diversi individui e gruppi sociali di utilità e costi individuali. Gli schemi tradizionali: concorrenza e monopolio avevano il vantaggio di offrire precisi criteri di ripartizione degli elementi di utilità e di costo. Per il loro significato si è andato gradatamente sfumando con le trasformazioni tecnico economiche degli ultimi 50 anni, l'emergere dei sindacati e il prevalere di elementi fissi di costo per effetto dei quali si è visto che monopolio e concorrenza non sono che approssimazioni contingenti, casi teorici o limite. Di qui la crescente simpatia per le teorie dei costi costanti. Dal comportamento delle corporazioni si potrà dedurre quali condizioni tra quelle rilevanti alla determinazione del prezzo, si possano ritenere indipendenti ed con quale importanza rispettiva concorrano nella determinazione del prezzo. E potrà forse emergere un prezzo corporativo. La caratteristica teorica peculiare dell'economia corporativa appare pertanto questa: diacciamo

schema non già di economia statale o controllata, ma di ripartizione di elementi di costo che la dottrina classica è costretta a considerare individui.

2°) L'orientamento dei risultati teorici

Tale orientamento riguarda degli ottimi economici. Già l'esperienza ci dice che si tratta di ottimi di benessere collettivo i quali investono: a) le condizioni di vita delle classi che lavorano e la loro progressiva elevazione; b) la struttura e l'assetto della produzione (evitare le formazioni monopolistiche; repressione degli eccessi di concorrenza; prevenzione e cura delle fluttuazioni violente nella produzione); c) la distribuzione delle ricchezze (contratti collettivi; magistratura del lavoro). Questi obiettivi possono essere sintetizzati nella impostazione del problema economico fatta dal Duce: «come dare la maggiore quantità di lavoro possibile con la più sicura continuità al maggior numero possibile dei lavoratori italiani?». L'accento è sulla quantità massima del lavoro e non dei consumi provenienti dal lavoro.

28 - nov. 1934

Prof. Bruno Foà:
"La teoria economica e le corporazioni"
in "Giornale degli Economisti" luglio 1934

758

Quaderno

di

Sig. Luigi

Nella le Servitù Lia Romano.

ASSR

art. 636 Cod. Civile.

1

De La Volle: Trattato delle servitù prediali. —

Cass. 8-7-1927 in "Foro Italiano 1928 I, 735 con nota del Cesarini.

Appell. Venezia 16-2-1934 in "Foro Italiano 1934 I, 1342 con nota del Grieco.

Albertario: Sugli effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei condomini.
(in Riv. di Diritto Commerciale 1924 2 400-405)

Betti: Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litisconsorzio fra condomini
(in Riv. Diritto Proces. 1925 II, II, 17)

8 [illegible]

~~[illegible]~~

~~[illegible]~~

« La servitù che uno dei partecipanti alla comunione stabilisce sulla cosa comune non ha effetto se non nel caso in cui il fondo, sul quale si è costituita, venga nel riparto assegnato al medesimo, e, durante lo stato di indivisione, possono gli altri condomini impedire che la servitù sia esercitata ove con tale esercizio limiti o diminuisca il diritto di godimento e di uso che ad essi spetta sulla comunione. » (Ricci Vol. V cap. I pag. —)

« Comunione. — 14.
(Ricci. Vol. II pg. 502)

Se la comunione si faccia da uno di comproprietari di un fondo in servizio, la servitù non s'intende stabilita sul fondo se non quando tutti i comproprietari vi abbiano assentito, ciò perchè un comproprietario non può disporre della cosa comune in pregiudizio degli altri comproprietari. Quello fra i comproprietari che ha concesso la servitù, ecc. non possono opporre impedimento al diritto [illegible] ma [illegible] nessuno può invocare contro il fatto proprio o del suo autore [illegible] nelle divisioni il fondo su cui si è imposta la servitù, [illegible] se non [illegible] proprietà [illegible] [illegible] [illegible]

Corte di Cassazione -

sentenza denunciata. Appello Napoli 1925

« L'avente causa sia dei comproprietarii che consentirono la costituzione della servitù sul fondo comune, sia di quelli che tale assenso non diedero, non può opporsi alla continuazione dell'esercizio della servitù.

« Dalla concessione originaria sono i concedenti e loro successori anche particolari, un dovere del quale non esercita alcuna influenza il comportamento degli altri comproprietarii ed a cui si contrappone il diritto del proprietario del fondo dominante di non essere disturbato nell'esercizio della servitù dai concedenti e loro successori, diritto esso pure indipendente da quel comportamento e di natura reale, e perciò non estinguibile se non per le cause ordinarie di estinzione dei diritti di tale natura. ».

Il ricorso non è fondato. La Corte di merito era chiamata a decidere queste due questioni: e cioè anzitutto se il Marseglia, avente causa così dei comproprietarii, i quali avevano consentita la costituzione della servitù, come da quelli che non

erano intervenuti ni erano stati rappresentati in tale concessione, potesse in qualità di avente causa di quest'ultimi opporsi alla continuazione dell'esercizio della servitù; e secondariamente se la pretesa del Ricci di continuare l'esercizio della servitù trovasse ostacolo nella dichiarazione che egli, in occasione della rinuncia nei riguardi del Marseglia al giudizio promosso con la citazione 5-3-1918, aveva fatto intorno alla regolarità ed efficacia della vendita del 26-1-1918. Ed entrambe le questioni furono affrontate ed esattamente decise dalla Corte di Napoli. La soluzione della prima, alla quale si riferisce non il terzo motivo del ricorso, fu a ragione cercata dalla Corte sul testo esplicito, chiaro e preciso di quello stesso art. 636 C. C. che il Marseglia adduceva a sostegno dell'azione spiegata; giacchè esso, mentre nella prima parte contiene la dichiarazione che la servitù concessa da uno dei comproprietarii di un fondo indiviso non s'intende stabilita se non in quanto gli altri l'abbiano anch'essi concessa

unitamente o separatamente »; col aggiungere nel primo capoverso che « le concessioni fatte dai primi si mangono in tosfero sin tanto che non sia seguita quella dell'ultimo »; nel capoverso secondo proclama la linea generale, però « la concessione fatta da uno dei comproprietari indipendentemente dagli altri obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. » Il Marseglia, come avente causa degli originarii concedenti, era, adunque, in obbligo di non impedire l'esercizio della servitù costituita a favore del fabbricato Ricci, onde non poteva legittimamente pretendere che venisse accolta qualsiasi sua domanda, le quali tendessero invece all'impedimento. Egli obiettò: 1°/ che il dovere di non ostacolare l'esercizio della servitù durava solo fino a che i condomini non concedenti non abbiano espressamente rifiutata la concessione e che nel caso attuale il rifiuto dei condomini non intervenuti all'atto del 15 agosto 1917 era implicito nel fatto della vendita del fondo

come libero da pesi reali. 2°/ che, ad ogni modo, egli come avente causa pure dei comproprietari non concedenti, aveva facoltà di promuovere l'actio negatoria servitutis, sia l'una sia l'altra obiezione regge. In ordine alla prima, prescindendo dal riflesso che la vendita del fondo come libero da servitù non implicava l'impossibilità di ottenere successivamente, rispetto alle quote dei non concedenti, l'adesione dei compratori di queste, onde non verrebbe mai a giustificare l'esonero dei concedenti e loro successori ed aventi causa dall'obbligo di non porre ostacolo all'esercizio della servitù; è da considerare come l'art. 636 cit. non porga all'osservanza di quell'obbligo alcuna limitazione ed in particolare non stabilisca che la necessità della stessa spetti meno affinchè i restanti comproprietari rifiutino la loro adesione. Dalle concessioni dunque per i concedenti e loro successori anche particolari un dovere .... »

Quanto però alla seconda obiezione, è ovvio osservare che lui, al pari del Marseglia, sia ad un

tempo avente causa tanto del proprietario cedente, quanto del non cedente, allorchè spiega la negatoria servitutis quale avente causa di quest'ultimo, trovasi necessariamente esposto, quale avente causa del cedente, a vedersi opporre l'eccezione fondata nel secondo capoverso dell'art. 636, la quale paralizza completamente quell'azione. Non è questione di prevalenza di obblighi tolga diritti, ma del normale effetto dell'opponibilità sulla stessa persona della qualità di cedente a suo avente causa, di non cedente a suo avente causa di un'eccezione propria dell'azione. La seconda questione fu dalla Corte di Napoli risoluta in fatto nel senso di escludere che il Ricci, facendo sull'atto dell'11 febbraio 1919 le dichiarazioni sopra riportate intorno alla convenzione del 26 gennaio 918, avesse inteso di riconoscere anche l'assoluta verità di tutte le affermazioni contenute nell'istrumento di quella convenzione, ed in particolare dell'affermazione che nel fondo venduto non gravavano servitù. Trattasi di un giudizio non censurabile in

questa sede, perchè fondato esclusivamente sulla interpretazione delle clausole dell'atto del 1913. Ci importa che la Corte abbia negato a quelle dichiarazioni il carattere di a rinunzia a alla servitù, mentre il Tribunale ed il Ascoli avevano fatto di riconoscimento dell'inesistenza della servitù, giacchè l'espressione che la Corte escluse che nella dichiarazione si alludesse menomamente alla questione della servitù. Del resto non illogicamente i giudici del merito parlarono di rinunzia, dato che in disposizione era la portata delle dichiarazioni fatte in favore del Marseglia, avente causa non solo dei proprietari non cedenti, ma anche di coloro che nel 914 avevano costituita la servitù e che avevano con ciò rinunziato sì ed i loro successori anche a titolo particolare ed i loro aventi causa a non recare molestia al Ricci e suoi successori e aventi causa nell'esercizio della servitù stessa.

Per questi motivi rigetta. ———

8 Note del Masucci

La Concessione delle servitù fatta dal condomino sul fondo indiviso.

La lettura sovrafortata sentenza della Sup. Corte mi dà occasione di esaminare una questione che, per quanto mi costa, non ha precedenti nella giurisprudenza ed ha formato sino oggi oggetto di speciale attenzione da parte degli scrittori.

La lettura, in ordine alla concessione delle servitù fatta da un condomino sul fondo indiviso, senza il contemporaneo consentimento degli altri, si è fra le più intrattenuti nell'esame generico dei casi regolati dall'art. 636, che più di frequente si presentano in pratica, come quello del partecipante che impone la servitù sul fondo comune da esercitarsi sulla parte assegnatagli in godimento pure senza che vi sia stata divisione legale o di fatto; e quello in cui gli altri tre adviensero congiuntamente o isolatamente al primo atto compiuto dal concedente; ed ancora del comproprietario concedente che non giunga ad ottenere il consenso dei soci o

anche di uno solo di essi, riservandosi tutti, ed riguardo ai fermofi che governano la materia delle servitù e del condominio quasi concordemente come appresso.

1 Se il comproprietario impone una servitù sulla parte assegnatagli in godimento, non farà cosa esatta perchè la servitù, che è indivisibile, si impone su tutto il fondo comune, del quale il comproprietario non può disporre da solo. Poi quindi potremmo opporgli o che l'atto costitutivo venga trascritto e, se già trascritto, lo potremmo far cancellare affinchè la proprietà comune rimanga libera da un peso che la deprezza, ma non potremmo pertanto opporsi a che la servitù si eserciti sul luogo goduto dal concedente, perchè nella sua materialità non fa loro danno, non limita soltanto il godimento dell'imposizione. Finchè le cose rimangono in questo stato, la servitù sviluppa la sua efficacia, e la sviluppa in perfetto se nella divisione sarà quel luogo attribuito al concedente; ma se nella divisione gli toccherà un'altra quota, ovvero se anche durante la comunione vi sarà cambiamento di soci nel godimento

delle varie parti del fondo, la concessione fatta si mantiene senza effetto. Tutto ciò, s'intende, riflette l'ipotesi che il fondo sia divisibile e che non si tratti di certe cose che, pur astrattamente divisibili, rimangono e devono rimanere sempre di comune godimento, come gli anditi, i vestiboli, le scale, ecc. nel qual caso, è ovvio, un estraneo non può trar profitto dalla concessione isolata, facendo a meno del consenso di tutti.

2 Se il partecipante imporrà la servitù sul fondo comune e gli altri due aderiscono congiuntamente od isolatamente al primo atto compiuto dal concedente (premesso che la legge allorchè dice « le concessioni fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sin tanto non sia seguita quella dell'ultimo » usa una improprietà di linguaggio, in quanto le concessioni non è precisato in modo da trasformarsi in altrettante concessioni per quanti sono i soci, ma è unica, quella data dal primo concedente e le manifestazioni adesive di consenso da parte degli altri non sono altro che ratifiche dell'atto del primo socio, in quanto si presume che costui abbia agito nell'interesse di tutti

quantunque senza mandato), nel periodo intercorrente, se è in presenza di una obbligazione sottoposta a condizione sospensiva, nel senso, cioè, che bisogna aspettare che l'evento futuro ed incerto del concorso di tutti abbia luogo per poter dire che la servitù si è stabilita e realmente impressa sul fondo.

3 Se il comproprietario concedente non giunga ad ottenere il consenso di tutti od anche di uno solo di essi, la concessione si mantiene senza effetto finchè dura lo stato di indivisione. Quando la comunione sarà sciolta si vedrà se il luogo ove la servitù deve essere esercitata, è compreso nella quota assegnata al concedente o nelle altre quote assegnate ai soci non aderenti: nell'affermativa la concessione cessa di rimanere sospesa e spiega tutta la sua efficacia, nella negativa si annulla per difetto di consenso in relazione alle quote spettate ai soci dissenzienti.

Frattanto, qualunque delle ipotesi si presenti, il socio concedente ha impegno assoluto di non mettere impedimento qualsiasi all'esercizio del diritto concesso. Ciò vuol dire che se l'esercizio si fa senza opposizione dei soci non aderenti, il concedente non può pretendere

l'estranei della ragione altrui; come non può rifiutare nella divisione la quota in cui è compreso il peso delle servitù, obbligo che si trasmette dal concedente ai suoi successori anche particolari ed aventi causa.

Ora, se questi sono i risultati avuti di mira dalla legge col dettare il norma contenuta nel menzionato art. 636, quale soluzione di essi darsi al caso in esame, in cui l'avente causa di tutti i condomini, dei quali tre alcuni avevan concesso la servitù sul fondo indiviso, sperimenta l'actio negatoria servitutis: potrà darsi ingresso a tale azione?

II) La Sup. Corte si è pronunziata negativamente. I motivi della decisione, che si uniformano quasi a quelli addotti dal giudice di merito, si compendiano in sostanza nella considerazione che se l'art. 636 contiene, nella prima parte, la dichiarazione che "la servitù concessa da uno dei comproprietari del fondo indiviso non s'intende stabilita se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente" ed aggiunge nel 2° capov. che "le concessioni fatte dai primi rimangono in sospeso finchè non sia seguita quella dell'ultimo", nel capoverso secondo fa chiara in via generale poichè la concessione fatta da uno dei comproprietari indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente ma anche i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. Del che discende, a criterio della Corte, che l'acquirente di tutto il fondo una volta comune o indiviso, come avente causa degli originari concedenti, quanto dei non concedenti, è in obbligo di non impedire l'esercizio della servitù concessa a favore di ~~te~~ un terzo, in quanto se ciò facesse, nella qualità di avente causa di quest'ultimo, si troverebbe nuovamente esposto quale avente causa dei primi, a vedersi offerta l'eccezione fondata sul secondo capov. del 636 il quale paralizzerebbe completamente la sua azione. Non è questione di pertinenza...

III) Poi fare inoltre che le delle opere di contrario avviso. Infatti, essendo presenti i principi innanzi esposti, potrà cogliersi subito la causa originaria dell'errata decisione. In questa si ritiene che "dalla concessione originaria

per i concedenti e loro successori anche particolare un dovere del quale non esercita alcuna influenza il comportamento degli altri comproprietari ed a cui si contrapporre il diritto del proprietario del fondo dominante di non essere ostacolato nell'esercizio delle servitù dai concedenti e loro successori, diritto esso pure indipendente da quel comportamento e di natura reale e perciò non estinguibile se non per le cause ordinarie di estinzione dei diritti di tale natura.

1 Va osservato, inoltre, che non è possibile concepire la nascita del diritto reale nel concessionario indipendentemente dal comportamento degli altri comproprietari quando l'art. 636 dichiara in linea di massima che se la servitù consista in uno dei comproprietari di un fondo indiviso non si intende stabilita e realmente impressa se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente. Tanto ritenere sarebbe oltre che violare il principio dell'indivisibilità delle servitù e quelli regolanti il condominio, ma argomentare contro il testo della legge. Nè vale far richiamo all'obbligo imposto dall'ult. capov. dell'art. 636 al concedente di anche in seguito

esporre a titolo particolare al fondo cessato e non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso, da quanto si avverte subito che se tale portata si deve a questa norma, si dovrebbe riconoscere in il primo alinea del 636 e l'ultimo capov. una palese contraddizione, il che non è ammissibile.

2 Vero è dunque che dalla concessione si origina nel terzo un diritto proprio dipendente dal comportamento degli altri comproprietari, cioè a quelli subordinato, che acquista natura reale solo quando questi avranno dato la loro adesione alla concessione fatta dal primo. Si è in presenza di una vera condizione juris; ma se non è molto facile determinare con esattezza il momento della nascita del dir. reale (in quanto si ritiene l'evento del consenso quale una comune condizione bisogna ritenere che il dir. nasca reale sin dal momento della prima concessione e che il consenso, pendente condizione, ne sia soltanto l'efficacia; mentre se si ritiene che il consenso abbia carattere di requisito, bisogna concludere che il diritto reale nasca solo al momento della prestazione di esso e che, nel periodo intermedio, sia allo stato di quiescenza e produca al suo titolare una mera aspettativa) resta certo, però, che fra tanto detto il concedente

mai non abbiano dato il proprio assenso alla costituzione della servitù, il concessionario non potrà mai avvalersi per l'esercizio di essa, in base alla concessione fattagli da uno dei condomini, della natura reale del suo diritto, in quanto questo o non esiste del tutto, o l'efficacia ne è sospesa.[1] L'obbligo quindi del cuccedente è puramente personale (2) dalla legge connesso al mero fatto della concessione, e come tale soggetto alle regole che governano tale categoria di rapporti, eccetto quella, per espressa disposizione, del non trapasso nei successori a titolo particolare ed aventi causa pur quando nell'atto di alienazione non se ne sia fatta menzione. Aggiungo questa proposizione perchè qualche scrittore (De La Vega) è andato ancora più oltre, sino a negare negli aventi causa l'obbligo di non impedire l'esercizio della servitù concessa dal loro dante causa, quando di ciò non si

[1] Così il Betti (Sugli effetti del giuram. di ripudio...) «La paragone al rapporto di servitù propriamente detto, che ha un'inerenza reale al fondo, ciò che affine colla un rapporto di servitù affievolito, ma destinato pur sempre a tendere alla medesima funzione economico sociale e dotato delle capacità di rafforzarsi a rapporto giuridico non appena venga meno l'ostacolo formato dalla coesistenza confliggente o dalla libertà d'azione dell'altro o degli altri condomini. —

sia fatta menzione nell'atto traslativo.

Per l'opinione è da contrarsi per la ragione che, anche ammesso che il compratore della quota non abbia avuto agio di conoscere dai pubblici registri l'esistenza della servitù, in quanto, come innanzi si è detto, questa non poteva essere trascritta, resta sempre certo che l'obbligo di non mettere impedimento all'esercizio di essa gli discende dalla legge.

A tal punto la domanda da farsi è questa: ritenuto che l'obbligo abbia fonte nella legge e carattere personale, e sia per successione trapassabile negli aventi causa, a quali condizioni di fatto è subordinata la sua efficacia? In altri termini, trova essa applicazione in ogni tempo o durante lo stato di indivisione? Pare che, mettendo in correlazione il carattere eccezionale

(2) Di tale parere anche l'Alberto ed il Betti, il primo ritenendo il diritto del concessionario un mero diritto di credito; il secondo che con la concessione si costituisca a carico dei condomini un vincolo personale proprio ad uno stato di energia ambulatoria e avente il medesimo contenuto economico della servitù. »

della disposizione riferito a un criterio di benignità (3), con i principi regolatori della materia, non si possa essere dubbio che l'obbligo sussiste solo per lo stato di indivisione.

Di qui discende logica e necessaria la conseguenza che l'acquirente di tutto il fondo indiviso, su cui solo alcuni dei venditori avevano concesso la servitù, non è tenuto a sopportare l'esercizio di essa e non può opporsi mentre l'actio negatoria verso il concessionario.

4 Né si obietti che nel caso in cui padrone assoluto del fondo diventi uno dei condomini comunisti, pur cessato lo stato d'indivisione, è tenuto a rispettare la concessione fatta, perchè l'avvocato subito che in tal caso la permanenza dell'obbligo in lui non dipende dal non essere vera la tesi della limitazione del suo obbligo

(3) Secondo il Betti la ratio juris della norma così intesa va trovata nel fatto che la legge ha voluto dare all'atto di concessione dell'un condomino la maggiore efficacia dispositiva compatibile col rispetto del concorrente diritto di proprietà dell'altro condomino. » A mio sembra che vada trovata anche nel divieto di contravvenire al fatto proprio, tesi propugnata già dalla Glossa —

al tempo dell'indivisione, ma dalle regole generali di la comproprietà. È noto infatti, secondo la più progredita dottrina, che il diritto del condomino si estende in "toto" ed etiam qualibet parte rei, con la limitazione della concorrenza dei diritti qualitativamente eguali di tutti gli altri partecipanti, concorrenza che allorchè viene a mancare, fa acquistare al diritto tutta la sua pienezza ed assoluttezza che gli consente di esercitare, il che effetta a consolidare tutti gli atti dal condomino consentiti in antecedenza sull'intero fondo, come ad es. la concessione della servitù.

Il caso dell'acquirente, invece, è del tutto diverso: egli giammai è stato consenziente nè le consentito atti che potranno essere convalidati col diventare proprietario di tutto il fondo, ma egli ha acquistato la parte di un fondo su cui la servitù, benchè concessa da uno dei suoi dominicanti, per la mancanza del consenso degli altri ancora non si è in esistente e realmente impressa —

IV) I precedenti storici dell'art. 636 tocca a conferma

della tesi. Per regola generale infatti, insegnano le fonti che a unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest: occorre il consenso di tutti i partecipanti "omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur subtili ratione non aliter mutum fiet quam si omnes cedant" e con un solo dei condomini nulla si faceva "nihil agebatur".

Il rigore del diritto più antico imponeva che il consenso di tutti i condomini all'atto costitutivo della servitù in re communi fosse contemporaneo. Solo in seguito fu ammesso il concorso degli altri condomini nel concedere il consenso successivamente e successivamente (Pflo) "Receptum est ut plures domini, et non pluries servitutes imponant vel acquirant" ed Ulpiano "an tamen subsequi voluntas possit videandum; et placet nihil interesse utrum praecedat voluntas aquae ductionem an subsequatur: quia et posteriorem voluntatem Praetor tenere debet." Così, aggiungendosi idealmente l'ultimo consenso del condomini a quello emesso dal primo si decise che da quei successivi consensi si formasse una valida e regolare costituzione di servitù sulla cosa comune "et tamen ex novissimo actus etiam superiores confirmantur, per indique sit, atque si eodem tempore omnes consenserint... unidque enim fortasse unus cedat, non retro acquisita servitus videtur, sed perinde habetur atque si, quum postremus cedat, omnes consenserint" la quale teorica di benignità e di favore aveva per presupposto, che nell'intervallo tra il primo ed i successivi consensi le cose fossero rimaste invariate.

Restava però accertato che, frattanto, quello dei condomini che aveva da parte sua costituito la servitù, non poteva più ritrattare il proprio consenso (Pal. II 9. De servitutibus praediorum rusticorum 8, 3 Celsus lib. XXVII Digestorum): "Per fundum qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi ergo subtili ratione non aliter mutum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmentur benignius tamen, dicitur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea consenserunt retinere ut eosdem iure non posse".

Chiude, insegnano le fonti, solo per ragione di

convenienza morale e sociale (Benjamin) si ammette
va che nel caso in cui gli altri comproprietari rifiutino
di dare il loro consenso alla costituzione della servitù,
la mancanza di questo consenso non può giovare
nè può essere invocata da chi l'ha concessa.
Questi principi della scienza Rom. trapassarono
nell'art. 656 del Cod. Albertino e di lì nel corrispon-
dente art. 636 del Nostro Codice.

Cassaz. 14 aprile 1931
contro Appello Bologna 13-1-1930.
« La concessione di una servitù fatta da uno
« dei comproprietari di un fondo indiviso obbli-
« ga il successivo proprietario dell'intero fondo,
« avente causa dal condomino concedente e da
« quello non concedente, a non mettere indebitamente
« all'esercizio del diritto concesso ».

~~una volta intervenuta in fatto~~
Giov. Campari (nel 1958) condomino del fondo servente

concesse la servitù di passaggio. Poi attraver-
so vari passaggi l'intero fondo pervenne al
Pescarini avente causa del concedente e del non-
... Uno di comproprietari di un fondo
indiviso può concedere la servitù, può cioè gra-
vare di servitù la sua quota fondo
costituzione di servitù servente la quota di indiviso
ma essa non s'intende stabilita e realmente
impressa sul fondo se non quando gli altri
comproprietari l'abbiano anch'essi concessa
insieme o separatamente. Il comproprietario
che ha concesso la servitù sulla sua quota indivisa
ha esercitato un diritto facoltativo nella sua
proprietà e che non può ledere il suo effetto la
mancanza della concessione degli altri compro-
prietari affinchè del carattere di indivisibilità
della servitù. Ma tale sua concezione collide
con quanto al concettuoso art. 1123 C. Cit.
consente a colui diventi proprietario di quella
porzione di fondo su cui compete la servitù.
meglio ancora se, come nella specie, divenne pro-
prietario dell'intero fondo, egli è obbligato da suo

estratto dalla sua concessione e non può andare contro ciò che ha legittimamente ottenuto valendosi della menzionata concessione degli altri comproprietarii per mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso, come dice l'ultimo capov. dell'art. 536. E naturalmente la concessione obbliga non solo il concedente ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa, giusta il principio affermato nell'art. 1127.

Dall' Albertario -

— quando Tizio voglia provare l'esistenza di una servitù gravante sul fondo di più condomini e, deferito a questi il giuramento decisorio, l'uno dei giurati nel senso di escludere la servitù e gli altri non giurino, la servitù si dovrà intendere esclusa nei riguardi di tutti, come ha sostenuto la Corte [1] o esclusa soltanto nei riguardi di Colui che ha giurato come vuole il Betti? Ecco il problema -

[1] Che ausati in giudizio più condomini per accertare l'esistenza di oneri reali a carico del fondo comune il giuramento decisorio prestato da uno di essi che la escluda produce come conseguenza il rigetto della domanda nei confronti di tutti. » App. Bologna 11-11-1913.

Ora, è incredibile quanto abbia nociuto a questo proposito una non esatta valutazione dell'art. 636 C. Civ.: non esatta valutazione che ha indotto a negare la necessità del litisconsorzio fra condomini, a sostenere che la sentenza possa utilmente condannare uno solo di più condomini a prestare la servitù (Chironda, Princ. di Dir. Priv. Civile pg. 1081), a proclamare con ingenua sorpresa (e questo poi è enorme) di non vedere la ragione per cui l'esistenza della servitù nei riguardi del condomino giurante debba ritenersi materialmente e giuridicamente inconciliabile con l'obbligo degli altri condomini a non mettere da parte loro impedimento al suo esercizio (Betti).

L'art. 636 Cod. Civ. rappresenta una deroga a quella che sarebbe la logica conseguenza derivante dal principio che le servitù prediali (cioè, nel senso romano, le servitù) non si possono costituire per parte. Ed la deroga ha una poco origine giustinianea. Il dir. Rom. classico era giunto ad ammettere che una servitù si potesse costituire mediante imposizione da parte di più condomini anche non contemporaneamente: separatim.

(D. 8, 4, 18)

Tale era l'insegnamento di Paolo: "receptum est plures dominii et non pariter in iure cedentes servitutes imponant vel adquirant". Ma dato affatto l'indivisibilità delle servitù, non veniva meno la servitù costituita se non quando l'ultimo in iure cessio fosse intervenuto.

Tale era l'insegnamento di Celso (D. 8, 3, 11) se non che la legislazione giustinianea respinge le inevitabili conseguenze della pura logica giuridica, da quella che i Bizantini chiamano, in fondo con acuto squisito disprezzo, la subtilis ratio, e accoglie un principio che i Bizantini dicono più benigno: quei condomini che hanno già fatto la cessio (la cessio in iure è ora scomparsa), non possono vietare che il proprietario del fondo dominante eserciti il diritto da loro concesso: non devono insomma valersi del rigore del diritto per venire meno alla parola data. E così il testo di Celso, interpolato: subtile rationem alla fine — e da Bonfante, Biondi, Krüger (Fadda) — viene dalle mani dei compilatori alterato e rifatto.

L'art. 636 del nostro Cod. Civ. rappresenta questo nuovo anomalo principio giustinianeo, se può dirsi tale la traduzione letterale del testo di Celso rimaneggiato dai giustinianei.

E così stanno le cose, più questo art., che altro non è se non un'arpa stonatura nell'armonia delle norme fondamentali regolatrici del diritto di servitù, espressamente fatto per escludere la necessità del litiscorsorzio fra condomini? Si deve recisamente rispondere di no. Quell'art. contiene una norma di eccezione, un particolarissimo jus singulare, ed è notorio che ad eccezione rationem strictiori receptum est, non est procedendum ad consequentias. (art. 4 preliminare Cod. Civ.) Senza notare che, come avverte il Redenti (Giudizio con pluralità di parti pg. 185), non vi ha analogia possibile fra la dichiarazione negoziale di volere costituire un certo rapporto e la dichiarazione giudiziale che un certo rapporto è.

E così stanno le cose si può concludere che, come un condomino può essere obbligato dalla concessione fatta ai sensi dell'art. 636 a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso prima che gli altri condomini addivengano anch'essi alla concessione, così la detenzione può utilmente condannare un solo condomino a prestare la servitù? Anche qui si deve rispondere di no. E per più ragioni.

In primo luogo perchè essendo l'art. 636 una norma eccezionale, l'interpretazione analogica è preclusa. In secondo luogo perchè si pretende che la sentenza faccia sorgere un diritto di servitù nei riguardi di un solo condomino, mentre quel diritto che sorge contro il condomino concludente nella fattispecie dell'art. 636, non è affatto un diritto di servitù, cioè un diritto reale ma un diritto di credito (l'articolo esattamente parla di "esercizio del diritto conteso" e non di "esercizio della servitù", e già il testo giustinianeo parlava di jus usum e non di servitus): diritto dunque diverso da un'azione personale e non dall'azione confessoria. Il fatto giuridico della costituzione della servitù si completa soltanto con la dichiarazione di volontà di tutti i condomini: tutte le dichiarazioni di volontà precedenti quella dell'ultimo condomino producono il semplice effetto che non è lecito contravvenire a quello che si è consentito. (Fadda: Lezioni sul negozio giuridico pg. 135)

Ma, ad ogni modo, gli Autori che a torto negano esplicitamente o implicitamente la necessità del litisconsorzio fra condomini e a torto ammettono che

vi possa essere una sentenza reclamantisi della servitù verso uno solo dei condomini del fondo servente, riconoscono almeno che essa non avrebbe che un valore potenziale quanto al diritto di affermare la servitù al fondo comune (riconoscono, in altre parole, che essa non potrebbe trovare ad effetto e rimarrebbe quindi in sospeso finchè dura lo stato di comunione (salvo che una nuova sentenza venga pronunciata verso altri) e si avvedono anche che non potrebbe autorizzare il titolare della servitù a chiedere un compenso in denaro sotto indennità per il non esercizio effettivo di essa, rispetto alle quote di interesse del proprietario condannato, perchè il dir. si troverebbe attualmente in stato di aspettativa con carattere di aleatorietà.

Il Betti va assai più in là. Giacchè egli non scorge una incompatibilità materiale e giuridica fra la dichiarata inesistenza della servitù nei riguardi di un condomino e la dichiarata esistenza della servitù nei riguardi degli altri, in altre parole, secondo lui, si può essere contemporaneamente condomini quindi dalla servitù e condomini non gravati. Con la pro

Alberto Breglia: Economia generale ed economia delle ricchezze.
(in "Giornale degli Economisti") nov. 1933

Masci: Saggi critici di storia e metodologia economica.
(Catania - Studio Editoriale moderno - 1934)

Graziani: Valore sociale della scienza economica
(in "Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche - 1934)

Amoroso e De Stefani: La logica del sistema corporativo
(in "Archivio di Studi corporativi - Luglio 1931)

Amoroso: L'etica del sistema corporativo.
(in "Riv. di Statistica, economia e finanza. settembre 1932)

Amoroso: Economia e politica
ivi dicembre 1934

Corsini: Intorno ad una critica della rendita e del monopolio dal punto di vista morale.
(Riforma Sociale - 1933)

Einaudi: Scienze economiche e corporativismo
(in Riforma Soc., nov. dic. 1933

Brunetti: La teoria economica e le corporazioni
Franc. Vito: Le basi teoriche dell'economia corporativa
Alberto Breglia: Economia generale ed economia delle ricchezze.
Giuseppe Masci: Alcuni aspetti odierni dell'organizzazione e delle trasformazioni industriali.

Servitù = Ogni diritto reale e particolare di godimento in virtù del quale un fondo (servente) è assoggettato ad un altro fondo (dominante), appartenente a proprietario diverso, per un servizio od una utilità che il primo presta al secondo. — (De Rugg. I 651)

Codice art. 531 —

Le servitù riposano sopra una relazione obbiettiva dei fondi fra loro che quando sia elevata (dalla legge o dalla volontà dei privati) a relazione giuridica, assurge a diritto reale; e ne dipende così che quella qualità vantaggiosa o svantaggiosa inerisce al fondo e si trasmette con esso, mantenendosi indipendente nella sua esistenza dalla persona del proprietario. —

Principii: Servitus in faciendo consistere nequit: contenuto della servitù non può essere una prestazione personale del proprietario del fondo servente.

Nemini res sua servit: una servitù non può esistere se i due fondi sono della stessa persona. Discende precisamente dal carattere della servitù quale "jus in re aliena". —

Inalienabilità della servitù: Siccome ogni servitù soddisfa un bisogno d'un fondo determinato, l'esistenza di essa è condizionata all'esistenza di quel bisogno, onde la servitù non è concepibile indipendentemente dal fondo cui giova e non è alienabile separatamente da questo.

Servitus servitutis esse non potest

Servitutes dividi non possunt: Ogni servitù come qualità vantaggiosa inerente a tutto intero il fondo, investe ogni singola parte del dominante. Ciò s'intende tanto delle parti reali, quanto delle ideali: sicchè anche quando ad es. il passaggio o l'acquedotto si esercisti su una porzione determinata del fondo servente tutto tutto lo si deve considerar gravato; e viceversa se il fondo dominante venga diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione e a questa sola circostanza che non si renda più gravosa la condizione del servente. Laonde nell'esempio citato del passaggio, ciascun proprietario di una porzione

del fondo dominante dovrà usarne nello stesso modo (art. 644). Analogamente, quando a più spetti il fondo servente o il dominante, ciascun condomino è tenuto a sopportarne il peso o è autorizzato a trarne vantaggio. Si ritenga dunque all'ideal della divisione la natura stessa delle servitù, la quale non può sostituirsi per parti.

A ciò dicendo che quando il fondo servente appartenga a più in condominio, tutti indistintamente i condomini devono consentire alla costituzione: la servitù concessa da un solo di essi non si intende stabilita e realmente imposta, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente (art. 636); nel periodo intermedio tra il consenso dei primi e quello dell'ultimo non si ha quindi acquisto del diritto reale, ma un semplice rapporto obbligatorio che lega i concedenti e mentre vieta loro di ritrattare il consenso già prestato, vincola non solo i loro successori a titolo universale, ma altresì quelli a titolo particolare a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. (art. 636 capv. 3) – (Ro Rugg. 664, 665)

Qualgamente a fini stessi i condomini del fondo dominante, l'acquisto della servitù non è perfetto se non quando tutti l'abbiano accettato, talchè qui l'atto compiuto da un solo non possa o debba interpretarsi come una utile gestio a favore degli altri.

Perpetuità della causa: nonostante l'omnifaria libertà concessa ai proprietari di costituire quante servitù vogliono, ripugna alla natura stessa delle medesime ed è contrario alla utilità generale di una proprietà fondiaria sua eccessivamente onerata, un bisogno passeggero, che soddisfa a necessità transuenti dell'attuale possessore del fondo dominante, come un'obbligazione precaria del fondo servente a pratico servizio.

Visibilità: non occorre però la costruzione.

S. affermative e negative

S. continue e discontinue } art. 617, 618

S. apparenti e non apparenti.

S. affermative: conferiscono il diritto di usare in qualche modo del fondo altrui.

S. negative: impediscono al proprietario del servente un non fare (s. altius non tollendi)

S. continue: il cui esercizio è o può essere continuato senza (sì perfetto) che occorra un fatto attuale dell'uomo.

S. discontinue: richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate (per es. aquae haustus, passaggio) da discontinuità si ha sempre quando il esercizio dell'opera dell'uomo non sia una modalità dell'esercizio, ma la causa donde esso pende tutto nello svolgimento ulteriore l'opera dell'uomo le dipendono.

S. apparenti: quelle che si manifestano con segni visibili: una porta, una finestra, un acquedotto.

S. apparenti: quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza: es. altius non tollendi.

S. continue ed apparenti: es. acquedotto, prospetto.

S. continue non apparenti: es. altius non tollendi.

S. discontinue ed apparenti: es. passaggio con porta chiusa.

S. discontinue non apparenti: es. aquae haustus, passaggio semplice.

Modi di costituzione: { titolo / usucapione / destinazione del padre di famiglia

Solo le s. continue ed apparenti possono costituirsi in tutti tre i modi; le altre solo col titolo. Il legislatore, nel sistema che mostra di preferire, una pattuizione di buon vicinato possa trasformarsi in servitù permanente.

Titolo: ogni atto tra vivi oneroso o gratuito, o mortis causa. Deve essere scritto quando si tratta di convenzioni ed aveva i requisiti richiesti dalla legge quando si tratta di donazione o disposizione testamentaria. Deve essere trascritto: art. 1932 n. 2. Può il titolo essere sostituito da un atto di ricognizione, cioè da una dichiarazione scritta del debitore del proprietario che riconosce l'esistenza della servitù.

Usucapione: trentennale o decennale (art. 2137: titolo viziato, ma non nullo per difetto di forma). -

Destinazione del padre di famiglia: artt. 632 e 633 del Cod.

Restrizioni alla capacità di costituire servitù:

1°) pel fondo ipotecato: le servitù non debbono danneggiare i creditori ipotecari che abbiano precedentemente iscritto, diminuendone la garanzia.

2°) pel fondo soggetto ad usufrutto: non può il nudo proprietario senza il consenso dell'usufruttuario costituire servitù che pregiudichino il diritto di questo.

Modo di estinzione:

Scadenza del termine
Verificazione di condiz. risolutiva.
Rinunzia del diritto del costituente
Rinunzia. ////{ Mantenimento della servitù
confusione
non uso per 20 anni (prescrizione)

AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE DI BARI

Cesine

ASSR
Archivio Nazionale del Senato della Repubblica

TESINA IN DIRITTO CIVILE

Può 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, impedire l'esercizio della servitù al proprietario del fondo dominante?

— Appello Venezia 16 Febbrario 1934. In "Foro It." 1934 I 1342 con nota del Grieb
— Cassazione 14 Aprile 1931
— Cassazione 8 Luglio 1927. In "Foro It." 1928 I 735 con nota del Masucci
— Albertario: Degli effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei condomini. (In "Rivista di Diritto Commerciale" - 1924)
— Betti: Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litis consortio fra condomini. In "Riv. di Dir. Proc. Civ." - 1925)

" Per fundum qui plurium est ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi: Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur:

" Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit eos qui antea cesserunt, vetari uti cesso iure non posse ".

(Dig. Lib.VIII Tit.III "De servitutibus praediorum rusticorum " fr. 11 Celsus Lib.XXVII Digestorum)

TESINA IN ECONOMIA POLITICA

La teoria economica e le corporazioni.

Bruno Foà: La teoria economica e le corporazioni (In "Giornale degli Economisti" - Luglio 1934)

Francesco Vito: Le basi teoriche dell'economia corporativa (In "Giornale degli Economisti" - Luglio 1934)

Alberto Breglia: Economia generale ed economia delle ricchezze. (In "Giornale degli Economisti" - Novembre 1933)

Guglielmo Masci: Alcuni aspetti odierni dell'organizzazione e delle trasformazioni industriali. (In "Nuova Collana di Economisti" - Vol.VII)

Corrado Gini: Varietà e uniformità nel campo della politica economica (In "Rivista di Politica Economica"- 1933)

C O R T E D'A P P E L L O D I V E N E Z I A

Udienza 16 Febbraio 1954

Il condomino che, pur non essendo intervenuto all'atto di concessione di una servitù prediale fatta dall'altro condomino, è, in seguito, divenuto proprietario dell'intero fondo per eredità, non può impedire l'esercizio della servitù spettante al proprietario del fondo dominante.

La Corte, ecc.(Omissis).- La Corte è chiamata decidere una delicata questione di diritto. Dicono gli appellanti che essi non sono tenuti a riconoscere la servitù, perchè, mentre per una parte sono eredi del primitivo concedente e perciò tenuti al rispetto della convenzione stipulata dal loro autore, per un'altra parte sono eredi dei fratelli premorti, della madre e sono essi stessi originari proprietari che non hanno preso parte alla concessione della servitù.

Per i principi generali, la convenzione stipulata da un condomino nei riguardi della concessione di una servitù, non è efficace, non è titolo legittimo all'esercizio di essa, perchè occorre il consenso di tutti. "La servitù", recita l'art. 636 cod. civ., "non s'intende stabilita e realmente impressa se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente". Però il concedente ed i suoi eredi ed aventi causa non possono, per il capoverso di detto articolo, mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. Gli attuali appellanti si trovano in una situazione che non ~~erpsi sempri~~ è così semplice e netta: essi sono eredi del concedente, ma sono anche eredi della non concedente ed essi stessi condomini del fondo ed estranei alla

concessione. Deve estendersi ad essi la disposizione del detto capoverso? La sentenza ha ritenuto la tesi affermativa, ma non si è sicuri che abbia tenuto conto esattamente di questa situazione, perchè ha parlato di "aventi causa da coloro che hanno stipulato la scrittura costituente il titolo della servitù in oggetto, e non essendo terzi non possono accampare che il loro autore non fosse nella facoltà di concedere, con effetto contro chiunque, il contestato diritto di passaggio".

La Corte ritiene necessario affrontare e risolvere la questione di diritto ora che la questione di fatto è stata chiarita. La difesa degli appellanti risponde negativamente al quesito propostosi circa la estensione del capo art: 636 al caso in esame. Trattasi, essa dice, di una disposizione di ius singulare, non interpretabile, per analogia, tanto più che la servitù stessa come onere e vincolo della proprietà è un istituto di stretta applicazione, essendo, di regola, la proprietà il libero godimento dei beni.

I successori assoggettati al vincolo, in tanto vi sono sottoposti, si dice, in quanto e per quanto subentrano nella quota pro indiviso della proprietà, ma non oltre e fuori di questa; il vincolo non supera la ~~forma~~ questa oggetto della successione e cioè la quota di comproprietà.

La questione viene anche profilata sotto altro aspetto: la legge, in virtù della concentrazione, crea un'obbligazione di non fare, mentre per quelli che non hanno concesso nulla, occorre un fare, un atto positivo, che deve, anzi, essere esclusivamente in atto scritto, per il disposto dell'art: 1314 n.8 cod.civ. Ora, il

proprietario delle altre quote non concentrate non può essere co_ stretto, in base all'obbligazione di non fare, ad una obbligazione di fare, quale sarebbe quella di prestare il proprio consenso per le quote estrabee.

Queste considerazioni impongono alla Corte un approfondito esa_ me del capoverso dell'art: 636 onde stabilirne la natura e la por_ tata.

Ad evitare digressioni bisogna premettere che il fondo servente è sempre rimasto in commne fra tutti, non è stato diviso in quote, cosicchè non si può usatr della servitù solo nei riguardi del con_ cedente, e, cioè, sopra una data porzione di terreno, come avverreb_ be se vi fosse stata una divisione in quota del fondo servente. Dunque niente divisione e poichè la servitù è indivisibile, esaa inerisce a tutto il fondo servente (ciò si evince e ad esempio dall'art: 671 cod.civ.). La concessione della servitù non è perciò frazionabile secondo il numero dei condomini del fondo, in mododa esservi tanti atti di concessione quanti sono i compartecipi. Se uno lo costituisce, compie un atto non valido, non efficace, "nihil ge agebatur" dicono le fonti. Infatti "unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest", ma occorre "omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur subtili ratione non aliter meum fiet quam si omnes cedant". Nel diritto più antico anzi la vo_ lontà dei partecipanti doveva essere espressa contemporaneamenee, ciò che dipendeva dal carattere eminentemente formale delle con_ trattazioni. In seguito "nihil interesse, disse Ulpiano, utrum prae cedat voluntas aut subsequatur".

I vari consensi se non materialmente, vengono ad essere ideal_

mente riuniti, costituendo una regolare concessione di servitù sulla cosa comune.

Ma quale è la situazione di colui che ha consesso, mentre gli altri non si sono pronunciati? L'art: 636 cod.civ. lo pone in questa condizione, che cioè, egli è obbligato " a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso".

Tale obbligo ha efficacia ambulatoria, e cioè passa ai successori a titolo universale e particolare ed aventi causa, ipso iure col trasferimento della res, anche se non se ne faccia menzione allo atto di alienazione. Le fonti dicono "benignius tamen dicetur et antiquam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti ricesso iure non posse (Celsus, fr. 11 Dig., De serv praediorum, 8 3)

Più che di riconoscimento della maggiore efficacia dispositiva all'atto del condomino di fronte agli altri e quindi della autonomia individuale, si tratta qui di qualcosa di più semplice e di un principio morale prima che giuridico e cioè di vietare di venir meno alla parola data. Questo concetto trovasi espresso anche nella sentenza della Suprema Corte 14 Aprile 1901 (Foro it., 1901, I, 1091).

Nè muta, secondo la Corte, la soluzione per il fatto che i fratelli Cappellotto proprietari attuali del fondo servente sono, nello stesso tempo, aventi causa del concedente Cappelloto Gio.Battista e aventi causa dei non concedenti.

Si obbietta che la detta disposizione, è di ius singulare e perciò non estensibile per analogia e si invoca l'art: 4 delle preleggi; ma ciò non è esatto, perchè questo principio sarebbe vero se si volesse estendere la norma oltre l'ambito assegnatole, non quando

si tratti di interpretazione secondo la proprio ratio juris. Sa_
rebbe strano che l'obbligo posto a carico dell'avente causa del
concedente dovesse valere quando il fondo fosse ancora indiviso
fra lui ed altri concedenti e non anche quando fosse egli dive_
nuto proprietario di tutto. Sarebbe incompatibile che nella stessa
persona si avesse uno scoppiamento di volontà di assenso e di dis_
senso rispetto allo stesso fatto. Nè si dica che egli rappresenta
due distinte personalità, quella del concedente e quella del non
concedente, perchè, invece, egli, quando riceve una quota dall'uno
ed una dall'altro, succede in un obbligo che riflette il tutto. Infatti
la servitù è indivisibile e non si può scindere pro rata.

L'altra obbiezione consiste nella mancanza dell'atto scritto, ri_
chiesto per ogni concessione di servitù a sensi dell'art: 1314 n.2
cod.civ.

Per confutare questa eccezione bisogna ricordare che, allorquan_
do uno ha conceduto e gli altri no, la servitù non esiste ancora co_
me stato di diritto, anche se esercitato di fatto. Il relativo
diritto è di quiescenza, dicono alcuni; in aspettativa, dicono al_
tri: si parla anche di diritto affievolito, capace di rafforzarsi
non appena venga meno l'ostacolo formato dalla concorrente compro_
prietà e dalla libertà d'azione degli altri condomini. Qualcuno
parla di diritto di credito da parte del concessionario difeso
non dall'azione confessoria ma da una semplice azione personale.
Ma questo concetto non è esatto perchè gli effetti della conces_
sione del singolo condomino non sono soltanto eventuali, ma anche
attuali, in quanto creano un vinculum iuris fra concedente e con_
cessionario, una obbligazione iuris fra concedente e concessiona_

rio, una obbligazione di rispettare la concessione fatta. In questi sensi la Glossa diceva: "obligat personaliter, non transfert ius reale". Tale obbligazione crea un vincolo personale propter rem, che per il momento, è, si può dire, l'equipollente del diritto di servitù ed in seguito ha efficacia a convertirsi in rapporto reale di servitù, sempre che sopravvenga il consenso degli altri e il concedente resti proprietario di tutto il fondo. Una volta verificatosi questo secondo effetto non vi sarebbe più ragione di mantenere in sospeso la concessione, secondo la formula del primo capoverso dell'art: 636.

Cade la necessità dell'atto scritto, perchè non vi sono degli ulteriori atti di concessione che si riuniscano al primo; per pensare ciò si dovrebbe ricorrere ad una finzione. La verità è che il primo contratto acquista piena efficacia di concessione della servitù, dal momento che alla comproprietà si sostituisce una proprietà esclusiva delle mani del primo concedente.

Cade, infine la obbiezione che cioè si imporrebbe, con la soluzione prospettata, un fare, mentre la legge si limita ad imporre un non fare (636 c.c.). Ora anche questo non risponde al vero pervhè l'attuale proprietario non è obbligato a prestare un consenso anche per i concedenti non intervenuti all'atto di concessione, onde realizzare la costituzione regolare della servitù. Questo nessuno glielo chiede, la legge si accontenta ch'egli non sorga contro il suo stesso operato.

Egli, quale condomino, aveva un diritto che si estendeva su tutta la cosa in tota re et in qualibet parte, con la sola limitazione della concorrenza degli altrui diritti, cosicchè, venuta

a mancare tale concorrenza, acquista tutta la sua pienezza. Non seguentemente il diritto di servitù concesso quando vi era sul fondo il diritto corrente di altri, trovasi sottoposto a condizione, onde la legge parla di "concessione in sospeso", fino a che essi non si spoglino del diritto di comproprietà. Ne muta la situazione, alla stregua delle considerazioni già svolte, quando, al posto del condomino originario vi sia l'erede, come nelle fattispecie esaminate e risolute nello stesso senso della presente sentenza, dalla Suprema Corte addì 8 Luglio 1927 (Foro it., 1928, I, 735) e 14 Aprile 1931 (Foro it., 1931, I, 1091).(Omissis)

Per questi motivi, ecc.

Il Supremo Collegio, riportandosi all'ultimo capoverso dello art. 608 cod.civ. negava tale diritto, in quanto il condomino erede, quale avente causa degli originari concedenti, è in obbligo di non impedire l'esercizio della servitù concessa a favore del terzo.

A sostegno della tesi contraria due osservazioni si facevano innanzi tutto che il dovere di non ostacolare l'esercizio della servitù dura solo fino a che i condomini non concedenti non abbiano espressamente rifiutato la concessione, e in secondo luogo che l'avente causa di tutti i condomini, può sempre sperimentare l'actio negatoria servitutis, quale avente causa appunto dei non concedenti. Ma la Corte di cassazione respingeva l'una e l'altra eccezione, osservando, quanto alla prima, che: dalla concessione origina per i concedenti e loro successori, anche particolari, un dovere nel quale

La servitù imposta dal condomino sulla cosa comune e l'ultimo comma dell'art: 636 cod. civ.

La sentenza che annotiamo ha affrontato una questione sulla quale molto scarsa è la dottrina e la giurisprudenza: se il condomino, divenuto per eredità proprietario dell'intero fondo, possa sperimentare l'azione negatoria della servitù costituita a favore di un terzo, da altro condomino, suo dante causa.

In giurisprudenza ci è stato possibile trovare unicamente la sentenza 8 luglio 1927 della Corte di cassazione, riportata in Foro it., 1928, I, 795 con una nota dell'Avv. LUIGI MASUCCI. Il caso era precisamente identico a quello prospettato alla Corte di Venezia.

Il Supremo Collegio, riportandosi all'ultimo capoverso dello art: 636 cod.civ. negava tale diritto, in quanto il condomino erede, quale avente causa degli originari concedenti, è in obbligo di non impedire l'esercizio della servitù concessa a favore del terzo.

A sostegno della tesi contraria due osservazioni si facevano: innanzi tutto che il dovere di non ostacolare l'esercizio della servitù dura solo fino a che i condomini non concedenti non abbiano espressamente rifiutato la concessione, e in secondo luogo che l'avente causa di tutti i condomini, può sempre sperimentare l'actio negatoria servitutis, quale avente causa appunto dei non concedenti. Ma la Corte di cassazione respingeva l'una e l'altra eccezione, osservando, quanto alla prima, che: dalla concessione origina per i concedenti e loro successori, anche particolari, un dovere nel quale

non esercita alcuna influenza il comportamento degli altri comproprietarii ed a cui si contrappone il diritto del proprietario del fondo dominante di non essere ostacolato nell'esercizio della servitù dai concedenti e loro successori, diritto esso pure indipendente da quel comportamento e di natura reale e perciò inestinguibile se non per le cause ordinarie di estinzione dei diritti di tale natura"; e circa la seeconda, che l'erede del concedente e dei non concedenti, spiegando l'actio negatoria servitutis, quale avente causa del condomino non concedente, "trovasi necessariamente esposto, quale avente causa del concedente, a vedersi opposta l'eccezione fondata nel 2 cpv. dell'art: 636, la quale paralizza completamente quell'azione".

Il MASUCCI, commentando il primo rilievo della Suprema Corte e riportandosi al disposto del 1º comma dell'art: 636, il quale stabilisce che "la servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso non vi si intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente", osserva che non può sorgere alcun diritto reale nel concessionario senza che alla concessione concorra nogli altri comproprietari, in quanto ciò urterebbe contro il principio della indivisibilità delle servitù e contro le norme che disciplinano il condominio, oltre che contro il testo della legge. Nè sarebbe possibile far ricorso all'ultimo capoverso dell'art: 636, perchè in tal caso fra questo ed il primo comma vi sarebbe una evidente contraddizione, il che non può ammettersi. Secondo il MASUCCI pertanto "dalla concessione si orgina nel terzo un diritto proprio dipendente dal comportamento degli altri

proprietari, anzi a quello subordinato, che acquista natura reale solo quando questi ultimi avranno dato la loro adesione alla concessione fatta dal primo. Si sarebbe in presenza di una vera condicio iuris. Ma se non è molto facile - aggiunge-determinare con assolutezza il momento della nascita del diritto reale (in quanto se si considera l'evento del consenso, quale una comune condizione, bisogna ritenere che il diritto nasca reale sin dal momento della prima concessione e che soltanto "pendente conditione" ne sia sospesa l'efficacia; mentre se si ritiene che il consenso abbia carattere di requisito, bisogna concludere che il diritto reale nasca solo al momento della prestazione di esso e che nel periodo intermedio sia allo stato di quiescenza e produca al suo titolare una mera aspettativa) resta certo però, che fin tanto tutti i condomini non abbiano dato il loro consenso alla costituzione della servitù, il concessionario non potrà mai avvalersi, per l'esercizio di essa in base alla concessione fattagli da uno dei condomini, della natura reale del suo diritto, in quanto questo o non esiste del tutto o l'efficacia ne è sospesa". Sicchè l'obbligazione del concedente sarebbe solo personale, anche se per eccezione essa si trasmetta nei successoni a titolo particolare ed aventi causa.

Esaminata così la natura dell'obbligazione e passando a studiarne la sfera di applicazione, afferma che l'efficacia di essa dura finchè sussiste lo stato di indivisione, onde nel caso in cui il fondo, su cui uno solo dei condomini abbia concesso l'esercizio della servitù sia acquistato da un terzo, costui può

bene sperimentare l'actio negatoria servitutis contro il conces_ sionario. Diverso sarebbe invece il caso in cui il fondo diventi proprietà esclusiva di uno dei condomini concedenti, perchè que_ sti non sarebbe tenuto a rispettare la concessione fatta pel di_ sposto dell'art: 636, innanzi ricordato, ma per effetto delle norme che regolano la comproprietà. Ed invero se il diritto del condomino si estende su tutta la cosa comune, limitato solo dello eguale diritto di tutti gli altri condomini, è evidente che la mancanza di questi, fa acquistare al diritto del primo tutta la sua pienezza ed assolutezza, con la conseguenza che restano con_ validati tutti gli atti dal condomino consentiti in antecedenza sull'intero fondo, come la concessione della servitù.

Le osservazione fatte dal MASUCCI alla sentenza della Supre_ ma Corte a noi non sembrano esatte, e la dotta ed elabora_ ta sentenza della Corte Veneta ci offre lo spunto per fermarci sull'argomento.

Senza dubbio, essendo la servitù un peso, un onere, imposto su di un fondo pel servizio di un altro fondo, per la costitu_ zione di essa, giusta le norme che regolano la comunione, ar_ tt: 675 e 677 cod.civ., e che fissano il principio che ogni partecipante deve servirsi della cosa comune senza nuocere o ledere l'interesse della comunione e senza farvi innovazione che non sia stata approvata dagli altri, occorrerebbe il con_ senso ed il concorso di tutti i condomini. Ed invero non può disconoscersi che la costituzione di una servitù sul fondo co_ mune importerebbe un'alterazione della cosa a danno dei condo_ mini, in quanto il peso impostovi limiterebbe la disponibilità

del fondo. Meno ancora potrebbe concepirsi un onere del genere, quando si pensi che ogni proprietario non è dominus di questa o quella determinata quota, ma di una quota astratta, che può consolidarsi in un corpus certo solo con la divisione, quando questa sia possibile. Senonchè non sembra a chi scrive che la costituzione di una servitù sulla cosa comune sia in contrasto assoluto con le norme che regolano il condominio; perchè se è vero, come la prevalente dottrina e giurisprudenza afferma, che il diritto del condomino si estende in tota re et in qualibet parte rei, limitato sia pure nel suo esercizio dalla concorrente diritto degli altri comproprietari, non apparirà inconcepibile che il condomino possa imporre anche un peso sul fondo comune, costituirvi una servitù. Comunque la questione è risolta espressamente dall'art: 636, il quale nella sua prima parte, in modo chiaro e preciso, stabilisce che il condomino può stabilire una servitù sul fondo comune, indiviso. Siccome però la norma soggiunge che la servitù non "s'intende stabilita e realmente impressa se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente", i commentatori hanno preso lo spunto da tale disposizione per costruire varie teorie sulla natura di questo diritto. E chi lo ha definito un diritto di credito; chi un diritto personale propter rem; chi ha fatto ricorso alla condizio iuris; chi parla di servitù affievolita; chi di diritto in quiescenza. A noi sembra esatta la tesi di coloro che sostengono l'esistenza del diritto reale, sia pure sottoposto a condizione, in quanto essa aderisce pienamente al concetto ed alla volontà del legislatore. Leggesi infatti nel primo capoverso dell'articolo in

esame, che "le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono in sospeso sinttnto che sia eseguita quella dell'ultimo". Se dunque v'è sospensione, significa che il diritto nasce quale esso è, di natura reale. Soltanto esso non può essere esercitato senza che sia concesso dagli altri condomini. E ciò è pienamente naturale, perchè costoro, per le norme che regolano il condominio, hanno diritto di opporsi a qualunque innovazione sulla cosa comune che ne alteri l'essenza o la destinazione. E che si tratti di vero e proprio diritto reale lo si rileva ancora meglio dall'ultimo comma dello stesso articolo, il quale sanzionando che "la concessione fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa, a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso", sta ad escludere appunto qualsiasi carattere personale dell'obbligazione. Coloro che sostengono quest'ultima tesi fanno, a nostro avviso, fanno confusione fra diritto ed esercizio del diritto. Il diritto è la pretesa giuridica che in astratto è stata dal condomino concessa al terzo; l'esercizio del diritto è il modo concreto con cui questa pretesa giuridica, si attua, si fa valere. Ora nulla vieta al condomino di conferire ad un terzo una pretesa sulla cosa comune, in quanto la legge non gli proibisce di farlo, anche indipendentemente dalla volontà degli altri compartecipi. Conferendo una servitù si trasmette senza dubbio un diritto, che per avere attinenza con un fondo, è di natura reale. Ma è l'esercizio di esso che il concedente non può conferire al concessionario per i divieti di cui agli artt: 675 e 677 del cod.civ. Sicchè il concessionario, pur avendo acquistato un vero e proprio diritto re a-

le, non ne può acquistare l'esercizio finchè sussista lo stato di comunione e il divieto di condomino. E' quindi l'esercizio che resta sospeso. E che sia così si deduce meglio da quest'osservazione. Se si sia addivenuti alla divisione del fondo comune e la servitù possa esercitarsi limitatamente alla parte del fondo toccata al concedente, il concessionario può senz'altro fruire del diritto concessogli, e la servitù s'intende senz'altro stabilita ed impressa su questa parte. Coll'attribuzione della quota al concedente vien meno infatti la ragione della sospensione e il concedente non può frapporre ostacolo allo esercizio di esso. Non si ha dunque divisibilità della servitù; in quanto essa può esercitarsi per intero, in tutta la sua estensione. Che se invece essa non possa esercitarsi sulla sola quota spettata in divisione al concedente, la sospensione continuerà a produrre i suoi effetti fino a quando non si siano verificate le condizioni di cui al primo e secondo comma dell'art: 636. Nè vi è poi contraddizione tra la prima e l'ultima parte della norma, perchè il divieto al concedente e suoi successori ed aventi causa di porre impedimento all'esercizio del diritto concesso non si riferisce evidentemente ad uno stato di diritto, ma ad uno stato di fatto, nel senso che ove lo esercizio della servitù sia tollerato dagli altri condomini, il concedente non può ostacolarlo col pretesto che esso debba rimanere sospeso fino a che gli altri comproprietarii non abbiano anch'essi concesso tale diritto. D'altra parte non ci sembra possibile che un diritto personale possa trasformarsi in diritto reale per il semplice verificarsi di una condizione sospensiva. La sospensione si riferisce a son principi generali ed ele-

mentari di diritto - sempre all'esercizio del diritto, mai alla sua natura. I diritti infatti sorgono e si conservano inalterati, finchè non vengono negoziati? In tal caso è la volontà delle parti che opera la trasformazione, non il semplice decorso del tempo, cioè un fattore esterno ed estraneo al diritto ed all'esercizio di esso.

La sentenza che annotiamo sembra che in sostanza a questi criteri si sia ispirata, allorchè, esaminando gli obblighi del condomino concedente, dichiara: "Egli quale condomino aveva un diritto su tutta la cosa in totà re et in qualibet parte con la sola limitazione della concorrenza, degli altrui diritti. Cosicchè è venuta a mancare tale concorrenza acquista tutta la sua pienezza. Conseguentemente il diritto di servitù concesso quando vi era sul fondo il diritto concorrente di altri, trovasi sottoposto a condizione onde la legge parla di concessione in sospeso, sino a che gli altri non consentano o fino a che essi non si spoglino del diritto di proprietà". E' vero che poco innanzi, dopo avere citato le varie teorie sull'argomento, afferma che " tale obbligazione crea un vincolo personale propter rem", ma non può non soggiungere immediatamente dopo che esso "per il momento è, si può dire, l'equipollente del diritto di servitù ed in seguito ha efficacia a convertirsi in rapporto reale di servitù, sempre che sopravvenga il consenso degli altri o il concedente resti proprietario di tutto il fondo". In queste ultime parole, involontariamente si riafferma la natura reale del diritto, quando si ammette l'equipollenza - il diritto personale propter rem ed il diritto reale di servitù -.

Non si comprende poi perchè il diritto conferito al concessio_ nario dovrebbe durare solo fino a che dura la indivisione del fon_ do servente. Il MASUCCI nella nota accennata si è limitato ad af_ fermarlo soltanto, sia pure in forma dubitativa. Così egli infat_ ti si esprime: " Pare che mettendo in correlazione il carattere eccezionale della disposizione, inspirato ad un criterio di beni_ gnità con i principii regolatori della materia, non vi possa es_ sere dubbio che l'obbligo sussista solo per lo stato di indivi_ sione". Ma nessuna dimostrazione ci offre. A noi sembra invece che l'affermazione sia del tutto contraria alla volontà del le_ gislatore e che non trovi alcun fondamento pertanto nella legge. L'ultimo capoverso dell'art: 636, in quanto impone al conceden_ te e ai suoi successori anche particolari ed aventi causa l'ob_ bligo di non mettere impedimento all'esercizio del diritto con_ cesso, non pone alcun termine pei rispetto di esso. Anzi, tra_ sferendosi questo ai successori anche particolari ed aventi cau_ sa, l'obbligo di non impedire l'esercizio del diritto concesso si perpetua nel tempo sino all'infinito o sin quando il fondo servente non si consolidi col fondo dominante, chè in tal caso gli aventi causa del concedente si confondono col concessiona_ rio. Lo stato di indivisione invece non è uno stato parimenti perpetuo perchè esso può cessare in ogni momento, non appena uno dei condomini lo voglia?. Inoltre, se la norma in esame parla di servitù concessa da uno dei condomini, appare manife_ sto che l'intendimento del legislatore fu quello di costituire un vincolo a favore del fondo, che per la sua natura reale non può non essere perpetuo. Nè avrebbe mancato la legge, trattandosi di norme eccezionali, di dire espressamente che il diritto con_

cesso sarebbe rimasto estinto con la divisione. Anzi lo stesso carattere eccezionale della norma ci induce ad affermare il contrario, in quanto la ratio legis fu quella di giovare all'economia permettendo il sorgere di una forma speciale di servitù, appunto per un migliore uso e più proficuo sfruttamento del fondo dominante. D'altra parte, essendo il contratto di costituzione di servitù a titolo oneroso, il concedente avrebbe potuto con troppa facilità sottrarsi alla contro prestazione, provocando la divisione del fondo.

Comunque, per le ragioni già da noi innanzi svolte, che cioè il concedente trasmette al concessionario un vero e proprio diritto reale, sotto condizione, non può negarsi che si tratti di uno stato perpetuo e non transeunte?.

Se la servitù o meglio il diritto di esercitarla resta sospeso, deve pur venire un giorno in cui la sospensione cessi. Ciò può avvenire per vari motivi: o per la concessione eseguita dagli altri condomini o per la divisione del fondo, o per il consolidamento del fondo in un solo dei condomini, o per la vendita del fondo ad un solo compratore. In tutti questi casi il diritto concesso acquista tutta la sua efficacia ed aderenza al fondo servente. Nel caso che la concessione sia fatta anche dagli altri condomini separatamente o anche congiuntamente, la cosa è chiara e, comunque, discende dalla stessa norma di legge. Nel caso della divisione, la servitù non può esercitarsi sulle parti toccate ai non concedenti, ma solo sulla porzione assegnata a questi ultimi, ove sia possibile non potendo questi mai opporsi all'esercizio di essa pel disposto dell'ultimo alinea dell'art: 636. Ove invece l'esercizio della servitù

si estendesse unicamente sulle parti del fondo toccate ai non concedenti, il concessionario non avrà più alcun diritto, non potendo mai avanzare alcuna pretesa contro coloro che furono estranei all'atto di concessione e che pertanto non assunsero alcuna obbligazione, e pel fatto che la servitù resta sempre sospesa sinchè l'ultimo condomino non si unisca nella concessione. Se infine si estendeva a tutto il fondo essa si restringe, se sarà possibile, alla parte del fondo toccata al concedente.

Ma può avvenire che ai non concedenti succeda per morte o per acquisto il concedente. In questo caso tutto il fondo si consolida nelle mani di quest'ultimo. La sospensione prevista dal 1° capoverso dell'art: 636 viene automaticamente meno. La servitù era stata concessa su tutto il fondo servente. Poichè per lo stabilimento e l'impressione di essa non v'ha più bisogno della manifestazione di altri, il diritto del concessionario acquista tutto il suo valore ed efficacia come peso reale sullo intero fondo servente. Nè è possibile che il concedente divenuto proprietario di tutto il fondo possa porre ostacolo al sorgere del diritto pieno del fondo dominante, perchè egli non può, per il fatto di essere avente causa degli altri condomini, negarlo, avendo sin dal primo momento concesso la servitù su tutto il fondo. Non è possibile immaginare che egli, quale concedente, debba consentire l'esercizio del diritto concesso, e come avente causa dei non concedenti possa impedirlo. Nella sua persona si sono confuse le qualità dell'uno e dell'altro condomino e non è più possibile fare distinzioni. Sussiste il diritto del fondo dominante contro cui non vi è più alcuno che possa sperimentare

l'actio negatoria servitutis.

In ciò è d'accordo pure il MASUCCI. Può verificarsi però, come dicevamo, che tutto il fondo venga venduto ad un sol compratore. Il MASUCCI afferma che in tal caso il compratore non essendo stato comunista, nè avendo mai consentito atti che potrebbero essere convalidati col diventare proprietario di tutto il fondo; ma avendo acquistato solamente un fondo su cui la servitù, benchè concessa da uno dei suoi danti causa, per la mancanza dell'assenso degli altri, ancora non vi si era costituita ed impressa, possa sperimentare l'azione anzidetta. Senonchè a noi sembra senz'altro errata tale tesi. Il compratore in questo caso è senza dubbio un avente causa del concedente. In tale sua veste egli deve rispettare gli obblighi assunti dal suo dante causa: deve quindi riconoscere non solo l'atto costitutivo della servitù, ma per il disposto dell'ultimo capoverso dell'art: 636, non deve ostacolare l'esercizio della servitù: viene a trovarsi in conseguenza nelle stesse condizioni del condomino che abbia acquistato le altre quote del fondo comune o che ne sia divenuto proprietario successionis causa.

Per queste ragioni consentiamo con la annotata sentenza.

Dott. Tommaso Grieb

Giudice a Venezia

Varietà e uniformità nel campo della politica economica.

Questo articolo costituisce l'introduzione ad un volume di imminente pubblicazione del Dr. Liobello Cioli, dal titolo "Orientamenti e sviluppi della politica economica attraverso il tempo". In essa il Prof. Gini riprende, sviluppa e completa taluni risultati già esposti sommariamente nel Corso di Politica e Statistica Economica, da lui tenuto negli anni accademici 1925-1926 e 1926-1927, come titolare della cattedra omonima presso la R. Università di Roma.

1) Dall'esame dell'azione svolta dallo Stato sui fenomeni economici, presso i vari popoli, nei vari tempi, possono ricavarsi delle leggi valide nel campo della politica economica?

La domanda, che mi ponevo otto anni or sono nel dare inizio, presso la R. Università di Roma, al corso di Politica e Statistica Economica, si ripropone ora di fronte alla più completa raccolta di notizie, diligentemente messe insieme, dal Dr. Lionello Cioli. (1)

Nè diversa la risposta.

Questa a tutta prima si presenta come negativa. E' detto comune che "La storia non si ripete"; e, per quanto possiamo giudicare dalla nostra limitata esperienza, il detto appare fondato, chè, se è vero che molti fenomeni si svolgono con andamento ciclico, è vero altresì che ad essi si sovrappongono altri che hanno andamento evolutivo, mentre altri ancora, di carattere occasionale o saltuario o accidentale, intervengono a perturbare l'andamento di questi e di quelli, per modo che una situazione storica non si rinnova mai con le stesse modalità.

Ma è, questa constatazione, sufficiente per eliminare la possibilità di ricavare delle leggi nel campo della politica economica?

Noi sappiamo, in statistica, scindere con plausibile approssimazione, le tendenze evolutive dalle cicliche ed eliminare dalle une e dalle altre, i fattori di perturbazione. Perchè dovremmo negare alle ricerche storiche la possibilità di fare qualche cosa di simile, sia pure in modo anche più approssimativo di quanto la tecnica statistica insegna per i fenomeni quantitativamente rilevati?

Ora, se è possibile eliminare l'influenza delle tendenze evolutive e di fattori occasionali e accidentali., i fenomeni ciclici, che residuano, possono ben dar luogo alla constatazione di relazioni uniformi, ossia di leggi, sieno, queste, leggi di dipendenza o di interdipendenza, sieno, invece, leggi di sequenza, le quali, prescindendo da ogni questione di dipendenza tra i vari fenomeni, constatano semplicemente una successione regolare nel loro verificarsi.

E, d'altronde, le stesse tendenze evolutive, che si fanno luce attraversoi secoli, possono esse pure dar luogo all'accertamento di leggi di sequenza.

La risposta, dunque, attentamente poderata, risulta positiva.

All'infuori, d'altra parte, di vere e proprie leggi che implicano una relazione uniforme di successione, di dipendenza o di interdipendenza tra più fenomeni, è possibile eseguire constatazioni e classificazioni, le quali, anche se non possono dirsi propriamente leggi, tuttavia rispecchiano uniformità di indubbio interesse scientifico e pratico.

* * *

2) La prima uniformità, che si può facilmente stabilire, è la esistenza, si può dire in ogni epoca, su ogni territorio, presso ogni razza, con ogni forma di governo, di una politica economica.

La circostanza che i teorici, contrari all'intervento dello Stato nella vita economica della Nazione, si sono presentati come critici ed avversari del ~~sistema mercantilista~~ sistema mercantilista, induce molti a ritenere che la politica economica sia storicamente collegata all'epoca di fioritura di detto sistema. Ma a torto, ogè, se è vero che il mercantilismo ha costituito, nel processo di svolgimento della politica economica, il primo tentativo - per quanto sappiamo - di una adeguazione a principi teorici dell'azione interventiva di governo nella vita economica degli Stati, è vero, d'altra parte, che dal punto di vista pratico, si può dire che tutti i provvedimenti da esso consigliati, ed altri ancora non meno radicali, erano noti alla sto-

ria economica.

Infatti, se l'azione interventiva dello Stato nel campo della produzione manifatturiera si afferma, con organicità di sistema, nel periodo del mercantilismo, tuttavia assai prima di erano avutem manifestazioni non meno notevoli di tale intervento.

La protezione esercitata dalla collettività su i segreti di fabbricazione non doveva essere in antico meno severa che nell'epoca mercantile, se taluni procedimenti tecnici (quali, ad esempio, la colorazione delle stoffe presso i Fenici, la fusione del bronzo presso i Greci) restarono esclusivo monopolio di alcuni popoli, fino al punto d'andare perduti con il tramontare delle civiltà delle genti che li adoperavano. Si aggiungeva pure allora il segreto delle vie commerciali, rigorosissimo presso certe nazioni marinare, quali i Fenici.

D'altra parte, della vigile tutela esercitata, fin dall'antichità, dallo Stato al fine di proteggere alcuni primati industriali, è prova la legislazione solonica che regola la distribuzione degli alveari e la protezione dell'olivo e del fico. Più tardi, nell'Impero Bizantino, l'editto emanato da Leone VI (886 -911) comunemente designato "Libro del Prefetto", contiene un complesso di norme minute e precise, dirette a rigorosamente disciplinare l'attività manufatturiera nei centri cittadini, regolando l'acquisto delle materie prime, commisurando la loro distribuzione alle varie industrie e, per molte di queste, stabilendo il prezzo ed il luogo di vendita dei prodotti.

Tutte le istituzioni, poi, che dagli Stati mercantilisti furono adottate per proteggere ed incrementare le produzioni manufatturiere, può dirsi trovino riscontro nelle provvidenze attuate in tal campo a Pisa, a Venezia ed a Firenze.

Qui infatti, assai prima che in Francia, in Inghilterra ed in altri

Stati, l'attività manifatturiera fu sottoposta al controllo ed alla disciplina delle istituzioni corporative: rigorosamente prescritte l'uniformità e la qualità dei "tipi" prodotti e l'osservanza di determinati orari di lavoro; obbligatorio il segreto dei procedimenti tecnici; favorita la produzione mediante vincoli proibitivi imposti alla esportazione o mediante agevolazioni concesse alla importazione di tutto quanto poteva essere direttamente necessario ad essa o che indirettamente poteva ad essa giovare.

La sistematica attrazione, mediante la concessione di speciali privilegi, di determinate categorie di stranieri dotati di particolari attitudini tecniche o commerciali era praticata in Egitto e nell'Attica. Si sa infatti, che in Atene, fino dai tempi di Solone, erano accordate particolari agevolazioni agli immigrati che vi si venivano a stabilire per aprire una fabbrica o per esercitare un mestiere. E le facilitazioni concesse a Fenici, Ebrei, Greci in vista delle loro attitudini commerciali, costarono il trono a Psammetico, senza, d'altra parte, che il suo successore vi ~~rinunci~~ rinunciasse, chè anzi egli autorizzava i Greci a fondare una città propria. E', poi, appena necessario di ricordare come tale costume fosse largamente invalso presso le maggiori e più fiorenti Repubbliche italiane; di esso, in seguito, dovevano servirsi le nazioni del Nord ed in ispecie la Francia e l'Inghilterra, per emanciparsi dal predominio delle industrie italiane.

Per quanto si attiene all'attività commerciale, può dirsi che il ~~concepire~~ concepire gli scambi non come un atto individuale, ma come una funzione che interessa ed investe il gruppo politico a cui i singoli appartengono - principio che trova la sua applicazione nel periodo mercantilista - è caratteristica dei popoli più antichi. Tra questi, pare, anzi, sia stata regola generale (la quale tuttora sopravvive presso alcuni primitivi) che, all'infuori del gruppo, gli scambi assumessero carattere col-

lettivo e si operassero a mezzo di appositi rappresentanti dei gruppi. Ma lo più tardi si attuano scambi individuali al di fuori del gruppo, ma lo Stato non manca di interessarsene, esercitando spesso un'azione direttiva e propulsiva sull'attività commerciale. Ne abbiamo esempi storici nelle numerose ricognizioni promosse dai Re egiziani verso l'Arabia e intorno al l'Africa, e nelle analoghe spedizioni in lontane contrade, ordinate, a scopo commerciale, dai Re di Persia e di Israele.

Precedenti ad alcuni tra i più salienti criteri esposti dal mercantilismo a base della politica commerciale - ad esempio, quello della protezione del la bandiera nazionale e quello di un vasto dominio coloniale da sfruttare in forma monopolistica - possono trovarsi in provvidenze altrettanto, senon più, rigide adottate dal Portogallo e dalla Spagna e, in epoca più remota, da Cartagine e da Atene, a tutela della propria attività commerciale.

Fu infatti, costante cura dei Cartaginesi di disporre di flotte mercantili interamente nazionali e, da quanto si conosce circa l'organizzazione data al traffico, può dedursi che presso i Cartaginesi - come già presso le originarie comunità fenicie - il commercio venisse considerato come un'attività di interesse pubblico in cui lo Stato assumeva una parte diretta e di grandissima importanza.

Non meno vigile tutela ebbe Atene delle proprie flotte, nè mancarono anche qui, come a Cartagine - mediante le particolari agevolazioni concesse alle navi approdanti nel porto privilegiato del Pireo - provvedimenti diretti a proteggene ed incrementarne il movimento.

E' ben noto che la politica commerciale svolta dal Portogallo e dalla Spagna fu diretta a monopolizzare progressivamente il traffico coloniale ed è anche noto come a tali risultati si pervenisse mediante tutto un complesso di provvidenze, fra le quali specialmente l'istituzione della prerogativa regia sui trasporti e sui noli, l'obbligo per le navi di seguire determinati itinerari e di frequentare determinati porti designati per il ~~commercio~~ concen

lettivo e si operassero a mezzo di appositi rappresentanti dei gruppi. Solo più tardi si attuano scambi individuali al di fuori del gruppo; ma lo Stato non manca di interessarsene, esercitando spesso un'azione direttiva e propulsiva sull'attività commerciale. Ne abbiamo esempi storici nelle numerose ricognizioni promosse dai Re egiziani verso l'Arabia e intorno al l'Africa, e nelle analoghe spedizioni in lontane contrade, ordinate, a scopo commerciale, dai Re di Persia e di Israele.

Precedenti ad alcuni tra i più salienti criteri esposti dal mercantilismo a base della politica commerciale - ad esempio, quello della protezione della bandiera nazionale e quello di un vasto dominio coloniale da sfruttare in forma monopolistica - possono trovarsi in provvidenze altrettanto, senon più, rigide adottate dal Portogallo e dalla Spagna e, in epoca più remota, da Cartagine e da Atene, a tutela della propria attività commerciale.

Fu infatti, costante cura dei Cartaginesi di disporre di flotte mercantili interamente nazionali e, da quanto si conosce circa l'organizzazione data al traffico, può dedursi che presso i Cartaginesi - come già presso le originarie comunità fenicie - il commercio venisse considerato come un'attività di interesse pubblico in cui lo Stato assumeva una parte diretta e di grandissima importanza.

Non meno vigile tutela ebbe Atene delle proprie flotte, nè mancarono anche qui, come a Cartagine - mediante le particolari agevolazioni concesse alle navi approdanti nel porto privilegiato del Pireo - provvedimenti diretti a proteggere ed incrementarne il movimento.

E' ben noto che la politica commerciale svolta dal Portogallo e dalla Spagna fu diretta a monopolizzare progressivamente il traffico colonial e ed è anche noto come a tali risultati si pervenisse mediante tutto un complesso di provvidenze, fra le quali specialmente l'istituzione della prerogativa regia sui trasporti e sui noli, l'obbligo per le navi di seguire determinati itinerari e di frequentare determinati porti designati per il ~~commercio~~ concen

tramento delle merci,l'esclusività del commercio di alcuni prodotti riser_ vata alla Corona e,infine,l'assoluto divieto fatto agli stranieri di avere ingerenza nel traffico coloniale.

Anche un'altra fra le più tipiche e maggiori istituzioni del periodo mercan tilista - la Compagnia privilegiata trova suggestivi ed accentuati prece_ denti nelle numerose organizzazioni commerciali che vennero formandosi in seno ai Comuni italiani e che talvolta con essi si identificarono.

Basti soltanto ricordare la "maona" genovese,come quella che decisamente ~~ne~~ anticipa - e nella sua organizzazione e negli scopi verso i quali è diretta - i tratti caratteristici della "compagnia mercantile" o "coloniale".

Dazi di confine e divieti di esportazione erano d'altronde ben noti all'Im_ pero Romano,e,prima ancora,importazioni ed esportazioni venivano rigorosa_ mente regolate e tassate nell'Attica. La stessa libertà commerciale,attuata da Roma entro i confini dell'Impero, non era illimitata,in quanto sussiste_ vano circoli doganali ai cui confini ~~dell'Impero~~ veniva prelevati dazi,sia pure moderati. Roma pure aveva applicato nelle terre di nuova conquista la proibizione di certe colture,come quelle dell'olivo e della vite,acciocchè non facessero concorrenza alla madre patria.

L'esecuzione di opere pubbliche costituisce oggi una manifestazione tipica dell'azione interventiva di Stato nell'ambito delle economia sociale. Ma ma_ nifestazione tipica dell'azione interventiva di Stato nell'ambito della e_ conomia sociale. Ma manifestazioni non meno importanti ci presentano,in que_ sto campo,le antiche civiltà di Egitto,di Babilonia e di Assiria,presso le quali l'azione dello Stato fu particolarmente rivolta ad eseguire e a man_ tenere in efficienza colossali opere idrauliche per fronteggiare i comples_ si e vasti bisogni agricoli del paese. E l'Impero Cinese,con la sua inegua_ gliata rete di canali,e l'Impero Messicano,con la sistemazione dell'isola su cui sorge la capitale e delle acque circostanti,ne forniscono esempi non

meno costosi, a prescindere dagli Stati, di cui diremo in appresso, a regime socialista, in cui, naturalmente, ogni opera di qualche importanza aveva carattere pubblico.

Similmente gli esempi posteriori di politica dell'emigrazione e della colonizzazione trovano riscontro nei giganteschi programmi attuati da Roma e da Atene ed ancora prima dagli Egizi e dagli Assiri.

L'istituzione delle "colonias" costituì una delle più importanti espressioni della politica economica svolta dallo Stato romano durante il periodo repubblicano, e Roma, d'altronde, non aveva che continuato, l'antichissimo istituto del "ver sacrum", in uso presso i popoli della penisola fin dai primi albori della civiltà.

Alla deportazione dei delinquenti, destinati a popolare e colonizzare terre di nuova conquista, fanno riscontro le emigrazioni forzate dei poveri, eseguite da Atene per fronteggiare il pericolo derivante dalla miseria delle classi più basse; e precedenti a tale forma di emigrazione possono trovarsi nella "colonizzazione di Stato", comune, durante il VII e VI sec. a. C., alle varie stirpi dell'Ellade.

Esempi non meno notevoli di convogliamento dei vagabondi e di condannati verso terre di nuova conquista, si presentano anche le antiche dinastie della Cina imperiale.

Nè il trapianto in massa degli Irlandesi, caldeggiato da Sir William Petty, avrebbe rappresentato una novità difronte alla politica della colonizzazione attuata dagli Egizi, dagli Assiri e dai Babilonesi mediante la deportazione in massa, dai luoghi di origine in altre sedi, di intere popolazioni, del che offrono testimonianza, fra altre, le note vicende del popolo Ebraico.

Troppo nota è la legislazione imperiale per combattere il lusso, e quella particolare di Augusto per risollevare la natalità, portata ad esem

pio,già prima della guerra,dai patrioti francesi atterriti dallo spettro dello spopolamento.

Diènumerosi altri provvedimenti di politica economica,che,per l'interrot ta tradizione,sembrano presentarsi come nuovi nell'epoca mercantilista,è possibile trovare,nel passato,suggestivi precedenti.

Le industrie di Stato sembrano datare dai tempi di Babilonia,ed essi ebbero certamente la larga diffusione delle Monarchie Ellenistiche e nel tardo Impero romano.

Le banche di Stato costituivano la regola in Egitto,e l'istituzione della carta moneta era conosciuta in Cina findai tempi più remoti.

La limitazione dell'estensione della proprietà terrierà costituì,come è noto,la base stessa della questione sociale a Roma,ed è appena necessario ricordare,quali salienti espressioni della riforma agraria durante il periodo repubblicano, la legge Licinia-Sestia,i programmi graccani,le colonizzazioni militari di Silla e di Cesare. Ma già varie città o colonie greche (Sparta, Samo, Leontini,Siracusa),avevzno dato esempi di distribuzione della proprietà fondiaria. L'imposizione di mano d'opera libera fu pure attuata in Roma.

L'obbligo fatto ai commercianti di reimpiegare in beni del paese il ricavato delle loro vendite - provvedimento che trova riscontro in disposizioni della moderniss ima politica dei cambi - era imposto da Venezia ai mercanti stranieri.

Provvedimenti per eviatre l'incetta e per moderare la speculazione non furono ignoti ad Atene,dove il commercio dei grani fu sottoposto a rigorosa regolamentazione per evitare l'accaparramento di grandi quantità e conseguentemente i danni di un artificioso rialzo dièprezzi. E il noto editto di Diocleziano,emanato per tutto l'Impero romano - ciò era quanto dire allora per tutto il mondo civile - può considerarsi il più grande

tentativo di regolamentazione dei prezzi.

Precedenti ai sussidi alla plebe povera e disoccupa possono trovarsi nella istituzione della "mistophoria" ad Atene e nelle distribuzioni frumentarie a Roma, continuate, queste ultime, durante l'Impero bizantino attraverso l'istituzione dell'arca frumentaria.

Nell'Egitto Tolemaico ed in altri Stati dell'oriente ellenistico, nel tardo Impero romano, nella Cina imperiale durante il governo di Wang Mang (9-23 d. C.) e più tardi di Wang An-shih (1068-1100) l'ingerenza dello Stato nella vita economica della nazione raggiunse una eccezionale estensione, tanto che l'agricoltura, industria, e commercio si esplicarono in forma di servizi statali, e non senza ragione numerosi storici qualificano questi Stati come veri e propri Stati socialisti. Esempi di socialismo integrale forniscono l'Impero degli Incas e le Missioni dei Gesuiti al Paraguay.

I rapidi cenni che precedono non possono dare un'idea adeguata dell'estensione che dovette avere in passato la politica economica.

Per mancanza di documenti, la storia economica, anche in questa materia, forse tace assai più che non dica e probabilmente molti provvedimenti apparivano nell'antichità così naturali, data la concezione particolaristica dei gruppi politici, che non sembrò agli scrittori che valesse la pena di farne cenno.

D'altra parte, gli Stati stessi, che più comunemente vengono considerati come paladini della libertà economica, sono ben lungi dall'aver osservato un'astinenza completa da ogni intromissione dei ubblici poteri nella attività economiche private.

Alla libertà dei mari, rivendicata nei confronti di Cartagine, fa riscontro, all'interno dello Stato romano, un'azione interventiva vasta e complessa, che trova le sue prevalenti manifestazioni - come s'è già os-

servato - nelle limitazioni apportate alla proprietà terriera e nello sviluppo e nell'incremento dato all'attività colonizzatrice.
Gli stessi trattati fra Roma e Cartagine, che riconoscevano a questa il monopolio del mare, assicuravano a quella il monopolio del suolo italiano per la colonizzazione.
Nè Roma esitava a proibire alle terre annesse le colture specializzate caratteristiche dell'Italia; nè essa si limitò ad infrangere la supremazia marittima di Cartagine, ma attese a sostituirsi ad essa nella vasta rete di rapporti di traffico allacciati attraverso il Mediterraneo.
Infatti l'incremento dato allo sviluppo del porto di Delo in Oriente, a quello di Utica nell'Africa del Nord ed a quello di Marsiglia in Occidente fu diretto a creare una larga base di appoggio a quella supremazia commerciale che la classe mercantile di Roma venne acquistando nel Mediterraneo col progredire delle conquiste transmarine.
Se è vero che l'Olanda risollevava, in un primo tempo, contro Spagna e Portogallo il grido di Roma contro Cartagine per la libertà dei mari, non è men vero che della libertà conquistata essa successivamente si serviva per sfruttare con un regime di feroce monopolio il commercio con le terre in cui dominava, adottando ed inasprendo gli stessi sistemi dei suoi antichi rivali.
Allorchè l'Olanda si poneva, sull'esempio inglese, decisamente per la via del libero scambio, tuttavia nelle colonie - attraverso il sistema Van den Bosch - continuava a svolgere una politica rigorosamente monopolistica, mentre il monopolio olandese dei commerci col Giappone non si può staccare dal triste ricordo degli eccidi dei cattolici.
E l'Inghilterra, mentre si faceva banditrice del libero scambio, conservava il privilegio delle emissioni bancarie e, negli stessi anni in cui le correnti liberiste trionfavano con l'abolizione dei dazi sul grano

e la soppressione definitiva dell' Atto di Navigazione, instaurato da Cromwell, essa attuava, per opera di Roberto Peel - fattosi continuatore dei principi già propugnati da Roberto Owen - la limitazione delle ore di lavoro e la proibizione del lavoro precoce. Conviene ricordare, a questo proposito, come John Bright, braccio destro di Cobden, nella sua campagna per l'abolizione della legge sul grano, denunciasse violentemente il Bill delle 10 ore come la più detestabile misura che il Parlamento potesse adottare.
In questo stesso periodo, se le severe misure mercantilistiche venivano abbandonate anche nelle colonie, tuttavia l'Inghilterra vi svolgeva una politica economica di profonda portata sociale, dando incremento all'emigrazione di forti correnti nazionali - come in Australia e nel Canadà - mediante la concessione di terre a speciali condizioni di favore.
Se si considera poi l'applicazione che del libero scambismo l'Inghilterra fece in talune occasioni - ad esempio, l'abbassamento delle tariffe in India a favore delle cotonate di Manchester e di Glasgow, e la guerra ingaggiata contro la Cina per l'imposizione della così detta "porta aperta" - appare chiaro come il liberismo inglese, lungi dal costituire la negazione della politica economica, fosse di questa un'arma raffinata.
E non vi è chi sia stato, anche per pochi giorni, in una colonia o in un territorio sotto altra forma soggetto al dominio inglese (in Egitto, per esempio, in India o in Palestina) che non abbia accolto i lagni delle popolazioni sulla politica della Grand Bretagna verso le industrie locali che possono dare ombra alla metropoli, politica inspirata molto più ai vecchi programmi del mercantilismo che ai principi del liberismo.
Gli stessi uomini di stato che vengono riguardati come i più ~~favorevoli~~ autorevoli fautori del liberos svolgersi dell'attività economica privata non rifuggirono dal tenere, in determinate materie e circostanze, una condotta diversa.

Così Turgot - che non appena salito al governo bandiva la libertà di commercio delle farine e dei vini e limitava a poche merci il divieto di importazione e di esportazione - non rifuggì, in pratica, dall'adottare provvedimenti in contrasto con l'indirizzo liberale di cui era seguace, istituendo la regia della polvere, del salnitro, della posta e delle diligenze e dando vita ad una banca di ~~scambio~~ sconto alla quale concesse notevoli privilegi.

Fu per merito del Peel che il libero scambio si affermò in Inghilterra: tuttavia, come già si è accennato, non meno importante fu l'azione svolta da Peel nel campo sociale per assicurare agli operai migliori condizioni di lavoro.

Se Napoleone III è riguardato come liberista per la sua politica commerciale, ben diverso indirizzo seguì nella politica economica interna, favorendo l'incremento della agricoltura mediante vaste opere di bonifica e col largo impulso dato al credito agricolo; agevolando il commercio con l'attivare nuove strade e nuovi canali navigabili; sviluppando, infine, istituzioni volte a migliorare le condizioni delle classi operaie.

E l'abolizione delle barriere doganali fra Lombardo-Veneto e Piemonte, vagheggiata dall'Austria, s'infranse contro la risoluta opposizione del Conte di Cavour, che pure era in teoria seguace del liberismo e che, in altre contingenze, del liberismo fu convinto propugnatore, promovendo riforme doganali in senso libero-scambista.

* * *

3. - Se l'applicazione della politica economica è universale, essa può assumere però forme diverse, che in parte possono coesistere, in parte si escludono a vicenda; la prevalenza di una forma caratterizza, talvolta, come vedremo, un'epoca o uno stato evolutivo di una nazione?.

Conviene anzitutto distinguere, tra i provvedimenti di politica economica,

quelli che si possono chiamare di politica economica diretta dagli altri che diremo di politica economica indiretta. Coi primi,l'azione spiegata dallo Stato e dagli enti pubblici si dirige a ostacolare e impedire,o, viceversa,a favorire od imporre,talvolta anche a esercitare direttamente atti propriamente economici. Coi secondo,invece,si stimolano,o si frenano,o si sviano impulsi o tendenze,che di certe azioni economiche stanno alla radice o comunque sono importanti effetti economici immediati o mediati,tali ad esempio l'istinto della riproduzione, l'istinto della accumulazione,la curiosità scientifica,la passione artistica,l'istinto de comando,il mecenatismo,e via dicendo. E' da avvertire che impulsi o tendenze siffatte possono essere stimolati,o viceversa frenati,anche per fini non economici,per esempio,per accrescere la potenza militare o per attenuare gli attriti sociali. L'azione spiegata dallo Stato o dagli Enti Pubblici,esula allora dalla politica economica per rientrare nella politica generale; ma altre volte essa si proprone veramente fini economici,e rientra allora propriamente nella politica economica.

La politica economica diretta può assumere varie forme.

Possiamo parlare di una politica economica di espressione,quando essa viene attuata in conformità ai desideri della maggioranza (teoricamente anche della totalità) dei cittadini. Le sue manifestazioni possono andare dall'interventismo più blando fino al comunismo più rigido,chè non si può escludere a priori che tutte le forme dell'interventismo statale possano talvolta rispondere alla volontà della nazione.

Può parlarsi invece di politica economica di protezione quando l'intervento dello Stato avviene indipendentemente dai desideri dei cittadini,o magari in opposizione a questi,nell'intento di proteggere i loro veri interessi,che essi non sono ritenuti in grado di salvaguardare o per deficienze intellettuali,o morali,o per il loro imperfetto stato giuridico,o per

la limitata sensibilità economica della maggioranza,o per uno squilibrio tra l'ammontare numerico delle varie categorie di cittadini e il peso dei loro interessi. L'espressioni più caratteristica di tale forma di politica economica,ma non la sola,è data dal cosidetto paternalismo,secondo cui lo Stato interviene nella condotta economica dei singoli come il padre interviene a guidare,stimolare,frenare,correggere,per il loro bene,i figli inesperti,negligenti o irriflessivi.

Altra importante forma di politica economica è quella per cui lo Stato interviene a far valere,accanto agli interessi attuali dei singoli,e talvolta contro di essi,gli interessi attuali o futuri della collettività, forma di politica economica che può dirsi di conciliazione,in quanto tende a conciliare gli interessi individuali con quelli della collettività. Taluni statisti più accesi parlano addirittura di una politica di sovrapposizione degli interessi della collettività,la quale potrebbe considerarsi o come una forma estrema della politica della conciliazione, o se si vuole,come un'altra forma di politica economica. In realtà,però,una politica economica di sovrapposizione è difficilmente concepibile,salvo in casi eccezionali e in via transitoria,perchè,quando la politica economica non avesse riguardo alcuno ai desideri ed agli interessi dei singoli,questi si ribellerebbero,e ella compagine dello Stato non potrebbe resistere. Anche il liberismo,nei campi,in cui viene attuato,può riguardarsi come un sistema di politica economica,piuttosto che come l'assenza di ogni politica economica. Ciò è particolarmente vero per quanto riguarda gli scambi internazionali,in quanto,come abbiamo già avuto occasione di notare,il liberismo è stato manifestamente adottato in questo campo,non per una teorica avversione ai vari sistemi di politica economica,ma come il sistema meglio rispondente ai particolari interessi della nazione.

Un'ultima forma di politica economica è quella che consiste nel favorire e intensificare l'azione dei meccanismi naturali di autoconservazione,di

autoriequilibrazione e di autoregolazione nello sviluppo che forma la caratteristica degli organismi nazionali. Si può chiamare politica economica di regolazione. Essa si avvicina,da una parte,alla politica economica di espressione,in quanto viene adottata di regola in conformità ai desideri della maggioranza ,se non della totalità,dei cittadini. Si avvicina,d'altra parte,alla politica di conciliazione perchè viene adottata in vista degli interessi della collettività. Sua caratteristica è di essere voluta dai singoli per il vantaggio che ne ritraggono,non uti singuli,ma uti soci. Costituisce una manifestazione di quel "consensus" che sta a base del funzionamento dell'organismo sociale. (1)

(1) Su le varie forme della politica economica e su le loro mutue relazioni può trovarsi una più ampia trattazione in Prime linee di patologia economica (Giuffrè, Milano, 1933), particolarmente al cap. III,della Parte Quinta che discute Del valore dell'economia politica come disciplina descrittiva della politica economica.

. . .

4. - Altra constatazione,che nasce dalla documentazione storica dei provvedimenti di politica economica, è quella della grande variabilità di detta politica economica,non tanto da Stato a Stato in una stessa epoca,quanto da tempo a tempo in uno stesso Stato. Ben raramente,infatti,in uno stesso Stato,un sistema di politica economica ha potuto mantenersi a lungo; di regola,dopo un certo periodo,esso è stato sostituito da un altro. In Europa,nell'epoca moderna,per quanto riguarda la politica commerciale, al mercantilismo è subentrato il liberismo ed a questo il protezionismo; oggi va delineandosi una progressiva tendenza,già maturata in alcuni Stati a far assumere alle contrattazioni internazionali,il carattere,anzi che di scambi fra individui,di transazioni fra enti collettivi o a dirittura fra Stati. All'interno,il regime corporativista del medioevo si è sciolto nell'individualismo più schietto,il quale da ultimo è stato gra-

dualmente abbandonato per ritornare, in alcuni Stati, al regime corporativo in altri, ad un più o meno netto socialismo.

Alternative analoghe si incontrano nella storia dell'Impero Cinese.

Si possono tuttavia cogliere alcune regolarità che si verificano sia nella dipendenza della politica economica di uno Stato da particolari circostanze esterne o da particolari qualità della popolazione, sia nelle tendenze con cui si compie la sua evoluzione nei singoli Stati?. Senza pretendere di esaurire la vasta materia, accenneremo qui particolarmente ad alcune regolarità che ci pare emergano nel campo della politica economica interna, nel campo del commercio internazionale, nel campo della politica demografica.

. . .

5. - Variamo, per ciò che concerne la politica economica interna, i sistemi dei vari Stati dal comunismo integrale al liberismo più schietto.

Il sistema liberista appare particolarmente consono ad una popolazione in cui sono sviluppati lo spirito d'iniziativa e le tendenze individualiste; mentre a popolazioni docili e scarse di forti personalità più facilmente si addicono i sistemi che inclinano verso il socialismo. L'adozione di uno piuttosto che di un altro sistema dipende quindi, anzitutto e in misura essenziale, dalle qualità della popolazione. Non mai, a quanto io sappia, il sistema comunista ebbe successo tra gli anglosassoni, generalmente dotati di forte individualità e di spiccato spirito di iniziativa, tra i quali anzi gli stessi partiti socialisti moderni si ammorbidirono, trasformandosi in partiti del lavoro che in definitiva si adattano senza troppe difficoltà al sistema borghese.

Esempi ben riusciti di comunismo integrale si trovano invece, tra gli aborigeni dell'America, come nell'Impero degli Incas e nello Stato gesuita del Paraguay. Anche in altri stati, come l'Azteco, sorto inizialmente

con carattere democratico,l'iniziativa individuale viene soggiogata dalla disciplina di gruppo. Corrisponde ciò alla natura docile,disciplinata, e poco volontaria dell'indio.

Caratteri da certi punti di vista analoghi presentava in Europa il popolo russo,circostanza che può spiegarsi gli elementi di comunismo che persistevano nell'organizzazione sociale della campagna,del pari che il durevole successo della rivoluzione bolscevica,fallita,invece,in altre parti di Europa.

Le altri popolazioni del continente europeo,del pari che le popolazioni affini del bacino mediterraneo,appaiono,dal punto di vista dell'iniziativa e dello spirito di gerarchie,intermedie; e nella loro storia vediamo conseguentemente alternarsi sistemi inspirati,più o meno fortemente,ai principi liberisti o viceversa informati al programma socialista,a seconda delle esigenze tecniche e professionali,dell'intensità del progresso economico e dello studio evolutivo della popolazione.

Io credo che si possa riconoscere una concomitanza del prevalere del liberismo coi periodi di rapido progresso. Molti saranno tentati di dedurne che il sistema liberista facilita il progresso. Ma,a mio modo di vedere,la relazione si verifica piuttosto in senso inverso. Sono,cioè i periodi di progresso rapido che risultano più adatti al sistema liberista,mentre nei periodi stazionari possono fare miglior prova i sistemi socialisti.

S'intende,infatti,come in periodi di rapido progresso economico e di radicali trasformazioni tecniche generalmente assumano maggiore importanza l'iniziativa individuale e la plasticità che caratterizzano il regime liberista,mentre in un periodo stazionario il corrispondente inconveniente della rigidità di funzionamento del sistema socialista può pas-

sare in seconda linea di fronte ai vantaggi,che derivano sopratutto da una maggiore stabilizzazione delle funzioni economiche e dell'annullamento delle competizioni individuali.

Fu bene osservato come nel periodo ellenistico,del pari che verso la fine dell'Impero Romano e nell'epoca bizantina,quando prevalsero in tanta parte dell'organizzazione economica i sistemi socialisti,le grandi unità statali che li adottarono non si trovarono punto in condizioni peggiori,ma anzi migliori,delle popolazioni che persistettero nei regimi a carattere più liberista.

Le doti d'iniziativa individuale assumono naturalmente diversa importanza per le varie categorie di occupazioni,nelle quali d'altronde le competizioni individuali sono,in misura molto diversa,generatrici di buone e di cattive conseguenze. E' comune detto che la concorrenza è l'anima del commercio,onde non può sorprendere che popoli dediti al commercio trovino più co,facente alla loro natura i sistemi liberisti. Fruttificano,in questi,e si sviluppano quelle doti d'iniziativa e di adattamento che sono necessarie per la riuscita della massima parte delle branche commerciali,della navigazione alla banca e dall'intermediazione alle imprese di trasporti e di rivendita. Ciò vale però particolarmente,se non esclusivamente,per il periodo di sviluppo delle nazioni commerciali; mentre,in uno stadio successivo,esse molte volte si adoperano a consolidare,mediante un regime di,centralizzazione e di monopolio,i vantaggi conseguiti nel periodo di prosperità. Lo mostra la storia degli Stati che si succedettero nello sfruttamento delle Vecchie come delle Nuove Indie; lo mostra del pari la storia di Venezia e quella di Cartagine.

Queste situazioni ci porgono l'occasione per passare ad illustrare

una terza regolarità,che si può riconoscere nella multiformità dei sistemi di politica economica interna. Consiste tale regolarità in una tendenza evolutiva dei sistemi liberisti verso i sistemi socialisti con l'invecchiare della nazione.

Le nazioni giovani,in confronto di quelle costituite a unità da lungo tempo,ci appaiono relativamente eterogenee,indisciplinate,in preda a tendenze diverse e variamene prevalenti di momento in momento,mentre le nazioni vecchie presentano qualità opposte e risultano dotate di spirito gerarchico,di stabilità e omogeneità di caratteri e di sentimenti. Fattori molteplici contribuiscono a questo risultato; sono fattori biologici derivanti dal fatto che generalmente le nazioni giovani traggono origine da incroci e presentano pertanto,nei loro componenti,una gamma particolarmente ampia e varia di combinazioni dei caratteri divergenti delle stirpi genitrici; fattori demografici ,in quanto,nelle nazioni recenti,le classi giovanili rappresentano una percentuale relativamente alta,mentre le classi avanzate in età sono più largamente rappresentate nelle nazioni di lunga data; fattori economici,perchè in generale lungo l'evoluzione delle nazioni si viene accentuando la differenziazione economica,la quale,quando non oltrepassa certi limiti,contribuisce alla solidità delle gerarchie sociali; fattori amministrativi,per lamaggiore vastità ed efficienza che nelle nazioni di lunga data viene assumendo l'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici e la crescente diffusione altresì delle organizzazioni collettive private; fattori sociali,per lo sviluppo ed il consolidamento dello spirito di civismo e di solidarietà attraverso l'azione cumulativa dell'educazione,della tradizione,della selezione sociale.

Sono,tutti questi,fattori,i quali fanno sì che i sistemi liberisti,a parità di circostanze,risultino meglio rispondenti alla natura delle popolazioni giovani,non appena queste abbiano raggiunto la capacità di governarsi da sè,mentre nelle nazioni di lunga formazione assumono maggiore importanza i pregi,e si attenuano gli inconvenienti,dei sistemi socialisti.

S'intende, così, come le ultime fasi della civiltà ellenica e romana siano state caratterizzate da ordinamenti spiccatamente improntati a principi socialisti, principi che, per un tempo ancora più lungo, informarono la civiltà egiziana.

* * *

6. - La politica degli scambi internazionali presenta, non meno della politica economica interna, una grande varietà di forme, che ha un estremo il sistema della porta chiusa e all'altro quello dell'assoluta libertà degli scambi.

Anche in questo campo, però, è dato cogliere qualche relazione uniforme.

S'intende, anzitutto, come su tale politica influenza decisiva possano esercitare le dimensioni dello Stato. Ovviamente solo uno Stato convenientemente esteso può pensare ad attuare il sistema della porta chiusa. A prescindere da tale soluzione estrema, si dimostra che gli effetti economici dei dazi, sia all'importazione che all'esportazione, dipendono dalla importanza economica che sul mercato internazionale della merce assume il paese che l'impone, il gravame del dazio che questo percepisce pesando, a parità di altre circostanze, in misura tanto maggiore sugli altri paesi quanto maggiore è l'importanza dello Stato che l'impone sul mercato internazionale (1).

(1) Per la dimostrazione di questa proposizione, del pari che per gli altri argomenti relativi alla politica degli scambi internazionali, possono vedersi gli articoli su La revisione del processo contro il protezionismo, usciti in "Economia", anno I, nn. 1 e 2, giugno e luglio 1923, e ristampati a cura del Circolo di Studi Economici di Trieste (Trieste, Libreria Editrice C. U. Trani, 1923).

Sta qui la ragione per cui, se nel dilagare del protezionismo sussistono ancora isole di liberismo, queste sono rappresentate da piccoli Stati.

Altro fattore importante per la politica doganale è quello della qualità e della specializzazione della produzione.
S'intende che, più la produzione di un paese è varia, e minore importanza assume la limitazione del suo territorio.
I paesi, d'altronde, che sono produttori di materie prime e di derrate alimentari di prima necessità, si trovano generalmente in condizioni vantaggiose nelle competizioni commerciali e possono, con maggiore probabilità di successo, imporre agli altri paesi dazi di esportazioni.
Collegato al fattore anzidetto è quello della posizione geografica delle nazioni. Questa invero può favorire l'una piuttosto che l'altra categoria di occupazioni; in particolare può prestarsi o meno, allo sviluppo dell'attività commerciale. La quale non solo è favorita, come abbiamo visto, all'interno, dal liberismo, ma prende maggior vigore nel campo internazionale quanto meno gli scambi sono ostacolati.
Nei piccoli Stati litoranei, alla posizione geografica si aggiunge, nel favorire le tendenze liberiste, la limitazione del territorio. Può dirsi, d'altronde, che è precisamente la circostanza favorevole di trovarsi sul mare, ai passaggi, obbligati delle merci, che permette a tali piccoli Stati di sopravvivere nella selezione che si attua tra le Nazioni, in cui, a parità di circostanze, le grandi unità evidentemente risultano avvantaggiate. Sta quella ragione per cui i piccoli Stati si mantengono soprattutto sulle sponde dei mari e particolarmente agli sbocchi dei grandi fiumi o di altri mezzi di comunicazione naturale, come può osservarsi sul Baltico e sulla Manica, nel Golfo delle Antille e nella Guinea, mentre, con scarse eccezioni, l'interno dei continenti è occupato da vaste unità politiche. Le eccezioni si incontrano quasi esclusivamente in zone montane, che sono naturalmente protette dall'isolamento geografico o per lo meno lo erano all'epoca della loro costituzione ad unità politica.

Decisiva influenza sulla politica doganale ha pure lo stadio ~~nelle~~ di

evoluzione economica della nazione. Si inizia questa, generalmente, da una condizione primoiiiie di economia agricola e mineraria, mentre solo successivamente si sviluppano le industrie manifatturiere e, col prevaler di queste, si ingrossa la corrente dei traffici.
Tale successione è collegata col fatto che le industrie agricole e minerarie lavorano, da un certo punto in avanti (punto però che viene raggiunto relativamente molto presto), a costi crescenti, mentre le industrie manifatturiere lavorano, almeno per un lungo tratto del loro sviluppo, a costi decrescenti. Per una nazione incipiente, scarsa d'uomini e di capitali, vi è così vantaggio a dedicarsi alla coltivazione dei campi e allo sfruttamento delle miniere, fino al punto in cui, diminuendo, col crescere della popolazione impiegata e dei capitali investiti, il rendimento della agricoltura e delle industrie estrattive, non sorga il tornaconto a sviluppare le industrie manifayturiere. Iniziato, d'altra parte, lo sviluppo di queste, esso viene favorito dalla decrescenza dei costi, per modo che il grado raggiunto dall'industria, la sua perfezione tecnica e il rendimento dipendono, oltre che dalla situazione più o meno favorevole del paese, anche da quella che potrebbe chiamarsi l'età delle industrie, e tendono a crescere con questa.
S'intende così come gli Stati, i quali hanno industrie ancora giovani e deboli, sentano la necessità di proteggerle nelle competizioni con gli Stati industriali di più antica data, mentre questi hanno tutto il tornaconto di reclamare la libertà della lotta, salvo poi quando, per ragioni tecniche o demografiche, hanno oltrepassato l'optimum dello sviluppo, a ridiventare fautori della protezione.

. . .

7. - Nel campo della politica demografica variano i sistemi, dal completo disinteressamento dello Stato allo svolgersi delle nascite e delle morti e dei fenomeni migratori (che, meglio che un sistema, potrebbe dirsi l'assenza di ogni sistema), fino alla più energica politica propulsiva o repressiva dell'aumento della popolazione all'interno e alla po-

litica più spinta di assorbimento,o viceversa di espansione,verso l'e_
sterno.
Anche qui non è difficile cogliere qualche relazione uniforme tra politi_
ca statale,da una parte,e circostanze ambientali e interne delle popola_
zioni dall'altra.
E' ovvia la dipendenza della politica demografica dalle condizioni di
sovrapopolazione,o viceversa di spopolamento,in quanto la prima natural_
mente spinge i governi a disfarsi degli abitanti soverchi e a mettere pi
o meno apertamente un freno alla loro moltiplicazione eccessiva,mentre
l'abbondanza di risorse economiche rispetto alla popolazione li stimola
a facilitare l'immigrazione e a dare impulso all'accrescimento interno.
Non sono però questi i soli fattori che dominano la politica demografica.
Altra circostanza importante è quella dello stadio di evoluzione della
popolazione. L'incuria dei fenomeni demografici caratterizza lo stadio
giovanile delle nazioni,che hanno la spensieratezza che deriva dalla ab_
bondanza. Una maggior cura sopravviene appena si incomincia ad avverti_
re,in determinate categorie,una certa scarsezza di teste o di braccia,
cura che viene facendosi più intensa,fino a trasformarsi in preoccupazio_
ne,coll'accentuarsi di uno squilibrio tra sviluppo demografico e svilup_
po economico,e diventa infine ossessione quando la decrescenza demografi_
ca si è fatta manifesta e insidia la compagine economica e la potenza
militare della nazione.
Lo stadio di evoluzione della popolazione rappresenta un fattore di ca_
rattere ciclico nella storia dell'umanità. Altri fattori hanno invece un
effetto progressivo.
Uno di tali fattori è rappresentato dal crescente sviluppo delle cogni_
zioni scientifiche che permettono di prevedere a notevole distanza di
tempo la futura evoluzione demografica ed economuca della nazione.Di
qui la possibilità di prendere in debita considerazione gli interessi
delle generazioni future accanto a quelli della generazione presente

e l'opportunità di adottare talvolta una politica demografica diversa, o addirittura opposta a quella che una considerazione limitata alla situazione del momento, avrebbe suggerito.

Sono le cognizioni scientifiche che, in un periodo come l'attuale di persistente accrescimento naturale delle popolazioni europee, hanno fatto gettare l'allarme sopra il loro avvenire, dimostrando, per molte di esse, il pericolo imminente dell'arresto dell'incremento della popolazione e di una successiva diminuzione. Certamente, se cognizioni analoghe fossere allora avute, la politica contro la denatalità si sarebbbe in Roma iniziata alcuni secoli prima, e forse avrebbe sortito maggiore successo.

Fattore di carattere progressivo è pure costituito dallo sviluppo della popolazione mondiale. Mentre lo sviluppo delle singole popolazioni pare seguire un andamento ciclico, la popolazione mondiale, nel suo complesso, si può ritenere in via diè progressivo aumento, in connessione con i progressi della tecnica produttiva e col perfezionamento dei mezzi di protezione contro gli agenti naturali e contro le specie viventi che insidiano la vita umana. I contatti con le varie popolazioni sono così venuti facendosi sempre più stretti, mentre l'isolamento geografico ha quasi perduto ogni importanza.

Queste circostanze, non solo facilitano, attraverso la migliore conoscenza reciproca e un più agevole e rapido trasporto, la possibilità di scambi tra le varie popolazioni, ma fanno non di rado acquistare agli stessi fenomeni migratori diversa portata, poichè diversa è l'importanza di avere nel proprio seno immigrati da altre nazioni a seconda che queste sono lontane o vicine e possono o meno mantenere con gli emigrati rapporti culturali, economici e politici. S'intende, quindi, il crescente interesse che i vari Governi spiegano nel sorvegliare e disciplinare le correnti migratorie. Ne trae stimolo la politica demografica internazionale (1).

(1) Una classificazione dei vari sistemi di politica demografica può trovarsi nel rapporto su La politica demografica dei varii Stati, presentato

dallo scrivente alla riunione di demografia indetta per l'anno 1929 dal_ la "Norman Wait Harris Memorial Foundation" presso l'Università di Chi_ cago. Il rapporto,accompagnato da un riassunto delle discussioni che se_ guirono,trovasi riprodotto in Nascita,evoluzione e morte delle nazioni, Istituo Nazionale Fascista di Cultura - Roma, 1930.

. . .

8. - Nell'esame che abbiamo fatto dei vari rami della politica economi_ ca - politica economica interna,politica degli scambi internazionali, politica demografica - abbiamo in tutti constatato la presenza di fatto_ ri evolutivi connessi al ciclo di sviluppo delle nazioni. E' appena ne_ cessario insistere sulla circostanza che questi fattori evolutivi non sono punto fra loro slegati. Variazioni di caratteri biologici,modifica_ zioni demografiche,relative sia alla densità e alla distribuzione terri_ toriale,sia alla composizione per età della popolazione,differenziazio_ ne economica,sviluppo e crescente efficienza dell(amministrazione,progres so delle industrie e consolidamento della solidarietà sociale,non si at_ tuano isolatamente,ma in stretta connessione tra loro,talvolta cumulando, talvolta compensando i loro effetti,e dando all'evoluzione ciclica delle nazioni quelle caratterisitche che la fanno,per tanti aspetti,rassomiglia re al ciclo vitale dell'individuo. La politica economica deve riguardarsi come una delle manifestazioni di tale sviluppo,esa pure vincolata ai fat_ tori suesposti non da legami di pura dipendenza,ma per interdipendenze varie e molteplici.

Tali legami si manifestano, non solo attraverso l'intensità,ma anche at_ traverso le forme che la politica economica assume nei vari stadi di svi_ luppo della nazione.

E' sopratutto il paternalismo, che assume importanza nei primi stadii di sviluppo della nazione. Quando la sua influenza istruttiva ed educatrice si è sufficientemente esercitata,vengono in gran parte a mancare i suoi stessi presupposti,e la nazione mostra spiccata tendenza a passare dal regime

paternalista al regime liberista,in cui i singoli vogliono esplicare appieno,secondo le tendenze ed i gusti individuali,le cognizioni e le attitudini acquistate durante la scuola del precedente periodo. Ma ben presto gli inconvenienti d'una troppo libera e slegata condotta nel campo economico si fanno manifesti,e la nazione manifesta chiaramente la proposizione a mettersi sulla strada della politica di conciliazione,di espressione e di regolazione.

Generalmente,provvedimenti appartenenti alle tre forme di politica economica,coesistono,ma non si può disconoscere una tendenza a passare dalla politica economica di conciliazione a quella di espressione di mano in mano che si cementa la solidarietà tra gli appartenenti alle generazioni presenti e tra queste e le generazioni future,mentre le accresciute cognizioni fanno svanire i contrasti derivanti dall'ignoranza e dagli equivoci e la migliore efficienza amministrativa attenua il contrapposto tra lo Stato come espressione della collettività ed i singoli individui. D'altra parte, vi è tendenza a passarecdalla politica di,espressione alla politica di regolamentazione quando la crescente solidarietà porta ad identificare lo interesse che i cittadini hanno alla prosperità dello Stato uti singuli e uti soci, e le cognizioni sui meccanismi di autoconservazione nei periodi normali, di autoriequilibrazione nei periodi patologici e di autoregolazione nella evoluzione delle nazioni,si approfondiscono e si diffondono.

. . .

9. - Altra regolarità che emerge dall'esame dei provvedimenti di politica economica attraverso il tempo,è l'analogia che speso in una determinata epoca si riscontra nei sistemi adottati dai singoli Stati. Anche la politica economica sembra svolgersi attraverso il tempo con un modo ondulatorio, in certe epoche intensificando la sua azione fino a raggiungere i provvedimenti pia rigidi e in altre,invece,tendendo a ridursi ad un minimo di interventismo. Questa tendenza alla solidarietà della politica economica dei vari Stati si contrappone,talvolta prevalendo su di essa,tal'altra,

invece,essendone sopraffatta,alla tendenza degli Stati singoli a seguire ognuno una politica determinata dalle proprie condizioni economiche e dal proprio stadio evolutivo. Non sempre però tale contrasto si verifica,chè anzi in taluni casi è precisamente la comunanza della situazione economica e dello stadio di,sviluppo che spiega la solidarietà dei vari Stati nella loro politica economica.

Il carattere uniforme,che tante volte presentato la politica economica europea dal Medio Evo ai giorni nostri - durante alcuni secoli lercantilista,poi liberista,poi protezionista - e che oggi ancora presenta,può appunto trovare la sua spiegazione in tale circostanza. Nè ad essa si oppone la constatazione che taluni Stati precedono gli altri nel passaggio dall'uno all'altro sistema - l'Inghilterra,ad esempio,nel passaggio dal mercantilismo al liberismo,la Germania in quello dal liberismo al protezionismo - perchè tale precedenza si può appunto mettere in relazione con una precedenza nello stadio di sviluppo,che divenne poi comune alle altre nazioni europee. Accade,talvolta,che qualche Stato,troppo arretrato nell'evoluzione comune,non è in grado di seguire gli altri e se ne stacca (così la Russia quando il resto d'Europa abbandonò il protezionismo per avviarsi verso il liberismo), salvo a raggiungerli ad una tappa successiva e talvolta poi a sorpassarli.

Simile spiegazione può darsi dell'analogia della politica economica degli Stati industriali Europei,da una parte,e,dall'altra,di quella degli Stati di origine coloniale, a carattere tuttora preminentemente agricolo.

Similmente l'analogia dell'azione svolta dai Governi durante la crisi odierna,nel campo del lavoro,della circolazione,degli scambi internazionali,trova evidentemente radice nell'analogia delle loro situazioni economiche.

L'analogia di situazioni economiche e di stadio di sviluppo di un gruppo di paesi può,d'altra parte,creare un'atmosfera generalmente favorevole ad una certa forma di politica economica e ingenerare anche in que-

sto campo una specie di moda, la quale diviene di per sè stessa una forza atta ad influenzare la condotta dei Governi.

Rimane vero che non sono le teorie che creano i sistemi di politica economica, ma le situazione che determinano ad un tempo e la politica economica e le teorie economiche, ma è vero altresì che queste ultime, una volta create, possono esercitare una certa influenza sulle attitudini di alcuni Stati la cui situazione economica è incerta o non esattamente valutata dai governanti. E così non pare che a questo fattore psicologico possa negarsi un'importanza nella diffusione tra gli Stati Europei del sistema liberista prima e del sistema protezionista poi. In Italia, ad esempio, l'adozione del sistema liberista, dopo l'unificazione, sembra potersi attribuire più ad una concessione alle idee dominanti del tempo, che ad una rispondenza ai veraci interessi del paese.

Anche più potente dello spirito d'imitazione si dimostra in certi casi la necessità di reciproche concessioni o viceversa l'opportunità di appropriate ritorsioni. Possono le prime portare, attraverso i trattati commerciali, ad una attenuazione delle divergenze tra i sistemi particolaristi dei vari Stati, mentre le secondo possono generalizzare misure protettive o proibitive.

All'infuori di ogni misura di ritorsione o viceversa di ogni accordo transattivo, può osservarsi che l'adozione, da parte di taluni gruppi di Stati, di certe misure può far sorgere in altri un vantaggio ad adottare misure analoghe.

Abbiamo già detto, come l'effetto economico di un dazio all'importazione o all'esportazione dipenda essenzialmente dall'importanza che lo Stato, il quale lo impone, assume sul mercato internazionale. La proposizione resta vera naturalmente se, nazichè considerare uno Stato singolo, consideriamo un sistema di Stati. Ond'è che uno Stato di dimensioni ridotte può non avere interesse ad imporre da solo un dazio che gli recherebbe in definitiva più danno che vantaggio, ma può invece aver vantaggio ad aggiungersi in tale imposizioni ad uno Stato di maggiore importanza o a

vari Stati che pure singolarmente presi,sono di estensione limitata. E' vero altresì che talvolta,al contrario, l'adozione di un sistema da parte di,uno Stato può provocare in altri l'interesse ad adottare il sistema opposto. Ciò è avvenuto,per esempio,nel caso della gomma da parte delle Indie Olandesi di fronte alla limitazione di esportazione introdotta nelle Indie Inglesi col patto Stevenson,e può avvenire in generale quando l'adozione di un sistema di politica economica favorisce la concorrenza degli Stati competitori. Si tratta generalmente,in tal caso,di sistemi che, recismante per effetto di tale crescente concorrenza,non possono durare a lungo,come è appunto avvenuto per il patto Stevenson. Per modo che questa eccezione non toglie validità alla regola di una tendenza alla solidarietà della politica economica dei vari Stati.

. . .

10. - Il compito che mi ero proposto può dirsi assolto se in queste pagine sono riuscito a mostrare come,dalla multiforme fenomenologia della politica economica,qualche uniformità si possa trarre.
Trarre dal multiforme l'uniforme è la funzione della scienza.
Possano le considerazioni di questa introduzione essere accolte come un contributo alla costituzione di una scienza della politica economica e stimolare altri ad apportare ad essa contributi ulteriori.

CORRADO GINI

(Da "Rivista di Politica Economica")

765

QUADERNO DI

Flegenbeimer - parte 1ª -

ASSR Archivio storico del Senato della Repubblica

Bonn / Rhein
Meckenheimerstraße 30
M. M.

OTTOBRE
19 DOMENICA a. Pieno 262-103

Flogulreimer

Il problema dello strumento doloso

A: parte generale: §1 Il concetto - Nozioni introduttive

Vi è nella vita del diritto civile un fenomeno a tutti noto, cioè che il soggetto di diritto, allo scopo di realizzare i suoi fini e le sue intenzioni non sempre procede egli stesso in persona, ma, in quanto eccezionalmente non sia richiesta da lui una azione schiettamente personale, si serve o può servirsi all'uopo di forze ausiliarie di diversa specie.

La ragione di questo fenomeno è chiara: talvolta, colui che consapevolmente si astiene dall'agire, non si sente capace o energico abbastanza per eseguire personalmente il suo consiglio, talvolta egli ha un interesse a non agire all'estremo personalmente ed a valersi invece di un altro (Ricordiamo certi magri giuridici fiduciari, e l'esistenza di persone che fanno da prestanome).

Quello il mondo dei delinquenti conosce la tendenza ad astenersi prudentemente

dalla commissione personale del fatto, sia perchè l'uomo dietro la quinta (Hintermann) si ritiene all'uopo fisicamente incapace, sia perchè gli manca il coraggio o l'abilità, sia perchè vuole trarre da sè su di un altro il soggetto del delitto.

Questo rapporto dell'uomo dietro le quinte ed il suo mandatario (come mi già accennato cari del diritto civile) non è sempre subito riconoscibile sull'altro per l'osservatore, il testimone oculare di un fatto punibile, così come per gli organi della giustizia penale. Occorre una più intima, spesso estremamente difficile, anzi qualche volta impossibile ricerca per scoprire il vero stato delle cose.

Per constatare chi deve essere punito, dobbiamo e partendo dall'evento finalmente rilevante seguire indietro la «catena causale» (Kausalkette) ». [1]

(1) conf. PETRI pg 16 — MITTERMAIER pg 235 segg — DINDINO G.S. 76 pg 413 — BELING Z. 23 pg 990

Ora colui che per la realizzazione delle sue intenzioni criminose si vuole servire di un altro, ciò può fare in due modi diversi:

1°) egli può raccontargli le sue idee criminose e determinarlo a far sì propria l'intenzione criminosa e di eseguire l'azione di esecuzione. La Mittelsperson è quindi un uomo che agisce dolosamente, responsabile come autore doloso. Così perveniamo al concetto del mandato (Auftragung) che è diritto positivo: Autore è qui la Mittelsperson che compie il fatto; la persona che l'ha determinato è l'istigatore (Anstifter).

2°) egli si serve di un altro nel modo che questo, determinato da lui, eseguisce tutto il fatto, ma senza agire dolosamente e colpevolmente, sia

a) che l'altro non era responsabile (incapace di intendere. unechnungsfähig)

b) che questi non ha agito dolosamente (mentre il determinatore era doloso)

c) che poteva valersi di una ragionevole

esclusione della colpa (p. es. minaccia nel senso dell'art. 52 cod. pen.)

Questi sono i casi ordinari e generalmente riconosciuti della qualità di autore mediato (nel senso comune del linguaggio giuridico). Il determinatore avente l'idea del delitto ci appare qui contemporaneamente come l'autore che eseguisce la sua idea, e l'altro è soltanto uno strumento [1]

L'autore mediato si presenta nella vita dell'istigatore, col dolus dell'autore propriamente detto, e da ambedue la figura deriva la metà dell'uno essere.

Fra questi due estremi - mandato (Auftragung) e qualità di autore mediato (nel senso comune) - sono possibili dei casi, in cui la persona agente dietro istigazione possiede piena responsabilità e agisce forse con piena consapevolezza della antigiuridicità e con dolus (sua una ragione di esclusione della

(1) vedi Voigt, G.A. 28, pg 124

pena) sua essere responsabile come autore, sia perchè manca una speciale intenzione richiesta per il delitto risultativo, sia perchè manca una qualità speciale richiesta per la persona dell'autore, mentre tale intenzione o qualità possiede quello, che ha determinato l'altro alla esecuzione del fatto.

Noi denominiamo - con una terminologia diffusa nella dottrina giuridico-penale - la persona che agisce immediatamente come «strumento doloso» e distinguiamo lo «strumento doloso non intenzionale» quando manca l'intenzione necessaria al delitto e lo «strumento doloso non qualificato» quando manca la qualità personale.

Oltrepassando la nostra formulazione il R.G. e alcuni A.A. comprendono col concetto «strumento doloso» generalmente tutti quei casi in cui l'agente possiede la responsabilità e agisce dolosamente e sua ragione di esclusione della colpa, ma non ha la volontà d'autore, mentre

lo Hintermann tra la volontà rispettiva.

Inoltre il BINDING, dal punto di vista della sua concezione ancora della qualità di autore mediato ed immediato, conosce degli «strumenti» autori, che non si fanno subordinare sotto le nostre categorie (1)

Una minuta indagine di questa forma di cooperazione di più persone all'esecuzione di un evento penalmente rilevante è il compito della nostra ricerca. Fin ora nessun lavoro importante sistematico fu dedicato a questo tema. Sparso e per lo più brevemente trattato troviamo il nostro materiale nella letteratura sulla compartecipazione e la qualità di autore mediato, e così è comprensibile, sin dal l'inizio, che il punto di vista scientifico riguardante il nostro problema varia assai secondo la concezione dei singoli AA. riguardo alla materia discussa della

(1) vedi anche KOHLER, Studien pag 113 e segg.

194 dottrina della compartecipazione.

§ 2. Letteratura e Giurisdizione

Riassunto: per avere una chiara visione è necessario di enumerare tutta la letteratura e di citare gli A.A.

I Cominciamo con l'opinione dello HERZOG e degli A.A. aventi opinioni affini alla sua:

HERDST G.S. 29, pg. 438 e segg.
HÖPFNER Z. 22, pg 205 e segg.
SCHÜTZE: Zeitschrift, pg 160, Nr. 15
SCHÜTZE: Teilnahme, pg 237 e segg

Senza il fatto principale (Haupttat) di un altro, avente pieno carattere di delitto non è concepibile una compartecipazione punibile - ciò è un principio comune della odierna dottrina penale. Compartecipazione è data più laddove manca all'autore principale soltanto una condizione soggettiva personale della punibilità o dove si è una

personale ragione di esclusione della pena.[1]

Contro questa concezione si rivolge lo HERZOG in alcuni articoli nel Gerichtssaal:

GS. 24 pg 450 segg
" 26 " 40 "
" 28 " 323 "

Gli A.A. sopra enumerati dichiarano tutti che sia possibile la compartecipazione anche ad un fatto principale scusato (schuldlos)

Nel GS. 26 pg 42 lo HERZOG precisa la sua opinione: « secondo la concezione da noi sviluppata è autore colui, che ~~solo~~ con una qualsiasi modalità ha causato il delitto - da un punto di vista esteriore, - ma che nel caso concreto è prosciolto da una ragione di esclusione della pena». Ma si deve osservare che, se lo HERZOG e gli altri A.A. parlano di una ragione di esclusione della pena, ciò non viene detto nel senso tecnico - art. 51 e segg. cod.

(1) vedi BELING, Z. o. b. pg 419

pen. - e che secondo il punto fondamentale di HERZOG si potrà piuttosto dire: giudicando nella presenza di una « azione punibile » si deve esaminare soltanto

pg 5 lo svolgimento esterno; cioè se questo sia dirsi una fattispecie oggettiva di una legge penale contenuta nella parte speciale del cod. pen. - p.es: è stato ucciso? - è stato rubato? - La esistenza di una figura esterna del delitto, (HERZOG: äußere Verbrechensfigur) il lato soggettivo, è assolutamente da distinguere da questo problema. La teoria dello HERZOG così compresa può dare un risultato semplice nei casi dello « strumento doloso » non intenzionale: il determinatore è punibile come istigatore (Anstifter); lo « strumento doloso » è impunibile se non la sua attività ~~se~~ realizza un fatto punibile autonomo.

II. Anche i difensori della Teoria soggettiva della compartecipazione pervengono ad una

soluzione del problema dello strumento doloso, che, a prima vista, sembra molto applicabile e chiara:

La Teoria Soggettiva, come è noto, dice: Se più persone hanno collaborato alla esecuzione di un delitto, ognuna di loro ha commesso questo concorso. Il limite fra qualità di autore e compartecipazione non è di natura causale, bensì psichica. Il Täter agisce con l'animus auctoris, il complice con l'animus socii subordinato al primo. La quantità dell'attività svolta è irrilevante. Questa breve esposizione della Teoria Soggettiva ci dà per i casi dello strumento doloso la seguente soluzione: Colui che con il dolus di autore determina un altro di eseguire la fattispecie oggettiva di una legge penale, nel modo, che quest'altro agisce sì dolosamente, ma senza il completo dolus d'autore, - specialmente, se manca l'intenzione nei delitti intenzionali -, è autore punibile - autore mediato -; l'agente, lo strumento

doloso, è complice

BORCHERT pg 91, 100

GLASER pg 113 e segg

HELLDORF pg 8

MÖSSMER pg 50 e segg

OLSHAUSEN §47 - N17.

PETRI pg 47 e segg; 50 e segg.

(Sul R.G. vedi più innanzi).

Citiamo ora alcuni A.A.:

BORCHERT pg 100: « qualità di autore mediato
« è data laddove per un concorso punibile
« oggettivamente non è responsabile come
« autore colui, che fisicamente l'ha prodotto,
pg 6 « ma un altro, cioè quello che dell'autore fisico
« si è servito come strumento... Ma la qualità
« di autore mediato non esclude che anche
« l'agente fisico - lo strumento - si sia reso
« punibile: la punibilità dell'autore fisico
« oltre quella dell'autore psichico è possibile
« in diversi modi. In primo luogo l'autore
« fisico di regola è punibile nei casi in cui
« egli ha agito consapevolmente antigiuridicamente

«concorre quale strumento doloso ed in cui «non è autore vero soltanto per il fatto poichè «ha agito o senza il dolus specialis esigito «per il relativo delitto o (e qui si tratta di «un altro argomento che quello del mancante dolus «d'autore!) poichè non ha le qualità perso«nali richieste nella fattispecie del delitto «rispettivo o poichè non sono esistenti determi«nati rapporti dell'autore senza i quali la fat«tispecie interna (= oggettiva [sola d. trad.]) non «è realizzata. In questi casi l'autore fisico «è punibile come complice,»

poichè secondo il BORCHERT: l'animus del dolus d'autore è l'unico criterio che distingue la qualità di autore dalla complicità.

Quindi per il BORCHERT, nei casi in cui lo strumento doloso «non intenzionale» ma «non qualificato» colui, che dietro la determinazione di un altro agisce sì dolosamente, ma senza il necessario dolus speciale, non è autore, ma è complice

di chi lo ha determinato. BORCHERT non dà importanza alla quantità di attività svolta; secondo lui è data la qualità di autore sempre nei casi in cui uno ha commesso un'azione che realizza la fattispecie oggettiva di un fatto punibile, in cui però questa azione è da attribuire ad un altro, poichè questi l'ha prodotto e causandola ha agito con quella colpa (Verschuldung) che la legge penale rispettiva esige dal l'autore.

Simili idee si trovano recentemente da PETRI: partendo dall'affermazione (pg 12):

pg 7 «ognuno che ha collaborato ad un evento pu«nibile, è autore di questo evento, ed è autore punibile, se l'evento concorda con la sua volontà colpevole» egli perviene alla conclusione di dichiarare «autore» il determinatore, «complice» lo strumento doloso, dicendo riguardo ai casi dello strumento doloso non intenzionale: (luogo cit. pg. 27)

«Nella persona dell'autore penalmente ver-

«punibile debbono realizzarsi tutte le «circostanze del fatto (Tatumstände) che la «legge penale concreta richiede. Se manca «nella persona usata la intenzione appar«tenente alla fattispecie del delitto, essa non «può essere autore. Autore può essere in «tal caso solo colui che oggettivamente ha «realizzato la fattispecie del delitto e sogget«tivamente ha agito con colpa (schuldhaft). «L'azione di esecuzione, di sè per sè neutra, «segue la volontà che finalmente l'ha con«sata.»

Riguardo allo strumento non qualificato egli dice: (luogo cit. pg. 50, pg 59 nota 3) «la qualità di autore mediato è ammessa «da alcuni A.A. se un "extraneus" determi«nato da un "intraneus" ha realizzato «dolosamente l'intera fattispecie oggettiva «di un delitto speciale (Sonderverbrechen), «ma non può essere considerato come «un "Angestifter" nel senso dell'art. 48 «cod. pen., poichè gli mancano le qualità

di un "intraneo".»

La giustificazione di una siffatta opinione si può basare secondo il PETRI solamente nel fatto che, siccome il concetto della Anstiftung è troppo ristretto, ma poichè il determinatore ha il dolus d'autore e si serve soltanto per la realizzazione della fattispecie oggettiva di una persona, egli è punibile come autore mediato.

In quest'ultimo riguardo si trovano opinioni concordanti anche nel

COENDERS (pg 180, nota 1) che dice, che la Anstiftungsnorm delle leggi penali sia sempre una disposizione di eccezione (Ausnahmebestimmung) e che quindi senza di essa tutto sia sussumibile sotto il concetto di autore; la classificazione giuridica dei casi non sussumibili sotto il concetto della Anstiftung sarebbe quindi indubbia: essi casi sono qualità di autore. - Molto affine alla Anstiftung sia il caso, in cui un delitto di professione è commesso da una Mittelperson

che è pienamente conscia della reale pg 8
situazione delle cose (Sachlage): un pubblico ufficiale determinatore di un non-impiegato ad una azione punibile soltanto come delitto d'ufficio, è punibile come autore pure se l'altro agisse consapevolmente.

Secondo GLASER, (pg 113 e segg), il determinatore deve avere la volontà che l'autore immediato prenda quella decisione (= volontà [nota a. Trad.]: Entschluß) la quale è necessaria per il delitto rispettivo, - affinché si possa parlare di una esecuzione dolosa di quel determinato delitto. Da ciò segue la nota affermazione che quello non è determinatore nel senso della legge (Anstifter) che ha voluto determinare lui all'esecuzione del fatto, ma non all'assunzione del dolus speciale. Questa affermazione non vale soltanto nei casi ordinarii, in cui il determinatore è colpevole di aver indotto in errore l'altra persona, ma pure nei casi, in cui l'autore non è

influenzato dal motivo nè dallo scopo finale, che sono necessariamente connessi al delitto speciale, che egli commette. In questi ultimi casi il determinatore è considerato come autore mediato, e il determinato resta o impunibile, se gli manca qualsiasi dolus, o egli è complice, se gli mancava il motivo speciale del delitto.

Pienamente sulla Teoria soggettiva si basa pure la costruzione del MÖSSNER di una persona di delitto (Verbrechensperson) creata dalla unione di una persona di volontà (Willensperson) e di una persona meccanica di esecuzione (mechanische Ausführungsperson) (1)

Vedi luogo cit. pg 65: « se si mostra « l'azione dell'autore fisico come un agire « puramente esterno, mentre la forza mo- « trice è da ricercare in un altro individuo, « e si è trovata, apparentemente si ha una

(1) luogo cit. pg 70

«duplicità di persone, come nella Anstiftung,
«ma soltanto apparentemente. In verità si
«tratta solo di uno «spiritus sceleris» ---
- il resto delle frasi non ha alcun senso.»

Così ci si può spiegare l'ampio concetto del MÖSSMER circa la qualità di autore mediato: (luogo cit. pg 39) «autore mediato «è colui che comprende in sì l'intero dolus «della fattispecie rispettiva e che fa eseguire «da un'altro il delitto oggettivo»

Usata per i casi dello strumento doloso questa definizione li copre tutti. pg 9
Se MÖSSMER non parla di uno strumento doloso, ma questo concetto è compreso in quello della «qualità di autore mediato qualificata» come un caso speciale della qualità di autore mediato.

Anche nel «Kommentar» dello OLSHAUSEN si ritrova la stessa opinione che abbiamo conosciuto nei Soggettivisti:
«§49 P.16: «Mentre colui, che nella esecuzione del fatto coopera col dolus di autore,

«sebbene in un modo minore, cioè specialmente senza eseguire lui una «Tatbestandshandlung» (azione conforme alla «fattispecie), è responsabile per la esecuzione della fattispecie mediante altre «persone come autore o co-autore (Mittäter), - «quello che senza il dolus necessario commette pure la Tatbestandshandlung, è «solo complice.»

E nell' §47 N.17 si pronunzia egli in special modo per lo strumento doloso, che sia possibile il caso, in cui uno come autore unico (Alleintäter) mediante l'uso di uno strumento «cosciente - doloso» commetta un delitto, poichè colui, che conoscendo l'intenzione delittuosa dell'autore e dolosamente eseguisce una parte della fattispecie, non diventi per ciò co-autore, se egli non abbia il dolus d'autore; egli sia responsabile solamente come complice, mentre dal punto di vista dell'autore egli sia uno strumento doloso.

Infine ricordiamo la opinione del LUCAS (pag 106, Nota 2) che respinge la qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso, sebbene egli non usi questa espressione ma "soggettivista". Egli dice che il concetto della qualità di autore mediato diviene sempre più oscuro nella sua trattazione teorica, essendo alcuni A.A. tentati di estenderlo anche sui casi, in cui l'altro agisce dolosamente.

III. Recentemente il BINDING si è occupato col problema dello strumento doloso.

Secondo le sue parole egli non è né per né della Teoria soggettiva né oggettiva, ma riguardo allo strumento doloso non intenzionale e non qualificato egli perviene agli pag 10 stessi risultati come la Teoria soggettiva, partendo dalla affermazione che non sia giusto dire che il complice non debba compiere una azione conforme alla fattispecie (Tatbestandshandlung), e sul suo principio fondamentale

che l'esecuzione materiale della volontà d'autore da parte dell'autore in persona non sia necessaria. L'agente - egli dice - non può essere autore per causa della mancanza della qualificazione o dell'intenzione sebbene egli compia l'azione di esecuzione (Ausführungshandlung); l'altro però può essere autore malgrado l'esecuzione attraverso l'agente, e così il complice può realizzare nei delitti speciali (Sonderverbrechen) tutta l'estrema fattispecie (äußere Tatbestand) essendo egli non dotato con le richieste qualità speciali; e nel caso del furto egli può compiere l'intera sottrazione della cosa con un altro possesso. Il BINDING ammette quindi qualità di autore da parte del determinatore (Bestimmender) - (che egli non vuole chiamare autore mediato) - e complicità da parte dell'esecutore.

Oltreciò il concetto dello strumento doloso è amplificato in conseguenza della speciale concezione del BINDING nella qualità di autore mediato nei casi in cui lo strumento non

è complice, ma autore, sì nei soli casi in cui BINDING parla propriamente di qualità di autore mediato. Qui dobbiamo andare un po' nei particolari.

Se BINDING - come fu detto - parla del concetto che sia errato di chiedere la esecuzione manu propria della volontà di autore attraverso l'autore in persona, con esclusione di strumenti animati, poichè ~~ma~~ è generalmente riconosciuto che l'uso di una bestia o di un incapace d'agire come strumento non esclude la qualità d'autore, si deve riconoscere parimenti, che questa affermazione ha valore pure nei casi in cui è stato usato un uomo capace d'agire come strumento colpevole - e forse anche doloso.

Come fondamento della sua opinione il BINDING adduce l'affermazione in valore sin dall'epoca dei postglossatori: quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur. Questa affermazione sarebbe non valore

come in tutte le discipline del diritto, pure in quella del diritto penale. Che anche la determinazione dolosa di un altro ad una esecuzione colpevole della volontà di autore è concordante con l'ammissione della qualità di autore, ciò riconosce il codice penale negli arts. 142, 340, 341, 343. L'uomo è del resto il migliore, perchè più intelligente e hanno camente più abile coadiuvatore dell'uomo. Egli può appropriarsi le intenzioni altrui e realizzarle attraverso le sue azioni. Ciò vale di tutte le azioni, morali ed immorali, giuridiche e antigiuridiche, eccetto quelle che hanno quale «carattere indelebile» la commissione manupropria; in tutte le altre si è oltre la commissione manupropria quella mediante altre persone, e ciò che l'uno fa fare attraverso l'altro, è sua propria azione, e se lo strumento era capace d'agire era pure l'azione di lui. (1)

pg 11

(1) Vedi Gs. 71, pg 7 e seg.; Gs. 76, pg 95 nota 2

segue

Il BINDING perviene così alla definizione fondamentale: (Grundr. pg 154):

« Autore mediato è quello che si è servito «della determinabilità di un terzo capace «d'agire per la commissione di un reato come «mezzo di realizzazione della propria volontà «di autore».

Autore immediato è quindi (luogo cit.):

« colui, che ha preso mediante l'influenza «dell'autore mediato una siffatta posizione «psichica di fronte al delitto, che egli mediante «la sua azione ha realizzato la sua volontà «e quella delittuosa dell'autore mediato».

È doppiamente errato di chiamare „Bin»

Grundrisz pg 151: « Così ~~[illegible]~~ esamino, «che si serve per la esecuzione di delitti, – «i quali non sono commissibili soltanto «per esecuzione mano propria, di un ca= «pace di agire attraverso il quale egli rea= «lizza la sua volontà di autore, diventa autore «appunto attraverso quell'altro.»

Stifter» l'autore mediato, poichè non ogni «Anstifter» diventa autore e non ogni autore mediato è «Anstifter».

pg 12 Al concetto dell'autore mediato il BINDING contrappone quello del «causatore» (Verursacher) creato da lui stesso. Questo concetto comprende secondo lui i seguenti casi (1)

« 1) Chiamo determina dolosamente un «incapace d'agire alla commissione della «fattispecie oggettiva di un delitto commissi= «bile soltanto mediante l'esecuzione mano= «propria, di cui autore però non deve avere «qualità speciali.

« 2) Una persona a cui mancano le quali= «tà personali richieste per l'autore determina «un altro che possiede tali qualità, alla «realizzazione di una fattispecie concreta di «un delitto.

« 3) Finalmente può uno che non ha «la volontà delittuosa concreta, indispensabile

(1) G. 77, pg. 14 e seg. Vedi anche Grundr. pg 147 e 161

« per la qualità d'autore, determinare
« un altro a commettere un reato ».

Mediante questa opinione, diversa da BINDING da un punto di vista ideale, l'ambito dello strumento doloso è straordinariamente amplificato e cambiato. Uno strumento doloso si ha sempre nei casi in cui nel nodo sovraesposto uno determina un terzo capace d'agire alla esecuzione della propria volontà di autore ed in cui quel terzo agisce colpevolmente; con la colpa d'autore (Täterschuld) e specialmente col dolus d'autore. Il determinatore «autore mediato», la persona determinata invece «autore immediato»; lo strumento ha quindi il significato di un autore! Questa qualità di autore mediato è però secondo BINDING nel diritto positivo per lo più Auslegung. (Non si tratta quindi di casi previsti di uno strumento). Nondimeno ci sono dei casi in cui non si può parlare di Auslegung, ed in questi egli difende anche la

legge data di trattare l'uno come autore mediato e l'altro come autore immediato (1)

Anche il KOHLER (Studien pg. 113 e seg) dice che Auslegung e qualità di autore mediato non si distinguono giuridicamente, anche egli chiama lo Angestifter uno strumento dell'autore e poichè questi vuole
pg 13 essere lo».

Il NAGLER si basa sulle stesse argomentazioni come il BINDING, quando parla dello «strumento doloso non qualificato». L'autore può produrre l'evento anche attraverso una persona che agisce dolosamente in quanto questa persona per mancanza di uno speciale elemento della fattispecie (Tatbestandsmerkmal) non può essere Angestifter nel senso dell'art. 48 cod. pen. Ciò è di importanza appunto per il delitto proprio.

(1) così p.es. se un alias factum è usato come strumento - vedi Grundr. pg 157, 168, 171 riga 8ª; G.S. 70, pg 97, nota 3; pg 90.

« Siccome soltanto uno che è vincolato
<dalle prescrizioni personali può essere sog-
<getto del delitto speciale (Sonderverbrechen),
<questa circostanza personale del fatto (pur-
<sönliche Tatumstand) però nella figura
<di un estraneo non è rilevante, può
<essere autore soltanto la persona vincolata,
<e ciò anche se l'altro di cui essa si serve,
<compie tutta l'oggettiva fattispecie del
<delitto speciale. La persona usata è esclusa
<dalla qualità di autore, e quindi l'art. 48
<non è applicabile: il puro tipo del delitto
<comune mediante un capace d'agire
<resta però esistente. »

Così pure il NAGLER perviene al risul-
tato che il determinatore qualificato
è autore del delitto speciale, mentre l'ese-
cutore non qualificato è complice.

Oltreciò è riconosciuta dal NAGLER
la qualità di autore mediato nei casi
dello « strumento doloso non intenzionale ».
Egli dice che il LÖNING abbia già detto

giustamente che in tutti i delitti che ri-
chiedono una speciale qualità personale
dell'autore o del suo fatto - ad esempio ne-
gli art. 236, 237 cod. pen. [l'intenzione] -
sia possibile anche una commissione me-
diante il complice doloso, in quanto nella
sua persona manchi la qualificazione
pg 14 rispettiva. Ciò che riguarda i casi che
vanno oltre il problema dello strumento
doloso non qualificato e non intenzionale,
concorda nella opinione del NAGLER (pg 143,
146 e segg.) con quella del BINDING: secondo
la forma della volontà l'attività dello
autofur una volta è attività causatrice
(Urheberschaft), l'altra volta solamente
attività di complice (Gehilfenthum). Con
l'unione di due gruppi di casi non si
crea però una unitaria costruzione non
che salda le diverse parti a formare un
Nexum, ma le parti mantengono il
loro carattere specifico pure nella cate-
goria nuova. L'estensione della attività

di autore e di complice è così diversa, che anche attraverso il comune principio dell'art. 48 cod. pen. le relazioni degnati- che colle altre forme di compartecipazione non sono perdute. Se l'Anstifter realizza il suo dolus d'autore attraverso l'Angestifteten, si deve giudicare questo caso come se l'Anstifter avesse egli stesso commesso l'azione eseguita dall'autore. Per causa della posizione mediatrice della complicità riguardo alla qualità di causatore (Verursachaft) entra in gioco la categoria della qualità di causatore intellettuale in tutti i casi, in cui l'evento è l'espressione della volontà di causatore (Verursacherwillen) dello Anstifter. Questi è quindi regolarmente (vero) autore mediato. Nel numero restante dei casi invece l'Anstifter appartiene al gruppo della qualità di complice, e ciò vale per tutte le fattispecie di delitti che escludono o l'agire per mezzo di un altro (qualità di autore

mediato) o almeno la qualità di causatore intellettuale propriamente detta, o che richiedono per la sussunzione sotto il concetto della qualità di autore la presenza di una intenzione o di un motivo o intenzione determinati, cioè una speciale tendenza o un speciale comportamento psichico.

IV. Esaminiamo ora il punto di vista fondamentale della Teoria Oggettiva.

Se più persone compartecipano ad una azione punibile, è autore colui che ha partecipato all'azione di esecuzione; colui che soltanto prepara l'azione di esecuzione, è complice. Quanto riguarda il dolo rimetato, tutti gli Oggettivisti concordano. pg 15

Il primo A. che si è pronunziato nello stesso dolore basandosi specialmente nella Teoria Oggettiva è stato il MEVES. Egli parte dalla sentenza del vecchio "preußisches Obertribunal" del 17. Ottobre 1872, dove fu affermato che in

qualità di autore nel caso in cui l'autore si serva di un altro come strumento, non è esclusa dal fatto che l'altro ha agito dolosamente. Il MEVES dice ora che questa affermazione sia nuova ria non giustificata, poichè la teoria dello strumento doloso non soltanto sta in contradizione col concetto dello strumento, ma pure con i principii del diritto penale (MEVES, luogo cit. pg 102 e segg.)

Nel risultato finale concordano con il MEVES, pur essendosi basati su altri ragionamenti:

BIRKMEYER. Teilnahme pg 142

BELING: Z. o. G. pg 419

HEGGT: pg 154, 156 e seg.

Tutti difendono l'affermazione che «l'autore agisce senza la richiesta intensione o in mancanza delle qualità personali necessarie, non commette un delitto conforme alla fattispecie, e in mancanza di ciò non è possibile alcuna compartecipazione. Siccome però la qualità di autore mediato è riconosciuta pure dagli

Oggettivisti, il BELING ha cercato di giustificare il suo punto di vista per ragioni interne, distinguendo nettamente i casi dello strumento doloso d'una parte, di fronte alla Anstiftung, d'altra parte, di fronte alla qualità di autore mediato. Egli dice che autore (eppure autore mediato) può essere soltanto colui, che ha la responsabilità principale, poichè egli ha dato al fatto «il carattere della sua personalità».[1]

pg 10 Il pensiero fondamentale della legge è, che «il Primus che mette il motivo nel Secundus, per «principio non subisce la responsabilità di«retta, ma che questa responsabilità è del Secun«dus. Il pensiero che ricorre il Primus quale ««causatore propriamente detto ha la respon«sabilità principale, è in maniera molto chiara «spiegato dalla legge. Per accogli la responsabilità «principale non è in nessun modo sufficiente «la prova che il Secundus non è punibile, ma «soltanto la dimostrazione che Secundus non

[1] vedi BELING: Zeit. 28, pg 594 e seg.

«ha la responsabilità principale: se Secundus «non è addirittura legittimato come il primo «responsabile, allora è la responsabilità prin«cipale porta Primus. Se la responsabilità prin«cipale porta invece Secundus, la circostanza «che egli resta impunibile non può fare un autore «da Primus. Nel rapporto fra Primus e Secun«dus, avendo motivato Primus il Secundus «all'esecuzione fisica del fatto, la questione della «legittimazione è fondamentalmente rifatta, «che solo Secundus ha la responsabilità prin«cipale avendo dato al fatto la impronta della «sua personalità».

Solo nei casi in cui non la sua personalità è stata rilevante per il fatto, poichè ha agito pienamente sotto l'influenza del Primus, cioè nei casi in cui ha agito sura colpa o costretto o non conoscendo ciò che faceva, la situazione è diversa. Qui la personalità del Secundus si può eliminare e la sua azione si può paragonare con quella di uno strumento nelle mani di Primus.

Con le opinioni del BELING concordano generalmente quelle del MITTERMAIER nell'appendice al suo articolo nell'arch. 300 cod. penale tedesco f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft: lo Anstifter è causatore dell'evento penale e il suo causale non è interrotto dall'atto volontario dell'altro, anzi esso è solo con ciò prodotto, ma formalmente, socialmente e psicologicamente egli non è autore, poichè non eseguisce (vedi luogo cit. pg. 243).

pg. 17 Non ammettono lo strumento doloso il WACHENFELD (pg. 272-275), v. BAR (pg. 623, 579, 623) e riferendosi a quest'ultimo il BEROLZHEIMER (pg. 4) dichiara un'affermazione contradicente l'esistenza di uno strumento doloso.

Se v. BAR ammette nei casi del cosiddetto strumento doloso l'Anstiftung, poichè la sola intenzione dello Anstifter non avrebbe bisogno di una realizzazione.

Riguardo allo strumento doloso non qualificato il

BEROLZHEIMER pg 30
SUCKEL pg 21
BÜLL pg 57

dicono che, se il pubblico ufficiale A determina il non-ufficiale B di commettere un puro delitto d'ufficio, la natura necessaria della compartecipazione porta alla impunibilità dell'A in mancanza di un fatto punibile principale del B (vedi pure WACHENFELD pg 275).

V. Perveniamo ora ad un gruppo di A.A. che l'ammissione della qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso o, in parte, non giustificano addirittura, o, in parte, la giustificano solo dicendo che sia un bisogno pratico, poichè contrarrebbe al nostro sentimento di giustizia di dichiarare impunibili ambedue i compartecipi al delitto nei casi dello strumento doloso.

Così il MAYER (pg 37) riconosce generalmente la qualità di autore mediato nei

casi dello strumento doloso, ponendoci però due condizioni:

1) il determinatore (Vordermann) deve aver agito col dolo d'autore mentre causava il delitto

2) il determinato non deve compiere con la esecuzione la fattispecie soggettiva e oggettiva delitto per il quale il determinatore è responsabile, cioè egli deve compiere la fattispecie oggettiva, ma non quella soggettiva.

Questi due postulati sono necessari secondo il MAYER, poichè altrimenti sarebbe superfluo il concetto della Zurechnung.

Il MAYER-ALLFELD basa la sua opinione sulla osservazione che non ci sia un'altra via di trattare i rispettivi casi e che la legge penale debba punire ognuno che è degno di una pena, e che il bisogno di punire sia tanto grande come nei casi della Zurechnung.

pg 18 Anche il GRAETZER dice che respingendo lo strumento doloso ambedue siano impunibili e che questo risultato sia la più valente obiezione

contro la opinione degli avversari.

Così pure lo SCHWALBACH (Lucop cit. pg 114): altrimenti non sarebbe punibile chi si serve di un uomo per violare un diritto, il quale per quest'uomo non esiste: p. es. uno straniero che esercita la pesca vietata nelle acque marine tedesche (art. 290 a. cod. pen.) con pescatori tedeschi non sarebbe né autore né Anstifter.

OPPENHOFF-DELIUS §47 Nota 4 ammettono senza spiegazione che autore è anche colui, che fa commettere l'azione esterna di una fattispecie avendo il dolus rispettivo, sebbene l'altro agisca consapevolmente e antigiuridicamente, ma senza il dolus speciale.

VI. Non abbiamo ancora riportato l'opinione del VON LISZT e del FRANK poichè ambedue trattano diversamente lo strumento doloso non intenzionale e non qualificato.

Se V. LISZT è del parere che qualità di autore sia data pure, se il delitto richiede una certa intenzione che manca a colui che è stato usato per il fatto, mentre la ha il determinatore, mentre V. LISZT d'altra parte dice - conservando pienamente la natura accessoria della compartecipazione - che, se un pubblico ufficiale è Anstifter o complice, un non-ufficiale però autore, un delitto non esiste. (vedi pg 125 N.4; 127 esempi; 125 N.7 alla fine).

Al contrario trova il FRANK: egli non ammette (pg 87) il concetto dello strumento doloso nei delitti d'intenzione, ritiene data però la qualità di autore mediato (pg 86) nei delitti speciali essendo possibile che una persona capace di essere autore immediato diventi autore mediato. Anzi, si dovrebbe appunto nei delitti speciali estendere il campo della qualità di autore mediato: la circostanza che la Mittelsperson è capace d'intendere e agisce dolosamente non è una ragione che si contrapponga. Questa eccezione pg 19 sarebbe necessaria, poichè altrimenti nei

delitti speciali l'autore potenziale ha la possibilità di devolvere ogni responsabilità, se trova una persona che commetta l'azione di autore immediato. In questo riguardo il FRANK addurre gli stessi argomenti come gli A.A. citati sotto V., cioè il bisogno pratico.

VII. Ora avremo di parlare di un gruppo di A.A. che fondamentalmente respingono la Teoria soggettiva, ma riguardo al problema dello strumento doloso pervengono ad una soluzione che concorda con quella dei soggettivisti. Questi A.A. distinguono in parte fra «delitti che mirano ad uno scopo» (Zweckdelikte) e «delitti che non mirano ad uno scopo» (Nichtzweckdelikte), in parte fra «delitti di semplice causazione» (schlichte Verursachungsdelikte) e delitti che richiedono «una speciale qualificazione dell'autore o all'attività da lui svolta». I primi vengono trattati secondo la Teoria Oggettiva, i secondi invece secondo la Teoria Soggettiva:

HIRSCH pg 36, 56
LÖNING, Grundriß pg 88
LÖNING, Haftung pg 149 N. 1
WUTTIG, pg 45 e segg.
HORN, G.S. 54, pg 48
GOETZ, pg 55 e segg.
WAAG, G.S. 32, pg 127 e segg.

Così dice il LÖNING (Haftung, luogo cit.):

«È errato se si ritiene possibile una «considerata commissione mediata del delitto «soltanto, se sono state usate persone incapaci d'intendere o alle quali manca per «un'altra ragione il dolo. Anche questo «è una non giustificata generalizzazione «dei principi che valgono solamente per i ««schlichten Verursachungsdelikte». In tutti «i delitti invece che richiedono una speciale «qualificazione dell'autore o alla sua attività, è possibile pure una commissione mediata «mediante semplici dolosi, se la loro attività «e persona non presenta tale qualificazione»

come il LÖNING parlano pure il BOEHM e il WUTTIG, e perciò non c'è bisogno occuparci separatamente con loro.

VIII. Ora si potrebbe citare quegli A.A. che limitano il problema dello strumento doloso nei soli casi del furto e che perciò non offrono speciali osservazioni. Siccome però tratteremo le singole specie di delitti in un capitolo speciale, rimandiamo a ciò che poi sarà detto in questa occasione.

IX. La giurisprudenza del R.G. - sarandosi su quella del vecchio - preuprivato Oberstribunal: O.T.E. XIII pg 534 - partendo dalla sua Teoria Soggettiva ha conseguentemente riconosciuto la qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso in un grado molto ampio.

Si distinguono 3 gruppi di sentenze.

1) Riguardo allo strumento doloso non intenzionale si sono pronunziate le sentenze:

E. 3 pg 95
E. 14 pg 124
E. 39 pg 37
E. 6 pg 416

Così annoverano le sentenze E. 39, 37 e E. 6, 416 che A, che nel comando del B ha rubato una cosa appartenente ad X, per appropriarla a B, è complice, mentre B è autore mediato del furto.

Nella sentenza E. 3, 95 si dice che A, che ha determinato B di commettere una falsificazione di un documento che porta vantaggio patrimoniale solo ad A, è autore mediato riguardo alla falsificazione grave di documenti. Questo caso però è curioso, perchè B agiva dolosamente ma non solo senza avere l'intenzione di arricchirsi ma pure non conoscendo la rifatta intenzione di A. Lo strumento era quindi doloso riguardo alla falsificazione di documenti, ma non riguardo alla intenzione relativa, ciò è un curioso miscuglio di uno strumento

doloso e nello stesso tempo non doloso. (un caso simile si trova in E. 1, pg 258 e segg, specialmente pg 252).

2) Per lo strumento doloso non qualificato si dichiara E. 28, 109.

Qui si dice che un pubblico ufficiale che fa commettere la falsificazione di un documento altrui accessibile o affidato solo mente attraverso un altro non-ufficiale, è autore nel senso dell'art. 348, I cod. pen, anche se l'altro ha agito con la consapevolezza della antigiuridicità dell'atto da lui prodotto e quindi non è stato uno strumento semplice. pg 21

3) Oltre in questi casi dello strumento non intenzionale e non qualificato la R.G. in una serie di sentenze ha riconosciuto la qualità di autore mediato nei casi in cui l'agente ha sì la capacità d'intendere e agisce dolosamente e senza avere una ragione di esclusione della colpa, ma non ha la volontà di autore, mentre

il determinatore ha una rifatta volontà.

La qualità di autore mediato è costruita sulla qualità della situazione soggettiva dell'esecutore, cioè sulla mancanza della volontà d'autore: una conseguenza estrema della Teoria Soggettiva. Sono da enumerare le sentenze:

E. 31, 80; E. 40, 391 e segg;

E. 41, 64 e segg; E. 42, 157 e segg, 156 (dove si parla espressamente dello strumento doloso).

E. 44, 71; G.A. 50, pg 92;

Rechtsprechung 1902, pg 271 N. 1382

La situazione da giudicare è nella E. 31, 80 la seguente:

La casa dell'imputato G. era stata requisita. L'imputato era intervenuto alla vendita all'asta e mentre si conteneva, egli mandava il suo cognato da sua moglie affinché questa dicesse all'imputato M., di portare il bestiame e l'inventario appartenente alla casa in un altro luogo vicino. La moglie del G.

e l'imputato M hanno eseguito questo ordine secondosi del corrolaio A e del suo servo, che ambedue non lasciavano niente della requisizione e portavano via il bottiame e l'inventario. Se R.G. dice che in questo caso si avrebbe potuto pensare di punire G. come Auftrag e la sua moglie come autore. Ma la corte d'appello aveva ritenuto che la moglie del G. voleva soltanto coadiuvare il fato del suo marito. Partendo da questo concetto, la punizione del marito come autore sia invece giustificata.

Sullo stesso concetto si basa la sentenza nel Reichs 1902, pag 271 N. 1582: pg 22

« anche colui è da considerare autore « mediato di una azione punibile, che la « commetta da un altro, che lo voltanto « il dolus di complicità punibile »

Logicamente si ardiscora la sentenza in G.A. 50, pg 92: qualità di autore mediato è data anche nei casi in cui il terzo agisce antigiuridicamente ma senza dolus di

autore.

Molto interessante e caratteristica per l'opinione del R.G. è la sentenza E. 44, 64, dove il R.G. riconosce qualità di autore mediato attraverso la stessa attività della persona violata: la fattispecie dell'art. 156 potrebbe essere realizzata nella maniera che l'offeso manda stesso la lettera indirizzata a lui, contenente le affermazioni offendenti, ad un'altra persona.

Se R.G. in pg. 64 dà una generale definizione:

« Qualità di autore mediato è data, « se l'autore non realizza egli stesso la « fattispecie, ma si serve di un altro, il « quale coopera alla esecuzione senza « dolus d'autore, per esempio come com« plice o come strumento in buona fede « o senza volontà (willenlos). »

Molto ampia è pure la definizione in E. 44, 69, specialmente pg 71 e seg.:

« qualità di autore mediato è data,

«se uno non eseguisce in persona una «azione punibile da lui voluta, ma «attraverso un altro, che per ragioni soggettive non può essere trattato come au«tore.»

In tutte queste sentenze il R.G. va molto oltre i due gruppi dello strumento doloso non intenzionale e non qualificato.

§3 Critica della letteratura ed esposizione di una opinione propria.

I. La teoria dello Herzog.

Lo Herzog dice che per punire una persona per il delitto della Anstiftung basta che l'autore fisico pone la figura interna del delitto (äußere Tatbestandsfigur). È da dire che in questa maniera si ottengono risultati pratici[1]

(1) vedi de lege ferenda: DELIUS, L.U.V. pg 481 ed anche BINDING, G.S. 36, pg 70 e seg.

ma che de lege lata questa opinione non è sostenibile.

Se la legge nell'art. 48 definisce la «Anstiftung» come la determinazione (Bestimmung) dolosa ad una azione punibile, non è possibile, di trascurare tale dettato della legge.

Lo Herzog dice che il codice parla spesso di una «azione punibile», dove realmente essa non esiste (per esempio nell'art. 59), ciò è giusto, ma non dà il diritto di sostenere che il legislatore pure nell'art. 48 ha usato il termine in quella maniera poco precisa come nell'art. 59. Ci da badarsi da queste generalizzazioni.

Con ciò è anche respinta l'opinione di v. BAR, che nei casi dello strumento doloso ammette la Anstiftung, poiché la sola intenzione dell'Anstifter non avrebbe bisogno di essere realizzata, poiché, se anche ad esempio nel furto è intenzione di appropriarsi una cosa non ha bisogno di realizzazione, questo non è

la questione principale. Per poter giudicare, se è il caso di una Anstiftung punibile, si deve in un primo momento prescindere dalla persona dell' Anstifter, considerare invece soltanto quella dell' Angestifteten: si deve esaminare, se essa ha commesso un fatto principale - in senso oggettivo e soggettivo. Se vediamo che un tale fatto non esiste, non c'è possibilità per la Anstiftung. Se però lo strumento doloso ha agito senza l'intenzione necessaria, ciò vuol dire, che egli non è autore del rispettivo delitto intenzionale, vicèversa non vi è posto per una Anstiftung.

Del resto questa teoria avrebbe valore soltanto per lo strumento doloso non intenzionale, ma non per quello non qualificato.

5. La Teoria Soggettiva della compartecipazione e la Teoria del BINDING.

La Teoria Soggettiva, considerando come complice nel caso di una compartecipazione

di più persone ad un'azione punibile quello, pg 24 che indipendentemente dalla quantità di attività svolta non ha voluto compiere il fatto come un fatto suo, ma come un fatto altrui, perviene nei casi dello strumento doloso non intenzionale o non qualificato al risultato di punire il determinatore (Bestimmender) provvisto di una relativa intenzione o qualità come autore, lo strumento doloso invece come complice, anzi perviene come il R.G. anche in casi diversi da questi all'omissione della qualità di complice dello strumento doloso.

Non può essere il compito di questo lavoro esplicarsi estesamente e volto ogni riguardo con la Teoria Soggettiva, per noi si tratta di esaminare la sua applicabilità nei casi della qualità di autore mediato.

Ci si pone la domanda importante e praticamente rilevante: può, nei casi in cui un non-esecutore (Nichtausführender) A ha determinato un esecutore B alla esecu-

ione del fatto, la questione se A è autore mediato o no, essere deciso secondo il pensiero fondamentale della Teoria Soggettiva?

1° a) È generalmente riconosciuto che nei delitti di intenzione, per esempio nel caso di una Anstiftung al furto, la intenzione dello Anstifter non bisogna essere diretta sulla definitiva appropriazione antigiuridica dell'oggetto del furto, ma è sufficiente che lo Anstifter sapeva che l'intenzione era presente nel l'autore fisico (confronta: OLSHAUSEN § 47 N° 14; v. BAR pg. 62; HEILBORN pg 55).

Siccome ora l'intenzione non è altro che un dolus intensificato, è riconosciuta qui una differenza fra il dolus dell'Anstifter e dell'autore.

La opinione dominante dice inoltre che Anstiftung nei delitti speciali è possibile nel modo che una persona, che non può essere autore, può tuttavia essere Anstifter punibile. Appare dunque la questione se il determinatore, poichè non ha le qualità

personali speciali, agisca senza il relativo dolus di autore? O, generalmente detto:

pg 25 è possibile avere il dolus di autore, anche se mancano le relative qualità personali?

È vero che queste qualità personali sono un fatto che non tocca la volontà, cioè sono cose reali, che in senso stretto non hanno a fare niente con il dolus. Vedendo però più profondamente si mostra che queste qualità hanno un'azione riflessa pure nella volontà; ciò nel senso che nei delitti speciali la psiche dell'autore deve notare il fatto di appartenere a questa classe di persone, così una questa che manca naturalmente ad ognuno che non appartiene a questa classe.

Mentre nei delitti di intenzione è richiesto un dolus intensificato, si tratta qui di un dolus con un colore speciale; si può pure dire: nei delitti di intenzione è richiesto dall'autore un dolus quantitativamente aumentato, nei delitti speciali però un

dolus qualitativamente arricchito.

Se quindi una persona a cui manca la qualità speciale non può agire col dolus di autore, e se tuttavia è ritenuta possibile l'Anstiftung nel modo che Anstifter punibile ad un delitto speciale può essere pure colui, che non ha le qualità speciali, si fa anche qui una differenza fra il dolus dell'Anstifter e il dolus di autore.

L'Anstifter ad un delitto di intenzione o ad un delitto speciale non bisogna aver avuto la intenzione o qualità relativa, mentre ciò è requisito indispensabile per l'autore (l'autore mediato). Quindi la parte soggettiva dell'Anstifter e quella dell'autore non sono uguali nei casi misti per la persona del Bestimmenden (determinatore), ma hanno un contenuto diverso

6) Se R.G. adopera sempre, cioè pure nei casi in cui non si tratta di delitti intenzionali o speciali, un contrasto fra il dolus di autore e il dolus dell'Anstifter. Se R.G. vorrebbe

veder verificata la sua Teoria: l'autore è colui, che agisce nel suo proprio interesse, compartecipe è colui, che agisce nell'interesse altrui" pg 26 pure nella questione della Anstiftung.

A fronte a ciò dobbiamo domandarci: può essere decisa la questione, se il determinatore è autore mediato (così il R.G.) o Anstifter (nel senso dell'art. 48 cod. pen.), secondo i criteri (soggettivi) della Teoria soggettiva?

Dicendo che autore è colui, che agisce nel suo interesse, compartecipe colui, che agisce nell'interesse altrui, il R.G. non considera fin dall'inizio due casi:

a) come è, se sia il determinatore sia l'esecutore hanno agito nel proprio interesse?

b) come è, se ambedue hanno agito nell'interesse altrui?

ad a): Figuriamoci il caso che sia il determinatore sia l'esecutore vogliono fare una falsificazione di documenti, ma che il primo ha pure la intenzione di procurarsi

un vantaggio patrimoniale illecito, intenzione che non ha l'autore fisico: qui secondo la Teoria soggettiva è autore mediato della grave falsificazione di documenti secondo art. 265. cod. pen. - Se ambedue avessero quella intenzione, cioè di procurarsi un vantaggio patrimoniale, corrisponderebbe conseguentemente alla Teoria Soggettiva, di ammettere la qualità di co-autore.

Tale conseguenza però non si trae, ma si converte ad un colpo la situazione e perviene al risultato di Qualifiting e qualità di autore. Non basta che nella priche del determinatore non si è cambiato nulla, esso è trasbato diversamente nei due casi. Non dalla sua persona, ma da circostanze situate in un'altra persona dipenderebbe, se egli è autore mediato o Qualifier!

ad b): La Teoria Soggettiva non perisce pure nei casi, in cui sia il determina-

pg. 27

tore sia l'esecutore sono diventati attivi per l'intenzione altrui: A e B sono buoni amici di C. A racconta a B che D, che A e B non conoscono personalmente, sia nemico giurato di C. A e B si guardano: A dà a B una rivoltella e B uccide D. C non ha saputo niente di questa cosa.

Qui sia A sia B volevano agire nel l'interesse altrui - in quello di C - e secondo la Teoria Sogg. sarebbero punibili soltanto come compartecipi, ma C non è punibile come autore, poichè non ne ha saputo niente. Applicando rigorosamente la Teoria Sogg. si arriverebbe ad un concetto malsicuro della compartecipazione, poichè manca completamente un autore.

Se R.G. ha superato in un modo molto originale queste difficoltà:

Si crederebbe che il R.G. nella decisione della questione se il determinatore sia Qualifier o autore mediato, parta dal

dolus del determinatore, considerando dopo la persona del determinato e traendone le conclusioni necessarie. Ma il R.G. nelle sentenze enumerate nella pag. 21 si muove in una direzione inversa: qualità di autore mediato varebbe data sempre nei casi in cui una persona non esegue essa il fatto voluto, ma si rende di un altra persona che per ragioni soggettive non può essere autore. Il R.G. prescinde quindi dalla persona dello strumento e considera solo l'agente esaminandolo, se esso è autore o - per ragioni soggettive - se esso non è autore.

Per quanto riguarda lo strumento doloso si potrà distinguere due gruppi di tali ragioni soggettive.

1: l'esecutore non può essere autore, pg 28 pure non se egli volesse esserlo: questo è il caso dello strumento doloso non qualificato; manca la qualificazione necessaria per la

qualità di autore.

2: l'esecutore potrebbe essere autore, ma egli non vuole esserlo.

a) questo è il caso dello strumento doloso non intenzionale, avrebbe potuto avere l'intenzione, ma non l'ha presa

b) inoltre ci sono i casi contenuti nelle sentenze del R.G. (pg 21 N. 3) in cui l'esecutore non ha voluto prendere il dolus di autore, mentre lo poteva.

È interessante in quale modo il R.G. cerca di indagare il dolus dell'esecutore. Questi è messo in relazione col determinatore (ad es: la moglie col marito in E. 71, 80; l'impiegato col padrone in G.A. 50, pg 92 ecc.) ed il R.G. perviene poi alla conclusione che queste relazioni o per causa della relativa configurazione del fatto o (per forza della loro natura propria) dimostrano che l'una persona è diventata attiva senza proprio interesse.

Il R.G. è quindi costretto di partire da un

punto di vista oggettivo e poichè i compartecipi nella maggior parte dei casi non si fanno pensieri nell'interesse del fatto, il R.G. suppone che essi hanno agito con un interesse rispettivo determinato. Se ora il R.G. ha constatato che il autore fisico ha agito nell'interesse altrui, esso salta un pensiero supponendo semplicemente che il determinatore abbia agito nel suo proprio interesse. Il R.G. ragiona così: se l'esecutore per ragioni soggettive non è autore, il determinatore è autore (mediato).

In questo modo vengono di nuovo trascurati i casi da noi già menzionati, in cui ambedue hanno agito nell'interesse altrui. Ma pure non guardando le obiezioni finora fatte alla Teoria Sogg., vengono tuttavia delle difficoltà pratiche riguardanti la sua applicabilità nei casi della Anstiftung. Appunto il pg 29
determinatore è del solito interessato al fatto; egli è la persona che ha ideato il delitto e soltanto per una qualsiasi ragione egli non vuole eseguire egli stesso il fatto, senza che perciò il suo

interesse al fatto si altera.

Applicando rigorosamente la Teoria Sogg. si sottrarrebbe alla Anstiftung del diritto positivo un grande campo della sua applicabilità pratica. Ciò non può concordare col senso della legge che vuol avere più di un'importanza solamente latente.

Pure ammettendo giustificata una tale distinzione fra il dolus d'autore e quello dell'Anstifter, il R.G. può arrivare soltanto a due risultati finali ugualmente non soddisfacenti:

1) o esso ritiene Anstifter anche colui, che ha il dolus d'autore; ma in questo caso respinge per una grande parte il suo punto di partenza soggettivo e manca di un criterio che distingue i casi dell'Anstifter e dell'autore mediato

2) o esso rappresenta l'opinione che colui, che ha il dolus d'autore, è sempre autore, non mai Anstifter, ma in tale caso è sottratto all'art. 48 un grande campo d'applicazione e il R.G. si trova in contraddizione col diritto positivo,

che certamente richiede l'applicazione dell'articolo nella Anstiftung.

La distinzione fatta dal R.G. nei casi suddetti, in cui non si tratta di delitti intenzionali o speciali fra l'Anstifter e l'autore mediato secondo i criteri soggettivi, è praticamente, di fronte al diritto positivo, insostenibile. Noi dobbiamo distinguere questi casi da quelli dello strumento doloso: realmente qui si tratta di Anstiftung punibile da parte del determinatore e di qualità di autore punibile da parte del determinato.

2° La debolezza della posizione del R.G. sono però allo stesso tempo quelle della Teoria Sogg. in generale, poichè essa (secondo la sua essenza) doveva cercare il criterio per l'ammissione o no della qualità di autore mediato da parte del determinatore, non-esecutore, nell'ambito soggettivo, mentre pg 30 ciò non è possibile. Queste debolezze sono date però pure nei casi dello strumento doloso

non intenzionale o non qualificato, se anche il determinatore non ha l'intenzione relativa o la rispettiva qualificazione.

Anche qui non è necessario che il determinatore ha agito nel suo interesse, anche qui lo stesso salto del pensiero: poichè l'autore non intenzionale o non qualificato non può essere autore, il determinatore è autore (mediato). Anche qui la regolamentazione positiva della Anstiftung si oppone mediante il suo pensiero fondamentale alla conclusione: «chi nel suo proprio interesse ha determinato un altro alla esecuzione, è autore (autore mediato)», pure se il determinatore ha agito nel suo interesse e sebbene non si tratti di una applicazione diretta dell'art. 45, di una Anstiftung punibile da parte del determinatore.

Questa necessaria ultima debolezza della Teoria Sogg. non è rimasta nascosta ai suoi diffusori e perciò si è tentati di superare queste difficoltà. Gli A.A. che qui sono da esamina-

rare, hanno rotto il loro pensiero - ciò si deve confessare - in un modo logicamente più sostenibile, che non il R.G.: essi guardano in prima linea il dolus del determinatore e soltanto in seconda linea comprendono nel l'ambito delle loro considerazioni il determinato. Prendono quindi la via contraria a quella del R.G.

Il BORCHERT (pg 105, 109) ha pronunziato l'affermazione: « Se «in casu» l'Anstifter «ha veramente agito col dolus di autore, ciò «è un «superfluum» che si può trascurare «e che si deve trascurare, se si vuole rendere «responsabile accanto all'Anstifter anche «l'autore fisico non solo come complice, «ma come autore »

Si che il BORCHERT ha riconosciuto chiaramente il punto debole della Teoria Sogg.

Nelle sue spiegazioni il BORCHERT dice che la punizione dell'Anstifter dal punto di vista della qualità di autore fa dell'autore reale uno strumento, ma che significa

che questi non è più punibile come autore, ma solo come complice. Ma qui il BORCHERT
pg 31 giustificando la sua opinione dice aggiunto ciò che era da dimostrare. Per quale ragione il BORCHERT si ritiene qualificato di annullare quel dolus di autore e di considerarlo come un «superfluum» irrilevante, non ci dice.

Il MÖSSMER (pg 61) segue senza spiegarcelo la opinione del BORCHERT.

Anche il MAYER consente col principio del BORCHERT e fonda ciò sulla affermazione che il dolus di autore del determinatore non comprende solamente il dolus di commettere il fatto, sebbene mediante un'altra persona, ma anche il dolus dell'Anstifter e del complice, se non la legge ha stabilito per il dolus dell'autore la determinata intenzione di agire nel suo proprio interesse. Se questo non è il caso, il dolus d'autore è il concetto superiore.

Ma anche questo ragionamento non è decisivo. Ammesso che il dolus d'autore - se

non la legge richiede una speciale intenzione - è di fronte al dolus dell'Anstifter il maggiore, che si tratta cioè di un «Plus-Minus» rapporto fra i due, non è da capire, perchè appunto il eccessivo dolus d'autore - il «Plus» - debba essere considerato come «superfluum» irrilevante, mentre secondo i principi generali sarebbe il «Minus», cioè il dolus dell'Anstifter, che dovrebbe essere assorbito dal «Plus», cioè dal dolus di autore.

Noi perciò non possiamo accettare in nessun modo la Teoria Sogg. e perciò non possiamo seguire la sua trattazione dello Strafmuto doloso non intenzionale e non qualificato.

3° Il BINDING - che qui trattiamo per il nesso che esiste con la Teoria Sogg. - ha riconosciuto, che una differenza fra l'Anstifter e l'autore mediato nel diritto vigente e quanto riguarda il lato soggettivo, non

si può trovare. Egli è del parere (vedi sopra) che colui, che con la volontà di autore determina alla esecuzione di un delitto, è in verità autore mediato, ma che egli secondo il diritto vigente è punibile regolarmente soltanto come Anstifter, cioè come compartecipe accessorio.

pag 32 Se legge ferenda propone il BINDING di dividere i casi in cui uno agisce con la volontà di autore da quelli in cui agisce senza di essa, punendo diversamente il primo come autore mediato, il secondo come «causatore» (Verursacher).

Noi ci teniamo alla lex lata e da questo punto di vista è da dire contro l'opinione del BINDING (sovraesposta) quanto segue:

Se la legge secondo il suo concetto della Anstiftung nella maggioranza dei casi non tratta come autore colui che volamente determina pur avendo il dolus d'autore, si deve dedurre, che essa non considera il solo determinatore, non-esecutore, come

autore malgrado il suo dolus d'autore, eccetto che si possa addurre delle ragioni contrarie garantite ugualmente sul diritto positivo. Perciò per il primo si deve respingere l'opinione del BINDING riguardo ai casi della qualità di autore immediato e mediato (nel senso del BINDING), che non sono compresi sotto il concetto della Anstiftung: la trattazione di essi e l'affermazione di essi (Grundriß pg 169): « ogni « la qualità d'autore mediato è punibile « oggi come qualità d'autore, se non la « si deve assumere sotto il concetto della « Anstiftung in vigore dell' art. 48 cod. pen » non trovano un sostegno nel diritto positivo, mentre nella istituzione della Anstiftung ci è dato il giusto riferimento.

Inoltre è tolto con ciò il fondamento per la trattazione del BINDING dei casi dello strumento doloso non istituzionale o non qualificato: anche qui egli si basa sulla considerazione di chi solo determina col

dolus d'autore, ma non eseguisce come autore.

Per le ragioni fin qui esposte non si può consentire neppure con l'opinione del KOHLER (che sopra non fu esposta), poichè nel diritto vigente l'Anstiftung non è considerata come qualità di autore, ma come compartecipazione.

pg 33 III. Abbiamo conosciuto un gruppo di A.A che riconoscono per ragioni giuridico-politiche la qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso, poichè questi casi in un altro modo non potrebbero essere decisi come si devono, se fossero ambedue parti impunibili il nostro sentimento giuridico si opporrebbe.

Ma questo ragionamento è situato fuori della interpretazione delle leggi ed appartiene alla politica criminale. Sono queste due cose, che si debbono strettamente distinguere (vedi HEROT pg 157)

È compito del legislatore di domandarsi

prima della Dichiarazione delle sue disposizioni, se il previsto regolamento corrisponda ad un bisogno pratico e se armonizza col sentimento giuridico del popolo. È chiaro che anche chi interpreta una legge deve fare spesso siffatte considerazioni; in casi, in cui un giudizio molteplice è compatibile con la legge, si prenderà certamente quella decisione che concorda di più con la vita reale. Non è però ammessa la argomentazione: poichè vi è il bisogno pratico, si deve decidere in una certa maniera ad esso corrispondente. Chi interpreta una legge si attribuisce qui un compito che oltrepassa la sua competenza e che è compito del legislatore.

IV. Obiezioni contro v. LISZT e FRANK.

Il v. LISZT ed il FRANK giudicano diversamente i due casi dello strumento doloso non intenzionale e non qualificato.

Quanto riguarda il FRANK che nell'ultimo caso adopera il bisogno pratico, vale in questo

quanto ciò che abbiamo detto sub III. e rimandiamo a quello scritto.

Il v. LISZT come tutti gli «obiettivisti» che ammettono la qualità di autore mediato allo strumento doloso non intenzionale, pervengono a questo concetto mediante delle idee appartenenti a quelle della Teoria Soggettiva, dicendo che, se manca il dolus nella persona dell'esecutore, l'altro che lo ha dolosamente determinato, è autore (autore mediato). Siccome però l'intenzione richiesta dalla legge nei delitti intenzionali non è altro che un dolus aumentato in special modo, sembra data la soluzione che il determinatore, che ha questa intenzione, è autore, mentre quello che agisce senza di essa sebbene dolosamente, è suo strumento.

pg 34

La situazione della qualità di autore mediato è quindi tale che nella psiche dell'autore mediato vi è un «più» che non esiste nella psiche dell'autore fisico.

Con ciò si è fatto un avvicinamento alla

Teoria Soggi: Se v. LISZT, dicendo (pg 225 e segg) che la qualità di coautore vuole una compartecipazione alla azione di esecuzione - questo è il punto di partenza oggettivo -, dichiarando d'altra parte sull'altro come autore colui che si serve di un uomo come strumento e fa commettere mediante questo individuo l'azione di esecuzione nei delitti di intenzione, abbandona completamente il suo punto di partenza oggettivo e difende una affermazione, che è conseguente al punto di vista della Teoria Soggi., contradicente a quello della Teoria Oggettiva.

Anche sotto un altro punto di vista non si è conseguenza nel trattare diversamente lo strumento doloso non qualificato e quello non intenzionale.

Sembra infatti - lo abbiamo già detto - in un primo momento così, come se la situazione psichica ora esposta non fosse data nei casi dello strumento doloso non qualificato, ma sopra abbiamo dimostrato, in

caso in cui la situazione era inversa, che ciò non è vero. La situazione è in ambedue i casi identica, in quanto nello strumento doloso non qualificato il dolus è diverso qualitativamente da quello del determinatore, mentre nei casi dello strumento doloso non intenzionale la differenza è quantitativa. Ambedue hanno in comune che la situazione
pg 35 psichica dello strumento e del determinatore non è identica, ma che da parte di quest'ultimo vi è un «Plus» o un «aliud».

Giustamente perciò sono trattate ugualitarie le due specie dello strumento doloso, così dal BORCHERT, BINDING, NAGLER, PETRI. Altri A.A. invece non si esprimono circa questa questione.

V. Abbiamo enumerato un gruppo di A.A. che suddividono tutti i delitti in delitti intenzionali o non intenzionali, o similmente in delitti che richiedono una speciale qualificazione dell'autore o della attività svolta,

e semplici delitti di commissione (Schlichte Verursachungsdelikte), e che ammettono per i primi la Teoria Sogg., per i secondi la Teoria Oggettiva.

Il concetto del compartecipe è unitario nella legge e non è da capire perciò per una certa specie di delitti il concetto del compartecipe deve essere un altro. Occorrebbe per ciò una chiara dimostrazione che fin'ora non è stata riportata. La sola circostanza che i delitti-scopo (Zweckdelikte) si distinguono dai delitti non aventi scopo (Nichtzweckdelikte) per il elemento dello scopo o della intenzione, non giustifica l'opinione che la presenza o mancanza della intenzione produca una differenza fra la qualità di autore e la compartecipazione, essendo ben possibile che una persona che con la intenzione relativa commette l'azione principale è autore, mentre colui che con la intenzione relativa commette solo una azione di coadiuvazione, è solamente complice.

Indirettamente entrano qui anche altri motivi che abbiamo conosciuto negli A.A. che riconoscono per ragioni giuridico-politiche la qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso. Si fa questa distinzione per evitare certe conseguenze non desiderate, che secondo il diritto vigente sono condizionate dalla natura accessoria della compartecipazione. Così si perviene alla argomentazione: chi determina con l'intenzione corrispondente un altro di eseguire l'azione della fattispecie (Tatbestandshandlung), è autore se il determinato ha agito di dolo, ma senza l'intenzione corrispondente; la persona di esecuzione è complice - strumento doloso.

— Flugenheimer — IIe parte

766

QUADERNO DI

ASSR Archivio storico del Senato della Repubblica

VI: la nostra soluzione del problema

a) Da molti A.A. è difesa l'opinione che per l'imputato doloso di un capace d'agire nella serie causale sia interrotto il nesso causale fra attività e evento.

BURI: Kausalität pg 44

LOENING: pg 336, 343

v. LISZT: pg 133

BELING: L. v. V. pg 391 (ma solo de lege lata, poichè egli respinge l'espressione: "interruzione del nesso causale" come tale).

LOEWENHEIM: pg 7

MÖSSMER: pg 5

I casi dello Imputato doloso però sono appunto caratterizzati per il fatto che una persona, - senza che sia dato il caso di una delle situazioni dette a pg 2 - capace d'intendere, ha pure posto una condizione per l'evento, si dovrebbe ora pensare, che questi autori negando la causalità dichiarino impunibile il determinatore,

poichè la eccezione fatta nel diritto positivo - l'Durchführung - non è data. Ma questa conseguenza necessaria non è tratta da alcuni A.A., per es. non da v. LISZT, MÖSSMER, LOENING. Essi riconoscono invece che i casi dello strumento doloso appartengano al campo della qualità di autore mediato e siano punibili.

Mediante la dottrina dell'interruzione del nesso causale attraverso l'intervento di un altro che agisce dolosamente nella serie causale non si può addirittura raggiungere una soluzione del nostro problema, poichè l'intera dottrina è insostenibile:

vedi MAYER: pg 93 seg.
HARTMANN: pg 93 e segg
TRÄGER: pg 177
WIECHOWSKI: spec. pg. 39, 47 e segg.
POMP: spec. pag 31 e segg

Giustamente il MITTERMAIER (pg 255) e d'accordo con lui il GIERLICH (pg 10) e PETRI (pg 18) dicono che l'altro, determinato dolosamente alla esecuzione di un delitto, che fa ciò che il determinatore vuole, non interrompe il nesso causale ma al contrario lo crei.

pg 37 Giustamente si è sempre ripetuto che la dottrina del nesso causale interrotto dovrebbe avere di seguito l'impunibilità dell'Anstifter, conseguenza che nessuno può trarre e che anche riguardo allo strumento doloso non è tratta che dal BELING.

Esaminando più scrupolosamente si mostra che col concetto «interruzione del nesso causale» è unito il senso, che un in realtà esistente nesso causale non deve essere preso in considerazione dalla legge, poichè altrimenti si arriverebbe a giudizii iniqui. Ma la ragione per ciò non è di natura causale, ma consiste nel fatto che non tutto lo svolgimento causale è dominato dalla volontà dell'autore. Giustamente dice quindi il HARTMANN che la dottrina della interruzione del nesso causale non abbia propriamente da fare con la causalità, ma soltanto con i casi di un mancante nesso di volontà e perciò sarebbe più giustificato di trattarla

insieme alla dottrina della colpa, con la quale essa sta in rapporto naturale secondo la sua essenza.

b) Non si può negare neanche quelli A.A. che si rivolgono contro il concetto dello strumento doloso, poichè sia contrastante all'opinione moderna di chiamare «strumento» un uomo capace di volere.

MEVES: pg 162 e segg.
WACHENFELD pg 272
v. BAR pg 624 (579)
BURI (Kausalität) pg 56
vedi però d'altra parte:
BELING pg 28
RONDE pg. 19
BEROLZHEIMER pg 24
KOHLER pg 113 (l'Angerichtetes è strumento poichè vuole esserlo).
contrariamente: BINDING: Grdr. pg 146 nota
" G.S. 78, pg 9

Queste obiezioni linguistiche contro il concetto di uno strumento doloso sono non senza fon-
pg 38 damento, ma di natura puramente terminologica e non contrasterà col nostro sentimento linguistico se caratterizziamo quale strumento anche colui che si agisca dolosamente, ma vuole così servire in prima linea ad interessi altrui. Siccome per casi dello strumento doloso non abbiamo una espressione adatta, dobbiamo trascurare le obiezioni terminologiche senza compromettere il nostro speciale punto di vista.

c) Possiamo arrivare ad una soluzione sostenibile soltanto se partiamo dalla Teoria Oggettiva della compartecipazione e non perdendo mai di vista lo strumento doloso.

Se si tratta di cooperazione di più persone alla realizzazione di un evento delittuoso, è autore principalmente colui, che ha eseguito l'azione necessaria al compimento della fattispecie, (la denominata Tatbestandshandlung) cioè l'azione di esecuzione commessa dalla,

nei casi in cui non c'è una Tatbestandshandlung ma in cui è solamente punita la realizzazione di un dato evento. Su questo punto c'è unanimità di tutte le teorie oggettive. Dobbiamo riconoscere come conseguenza necessaria della Teoria oggettiva la affermazione

Autore è colui, che con l'esecuzione della azione conforme allo Tatbestand o con l'esecuzione dell'azione di esecuzione ha causato l'evento delittuoso

Solo colui, che personalmente realizza nel mondo esterno la decisione volontaria presa da lui, solo chi personalmente alza il braccio contro il bene giuridico protetto, chi nel momento del fatto supera i motivi etici contrastanti e permette la vittoria all'istinto delittuoso, è autore.

Perciò non possiamo seguire BINDING che equipara la commissione mancipropria alla commissione per opera altrui (vedi MITTERMAIER pg 235, 238). E il BINDING (e NAGLER) accenna alla affermazione giuridica in uso sin dai

pg 39 postglossatori «quod quis per alium facit, per se ipse facere videtur» e dice che questa affermazione sia riconosciuta in tutti i campi del diritto e debba essere riconosciuta pure nel diritto penale, egli non tiene conto, secondo la mia opinione, al carattere strettamente personale del diritto penale.

Mentre secondo il diritto civile colui, che fa eseguire i suoi affari per mezzo di un altro è stesso gestore del rapporto giuridico, secondo il diritto positivo penale colui, che attraverso un altro fa eseguire una decisione delittuosa, è per principio non autore, ma compartecipe all'azione punibile di un altro, come dimostra l'Anstiftung. Questo contrasto fra diritto penale e diritto civile si mostra pure nella procedura penale, ove in contrario alla procedura civile non è generalmente possibile una rappresentanza diretta, ove invece si dà una importanza decisiva alla presenza personale del reo. La sua impressione personale è di importanza pure per il giudizio sul fatto, mentre d'altra parte

la sua personalità ha dato la configurazione concreta della esecuzione dell'azione punibile. Il concetto di una commissione « per mano altrui (fremdhändig) corrisponde ad un modo di considerazione civilistico, non criminalistico.

Anche l'altra affermazione del BINDING, che cioè la determinazione dolosa di un altro all'esecuzione colpevole della volontà d'autore sia ~~unibile~~ compatibile con l'ammissione della qualità di autore, il che riconoscerebbe la legge negli artt. 142, 346-344, non è convincente, poichè nello stesso modo si potrebbe dire, che, se la legge avesse il punto di vista del BINDING, non ci sarebbe stato necessaria una normificazione speciale in quegli articoli.

Se il PETRI ritiene falso di partire da una speciale Teoria della Compartecipazione se si considera il problema della qualità di autore mediato, poichè si porrebbe con ciò un elemento che solamente quando si giudica la responsabilità di più persone che hanno partecipato res-

certa mente non copiato M.

pg 40 ponsabilmente al delitto, verrebbe in considerazione, e che anticiperebbe la determinazione del concetto d'autore, ciò non è ammissibile.

Il concetto di autore e quello di compartecipe debbono armonizzare e non essere contradicenti. Mi sembra meglio ~~[illegible]~~ partire dalla compartecipazione di più persone, trattata dalla legge espressamente, e applicare i principi generali e le conseguenze di questa regolamentazione del diritto positivo nella costruzione di un generale concetto d'autore, che non formulare astrattamente un tale concetto, sia questo compatibile con i pensieri fondamentali della legge o no.

Con lo schema generale: autore è chi ha causato l'evento delittuoso - usato specialmente dal PETRI - non si può raggiungere la meta. Ora se non possiamo negare la qualità di autore mediato nonostante il concetto d'autore compreso da noi, abbiamo tuttavia bisogno di una speciale giustificazione, se vogliamo punire qualcuno come autore (autore mediato), che non ha personalmente eseguito l'azione di esecuzione, ma l'ha fatto eseguire mediante

un altro.

Queste ragioni vogliamo esporre nel seguente per trarle poi nella questione dello strumento doloso.

Chi ha preso la decisione di produrre un evento delittuoso - un omicidio, per esempio - mediante un altro determinato, ha da disposizione diversi modi d'agire.

1) egli determina all'uccisione un incapace d'agire, uno che si trova in errore, ecc., e questi compie l'azione di esecuzione.

2) egli si fa Auftifter di un uomo, che agisce dolosamente, cioè in assoluta precisione delle conseguenze del suo atto.

I casi sotto 1) contengono i casi della ~~strumento doloso~~ qualità d'autore mediato generalmente riconosciuti (nel senso sviluppato in pg 2), mentre quelli sotto 2) ~~rappresentano~~ rappresentano il concetto dell'Auftiftung contenuta nel diritto positivo. pg 41

Secondo art. 41 è punito come Auftifter, chi determina dolosamente un'altro all'azione punibile da questo commessa. Col dettare della decisione delittuosa nell'Angestifteter è finita la attività delittuosa dell'Auftifter; d'ora in poi non dipende più da lui, se l'evento delittuoso si produce o no. Non è però giusto affermare che il produrre una decisione delittuosa in un altro non sia un disturbamento dell'ordinamento giuridico, come non lo è l'originarsi dell'intenzione nell'autore stesso, poiché in quest'ultimo caso abbiamo da fare solo con un processo interno: dopo aver preso la decisione delittuosa non si è manifestato ancora niente nel mondo esterno. Ciò è diverso nella Auftiftung: l'Auftifter ha agito su un altro uomo mediante regali, promesse, minacce, ecc - ed è questo un avvenimento che appartiene al mondo esterno -, e la produzione della decisione delittuosa è spesso la conseguenza di questo processo esterno (azione). Quindi non c'è un semplice processo volontario (Willensprozeß) ma una azione esterna più una decisione della volontà di un altro come conseguenza di questa

azione.

Il destare la decisione delittuosa in un altro è unito al pericolo che questi realizzi ora l'evento punibile; ciò che è un pericolo incomparabilmente più grande (considerato solo astrattamente, prescindendo dal singolo caso) che non la produzione spontanea della decisione attraverso l'autore stesso. Mentre nell'ultimo caso dipende solo dalla mia persona, dal mio calcolo, dai miei motivi etici ecc., se voglio eseguire o no la mia decisione, l'Anstifter invece ha affidato la sua idea del delitto allo Angestifteter, senza che ~~questi~~ egli abbia sempre la possibilità di dirigere le passioni da lui scatenate e gli istinti delittuosi, o, più ancora, senza poterle mai del tutto sopprimere. L'idea delittuosa è rimasta nel suo cervello, pg 42 ma la esecuzione di essa egli ha dato via. Questa situazione caratteristica che esiste per l'Anstiftung è data pure nei casi della qualità di autore mediato, e tuttavia è di grandissima importanza per la risposta nella domanda: che cosa ci dà la giustificazione di punire l'autore mediato come autore? e per la considerazione giuridica dello strumento doloso, di mettere in un criterio, per il quale la qualità di autore mediato e l'Anstiftung si distinguono. Questo criterio si offre se si esamina scrupolosamente la persona usata per il fatto.

Lo stato di pericolo comune ad ambedue le forme giuridiche, che cioè la persona determinata produca l'evento delittuoso, è diverso nei casi della qualità di autore mediato e in quelli dell'Anstiftung. La probabilità che la determinata persona eseguisca il delitto è molto più elevata nei casi della qualità di autore mediato che non in quelli dell'Anstiftung. Lo stato tipico di pericolo nei casi della qualità di autore mediato è aumentato e potenziato di fronte a quello esistente nell'Anstiftung: il incapace di intendere e l'indotto in errore non possono comprendere bene la portata e la pericolosità del loro agire, essi non sono capaci di liberarsi dalla impressione che ha dato a loro l'influenza del determinatore.

« sotto il dominio del momento, incapace di
« astrarre da questa impressione e di elevarsi sopra
« il presente, l'atto volontario ha la sua ~~causa~~ causa
« propriamente nella motivazione istintiva; privato
« di una attività propria di valore, il passo è
« diventato un mezzo che vuole qualche cosa,
« ma è uno strumento; la sua volontà pura-
« mente è equiparata alle manifestazioni della
« vita degli animali » (HERBST pg 443)

Come l'animale, come la forza della natura scatenata, il passo si getterà nel ~~delitto~~ l'oggetto del delitto, senza ragionamento, senza compassione; inaccessibile a motivazioni imbuti dell'etica; incapace di frenare le passioni una volta scatenate. Simile è la situazione nell'errante; anche qui c'è quella situazione ora descritta. Secondo una considerazione naturale della vita - ca è questa anche necessariamente l'opinione del giurista - la responsabilità del delinquente è quella principale; la attività del passo, dell'errante simili a strumenti, è da attribuire a lui solo. pg 43

L'autore mediato non ha preso parte alla azione di esecuzione, ma egli è diventato attivo per l'evento delittuoso in una tale maniera, che secondo una considerazione corrispondente alla vita reale la sua attività vale una azione di esecuzione; il che ci giustifica di parlare della qualità di autore mediato come di un caso speciale della qualità di autore.

Ciò è del tutto diverso nella Anstiftung: di fronte all'Anstifter si trova l'Angestifteter come un uomo capace d'intendere, padrone della situazione, cosciente della sua pericolosità, anche se egli è caduto profondamente nella via del delitto, anche se egli non conosce più sentimenti, non più la compassione, sempre qualcosa di un sentirsi «uomo» sarà rimasto in lui. e forse forti motivi etici agiranno in lui che lo indurranno di superare e vincere i suoi istinti delittuosi. Non sentiremo mai di fronte ad un rifatto uomo lo stesso che sentiamo di fronte ad un avvenimento delle forze della natura, di fronte pure ad

uomini che per una qualsiasi ragione non possono comprendere la portata della loro azione. La speranza che il braccio già alzato per colpire si ritrae non ci lascerà mai completamente di rimpetto ad un uomo capace d'intendere e agente dolosamente.

Non si riconosce perciò il vero carattere delle cose dicendo - come il BAUER pg 102 - che non si possa comprendere, che ci sia una differenza fra colui, che determina un pg 44 capace o un incapace d'intendere p.es. ad un veloce andare in macchina, ed io credo che l'esempio dato dal BAUER sia specialmente adatto, di gettare luce sul contrasto fondamentale. Ci si immagini un carro aggiogato ad andare con tutta velocità su una strada affollata che non si preoccupa dei passanti; e d'altra parte un capace d'intendere che pure andando velocemente ha la coscienza e l'energia per comprendere la pericolosità del suo atto ed evitare i pericoli che ne sorgano.

Questa diversità di grado fra l'Anstiftung e la qualità di autore mediato non è però riconoscibile senz'altro, come abbiamo già detto sopra pg 12 segg. Dobbiamo prendere in esame le persone che prendono parte ed ex post dobbiamo fare il calcolo della pericolosità. Solo a base di questo esame si può constatare, se si tratti di Anstiftung o di qualità di autore mediato. Questa "operazione mentale" si può chiamare "calcolo della pericolosità per mezzo di una susseguente prognosi".

Anche il legislatore non ha potuto trascurare la differenza psicologica fra la determinazione di un pazzo e di un sano, e a ciò l'art. 48 deve la sua esistenza. Perciò non sarebbe bene se il futuro legislatore seguisse quegli A.A., p.es. v. LISZT, GETZ e molti altri, che consigliano l'affermazione: di punire come autore ognuno che ha colpevolmente causato l'evento delittuoso e di cancellare le norme sulla compartecipazione come superflue dal

codice

Possiamo riassumere il risultato delle nostre indagini nelle seguenti parole:

1) La formazione spontanea della decisione di delinquere dell'autore è un processo puramente interno e perciò non tocca l'ordinamento giuridico. pg 45

2) La produzione della decisione di delinquere in un'altra persona pienamente capace d'intendere e agente in piena coscienza delle conseguenze del suo atto, è un'azione esterna che contiene in sè il pericolo che l'evento delittuoso venga prodotto nell'avvenire dal determinato.

3) La produzione della decisione di delinquere in un pazzo o in una persona indotta in errore ecc. è egualmente un'azione esterna, che contiene in sè il pericolo sensibilmente aumentato che l'evento delittuoso venga realizzato.

Anche dagli A.A. che respingono la nostra opinione, e ciò vale in ispecie del LISZT, è stata in coscientemente

esprena questa fondamentale differenza fra l'Anstiftung e la qualità d'autore mediata.

Mentre nei casi 2) la sola produzione della decisione di delinquere nell'Angestifteter non è punibile secondo il diritto positivo, ci giustifica invece lo stato di pericolo nei casi 3) di ammettere già nel momento in cui la decisione fu provocata, ~~l'inizio dell'esecuzione del fatto da parte~~ nell'autore fisico, l'inizio dell'azione di esecuzione e di ritenere dato sin da questo momento un tentativo punibile, d'accordo con

v. LISZT pg 125 Note 8, 210 nota 7

GETZ op. cit. pg 361

vedi pure v. BAR pg 627; BELING in Z. LS, pg 601.

Se po questo con considerazioni generali non sarà difficile giudicare se questi A.A., indipendentemente dal corso della loro prova, si trovavano sulla giusta via, caratterizzando nei casi dello strumento doloso il determinatore come autore mediato, il determinato - lo

strumento doloso, - come il suo complice.
Poichè, se vogliamo chiamare autore il determinatore benchè egli non abbia realizzato una azione di esecuzione, abbiamo pure esporre le ragioni che lo giustificano pg 46
secondo il modo naturale di considerare la vita. La circostanza che la persona eseguente in concreto per una mancanza di intenzione o di qualificazione non è autore punibile, non può ad un tratto condurre al ~~fatto~~ fare del "Hintermann", che è il motivatore, il autore.

Comparando questi casi dello strumento doloso d'una parte con l'Anstiftung, d'altra parte con tuttetti casi della qualità di autore mediato, si mostra la uguaglianza e assomiglianza con l'Anstiftung subito molto chiaramente. Tutto ciò che abbiamo conosciuto come contrasto fra Anstiftung e qualità di autore mediato, ci si dimostra pure come una differenza fondamentale fra la qualità di autore mediato e i casi dello strumento doloso, poichè anche qui si tratta di una persona capace d'intendere, che agisce dolosamente, sebbene non abbia una certa intenzione o qualificazione, di cui si serve lo "Hinterman" per l'esecuzione delle azione conforme alla fattispecie.

Questa parentela con l'Anstiftung, la diversità interna della qualità di autore mediato, e poi il principio giuridico generalmente riconosciuto di equiparare sistematicamente ciò che è simile e internamente affine, ci comanda con necessità di eliminare i casi dello strumento doloso dalla dottrina della qualità di autore mediato.

Così perveniamo al risultato che abbiamo conosciuto come opinione degli AA. che difendono conseguentemente la natura accessoria della compartecipazione (BIRKMEYER, BELING, HERGT, BEROLZHEIMER ed altri).

Se la persona che realizza la fattispecie oggettiva di una legge penale, agisce senza l'intenzione speciale necessaria per il delitto

rispettivo o senza la dovuta qualità personale, la persona che eseguisce non è autore poiché è un delitto conforme alla fattispecie non esiste addirittura; il determinatore non può Anstiftor per mancanza di un fatto punibile principale »

Quanto riguarda i cosiddetti delitti di intenzione e i delitti propri, considerati dal R.E., abbiamo già detto in pg 129 che noi qui riconosciamo c'è un fatto principale, ammettiamo Anstiftung da parte del determinatore

La conseguenza riguardo allo pg 47
strumento dolo non intenzionale e non qualificato, per quanto spiacevole essa sia, noi la comprendiamo subito occupandocene più da vicino. Se la legge in certi delitti oltre la realizzazione dolosa della fattispecie richiede ancora una qualificazione strettamente personale dell'autore, essa vuole chiaramente esprimere, che essa respinge una punibilità di una persona che agisce senza quella intenzione o alla quale mancano le qualità personali. Su questo si basa p.es. la impunibilità generalmente riconosciuta del fortum usus. Se la legge avesse considerato l'azione di esecuzione nelle circostanze date come una violazione del diritto, essa avrebbe certamente statuito una pena (vedi WACHENFELD pg 135). Partendo dalla nostra opinione che fondamentalmente scarta l'ammissione della qualità di autore mediato nei casi dello strumento doloso, discuteremo ora il nostro problema per le singole specie di delitti e si mostrerà, che interpretando giustamente la legge, i nostri risultati non saranno talmente inapplicabili, come gli avversari lo vogliono fare credere.

PARTE SPECIALE

Lo strumento doloso nei singoli delitti.

pg 48

§4: Generalità

Il risultato delle nostre indagini si può riassumere nella affermazione: non è lecito di trattare uniformemente tutti i casi dello "strumento doloso" secondo lo schema della qualità di autore mediato. Si deve invece prendere in esame separatamente l'attività del determinatore e dello strumento e vedere, se essi ognuno per sè si fanno sussumere sotto una legge penale. Si mostrerà che spesso l'attività dello strumento doloso compie una fattispecie autonoma, mentre il carattere come strumento appare penalmente solo quando l'Hintermann stesso interviene con un'azione fisica, come nella rapina (vedi §5) (art. 253 cod. pen.), dove la costrizione di un altro, mediante forza o minaccia, ad una azione, ad un permesso o ad un'omissione è già per sè stessa punibile. Possiamo parlare qui di uno strumento misto o qualificato e

distinguervi lo strumento doloso qualificato non qualificato e quello qualificato non intenzionale.

Ci sono in contrario pure casi, in cui l'attività dello strumento doloso non realizza una legge penale, per es. nel furto: qui si può parlare di uno strumento doloso "puro".

Considerando lo strumento doloso non intenzionale è da avvertire che nei delitti intenzionali del diritto vigente una volta è sufficiente l'intenzione, cioè la direzione della volontà verso una determinata meta da raggiungere, mentre in altri casi, per es. nel furto, e nella rapina, la meta da raggiungere è compresa nella sfera personale di chi agisce (l'intenzione della appropriazione illecita vedi §5). L'intenzione è in questi casi più limitata, noi chiamiamo questi delitti: delitti intenzionali speciali. (verstärkter rinforzato), mentre gli altri si possono denominare: delitti intenzionali "semplici".

pg 49

§5

Lo strumento doloso nel furto e nella rapina

A. È nel furto che il problema dello strumento doloso è più frequentemente discusso. La opinione dominante da noi respinta dice, che, se l'intenzione di appropriarsi la cosa illecitamente manca nello strumento doloso che agisce immediatamente, mentre questa intenzione è data nel determinatore, questi è autore mediato del furto, mentre lo strumento è complice.

Gli A.A. che respingono tale opinione, cercano per lo più per una interpretazione estensiva dell'art. 242 raggiungere una soluzione sodisfacibile. Distinguiamo però due gruppi di A.A.:

I. Si difende l'affermazione che ognuno che sottrae una cosa altrui, con l'intenzione di appropriarla ad un altro illecitamente, deve anche avere l'intenzione di appropriarla a sè stesso.

MERKEL H.H. III. pg 649

KOHLER pg 129
FORKE pg 83
HARBURGER V.O. Bes. Parte IV pg 113
WACHENFELD pg 272
FRANK pg 57, 406
BERNER Grdr. 44 in contrasto alla sua „Teilnahme" pg 215
Vedi pure RG 5, 119 - 4, 129

Il KOHLER dice spiegando la sua opinione che non si possa vedere la ragione, perchè quello che vuole l'appropriazione per un altro non debba essere equiparato a quello che la vuole appropriare a sè stesso; l'appropriazione occorre che essa sia solo formale; può essere una appropriazione momentanea per subito disporne a favore di un terzo. pg 50
Non debba essere una differenza sia dal l'autore o l'Antifur sola vuole appropriare a sè medesimo per darla poi ad un altro, sia che egli subito vuole darla ad un altro.

Il FORKE ritiene una contraddizione insolubile che quello che per un altro commette un furto o un Erpressung è punito come autore mentre chi ruba per un altro resta impunito. Il legislatore avrebbe preso una formola troppo limitata per il furto, guardando solo il caso principale che uno ruba per sè stesso, mentre con ciò egli non voleva dire che colui che ruba per interessi altrui non sia da considerare un ladro, poichè l'interessi altrui e l'interessi proprio sarebbero dei concetti del tutto irrelevanti per il diritto penale.

II. Il secondo gruppo è rappresentato da MITTERMAIER pg 257 e HÖPFNER „Diebstahl u. Unterschlagung" pg 95.

Ricollegando al caso discusso in RG. 6, 416 il MITT. dice che, se una persona H determini L di prendere il cane dalla casa di R, e se H con intenzione furtiva, che manca a L, prenda il cane, si dovrebbe dire che H compia volamente la sottrazione, e egli sia quindi autore principale diretto, mentre H sia complice.

Lo HÖPFNER parte dal concetto, che il «sottrarre» non si debba comprendere solo materialmente come l'atto della sottrazione, ma come ogni mezzo che effettua questo concetto, che appartiene al concetto del «sottrarre», cioè spostamento nello spazio (Raumveränderung) e fondazione di un dominio proprio reale. Siccome però lo H. comprende sotto «effettuare» il porre di una condizione per la quale la probabilità generale dell'evento è sensibilmente aumentata, secondo lui sottrae quindi anche colui che determina un altro di prendere la cosa.

Contro il gruppo I si rivolgono pure le parole dello H. nella Leb. 26, pg 586:
«dalla minaccia con pena riguardo al furto
«si deriva il divieto, di sottrarre cose altrui
«con l'intenzione di appropriarle, non però
«il divieto di agire che il possesso esistente sia
«rotto e fondato invece quello del terzo»

Contro l'opinione del KOHLER e gli altri A.A. con la stessa opinione si è detto giusta-

pg 51 mente, che l'affermazione, chi appropria una cosa ad un terzo, se la appropria prima a sè stesso, non sarebbe giusta in questo senso generale. Si potrebbero pensare a due casi: (MEZGER) regolarmente sia quello che vuole appropriare la cosa ad un altro, l'intenzione di appropriarsela prima a sè stesso (MAYER-ALLFELD); si pensi p.es. al S. Crispino che rubò cuoio per fare scarpe per gli altri; ma chi p.es. prende una cosa da un armadio per darla subito ad un altro che si sta accanto, non ha mai avuto l'intenzione di appropriarsi sia pure per un attimo la cosa, e lo stesso è il caso, se B mandato dal padrone A porta i polli del C nella casa di A.

Perciò non si può consentire con il HARBURGER che non c'è differenza se la consegna della cosa al terzo - che dovrebbe avere presente in questo caso - si fa subito dopo la sottrazione eseguita dietro una determinazione o se la cosa sottratta rimane qualche tempo nelle mani del furto e dopo viene consegnata al terzo. Pure se

non è importante se chi sottrae la cosa la ha avuta per un certo tempo nel suo possesso, poichè nel furto non occorre la realizzazione della intenzione, si tratta tuttavia di constatare, se colui, che l'ha sottratto sin dall'inizio abbia avuto l'idea di considerare la sua attività come un solo passaggio per l'intenzione del detenuto a lui nota o se egli abbia voluto mettersi in una relazione durevole con la cosa sottratta, ma tutto ciò è pure il caso se qualcheduno sottrae una cosa con l'intenzione di consegnarla ad un altra che la prende in buona fede. Chi sottrae ha con l'intenzione di regalare senza elucidare un compenso questa cosa ad un altra persona, e che la prende senza conoscere le circostanze ha la volontà di acquistarla senza dare un corrispettivo. Il consenso consiste ad attribuire le parti nel fare un contratto di regalo.

Chi invece con l'intenzione dell'appropriazione illecita determina un'altra persona di sottrarre una cosa altrui, avrà nel suo-

pg 52

mento della consegna, conoscendo le circostanze, mai la sensazione di ricevere un regalo ni avrà la volontà di farsi fare un regalo, ma egli considererà la cosa come una preda sin dall'inizio aspettata e come tale la caratterizzerà.

Siccome la legge dice che ladro è colui, che sottrae una cosa mobile altrui con la intenzione di appropriarsela illecitamente, essa esprime, che per il furto è caratteristico l'agire nell'interesse proprio, in contrasto alla truffa, alla Erpressung ecc., in quali casi secondo il dettato della legge deve essere sufficiente la sola intenzione di procurare a sè stesso o ad un terzo un vantaggio patrimoniale illecito. Qui si mostra la differenza fra i delitti di semplice e di speciale intenzione riguardo allo strumento doloso.

Anche se la regolamentazione del diritto positivo è de lege ferenda attaccabile, non pare che si permesso di lasciar inosservato la mancata diversità della legge, come lo fanno il KOHLER, il FORKE e gli altri A.A. enumerati

Non si può seguire neppure l'opinione del MITTERMAIER e del HÖPFNER. È giusto che H, che - ricordiamo l'esempio dato in RO § 416 - determina L di prendere il cane dal possedimento di R sarebbe autore diretto, se egli compie la sottrazione, ma la situazione è appunto quella, che H non voleva stesso sottrarre, ma la sua volontà diretta alla appropriazione di una cosa prima sottratta da un altro ad una terza persona.

Perveniamo così alla soluzione, che secondo la mia convinzione è quella che sola è la giusta, cioè quella dello HIRSCH (pag. 47) e del BELING (Zeit. 28, 602), che considerano l'ostilità dello strumento doloso solamente come un'azione di preparazione per la realizzazione dell'intenzione del determinatore. Chi sottrae una cosa altrui affinché un terzo, assente, la appropri illecitamente, commette solamente una rottura di possesso e costituzione di possesso impunibili; colui che si appropria ora la cosa trovantesi nel suo possesso, commette una intercettazione, alla quale l'altro ha

pg 53 prestato complicità.

Possiamo quindi riassumere: chi sottrae una cosa mobile altrui, per appropriarla ad una persona in buona fede, commette un furto, poichè la intenzione di regalare una cosa include in sè la intenzione di appropriarla prima a sè medesimo. (Caso di S. Crispino). - Chi invece sottrae una cosa per appropriarla ad un terzo in mala fede, e che ha pure l'intenzione di appropriazione, è impunibile; se il terzo si appropria della cosa commette una intercettazione, alla quale lo strumento doloso ha prestato complicità.

B. Colui che con applicazione di forza contro una persona o con minacce di un pericolo presente per la vita sottrae una cosa mobile altrui ad una persona con l'intenzione di appropriarsela antigiuridicamente, è punito di rapina secondo l'art. 249 cod. pen.

La rapina è un delitto sia contro la libertà personale sia contro il patrimonio. Riguardo a quest'ultimo fatto contiene la fattispecie della rapina l'intera fattispecie del furto; anche la rapina richiede l'intenzione speciale di appropriarsi antigiuridicamente la cosa, che abbiamo conosciuto nel furto. Quindi ci si può anche nella rapina immaginare la situazione, che la persona avente l'intenzione di appropriarsi antigiuridicamente una cosa abbia determinato un altro di sottrarre una cosa con applicazione di forza ecc., ma per appropriarla non a sè stesso, ma al determinatore.

Secondo la formula della qualità di autore mediato sarebbe anche qui il determinatore autore mediato della rapina, mentre lo strumento doloso sarebbe complice. Noi rappresenteremo lo stesso punto di vista come nel caso del furto e possiamo essenzialmente rimandare a ciò che fu detto in proposito. Tuttavia esiste una fondamen-

pg. 54

tale differenza riguardo al furto: dobbiamo considerare anche qui come azione di preparazione la sottrazione da parte dello strumento doloso con applicazione di forza ecc., fatta per realizzare l'intenzione del determinatore, ma questa azione di preparazione rappresenterà in tutti i casi la fattispecie di un delitto autonomo, sia quello della lesione corporale, sia quello della costrizione (Nötigung), malgrado il linguaggio dell'art. 240 un po' differente da quello dell'art. 249., poichè la minaccia con un pericolo presente per la vita sarà di regola una minaccia con un crimine o un delitto (nel senso dell'art. 240 cod. pen.)

Si presenta quindi il caso del da noi conosciuto «strumento doloso qualificato non intenzionale».

Lo strumento doloso, nel delitto della rapina, è quindi punibile a causa di una lesione corporale o della costrizione, forse a causa di ambedue i delitti in con-

corso; lo Hintermann è punibile per Anstiftung a tale delitto. Se questi si appropria la cosa, anche questa realizzazione della sua intenzione guadagna importanza penale: egli si rende colpevole di una intercettazione, poichè è senza influenza il modo in cui l'intercettatore ~~ha~~ è diventato possessore, sia per caso, per errore, per conseguenza, sia per mezzo di un'azione punibile.

L'attività dello strumento doloso che rappresenta già per sè stessa lesione personale o costrizione, diventa così pure complicità a quella intercettazione.

Come stanno ora fra di loro l'Anstiftung alla costrizione o alla lesione personale e la intercettazione, e d'altra parte la costrizione oppure la lesione personale e la complicità alla intercettazione.

Non si potrà decidere nello stesso modo per i due casi, ma considerare le circostanze del caso come si presta. pg 55

Quanto riguarda il rapporto della Anstiftung alla costrizione oppure alla lesione personale da parte del determinatore, la costrizione oppure la lesione personale è ~~non~~ solamente mezzo per la realizzazione dell'intenzione della intercettazione, ma questo mezzo è un mezzo straordinario non corrispondente allo svolgersi naturale, e siccome si tratta di un tipo autonomo di delitto, il mezzo nella sua siffatta qualità rappresenta un delitto per sè stante.

Dunque lo Hintermann che nell'intenzione di appropriarsi antigiuridicamente una cosa mobile altrui determina un'altro di sottrare questa cosa con applicazione di forza contro una persona o usando minacce contro la vita contenuti un pericolo presente, non avendo egli però l'intenzione corrispondente, - è da punire dall'Anstiftung alla costrizione oppure alla lesione personale in concorso reale con intercettazione.

Per quanto riguarda l'azione dello strumento doloso, si tratta qui di una azione

unitaria, e si dovrà constatare che ~~egli~~ esso si è reso colpevole del delitto della costrizione oppure delle lesioni personali in concorso ideale colla complicità alla intercettazione.

Così pure nella rapina lo Dummento doloso subisce una soluzione applicabile. Si trattava solamente di interpretare giustamente la legge e di esaminare accuratamente il caso rispettivo che doveva essere giudicato.

§6

Lo Dummento doloso in altri casi.

Abbiamo esaminato due casi di delitti intenzionali "rinforzati" (verstärkt) ed ora esamineremo la questione dello Dummento doloso in alcuni delitti semplici intenzionali (schlicht) e in delitti propri (Sonderdelikte). Come è la situazione, se colui che compie la fattispecie oggettiva del delitto agisce sì

§ 56 dolosamente, ma senza quella intenzione o qualità personale, mentre colui che lo ha determinato ad agire, le possiede?

Nei delitti d'intenzione dobbiamo dare importanza ~~soprattutto~~ soprattutto a questo fatto: la persona che compie la fattispecie oggettiva non può sempre scusarsi dicendo di non aver avuto quella intenzione, o, con altre parole, di non aver avuto la mèta di raggiungere l'evento delittuoso, bensì di aver seguito altri scopi, poichè queste due centralità possono esistere sia cumulativamente sia alternativamente, e non si escludono a vicenda. Occorre sempre un esame scrupoloso sul fatto, se la intenzione con la quale l'autore spiega la sua attività, non sia altro che un punto di passaggio a quella intenzione che richiede la legge.

I. Un esempio che serve bene a spiegare la dottrina dello Dummento doloso in tutte le sue variazioni, è l'art. 57 cod. pen. Questo dice: „Un tedesco che entra in relazioni con un

governo straniero per indurlo ad una guerra contro il Reich tedesco, è punito per tradimento di paese (Landesverrat).

Qui dobbiamo distinguere due casi riguardanti lo strumento doloso:

1.) Un tedesco che ha l'intenzione di determinare un governo straniero ad una guerra contro il Reich, determina un altro tedesco, che non ha questa intenzione, ma che agisce dolosamente e nella coscienza che questo comporta verificarsi, di entrare in relazioni col governo straniero.

2.) Un tedesco che ha l'intenzione di determinare un governo straniero ad una guerra contro il Reich, determina uno straniero che agisce dolosamente, di entrare in relazioni col governo straniero.

L'attività richiesta dall'art. 87 cod. pen. consiste in un "entrare in relazioni" con un governo straniero, cioè debbono essere cominciate delle trattative da ambedue le parti; ci deve essere stato uno scambio di idee (così FRANK pg 193 - v. CALKER pg 43 - v. LISZT pg 547 - OLSHAUSEN §84 P.2)

pg57 In quale modo il tedesco si mette in relazioni col governo straniero e come vengono effettuate le trattative, è indifferente per il concetto "entrare in relazioni"; solo è da richiedere che i pensieri relativi di un tedesco vengono fatti apprendibili coscientemente ad un governo straniero. Quindi egli può andare personalmente, può scrivere delle lettere, può finalmente servirsi di altre persone come mediatori, e sempre si dirà che è entrato in relazioni con un governo straniero, poiché le sue idee gli sono state trasmesse. Ma deve essere irrilevante se la persona intermedia agisce dolosamente come nel caso dello strumento doloso, poiché il messaggio che trasmette non è sotto nel suo ambito di idee, ma in quello di colui, che l'ha determinato di trasmettere queste notizie. È come se fosse stato uno scambio di lettere di cui il portatore avesse conosciuto il contenuto. Qui non si avrà

da fare obiezioni affermando che il mercenario della lettera sia entrato egli stesso in relazione con quel governo straniero. La situazione è quasi identica a quella del «mercenaggio» del diritto civile (Bock des Söldnerrechts)

Si punirà quindi il tedesco determinatore come autore del Landesverrat, e lo straniero doloso a causa di complicità ~~di tale delitto~~ come complice.

L'opinione qui rappresentata contiene una necessaria conseguenza e la si dovrà trarre: Se sia il determinatore sia il determinato sono tedeschi e se hanno agito ambedue con l'intenzione di determinare il governo straniero ad una guerra contro la Germania, non si tratta di Anstiftung, ma di qualità di coautore. L'Anstiftung nell'art. 87 la si può immaginare solo o essendo l'Anstifter non tedesco o che abbia agito senza l'intenzione specifica.

Per quanto riguarda il secondo caso in cui un tedesco per la realizzazione delle mete di tradimento si serve di uno straniero, si ammetterà qualità di autore da parte del determinatore, complicità o qualità di coautore (cfr. art. 91, parte 2ª) da parte della persona straniera, la quale però eventualmente secondo art. 91 è da giudicare secondo uso di guerra (Kriegsgebrauch) (rimanendo cioè impunita). pg 58

II. Un tedesco che dolosamente avanti una guerra contro il Reich presta ~~[illegible]~~ ~~aiuto~~ servizi ad una potenza ostile o reca danni all'esercito del Reich e dei suoi ~~[illegible]~~ alleati, è punito di Landesverrat secondo l'art. 89 cod. pen.

L'attività richiesta consiste nel fatto che si procura vantaggi alla potenza straniera o reca danni al Reich; ciò vuol dire il delitto è compiuto se la situazione della potenza straniera ~~si~~ è diventata migliore o quella del Reich più sfavorevole. (Cfr. OLSHAUSEN § 89 Nr. 3). Possono essere delle azioni che rinforzano immediatamente

la potenza straniera ostile o che servono mediatamente a questo scopo (p.es. l'aiuto ad un prestito di guerra dello Stato straniero).

Un tale agire per lo Stato straniero indiretto, cioè la miglioramento della situazione della potenza ostile esiste pure se un tedesco determina uno straniero ad una attività di tale genere. Il tedesco è autore secondo art. 89, lo straniero determinato è coautore ed è da giudicare secondo art. 91 cod. pen.

III. Anche il § 146, primo cap. presenta un esempio interessante per la spiegazione della dottrina dello strumento doloso. Qui è punito chi falsifica denaro del Reich o di un paese straniero per mettere in circolazione questa moneta falsa come moneta vera.

Anche qui ci si può pensare benissimo il caso in cui una persona avente questa determinata intenzione, cioè di usare il denaro falso come denaro vero e di metterlo in circolazione, determina un' altra alla quale è nota questa intenzione, la quale però diversa attiva per altre
§ 59 ragioni, - per es. per provare la sua abilità di fabbricare questo denaro. Non si potrà dire che colui che ha fatto le monete false per ~~metterle in circolazione~~ darle poi al determinatore, abbia egli stesso l'intenzione, di metterle in circolazione; egli segue un altro interesse; conosce sì l'intenzione altrui, ma non la fa sua propria. Se ora lo strumento mette in circolazione il denaro, - ciò che ha voluto sin dall' inizio -, egli è punibile secondo il § 147 cod. pen., caso secondo, e lo strumento doloso è complice.
Chi anche il codice non riscuote antigiuridica e degna di pena la falsificazione di denaro senza avere però la tendenza intenzione, ciò risulta chiaramente dal

§ 147, poichè qui abbiamo la punibilità solo nel momento in cui il denaro falso è messo in circolazione come denaro vero. L'attività dello spacciatore del falso è quindi di sè per sè non antigiuridica; esso lo è solo in quanto è un'azione di complicità all'intenzione realizzata dell'altro.

IV.

Chi dopo la commissione di un crimine o di un delitto presta consentemente aiuto all'autore o al compartecipe per sottrarli alla punizione o per assicurare loro i vantaggi del reato, va punito per favoreggiamento (§ 257). La attività qui richiesta consiste in un prestare aiuto, e la intenzione necessaria è che ciò avvenga semplicemente: intenzione di favoreggiamento. Riguardo allo strumento dolosamente innocuo di un complice: Il servo che, dietro comando del suo signore, incatena un amico di lui a fuggire, può essere influenzato dalle più varie intenzioni. Egli stesso può avere l'intenzione di favoreggiare quell'amico; egli può avere l'intenzione di fare un piacere al suo padrone o ad un terzo; può anche avere l'intenzione di prendere di qua la polizia senza di volere favoreggiare l'amico del suo padrone, che forse è suo nemico.

pg. 60

Si deve però considerare che una di queste intenzioni non esclude necessariamente l'altra. Anzi esse saranno per lo più accumulate. Il servo avrà sia l'intenzione di favoreggiare l'amico del suo padrone, sia quella di fare un piacere al suo padrone. Quindi si deve essere cauti nel dire che il servo agente dolosamente non abbia avuto nel caso concreto la intenzione di favoreggiamento. Gli mancherà però questa intenzione se egli ha solamente avuta la volontà di prestare aiuto a compiere la intenzione di favoreggiamento del suo padrone. È da affermare che il padrone, che aveva la detta intenzione, e che ha determinato il suo servo a prestare aiuto ad un amico, egli

stesso indirettamente prestato l'aiuto. Qui la situazione è simile a quella che abbiamo riconosciuta nel caso del prestare aiuto al tradimento. Mentre questo è compiuto se la situazione della Potenza straniera belligerante è migliorata a quella tedesca peggiorata, abbiamo un prestare aiuto e, con ciò, un favoreggiamento compiuto nel senso del § 257 già quando è intrapresa una azione che era adatta a prestare aiuto (Vedi Olshausen § 257 N. 10) Per il fatto che quel padrone ha determinato il suo servo ad aiutare il suo amico a fuggire, egli ha soddisfatto al § 257 poiché è diventato attivo in un modo che migliorava infatti la situazione del suo amico. La questione dello strumento doloso è quindi risolta nel seguente modo: il padrone è punibile per favoreggiamento e il servo per complicità ad esso.

Anche qui è la conseguenza che, se sia il signore sia il servo hanno agito con l'intenzione di favoreggiamento, non abbiamo l'istigazione ma una la qualità di autori.

I

Saranno ora trattati i casi in cui Wuttig (pg. 51) tenta di fondare la necessità del riconoscimento della qualità di autore mediante con strumento doloso. Wuttig adduce innanzi tutto il caso in cui A, fallito, prega il suo amico B di bruciare i registri commerciali di A. B lo fa ed è lui, come A, la intenzione di danneggiare i creditori. – Poi Wuttig adduce il caso in cui un postino fa aprire una lettera da recapitare da sua moglie, che è consapevole dell'antigiuridicità della sua azione. Infine egli adduce l'esempio in cui X scrive a Z una lettera offensiva e il suo figlio Y, conosce il contenuto di essa, la imbuca dietro incarico di X. L'amico di B, il figlio Y e la moglie del postino non hanno bisogno considerati Autori dell'evento delittuoso, autori della bancarotta, dell'offesa e del delitto previsto dal § 356, poiché B non è un singolare

il fallito e neanche bruciare i suoi libri di commercio e meno ancora nel danneggiare i suoi creditori; X non ha espresso un giudizio offensivo contro Z e L. Inoltre del fortino non è per allo stesso impiegato della Posta.

1) Per quanto riguarda l'ultimo caso, Mittig non ha considerato interamente il § 354, partendo dalla sua fondatezza offensiva che qui si dovrebbe trattare di qualità di autore mediato, perviene ad un risultato insostenibile di fronte al contenuto di detto paragrafo. Il fortino non è soltanto fornito come autore se apre lettere affidate alla Posta ~~altro~~ anche nei casi previsti, ma anche se egli permette consapevolmente ad altri una tale azione. Se questi non è fortino, egli sarà, a seconda delle circostanze, punibile secondo i §§ 133, 242, 246, 274, 289, 299, 303, ed inoltre si rende colpevole della complicità per stato al delitto previsto dal § 354, mentre, da parte del fortino, è esistente l'istigazione ad uno dei menzionati delitti in concorso ideale. (Non invece istigazione alla complicità al suo proprio delitto). Nel § 354 non è qui di fornito solo il fatto positivo, – la apertura personalmente – da parte del fortino, ma anche il determinare o permettere questa azione da parte di un altro. Z

pg. 68

Si può far menzione qui anche di altri casi in cui il legislatore ha formate le fattispecie in modo identico o simile: §§ 340, 341, 343, 355, 356; in tutti questi casi è dovuta una trattazione corrispondente della questione dello strumento doloso.

2) Anche riguardo all'offesa la definizione di Mittig non è giusta. Egli parte dall'altro dal concetto che l'offesa sia compiuta solo all'arrivo della lettera all'offeso Z. Ciò, però, non è sostenibile. Nel nostro caso la situazione è tale che già con la conoscenza del contenuto offensivo della lettera da parte di Y, è compiuta l'offesa, poiché per il concetto dell'offesa è necessario che un'altra persona l'abbia

conosciuta, sia questa persona lo stesso offeso o un terzo. Certamente l'autore deve avere la certezza che la sua espressione sia conosciuta da un'altra persona, ma anche ciò è così nel dato caso. Il caso V dà vita alla lettera dietro determinazione di X, si possono pensare due casi: o V si fa proprio il funebre contenuto nella lettera e allora egli stesso è punibile per offesa (partiamo dal fatto che la fattispecie del § 186 non è presente); o V non lo fa proprio e allora non abbiamo una seconda offesa, ma solo una perpetuazione e un rafforzamento della prima offesa da parte di X e complicità di V. Mentre dunque il carattere tipico dello strumento dolo è il fatto che egli ha interpreta l'azione di coercizione, la situazione nel caso di Wetting invece

pg. 68

è tale che la persona V muore solo dopo il compimento dell'azione di esecuzione è diventato attivo. In questo caso dunque X è punibile per offesa e suo figlio V per complicità all'

essa. In questa decisione si può anche parlare della sentenza dell'RG 44, 64. Una generale discussione di essa fu già stata fatta e si tratta qui di occuparsi di alcune questioni speciali all'offesa. Il caso ha in comune con l'esempio di Wetting che già prima della entrata in azione della persona morta che qui è lo stesso offeso, l'offesa è compiuta, sicché le parole offensive dopo il compimento dell'offesa furono date via da una persona determinata a questo scopo e che, in ambedue i casi, le parole offensive erano note a chi le trasmetteva.

Nella sentenza fu constatato che, mediante la trasmissione, è compiuta la fattispecie del § 186; ~~che~~ questa questione non ci occupiamo ma ammettiamo come giusto che il § 186 sia soddisfatto oggettivamente. Nell'ulteriore considerazione affaiono due possibilità: a) l'autore della lettera voleva determinare l'offeso a ~~da~~ dire ad un terzo il contenuto, ma l'offeso non era giuridicamente tenuto

a questa comunicazione;
2) l'offeso era obbligato, per es., per dovere di ufficio come nel caso del § 2. a fare conoscere il contenuto offensivo della lettera ad altre persone e l'autore voleva appunto che ciò accadesse.
La possibilità della qualità di autore mediato attraverso l'attività dell'offeso stesso, giacchè è incontestabile perchè riconosciuta anche in altri casi (determinazione di un fatto al suicidio); solo che qui sono necessari i presupposti, da noi sviluppati nella parte generale, riguardanti la qualità di autore mediato. L'ammissibilità di essa sarebbe quindi esistente nel caso a; forse invece nel caso b, perchè il trasmettitore si trovava in una situazione di costrizione riguardo alla trasmissione.

pg. 64

Se trasformiamo ora l'esempio nel senso che il trasmettitore non è l'offeso stesso, ma un terzo agente dolosamente, la decisione del caso b non cambia, perchè il trasmettitore si trovava in una situazione di costrizione riguardo alla trasmissione, la quale costituisce una ragione di esclusione della colpevolezza. Nel caso a, invece, il terzo è punibile in base al § 186; l'autore della lettera in base al § 185, forse in concorso ideale con l'istigazione al reato previsto nel § 186 (Esempio di Wultig).
3) In quanto riguarda l'ultimo esempio di Wultig, si può anche qui arrivare ad una soluzione soddisfacente. Per poter bruciare i registri di A, B doveva prima avere il possesso di essi, il che è possibile in due modi diversi: il fallito ha consegnato egli stesso i registri o li fa consegnare; o invece egli non ha impedito che B se ne impossessasse. Ora siamo punibili in base al § 239 N.4 K.P. i debitori falliti per bancarotta se hanno distrutto o nascosto i loro registri con l'intenzione di danneggiare i loro creditori. L'attività richiesta è quindi un distruggere o un nascondere. Il fallito, nel nostro esempio,

non ha distrutto egli stesso i registri, ma manda necessariamente li ha nascosti, poiché è possibile che abbia detto al curatore il luogo ove sono. In ogni caso, però, egli ha contribuito in triplice modo all'evento dell'illecito:

fg. 65

in primo luogo determinando il suo amico dandogli la possibilità di disporre dei suoi beni sia con attività positiva, sia con omissione; in secondo luogo poiché non ha impedito al suo amico di bruciare i libri, benché ne avesse la possibilità. Questo non impedire l'evento è però, nel caso presente, equivalente alla produzione positiva dell'evento stesso, poiché il fallito ha il dovere giuridico di assicurare l'integrità dei suoi registri. Se egli viola questo dovere omettendo l'impedimento alla distruzione, va considerato come uno che con propria attività abbia distrutto i libri. Il fallito si è reso colpevole quindi della bancarotta, il suo amico, lo strumento doloso, ne è complice.

VI

Un pubblico ufficiale che si appropria di denaro o altre cose che ha ricevuto nella sua qualità, è punito secondo il § 350. Anche qui entra la possibilità che egli determini un estraneo, agente dolosamente, al delitto di appropriazione di talune cose. Secondo Lucas (fg. 88) l'estraneo, in questo caso, non ha commesso un'appropriazione poiché i denari non erano la sua proprietà: il suo fatto è, invece, un furto. Ma questa opinione è insostenibile. Al furto è propria una violazione del possesso altrui, nel caso concreto: del pubblico ufficiale, contro la volontà del possessore. Ma qui l'atto avviene alla volontà di questo e ci si domanda se non nel permettere di sottrarre non sia inclusa una appropriazione dello stesso pubblico ufficiale. Io credo che tale questione, per le argomentazioni svolte di sopra nel § 5, non la si possa generalmente ingolfare affermativamente. Si dovranno piuttosto distinguere due casi:

pg. 66

1°) Il determinato estraneo ha l'intenzione di appropriazione. Qui si tratta di appropriazione indebita dell'estraneo. Seguendo l'appropriazione l'acquisto del possesso attraverso il determinatore, mentre da parte del pubblico ufficiale abbiamo istigazione e complicità ad essa (a causa del pericolo di sottrarre), mentre però l'elemento aggravante della qualità di pubblico ufficiale qui non viene tenuto considerazione e può essere riguardato solo nella condanna ad una pena più grave.

2°) Il pubblico ufficiale determina l'estraneo ad una appropriazione a suo (del pub. uff.) favore. Poi, permettendo questo atto, il pub. uff. si appropria egli stesso della cosa ed è quindi autore dell'appropriazione indebita in ufficio, secondo il § 350 e il determinato estraneo ne è complice.

VII

Secondo il § 348 è punito per documentazione

falsa un pub. uff. che, nell'ambito della sua competenza, documenta deliberatamente e falsamente un fatto giuridicamente rilevante, o commette una registrazione falsa in pubblici registri. Ora è la situazione se il pub. uff. si serve di un estraneo che conosce la falsità delle registrazioni?

Fu detto nella parte generale che un grande numero di autori attribuisce questo caso alla qualità di autore mediato. Noi però abbiamo discusso questa opinione. Per pervenire ad una giusta soluzione, dobbiamo considerare che per la forma regolare della documentazione pubblica è nella maggiore parte dei casi necessaria la firma del pub. uff. o il timbro dell'ufficio.

pg. 67

1°) La firma o il timbro sono necessari. Esistono due possibilità: a) un estraneo ha scritto il testo, l'estraneo ha firmato e timbrato. b) l'estraneo ha scritto il testo ed ha firmato col nome dell'estraneo o aggiunto il timbro.

Infatti la firma nè il timbro sono formalmente necessari.
Nel caso 1°a) il pubblico ufficiale è punibile secondo il § 348. Ciò è indispensabile per una documentazione pubblica perchè a lui è permesso farla trovare da un altro. Questa è un'attività subordinata e, in sè e per sè, giuridicamente irrilevante, mentre la maggiore importanza spetta alla firma o timbro. Se l'estraneo esegue questa attività in un testo falso, egli ha documentato immediatamente una cosa falsa. Lo stesso vale per una registrazione falsa. Il pubblico ufficiale è quindi punibile secondo il § 348 e l'attività dello strumento doloso costituisce complicità ad essa.
Quale la soluzione nel caso 1°b)? L'evento punito nel § 348 è la produzione di una documentazione falsa, commissibile come in altri delitti di evento, sia per attività positiva, sia per omissione. Non, in quest'ultimo caso, ci dev'essere un dovere giuridico di agire; l'omissione dev'essere antigiuridica. Per la decisione di questo caso dobbiamo guardare un po' di nuovo il § 348. Per il suo compimento esistono due condizioni:

pg. 68

la effettuazione della documentazione, e poi il metterla in circolazione, e, riguardo alla registrazione, una aggiunta dalla quale deriva che questa registrazione è definitiva. Se le due premesse non sono dati cumulativamente, si tratta di una documentazione priva di valore. La prima condizione si compie, nel nostro esempio, di due tappe: lo scrivere il testo e la firma col nome dell'estraneo e l'aggiunta del timbro ufficiale dallo strumento doloso. Con ciò la documentazione o la registrazione sono esteriormente finite, ma giuridicamente non esistono. Qui deve agire il pubblico ufficiale in base al suo dovere di ufficio e sottoporre il fascicolo ad una correzione. Se non lo fa, si rende colpevole di una violazione positiva del suo dovere di ufficio. Egli non ha voluto farlo e, mediante la

sua omissione colpevole, fu compiuta la fattispecie del § 348 e ne è responsabile. Egli va quindi punito secondo il § 348. Con l'attività dell'estraneo doloso, fu però creata la base, l'ambiente, sul quale potè sorgere la omissione colpevole dell'intraneo e lo strumento doloso si è quindi reso colpevole di complicità al delitto del § 348.

In modo analogo si risolve l'ipotesi addotta sub 2. Solo in un punto i due casi virtualmente differiscono. Nella possibilità sub 1 fu necessario che lo strumento doloso abbia formato il nome del pubblico ufficiale. Ciò non antigiuridico malgrado il fermarsi di questi, poichè egli non doveva permetterlo.

fg. 69

Se lo strumento doloso usufruisce della documentazione falsa per trarre in inganno una persona è compiuta in certe circostanze - ciò dipende del tutto dalla situazione concreta - la fattispecie del § 267; e se ciò avviene da parte dell'intraneo, questi si rende colpevole secondo il § 270. Questi delitti stanno allora in concorso reale con gli altri.

VIII

Un estraneo che fa scappare un prigioniero sottoposto alla sua sorveglianza o che effettua o condiziona dolosamente la sua evasione, è punito secondo il § 347. In questo paragrafo è già compreso, mediante il dettato della legge, il caso in cui l'intraneo determina un estraneo a liberare il prigioniero poichè, se l'estraneo compie veramente questo fatto, l'intraneo ha effettuato o condizionato egli stesso la fuga, mentre da parte dello strumento doloso è compiuta la fattispecie del § 120 -

IX

Torniamo ora all'esempio di Schwalbach (fg. 614) col quale egli cerca di dimostrare l'esistenza dell'autore mediato nei casi dello strumento doloso: uno straniero fa venire la peste nelle acque tedesche mediante versi

tedeschi. Ci limitiamo alla considerazione del caso normale in cui la pesca per tedeschi è sull'altro permessa e prescindiamo dalla possibilità di una punizione secondo il § 370 N. 4.

Nel § 296 a, è statuito un divieto generale per gli stranieri di esercitare la pesca nelle acque costiere tedesche perchè questo è un diritto riservato ai sudditi dello Stato rivierasco. Di ciò segue che i pesci pescati da uno straniero non diventano sua proprietà, ma rimangono res nullius secondo il § 958 capv. 2° caso 1° del Codice Civile. Inoltre l'occupazione è vietata allo straniero mediante una proibizione che sta

pg 70

in una relazione avvertente nel § 855 del Cod. Civile. Tale è la situazione nel nostro caso. I servi tedeschi non vogliono acquistare la proprietà per sè, ma per il loro mandante straniero. I pesci passano quindi sì in loro possesso, ma rimangono tuttavia res nullius.

I pesci in verità non si trovano più nell'ambito delle acque territoriali tedesche, ma giuridicamente vi appartengono ancora; sono riservati alla appropriazione da parte dei tedeschi e rimangono soggetti alla protezione giuridica del § 250 A cod. Pen. Se lo straniero si appropria dei pesci, commette un'appropriazione indebita perchè essi erano res nullius, ma è punibile secondo il § 296 A e i servi tedeschi sono i suoi complici.

X

Infine vogliamo accennare a quelle fattispecie che in sè e per sè si costituiscono del dolo, ma stabiliscono una pena più grave nel caso in cui l'autore ha agito con una certa intenzione. Così per es. il § 149, che punisce chi cancella o sopprime dolosamente lo stato civile di un altro persona e sancisce una grave pena di carcere se il fatto fu commesso con l'intenzione di lucro; ed inoltre il § 271 che punisce chi appropriandosi

obbligatorietà che dichiarazioni, contratti, fatti rilevanti per diritti o rapporti di diritto vengano documentati in documenti, libri o registri pubblici come in Città esistenti, mentre non lo sono o solo esistono in modo diverso, mentre il § 272 aggiunge una grave pena per chi ha agito con l'intenzione di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale o di danneggiare un altro. Entra qui pure il § 268. Come sono da considerare questi casi se il falsificatore ha questa intenzione, mentre l'incettore lo fa solo ma non l'intenzione?

Pro. 71 Secondo ciò che fu detto nella parte generale, abbiamo formalmente un caso di semplice istigazione. La questione è se debbiamo ignorare la intenzione dell'istigatore o se per lui valgono le stesse regole più gravi. Non ho obbiezioni, contro l'opinione dominante, di applicare il § 80 nei casi in cui l'intenzione è solamente un elemento di qualificazione e non un elemento costitutivo. La legge non dice di qualità e rapporti personali dell'autore e essere sua volontà contrasta anche alla storia d'origine del § 80,

perciò questa disposizione è, come è detto nella sentenza del Procuratore Generale della Corte di Cassazione, la conseguenza della intenzione fraterno-penale di penalmente ognuno sia da valutare secondo la sua proprietà minima, secondo il grado della sua colpevolezza e ogni questa è presunta secondo le circostanze e pena li presunti nella sua persona. Queste considerazioni hanno luogo anche se l'intenzione nella legge appare solamente come una circostanza che aumenta la pena. Di fronte all'istigatore è da applicare la pena più grave.

§ 7.

Considerazioni finali

Non può essere il compito di questo esaminare tutti i delitti ed intenzionali riguardo al problema della strumento doloso. Abbiamo scelto alcuni casi e abbiamo cercato di dimostrare che l'opinione che, non si conseguenza qualità d'autore mediato, tutte le parti risultano impunibili, non è giusta. Nel diritto penale non si può sempre stabilire uno schema,

ma si deve, nel caso della compartecipazione di più persone alla realizzazione di un evento penalmente rilevante, se non si tratta del concorso della qualità di correità, considerare l'attività di ogni persona singolarmente. Che nell'uno o nell'altro caso della strumentalità dolosa ambedue le parti risultino imputabili e che questo risultato contrasteranno il nostro sentimento giuridico, ciò si spiega dal momento che la legge non soddisfa ai bisogni pratici ed è compito del legislatore rimediare la situazione.

Il punto di vista del nostro codice riguardo alla natura accessoria della compartecipazione conduce in fatto a conflitti fra il che regola mentazione del diritto positivo e le considerazioni politico-giuridiche, ma non è possibile tolgliere ~~con~~ per mezzo di una interpretazione della legge. Non vi deve aver fatto di sottolineare questa difficoltà poiché soltanto con la legislazione può abolirla eventualmente di rimanere.

Credo che anche il futuro Codice di Svizzera

Pg. 72

attenga alla accessorietà della compartecipazione; l'autore mediato non dev'essere un mezzo cadrà, ma si deve ritenere con ciò ritorto l'azione, abolire le conseguenze non desiderate del nostro diritto vigente.

Non si potrà concordare manifestamente con la soluzione proposta da Rehbing (p. v. V. pg. 655) che vuole comprendere l'intera questa di autore mediato, nichè i casi dello strumento doloso nella compartecipazione, poiché anche non è bene riguardata la distinzione in noi data fra l'essenza della istigazione e dell'autore mediato. Per appagare questo contrasto intorno sarebbe necessario de lege ferenda un altro postulato: il punto di vista del diritto vigente secondo cui l'istigatore è sapiente come l'autore è da Ottantanove: l'istigatore dell'essere punito come il complice. Anche se l'istigatore nel caso concreto è molto pericoloso

Pg. 73

e degno di pena, in altri casi analisi; è sempre per l'esecutore, l'autore fattivo, che non ha

resistito alla influenza dell'istigatore e che
appropriato delle idee criminose di lui e che
ciò ha provato la maggiore responsabilità
per il fatto.

Il pensiero fondato profondamente nel popolo, di coloro, che provano, che eventi penal
mente rilevanti in modo di colpa determi
na un altro ad compiere un delitto, è meno
sicuro di pure dello stesso autore fisico,
delle thoray la sua espressione anche nel
futuro codice.

[illegible] aveva un modo diverso [illegible] la [illegible] del [illegible]

— Björnson —

— Augusto Hegler —

L'autore mediato o non è antigiuridico l'agire della persona usata quale mezzo.

(in "Festgabe für Richard Schmidt", Leipzig 1914)

I

pg. 51 -

Nel molto tormentato ambito dell'autore mediato il problema formulato nel titolo rappresenta un settore senza dubbio fra volte toccato, ma solo superficialmente. La seguente trattazione vuol dare alcuni incitamenti ad una trattazione più profonda.

Se vi sia qualità di autore mediato nel caso che la Mittelsperson, l'esequente, lo "Strumento", non abbia agito antigiuridicamente non è incontestato. L'opinione prevalente principalmente l'ammette, così pure il maestro del giure in cui onore queste pagine sono scritte, nel suo profondo "Compendio di diritto penale". Però proprio di recente è stata sostenuta una divergente opinione. Sennonché sono qui dubbi il "perché" e il "quanto". Si tratta di casi in cui in relazione alla realizzazione di un determinato delitto, vengono

in considerazione un esecutore e un dante causa, e per l'esecutore esiste una situazione di conformità al diritto o di mancante antigiuridicità, la quale per il dante causa, in sè considerato, non sussiste.

Alcuni esempi possono chiarire il problema; noi li dividiamo in tre gruppi:

1) Ammettiamo che, nel caso del colpo di Tell, come Schiller lo ha rappresentato, si sia prodotto un esito infelice: Tell, costretto da Gessler, abbia tirato e ferito suo figlio. Potrebbe qui Gessler, presupposto il suo dolo (almeno il dolus eventualis) relativo alla lesione, essere considerato autore mediato di questa lesione personale? Anche se, giustamente si ritiene che lo stato di costrizione (Nötigungszustand) nel senso del §52 del Cod. Pen. (il quale qui sussiste) e l'ordine vincolante (che qui può venire in considerazione) siano ragioni di esclusione della colpevolezza o non già ragioni di esclusione dell'illiceità, si trovano qui ancora in favore di Tell vere ragioni di esclusione dell'illecito: lo stato di necessità extra-legale (qual'è inteso dalla più recente giurisprudenza del R.G.: salvataggio della propria vita e di quella del ragazzo, altrimenti perduta, mediante

il colpo che avrebbe al ragazzo soltanto una ferita); il «principio del vero bene» (Prinzip des wahren Wohls) cioè «l'agire nell'interesse del leso» (=salvataggio della vita, altrimenti perduta del ragazzo, mediante il colpo che lo ferisca soltanto). Esiste malgrado ciò, e forse appunto perciò, la qualità di autore mediato in Gessler. Sarebbero analoghi i casi dello stato di costrizione (§52 Cod. Pen.), dell'ordine antigiuridico vincolante, dello stato di necessità (§54 Cod. Pen.) se in essi, secondo una concezione che ritengo errata e che è, tuttavia, da molti difesa, si vedessero ragioni di esclusione dell'illiceità: quindi autore mediato del fatto che lede tersi sarebbe colui che dolosamente ha dato l'ordine o colui che dolosamente ha prodotto lo stato di costrizione o di necessità, malgrado o forse anche perché il subordinato, la persona posta in stato di costrizione o di necessità, agendo per salvare sè stesso, non ha agito antigiuridicamente.

Più giustamente è però qui davvero esistente la qualità di autore mediato nel superiore o in colui che ha prodotto lo stato di costrizione o di necessità, ma ciò se per esse

ne che manchi la colpevolezza ed esista la antigiuridicità della persona agente quale mezzo.
Appartiene a questo gruppo un interessante caso, da recente esaminato dalla R. G.: un incaricato in buona fede viene indotto ad esprimere affermazioni di fatto non provate regredenti l'onore; per esse affermazioni egli ha in proprio favore il § 193 del Cod. Pen. (non così però il determinatore).

2°) Il secondo gruppo sarà comprensibile attraverso il seguente esempio: A ha indotto C ad aggredire con un coltello B, perchè egli sa che B è buon tiratore e va sempre armato di revolver. B colpisce l'aggressore C, così come A voleva, in stato di legittima difesa. Ovvero: A ha aizzato il cane di C perchè aggredisca B. Ma succede che, come era nell'intenzione di A, B uccide il cane agendo in stato di necessità nel senso del § 228 del Cod. Civ. Può in questi casi essere considerato A autore mediato dell'uccisione di C, malgrado B abbia agito in stato di legittima difesa e quindi senza antigiuridicità?
Lo stesso vale per altre ragioni di esclusione dell'illecito.
La differenza dal gruppo N.° 1 è questa: che nel 2° gruppo

il determinatore artificialmente, intenzionalmente, dolosamente mette in essere una situazione di conformità al diritto in pro dell'esecutore (uno stato di legittima difesa, una situazione di pericolo), in cui l'altro lecitamente lede un terzo, e ciò allo scopo di coprire così se stesso ed assicurarsi l'impunità. Avviene così nel gruppo N.° 1 (nel gruppo N.° 1 l'esecutore agisce incolpevolmente (interessa la colpevolezza in senso lato) (e ciò per l'esistenza di ragioni di discolpa derivanti da costrizione psichica o da mancanza di dolo o da buona fede), o, più giustamente, perchè in lui manca la antigiuridicità o qualora anche la colpevolezza, agisce "non libero" (i. S. P.) per corrispondenti ragioni (esistenza di una situazione di costrizione psichica; mancanza di coscienza e volontà per quanto concerne la portata del fatto); mentre nei casi del 2° gruppo non di ciò si tratta, o almeno non necessariamente, eccetto il caso che eccezionalmente B, stimolato alla legittima difesa o posto nella necessità di evitare un pericolo, sia affetto da infermità di mente (non libero per mancanza di imputabilità).
Al 2° gruppo apparterrebbero, del resto, come casi di non

causa di libertà (Unfreiheit), quali trattati in von Hippel "D. Strafr." II. pp. 4-12 e note 3, e nella nostra ricerca: casi di intenzionale induzione in errore di pubblici ufficiali per trarli a violare legittimi interessi di terzi, e anche qui non si trattasse di mancanza di colpevolezza, mentre la violazione in sé e per sé è antigiuridica.

Del resto è oscillante il confine tra i due gruppi.

3) Mentre nei casi dei gruppi 1° e 2° l'antigiuridicità è nell'esecutore esclusa per la presenza di una ragione di esclusione dell'illicità, nei casi del 3° gruppo essa è esclusa perchè manca "de lege lata" la conformità ad un fattispecie nel comportamento dell'esecutore, cioè manca la sua antigiuridicità nel senso del nostro diritto penale. Per esempio: il maestro ha comandato ad un suo apprendista sottoposto alla sua sorveglianza, di mangiare un oggetto repugnante sicchè ne seguì un danno della salute (autolesione dell'apprendista); o A induce B a sottrarre una cosa che è proprietà di B mentre gli fa credere che si appartenga al suo vicino C; o A induce dolosamente il passo B al suicidio. In tutti questi casi la autolesione dell'esecutore non realizza un fattispecie (non è lesione personale di altra persona, nè distruzione di una cosa altrui, ecc.) e perciò non è illecita nel senso del diritto penale, anzi in nessun senso. (Nella distruzione di cose proprie ciò è indiscutibile). Tuttavia si ammette qui generalmente la qualità di autore mediato. Ma sorgono delle contraddizioni.

II.

pp. 58 Il fondamento positivo per l'ammissione della qualità di autore mediato in questi casi è spesso diverso per i singoli gruppi e perciò bisogna trattarne solo più innanzi. Lo stesso vale per la questione della limitazione all'uno o all'altro gruppo. Però qui dobbiamo già anticipatamente esporre delle ragioni degli autori che respingono

pp. 59 la qualità di autore mediato se l'agente non agisce antigiuridicamente. Queste ragioni non sono persuasive. Non si può dire – applicando in un certo qual modo il concetto della imputabilità – che l'autore mediato fosse "coperto", se

ad un'azione illecita, poiché la qualità di autore mediato, quale qualità di autore, è affatto sottratta fuori dal funzionare dell'accessorietà, anche se questa la si invoca per la compartecipazione. Egualmente non è giusto affermare che la persona mediata, che agisce lecitamente, non possa servire ad altri per la esecuzione di un reato; siffatto assioma (del resto anche una specie di attinenza alla accessorietà): che una azione lecita dell'uno non possa essere il mezzo per configurare un'azione illecita dell'altro, non è da accogliere. Finalmente una limitazione del concetto dell'autore mediato ai soli casi in cui uno si serve della manomissione della libertà di volere in altri, o a solo certi casi di questa specie, non è giustificata affatto.

III

p. 62. 1) Il positivo fondamento e la limitazione della immutazione della qualità di autore mediato, con un agire non antigiuridico dell'esecutore, nel primo gruppo di casi consiste in pratica il fatto che in esso i casi di violenza psichica e di conseguente non libera volontà dell'esecutore[1] vengono ritenuti

[1] (Stato di costrizione §51; Stato di necessità §54; ordine antigiuridico vincolante).

ragioni di esclusione dell'illecito, mentre, a nostro modo di vedere, si tratta di ragioni di esclusione della colpevolezza relative ad un fatto antigiuridico. La qualità di autore mediato di un'azione ~~[illegible]~~ antigiuridica viene negata affatto a questa eccezione di mancata libertà di volere, a questo esercizio di violenza che ~~escludono l'illecito~~ fa dell'esecutore uno strumento ~~[illegible]~~ nelle mani del determinatore, agente reale. Questi casi a nostro modo di vedere si distinguono generalmente, vi ha una insufficiente distinzione del concetto fondamentale delle cause di esclusione della colpevolezza da quelle che escludono l'illiceità.

Ernst Beling

Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer Handlung

fg. 589

La seguente ~~trattazione~~ discussione si riconnette alla sentenza del R.G. della 11 giugno 1906, pubblicata in "Entscheidungen in Strafsachen" Vol. 39 pg. 37 e seg. Il caso giudicato molto semplice per quanto riguarda il fatto, era questo: Gli imputati W. e Pf. ~~erano~~ in un giardino chiuso da un cancello avevano visto per terra un oggetto rosso, che essi ritennero essere una palla di gomma, ma che in effetti era una sfera di legno (Holzkugel) in altrui proprietà e possesso (custodia). L'imputato Pf, desiderando ~~volendo~~ far sua la presente palla di gomma e domanda ai propri fratelli, volle stimolandolo ad "andare a prendere la palla", determinare dolosamente l'imputato W. alla apprensione e consegna a lui della presente palla. Gli effetti lo determinò a prendere la palla per Pf. e con permanente violazione dell'altrui custodia, a recarla in possesso ed esclusiva disposizione di Pf. Mentre Pf rimaneva quieto, W. fu subito rotto, scagliò via due violentemente due sbarre e attraverso

questo verso, senza notevole impedimento, entrò nel giardino, efrace da terra la creduta falla. Ma, scoperto che, diversamente da quanto egli e Pl. credevano, non era una falla, la rifosse dov'era e, attraverso il varco precedentemente usato ~~allanda~~ uscì dal giardino.

pg 590 – Nei problemi di varia specie che, a cui questo fatto che origine, ne vanno presi in ~~con~~ considerazione due che hanno un più fondamentale significato.

I) Commissione di un'azione punibile, mediante strumento doloso?

Nel caso suddetto la R.G. prende le mosse dalla giuridica possibilità della qualità di autore mediato nel senso che, se base ad un preso accordo, alcuno, in cui esistono il dolo di autore e l'intero Tatbestand interno (e l'intero elemento per dolo corrispondente al modello legale), faccia, come da una sua strumento, realizzare tutti gli elementi esteriori della fattispecie da un complice agente pienamente responsabile, ma privo del dolo di autore.

Questa tesi è un prodotto immediato della dottrina soggettiva della compartecipazione seguita dall'R.G. Secondo que-

sta, ~~storicamente~~ è altro segno il dolo di autore ~~di~~ in colui che nell'altrui interesse ha agito, ~~comunque~~ in quanto nella cooperazione di più persone non importa come si sia realizzata l'attività dei singoli, ma si deve ricercare la ~~si~~ posizione di ciascun interesse e ~~non~~ colui che lo ha, o si pregiudica quale autore.

Però la costruzione dell'autore mediato con strumento doloso, con una certa trasformazione, ha trovato accoglimento anche fra i seguaci della dottrina soggettiva della compartecipazione. ~~Quest~~ La costruzione dell'autore mediato con strumento doloso viene da questi limitata ai cosiddetti "delitti intenzionali" cioè quei delitti ~~alla~~ del cui concetto ~~appartenne~~ secondo la legge una intenzione fu determinata mediante conformata, ~~ma~~ nel senso, a dire che, se colui che immediatamente realizza il modello legale del reato ha agito dolosamente ma senza quella intenzione, non è altro che uno strumento in mani di quegli che, ~~per~~ avendo quella intenzione lo ha reso atto alla realizzazione del Tatbestand.

pg 591 – Si perviene ad essa ~~che~~ evidentemente attraverso una

giusta affermazione
deduzione dall'asserito fondamento che, se il dolo (p. es. per errore) manca nell'agente, l'altro, che di lui si serve per la commissione del fatto, è l'autore. Da ciò appare naturale la conseguenza che la mancanza di una intenzione richiesta dalla legge, la quale intenzione invero, nell'altro è che un rafforzamento della dolosità dell'agire, faccia sull'altro dell'agente uno strumento come se egli non avesse avuto il pieno dolo.
Ambedue le opinioni sono state utilizzate, nel senso che, se Secundus porta via una altrui cosa mobile ad un altro nell'intensione di rendere possibile a Primus l'appropriarsi di essa, e Primus lo fa a ciò determinato appunto con l'intenzione di appropriarsi della cosa, Primus è il ladro, Secundus è soltanto suo strumento e complice.
D'altra parte è sostenuta certamente l'opinione che il problema dell'autore mediato in questo caso del furto non si presenta; poiché qui Secundus ha l'intensione di appropriarsi della cosa in modo che avvenuta la sottrazione, possa trasmetterla a Primus: il trasmettere è appunto «appropriazione». Naturalmente, stando secondo questa

opinione è Secundus il ladro, mentre Primus è punibile per istigazione. In contrario sarà da notare che il furto deve il suo carattere indubbiamente delitto alla circostanza che il ladro appare si presenta come un egoista. Se il Codice Penale del Reich ha trascurato anche il requisito di un "animus lucri faciendi", ha pur sempre tenuto ferma l'intensione di far propria la cosa e con ciò lo caratterizzato il furto come delitto egoistico. La questione si debba intendersi l'appropriazione come sfruttamento economico della cosa o se invece come instaurazione di un dominio su di essa simile alla proprietà, non ha qui alcuna importanza; poiché in ogni caso deve distinguersi fra colui che vuole appropriarsi della cosa e colui che non ha di mira né un proprio sfruttamento (un proprio vantaggio economico) né una propria signoria (né un proprio diritto di disporre). Certo si appropria di una cosa colui che ne vuole disporre regalandola; ma se Secundus mira solo a fare la cosa, appropriazione e appropriazione, a Primus, si è ancora lungi dal «donare» o dal «disporre»; un semplice "consegnare" non è d'uopo sia il risultato di una propria signoria o di un proprio sfruttamento.

pg. 592 -

Però comunque ciò sia, anche se il nostro problema non venisse a galla nel fatto, sarebbe sempre necessario affrontarlo per un gran numero di altri delitti di intensione.. Come si presenta la punibilità di Primus che con egoistica intensione ha determinato Secundus, che senza agire senza intensione egoistica e farsi allegiare da un minore una attenuazione di giudizio (?); e come, d'altra parte si presenta la punibilità dello stesso Secundus (§ 301)?

Offerve: come si presenta la punibilità di Primus, che, avendo l'intensione di commettere un omicidio facendo l'incendio, ha messo in grado Secundus di affrontare l'incendio, e come quella di Secundus agente senza tale intensione? (§ 307).

Secondo la teoria dell'autore mediato con strumento doloso sarebbero qui naturalmente punibili Primus quale autore e Secundus come complice.

Senonchè affinato il caso testè menzionato per ultimo, sorgerà senz'altro questa teoria, almeno nella sua applicazione ai delitti intensionali. Poichè è sicuro che il doloso incendiatore nel senso del § 306 è senz'altro

autore principale del reato di incendio e non può cadere nella categoria dei complici nel quale l'istigatore ha l'intensione usata nel § 306 quale elemento qualificante (Qualifikationsmoment). Nè sarebbe possibile, è naturale, giudicare la sua azione, nello stesso tempo, come di autore principale in relazione ad un semplice reato di incendio e come di complice in relazione ad un incendio qualificato, poichè non può contenere formalmente una stessa azione nel complesso dei suoi elementi rientrare nella qualità di autore e nella complicità, ∓ in quanto essa rappresenterebbe senza residuo una qualità di autore ed ugualmente, tutta intera, una complicità ad uno stesso fatto delittuoso. Ma, come la mancanza di una intensione prescritta dalla legge quale elemento qualificante non può distruggere la ammissione, altrimenti esistente, della qualità di autore, così non può essere questa efficacia la mancanza di una intensione dev'dunque sulla punibilità o meno (quindi rimanente costitutiva). E ciò perchè proprio il particolare uso dell'elemento intensionale nella legge dimostra che non può già difendere la condotta

zione della qualità di autore fu esclusa dall'esistenza dell'intenzione; bensì, al contrario, si concludeva ~~anche~~ che la qualità di autore e bisogna ~~in primo luogo~~ indagare se l'autore ha avuto l'intenzione solo allo scopo di ricollegare ad essa le conseguenze giuridiche (l'imputabilità o impunità; maggiore o minore sanzione penale).

pg. 593.

In base a questa esposizione, quindi, la teoria dell'autore mediato con strumento doloso nella sua forma usata per i delitti intentionali, conduce in ogni caso a conseguenze impossibili. Ma dov'è il suo errore?

Una immediata spontanea critica si rivolterà gli contro la offertaci configurazione di uno strumento che agisce consapevolmente e indipendentemente: essa non potrà ammettere che alcuno divenga semplice strumento di un altro sol perchè è necessario, come l'Ano agire, a determinati fini di quest'altro. Poichè caratterizzare un uomo come strumento sterile, negarne ogni decisione indipendente, considerarlo come un fenomeno, e quindi non è affatto a parlarsi quando Secundus agisce nella piena conoscenza della situazione di fatto. Il massimo potrebbe essere ammesso che Secundus allora quale semplice strumento nelle mani di Primus appaia, quando questi riesca per Secundus una intenzione da lui (Primus) voluta, cosicchè per conseguenza Secundus agisca ~~senza fini~~ senza coscienza ~~dolosamente~~. Però, ~~evidentemente~~ anche in questo caso la qualità di strumento in Secundus potrebbe affermarsi solo per quanto riguarda la attuazione dell'intenzione, non già in relazione alla stessa commissione del fatto.

Chi per istigazione di Primus, avendo intenzione omicida, dolosamente offre un incentivo è strumento per l'omicidio di Primus, ma non certo per ~~una produzione~~ usata e affinata dal medesimo. Chi per istigazione di Primus avendo l'intenzione di affrancarsene, forse sia una altrui cosa mobile è strumento per la affrancazione, ma non nel furto della sottrazione.

Infine dalla parola "strumento" si può anche dedurre che è non senso considerare contraddittoriamente uno persona strumento e complice perchè alla qualità di complice è connessa la previsione delle conseguenze del suo "aiutare", mentre è connessa alla qualità di strumento la configurazione di una attività priva, per così dire, di anima.

Pertanto queste argomentazioni, ~~che~~ influenzate sul concetto di strumento, non devono qui più oltre essere proseguite. E pure questo concetto, con l'espressione "istigatore" per ~~lo~~ certo introdotta, estraneo alla legge e creato dalla scienza solo per scopi chiarificativi, così lì in fondo è trarre conseguenze da esso rientrare nella "Begriffsjurisprudenz" come la intende Ihering. — Ma 5% — la notizia che le obbiezioni fin qui mosse contro la teoria dell'autore mediato con strumento agente dolosamente fanno solo provare che l'espressione "strumento" è male scelta, non che la teoria è falsa —

Oppure il naturale sentimento non ci ha ingannato quando ci ha fatto accostare con diffidenza alla dottrina dell'autore mediato con strumento doloso. Non ~~è~~ la teorica dell'istigazione, qual è nel codice penale del Regno, si fonda sul dogma dell'intervenzione del mezzo causale attraverso l'agire libero dell'istigato. Colui nella cui anima è stato da altra parte gettato una scintilla ha in sua mano la potestà di far divampare questa scintilla in una fiamma o di lasciare che si spenga senza danni. Egli non sta sotto l'influenza dell'istigazione, ma decide

in piena indipendenza, e perciò l'azione istigatrice (la azione di istigazione) in relazione all'evento si sostanzia solo in una profezia, non nel porre una causa per esso.

Per quanto ~~così~~ ora si è ricavato anche questa configurazione — nonostante la coefficienza causale dei motivi non è oggi più negata nemmeno nel campo degli indeterministi — è certo facilmente la particolare figura dell'istigazione diversa dalla qualità di autore anche senza l'aiuto di quel dogma potrebbe essere sostenuta, ~~così pure~~ tuttavia quel dogma ~~comunque~~ fornisce talmente la odierna dottrina dell'istigazione che non la si può abbandonare senza introdurre la confusione nel vigente diritto.

Se, però, lo si tiene fermo, si deve necessariamente negare la ammissibilità di una figura di autore mediato con uno strumento agente dolosamente. Perciò ~~affatto~~ la dolosa produzione di un evento mediante determinazione di un altro è il caso tipico di una intervenzione del mezzo causale: si è affermato qui la presenza di una propria decisione dell'agente di voler o meno cagionare l'evento, e chi non ha fatto altro che offrire a Secundus la possibilità di questa scelta, ~~qual~~

non ha cagionato l'evento e non può affatto essere autore, nel caso, essere punibile nella forma della compartecipazione come istigatore. Per un agire da autore di Primus che semplicemente ha determinato Secundus al fatto, rimane sempre fisso là dove Secundus non si è interposto quale interruttore del nesso causale, così che in seguito ad errore non ha liberamente risoluto di produrre l'evento delittuoso (mancanza di dolo); o quando egli agisce in forza di un ordine vincolante e perciò non è stata una libera decisione; o quando la sua decisione per mancanza di imputabilità non ~~sia~~ implichi responsabilità, ecc.

Pg. 595.

Ma non oltre si fatti casi. Chi direttamente intellettivo, anche il concetto di strumento enunciato a scopo di chiarezza. Strumento è una persona in quanto non ~~si presenti in fatto~~ interrompa il nesso causale; e perciò parlare di uno strumento doloso significa ricorrere non in un semplice errore di espressione, ma in una vera e propria contraddizione. Con ciò esposte, per il diritto vigente, essere sus altro travolto.

Però la moderna critica la ~~[illegible]~~ minuto il dogma dell'interruzione del nesso causale per modo che appare necessario dopo ciò esaminare se, nella cornice di questo sostegno, il risultato discutibile diverso.

Così sembra in fatti. Poiché si ammette che anche chi quale determina un altro al fatto pure mancanza quale mente (Unfreien) intellettuale, ~~[illegible]~~ sembra ~~[illegible]~~ altro conseguente. Il risultato sta nella collaborazione di Primus come determinatore e di Secundus quale autore materiale, la divisione delle parti deve ~~accad~~ avere luogo in tal modo che in ogni modo uno di essi sia punibile quale autore.

Se è possibile considerare Secundus autore principale, basta per Primus la responsabilità quale istigatore; se manca questa possibilità, appare ~~[illegible]~~ la piena responsabilità ~~[illegible]~~ dell'autore principale ricade sull'autore intellettuale, uno dei due deve direttamente rispondere dell'altro fatto criminoso, l'altro gli commisura al fine come complicità. Quale dei due si presenti come autore principale dipende ~~[illegible]~~ sufficientemente dalla teoria della compartecipazione che il giudicante segue. Dal punto di vista della teoria oggettiva bisogna soltanto cercare qual di essi

avere interesse al fatto (animus auctoris - animus socii); chi invece distingue l'autore dal compartecipe in base a requisiti oggettivi (autore materiale e secondo si presenti quale autore principale, ma, in caso negativo, sarà punito alla conseguenza che Primus necessariamente debba essere l'autore principale.

Però ambedue questi ragionamenti sono affetti da un errore comune.

pg. 556 -

Esso consiste in ciò che viene distrutta la netta contrapposizione, chiaramente espressa nella legge, tra la fase esecuzione del fatto (Tatausführung) e la determinazione di un altro ad essa esecuzione.

Ciò va detto soprattutto nei confronti della teoria soggettiva della compartecipazione. Quella vogliamo indagare ~~fra più occ~~ ~~mente~~ ~~amante~~ ~~fautore~~ ~~di dì~~ ~~il~~ si può ~~mett~~ per suo mezzo distinguere tra autore e complice. In ogni caso è ~~dirett~~ senz'altro falsa quando viene applicata alla concorrente attività dell'~~att~~ autore fisico e ~~dell'aut~~ dell'autore intellettuale. Poiché affermato l'autore intellettuale è regolarmente colui che ha interesse al fatto, l'anima dell'impresa,

cosicché colui che segue la teoria soggettiva può sempre considerare l'istigatore ~~come~~ come autore principale, l'istigato soltanto come un socio, cioè, con altra parole applica completamente il § 48 del Codice. Parimenti là dove anche l'istigato contemporaneamente agisce nel proprio interesse, deve la teoria soggettiva giungere a rimanere il § 48 poiché, in tal caso, secondo essa, sono in presenza due persone agenti con animus auctoris, le quali dovrebbero essere punite a guisa di coautori secondo il § 47 -

Quest'errore è stato evitato dalla teoria oggettiva. Quella però che, dal questo punto di vista, dichiarano possibile una figura di autore mediato con una persona-mezzo agente (cioè riconoscendo in fondo, con ciò, al loro punto di vista obiettivistico e si impegolano in un circolo vizioso. Invero è stesso dubbio. Esecutore colui che ~~dolosamente~~ ~~non~~ ~~importa~~ ~~se~~ ~~sua~~ ~~l'~~ intenzione richiesta in più dalla legge realizza il ~~modello~~ d'attentato. Come si può sfiorare che, ~~a seconda~~ ~~della~~ dipendendo non punibilità di questo esecutore, d'un tratto il determinato venga di chiamato ~~autore~~ esecutore (poiché dalla Pla-

tore può - arg. ~~dal~~ in base al § 67 - essere punito come autore)? Ma già si può fare ricorso alla figura dell'"esecuzione a mezzo di un altro". Invero quando si ha questa, si ha anche in essa una propria esecuzione, cioè una qualità di autore (si pensi all'~~caso~~ "fatto" che si sia usata una persona degente in errore), e richiede anche, questa commissione per alium, la precisa distinzione dalla istigazione, e certo che la impossibilità di punire Secundus come autore principale (per quella causa dell'intensione richiesta dalla legge) è ~~quasi~~ tutt'altro che provato che Primus, il quale ha determinato Secundus alla esecuzione, abbia agito attraverso quest'ultimo. Invero di muoversi nella direzione "esecuzione per alium", nel medesimo mostrare gli interni criteri per cui la propria esecuzione "per alium" si distingue dalla istigazione p. 597.

Questi concetti sono profondamente antitetici. Uno che agisce per alium può essere istigatore o anche egli stesso esecutore, ma non mai deve decidere per l'essere egli questo oppure quello. Il fatto che l'altro subisca o no la pena spettante all'autore principale. Si consideri anzitutto l'esistenza

Da due presupposti concettuali per l'ammissione della qualità di autore, e poi si ne traggono le conseguenze per la punibilità o la impunità.

Si perviene ad una piena chiarezza (al riguardo) se si fa affiorare l'esigenza della responsabilità a titolo di autore principale e di quella come istigatore, cioè in altre parole, dalla semplice interpretazione della parola si scende ad una razionale contrapposizione dei concetti.

Se tanto l'autore intellettuale quanto l'autore fisico hanno posto in essere causa per l'evento e tuttavia non sono puniti ugualmente ambedue come "autori", bisogna domandarsi perché ciò accada.

Ora è sicuro che la responsabilità come autore principale è una responsabilità immediata, mentre la responsabilità quale istigatore è, naturalmente, anche la responsabilità per proprio, non per altrui colpevolezza, ma pure semplicemente mediata, sono responsabilità condizionate. Il pensiero fondamentale della legge è il seguente: che Primus, il quale ha dato forte motivo (suggerito) all'operare di Secundus non sopporti il peso della diretta responsabilità; la responsabilità

fondamentale grave fu tutto sul solo Secundy. L'idea che invece Primus, quale vero e proprio "primo motore" che ha suscitato tutto ciò che è seguito, debba sopportare la principale responsabilità, viene quindi in modo chiaro ed evidente respinta. Se poi si sia addossata la principale responsabilità non basta senza di la prova che Secundy non sia punibile in qualità di autore principale, ma occorre la prova che Secundy non sia affatto giuridicamente responsabile.

Se Secundy non può affatto essere il principale responsabile, allora certamente la responsabilità fondamentale ricade su Primus. Se però Secundy è ~~dal punto di vista giuridico~~ vero il principale responsabile, non può d'altra parte, per le circostanze che per una qualsiasi ragione lo Secundy rimanga impunito, diventare Primus autore,

fg. 598

e piuttosto rimane per Primus aperta unicamente la questione, se a suo carico trova applicazione la punibilità quale istigatore, una questione che va naturalmente messa laddove le ragioni della impunità del autore principale non sono di natura puramente personale.

per quanto io ~~a mio credere~~

ciò figura, ~~tanto io vede~~, non è stato in alcun luogo messo in rilievo, che è benissimo possibile che una persona sia sempre principale responsabile ~~dal punto di vista giuridico~~ e tuttavia sia nel risultato una responsabile, cioè non punibile. Questo fenomeno sembra ~~[illegible]~~ una contraddizione in se stesso, ma non lo è. Invero, come nel processo l'accusato, meglio il giustamente accusato, può essere legittimato ad imputare, sebbene che già per questo fatto debba divenire ~~[illegible]~~ sul altro con cosa dannato, così anche nel diritto penale ~~[illegible]~~ la indagine sulla se almeno sia punibile, come autore principale ~~[illegible]~~ l'altro. Se si passa addirittura sottoporlo alla primaria responsabilità, il che significa affermazione della indagine preliminare diretta ad accertare che egli sia la persona in questione ~~[illegible]~~, non ancora virtualmente, ma piuttosto solo potenzialmente autore qualità di autore principale.

Nel rapporto tra Primus, che ha ~~[illegible]~~ determinato Secundy alla materiale commissione del fatto, e questo stesso Secundy la questione della legittimazione è, come si è sopra accennato, così forte che soltanto solo Secundy è il vero responsabile principale perché di regola egli solo è quello che ha compiuto il fatto commesso. L'imputato della sua

personalità.

pg. 599.

La situazione è diversa solo quando la sua responsabilità non è stata decisivamente rilevante nel fatto commesso ed egli agì piuttosto in piena balia di Primus cioè quando (prescindendo dal caso in cui non ha addirittura "agito" - di assoluta) era stata colpa, o vincolato, o in una ignoranza escludente il dolo, su ciò che faceva. In siffatti casi (prescindendo dal fatto che nell'ultimo caso elemento può venire in considerazione una primaria responsabilità colposa - "quoad culpam") la responsabilità principale non può affatto essere a lui (Secundus) attribuita; qui dove l'azione non è un'esplicazione indipendente della sua personalità, egli (Secundus) non si è posto in gioco per la produzione dell'evento, non è egli (Secundus) quello che in primo luogo deve rispondere dell'accaduto; qui egli può conseguentemente essere messo da parte come pregiudizio (?) o, a scopo di chiara semplificazione, il suo agire può essere paragonato a quello di uno strumento nelle mani di Primus; la sua azione si fonde nell'altro con quella di Primus dimodochè si può dire omnai che Primus realizza il

modello legale, cioè, a mezzo di Secundus, commette il fatto quale mediato autore.

La qualità di autore mediato implica una responsabilità diretta e non solo semplicemente mediata poichè nell'agire di Primus si deve ravvisare il punto fondamentale del proprio criminoso.

Laddove, al contrario, il fatto di Secundus è finalmente un prodotto della sua personalità, egli solo si presenta quale autore principale di quello, ed è certo che in ogni caso più entra in considerazione Primus quale principale responsabile, nè si può dire che egli abbia commesso il fatto mediante Secundus. Si incorrerebbe in un manifesto errore se si volesse dire che Secundus non è punibile, quindi non è la persona a cui si possa giustamente far carico della principale responsabilità ... Ma Primus, ma Secundus deve qui primariamente rispondere della produzione dell'evento.

pg. 600

Quindi, se manca a Secundus un qualsiasi requisito per la punibilità, ne consegue anche la impunità di Primus (eccetto nei casi in cui la impunibilità di Se-

cundus è puramente personale e perciò può ben ~~essere~~ aver luogo la punizione di Primus per istigazione).

Che nella questione della responsabilità non si ti debba lasciare influenzare da una eventuale infermità di Secundus, affare evidente nei casi in cui il comportamento di esso Secundus non produce affatto la realizzazione di una fattispecie penale. Se per es Primus ha indotto Secundus a danneggiare una persona cosa, non può in nessun modo la diretta responsabilità per l'evento essere trasferita da Secundus a Primus, poiché solo in Secundus si fa una decisione ~~riguardo~~ per la produzione dell'evento. In questo caso la constatazione che Secundus non è penalmente responsabile significa certamente solo che egli è responsabile di fronte a se stesso, ma ritenere per ciò che Primus sia il vero e proprio responsabile ~~Molto giustamente~~ più chiaramente appare impossibile chiamare a autore colui che ha ~~cooperato~~ limitato la realizzazione del fatto stand ~~attraverso~~ facendo ~~se ad un altro~~ altrui ~~determinazione di un altro~~ motivi determinando un'altra persona al reato). Se non affatto, egli può essere solo punito come istigatore. Lo si può sottoporre solo ad una condizionata, non ad una puramente responsabilità.

Con speciale riguardo ai delitti intenzionali, è ricostante dopo ciò la conclusione che, se Secundus che realizza obbiettivamente il tatbestand di un siffatto delitto, non aveva la intenzione richiesta dalla legge, non per questo diventa autore principale Primus che ha agito con ~~il~~ tale intenzione. Poiché Secundus è esclusivamente quegli che agendo come personalità risponde primariamente del fatto commesso e ciò senza andare a guardare se egli conosceva o no le intenzioni di Primus, il fatto che esso Secundus per mancanza dell'intenzione non possa essere punito ~~come autore è ~~ ~~Secundus~~ ~~Primus~~ dove il vero responsabile principale. Per Primus si ha naturalmente la punibilità per il fatto che manca in relazione a Secundus un fatto principale punibile (salvo la mancanza dell'intenzione non è una ragione di esclusione della pena ~~soltanto~~ individuale).

pg. 601

Che non si possa sottoporre ai principi relativi all'autore mediato la istigazione di Secundus ad un agire doloso, appare chiaro specialmente nel caso in cui la istigazione sia rimasta senza effetto (erfolglos). Se così

in cui si la una vera qualità di autore mediato una
siffatta strumentalizzazione priva di esecuzione già ha di sicuro la colpa
di grave di un tentativo (Versuch), così come la affidi
zione di una macchina infernale ~~[illegible]~~ mette già in
essere un tentativo di omicidio. La cosa è assolutamente
del tutto diversa dove ~~[illegible]~~ Secundus deve da se stesso prendere una
~~sua~~ decisione. ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ che Saranno forse propensi colore
che contribuiscono la debole ~~interazione~~ ablazione di una vita compiuta da
Secundus, senza intenzione di appropriarsene, dietro determina
zione di Primus desiderato invece di appropriazione, come un
fiento di Primus, saranno forse propensi, dico, a ritenere lecito
di quest'ultimo come un tentativo di furto qualora non
sia seguito affatto la ablazione della cosa?
Si rivela ora chiaro l'errore di metodo che è connesso alla
dottrina dell'autore mediato con strumento doloso. Il suo
punto di partenza è falso. Essa si domanda: se Primus
come determinatore e Secundus come esecutore hanno offeso
to, quale dei due è punibile come autore principale? E
risponde (conseguentemente, ma inesatta in una falsa
premessa fondamentale): se Secundus non lo è, deve
esserlo Primus! Ma che uno dei due debba essere

punibile in qualità di autore principale, è evidente
mente una petitio principii. E qui finalmente
ignorato l'intero significato della responsabilità condi
zionata; e la punizione di Primus quale autore mediato
tende in fondo una giustificazione soltanto negativa,
cioè che l'altro non possa essere ritenuto autore prin
cipale.
Lo stesso errore di metodo si rivela per contrario anche
se, prendendo le mosse da Primus, si dice: se egli non
può essere ritenuto istigatore, deve assumere essere autore.
Come si può affermare ciò? Con ciò che nell'odierno
diritto non è pretesa per la qualità di autore il
pg. 602
il requisito dell'azione compiuta con le proprie mani
— ciò che naturalmente si verifica — è pure non provata
la tesi, poiché vero ad esserlo punto vale questo requi
sito, come il § 48 afferma, e ~~la questione~~ si è ancora
affermato in che si distinguono i concetti.
Chi fa ~~[illegible]~~ la negazione della possibilità di punire Primus
in modo ——→, che egli esclude
di punirlo quale autore, dipende l'esser ~~[illegible]~~ detto di

ma dell'istigazione: come se proprio secondo la concezione del Codice Penale tutti i determinatori siano autori e soltanto dall'loro ~~ambito~~ ambito ovvero un determinato gruppo sia escluso in grazia del § 48; come se il paragrafo relativo all'istigazione fosse una lex specialis, mancando la quale, ogni istigatore vada punito come autore. ~~La cosa~~ Il vero è perfettamente il contrario: il paragrafo relativo all'istigazione rende ~~in fo~~ solo possibile la punizione di Primary perché, senza di esso, sarebbero impunite perché non garantite dal peso della stessa responsabilità, tale quale sorge dall'esecuzione della qualità di autore; e ciò rende possibile perché introduce, accanto alla responsabilità diretta, una responsabilità mediata. Il concetto di autore non è, ~~il genere~~ di fronte a quello di istigatore, il concetto generale, è piuttosto il concetto di istigatore un genere di fronte a quello.

Si chiarisce però che è assurdo la impunità di ambedue i partecipi, che ~~colpore~~ sorpreso ed ha prodotto istintivamente gli autori fattori tentati di tendenti a considerare Primary come autore principale e Secundary complice - ~~Ma~~

mento. Effetti, a quanto pare più da presso, questa impunità non ha niente di strano. Poiché la legge nei delitti intenzionali accanto alla realizzazione dolosa del fatto stesso richiede cumulativamente l'intenzione, essa appunto esclude la punibilità della commissione ~~mi~~ mancata ~~avvenuta~~ senza questa intenzione, ossia come la punibilità di chi, ~~avendo~~ nell'altro fa che determinava un altro alla dolosa esecuzione. E ciò a ragione: poiché questo come quello in fondo fanno solo un opera ~~atti~~ di preparazione in vista della successiva "realizzazione dell'intenzione" (Absichtverwirklichung) e questa è l'elemento fondamentale. Se di questa non si è fatto una fattispecie di delitto ~~distinta~~ come per es. il tentato ~~quale~~ nel caso del § 301, è naturale che giustamente ~~d~~ atti di preparazione non possano essere punite. Se però la ~~commissione~~ esecuzione di ~~che~~ ~~che~~ ~~avendo~~ l'intenzione ~~di fare~~ ~~come~~ ad es. nell'ipotesi del § 243 l'appropriarsi della cosa secondo il § 242 o nell'ipotesi del § 301 l'uccidere secondo il § 211, è configurata come fattispecie di un delitto a sé stante, è libera la via per la punizione di Primary che realizza questa intenzione, e Secundary, in quanto concorre ~~all'in~~ all'intenzione di

Primary nella sottrazione della cosa e nell'efficace l'omicidio, figura come complice per la soppressione e rispettivamente per l'omicidio.

Ecco ciò è finalmente dimostrata la ragionevolezza di questa regola anche de lege ferenda. Se pure non è compito di un codice penale, rende possibile ~~di punire~~ codice ~~sulla base~~ molti colpevoli. Sempre numerose azioni, anche inammissibili, ~~non sono~~ rimangono esenti da punibilità perché, per sé sole, non ancora producono l'elemento essenziale del comportamento inammissibile. Formalmente la legge raggiunga questa delimitazione formulando determinate fattispecie astratte di reati consistenti la semplice preparazione della loro realizzazione stessa, come tale, ignorati; ciò coloro che alla sua preparazione fa seguire la esecuzione incorre nella responsabilità solo sul titolo „della esecuzione", mentre colui che compie atti preparatori per un altro, e che quindi lo fa cadere nelle mani di questo altro la decisione sulla realizzazione dell'Tatbestand, incorre soltanto nella sudetta responsabilità a condificata come complicità.

Se si volesse parificare puramente e semplicemente l'azione intellettuale all'autore fisico e quindi punirlo come autore, si sposterebbe il centro di gravità della responsabilità, ignorando anche il fatto che la stessa qualità di autore è ~~un~~ gradualità di maggiore intensità che resta l'istigatore, la quale ultima consiste nel determinare alla decisione di produrre l'evento, ma non è essa stessa questa decisione.

Certamente può la legge costituire egualmente in fattispecie astratta certe attività precorrenti la realizzazione di un Tatbestand X, poiché essa crea un Tatbestand supplementare y (una "appressione" precorrente la appropriazione; una "produzione di incendio" precorrente l'omicidio), ma se, come nei furti delitti intentionali, essa ciò fa solo in modo che la realizzazione di questo Tatbestand supplementare y stesso ritenuta punibile soltanto se presente una determinata intensità, ciò significa chiaramente che la realizzazione del Tatbestand di per sé (per esempio appressione per sé sola) viene assegnata ~~all'ambito~~ nuovo ~~altro~~ ambito delle azioni di preparazione per il Tatbestand X non ritenute degne di pena, come le azioni di preparazione

per il fallentrud X compiute con l'intenzione, le quali non consistono nell'attuazione di questo fallentrudenz limite y, come dunque per es. l'istigazione di secundy alla affrenzione.
Se dovessero risultare in questo o quel delitto intenzionale delle aggravità, tacerebbe con ciò solo perfetto che la formulazione del delitto intenzionale in questione, o forse affermato la sua configurazione come tale era errata. (Nota 15)

Alle su esposte argomentazioni la Cassazione della compartecipazione è intesa così come l'ha foggiata il vigente diritto = responsabilità del compartecipe subordinata alla condizione che il fatto principale abbia tutti i caratteri di un reato. Essa esprime l'opinione che la preparazione del fatto di un altro è impunibile quando il fatto dello stesso autore principale manchi di un qualsiasi requisito per la punibilità. A questo riguardo è ora possibile e desiderabile una riforma (L.V.V. pg. 455 e segg.). Se la condizione da cui dipende la responsabilità del compartecipe viene trasformata in modo che non se ne richieda più l'esistenza da parte

dell'autore principale come a realizzazione della fattispecie legale x, è per Primus nei delitti intenzionali possibile la punizione come istigatore qualora egli abbia la relativa intenzione che manca all'autore principale. (L.V.V. pg. 461) -

---

II) Commissione condizionata del fatto.

Il caso concreto riportato all'inizio di questa trattazione le dati all'R.G. modo di esaminare ulteriormente quale significato dovrà avere nei confronti di ambedue i partecipi la circostanza che V., invece di portare a termine l'azione di affrenzione, dopo di avere la sfera di legno non appena si fu accorto che l'oggetto che aveva preso non era una falla. L'interpretazione dell'§ 45 del Cod. Penale fu qui seguita dall'R.G. portava al fatto l'autore in senso proprio potesse essere soggetto del pentimento previsto dal § 46. Siccome nel caso in questione V., che il R.G. considera autore, non ha compiuto alcun atto di pentimento (?), ne verrebbe, con

la irrilevanza (?) del pentimento del complice, la giustificazione che comparteciji così: per Pf. a cagione di una tentativo di furto e per W. a cagione di complicità in un tentativo di furto.

Però l'R-G. modifica adesso la sua opinione in E39 pg. 38 così:

1) qualora il complice realizzi da solo l'intero fattostesso esterno e quindi sia uno strumento doloso, dovrebbe esser anche come un autore esser trattato; ad un tiffatto caso perciò applicazione il § 46.

2) Se il complice in un tiffatto caso interrompe l'azione esecutiva da ritenersi azione di complicità, libera anche l'autore mediato (che si vale di lui come di uno strumento) in quanto egli ha già agito nel senso, pure all'autore mediato, se ha agli esistenti rapporti di rappresentanza, dovrebbe essere attribuita all'autore mediato non soltanto in malam partem, ma anche in bonam partem.

Ora non si deve qui cercare il filo differente trattamento della complicità comune o della complicità-strumento per quanto riguarda la desistenza dal tentativo

sia giustificata, se altrimenti non si tratterebbe affatto qualità di autore mediato con strumento doloso; poichè questi affermato, secondo le argomentazioni svolte sub I non esiste affatto. Queste ultime argomentazioni dimostrano contemporaneamente che W. e Pf. sono esenti da pena perchè nessuno dei due ha commesso un furto.

Ma il problema sub 2 si presenta in ugual modo che dove Brandey è un vero e proprio strumento, quindi fosse di dolo. Se fosse così si fa l'ipotesi che W sia stato un passo, in tal caso la circostanza che egli, conforme alle istruzioni ricevute, abbia consegna a posto la spera di bracciere per Pf, autore mediato, efficacia liberatrice della pena? Evidentemente l'R-G. risponderebbe affermativamente poichè l'elemento della rappresentanza, ad detto sub 2, è pienamente presente anche qui.

Però qui appare subito che il § 46 non propriamente regge. Se si fosse, ammettendo la complicità-strumento fino in modo che il complice interrompa l'azione e questa sua desistenza vada a favore dell'autore principale, ciò non è pro possibile nel caso in cui Brandey è soltanto un puro e semplice strumento;

intero Primus ha completamente eseguito la sua azione e l'intervenzione dell'attività dello strumento può solo attraverso una finzione esser considerata come una azione di coesistenza dell'autore. ~~Si tratta~~ Anche nella qualità di autore mediato una coesistenza, essa dunque necessariamente consistere in altro che in una propria, sua propria azione effettuata dell'autore mediato (azione diretta, effettuata rivolta a dirigere uno strumento). E tuttavia la giurisprudenza approvato il principio dell'R.G. che l'intera attività del predetto strumento, in quanto attuata nel senso dell'autore mediato, va messa tutta a conto (va presa tutta in considerazione) quando si deve rispondere al quesito se esso autore sia punibile. Anche qui il problema della coesistenza non deve essere compreso. Qui si tratta piuttosto del caratteristico fenomeno, fino ad oggi non ben riconosciuto, della commissione condizionata del fatto.

Chi agisce personalmente (egli stesso) può forse condizionare ~~il suo agire~~ il suo agire in modo che, sia dal l'inizio, esso, nell'interesse di una determinata eventualità, frustra l'evento, poiché subito produce mezzi

mezzi i quali, per determinate eventualità, impediscono l'evento. Come si può parlare di una causa ~~per~~ offerta ad un evento ~~x~~ nel senso di ~~ritenere ad~~ impedirlo ~~senza altro incondizionatamente~~ Come si può ~~per così dire~~ mettere la esser sendaltro, incondizionatamente, contro un evento ~~un~~ x una, per così dire, "contro causalità" la quale non lo fa sorgere affatto; così può l'agente dirigere la sua azione in modo che essa si rivolga sì verso l'evento x, ma questo deve mancare se si verificano determinate circostanze esterne speciali, presentandosi queste, la controcausalità diviene da sè efficace mediante l'entrata in funzione di meccanismi di sicurezza. Si pensi per es. alla costruzione di una caldaia a vapore, la quale ad un certo ~~quando~~ livello dell'acqua automaticamente si chiude. In casi di questo genere si può opportunamente considerare l'azione la come una condizionata posizione (creazione) di una causa per l'evento; cioè questa non viene effettuata in considerazione come posizione di una causa per l'evento se sopravvengono quelle circostanze esteriori le quali frustrano l'evento.

pg. 607

In relazione al diritto penale: Chi prepara ~~e~~ la sua azione in modo che, date certe esterne circostanze, l'evento penalmente rilevante debba mancare, non può, nel caso che tali circostanze si presentino, essere incolpato di un delitto di esecuzione o della produzione di esso evento. A causa dell'apparato di sicurezza posto in essere per ritorna l'oggetto, l'azione è penalmente irrilevante. Di siffatti significato degli apprestamenti di sicurezza si ~~uno~~ si può chiaramente convincere nel caso in cui l'azione ~~con~~ ~~sia~~ tradire, necessariamente doveva essere contro quelle esteriori circostanze che impedivano l'evento. Per esempio di chi contro un oggetto scaglia un [illegible] che necessariamente, prima di raggiungere l'oggetto, in modo ritorno deve ritornare, non si può certo dire che abbia tentato di ledere l'oggetto. Ciò diverso può essere il caso quando quelle esterne circostanze ~~sono~~ sono possibili, quindi è presente appunto il caso della commissione condizionata del fatto; anche qui non c'è una tentata commissione del fatto in quanto, grazie all'apparato di sicurezza, intervengono esterne cir-

costanze che frustrano l'evento. Per esempio un autore vuole appiccar fuoco ad un edificio, in modo tale che il fuoco non possa prorompere prima che qualsiasi incendiario abbia abbandonato l'edificio; egli non vuole affatto mettere in pericolo ~~la~~ l'incolumità vita ~~di un uomo~~. Egli pone ~~una candela~~ nella alcova deserta una candela su di un sostegno combustibile in modo che la candela in circa un'ora dalla esser consumata tutta a dar fuoco al sostegno congegna però il tale fuoco della porta d'ingresso al focolare dell'incendio con una corda in modo che all'apertura della porta un vaso pieno d'acqua, che è legato all'altro capo della corda, si versi e l'acqua spenga la fiamma della candela. Se ciò avviene non esiste più la certa un tentativo di incendio; per l'innocuità non posta in essere ~~condizionatamente~~ ~~mediatamente~~ una causa: deficiente condizione o esistente condizione contraria, essa in realtà non si è prodotta; essa è entrata nella regola ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~ ~~[illegible]~~

Di fatto salta agli occhi la necessaria ~~uguaglianza~~ tra il significato ~~della~~ del caso in cui l'autore mette nel f nulla l'evento dopo la commissione del fatto e di quello in cui la frustrazione dell'evento si attua nel fatto stesso e può solo essere bene accolta una analogia derivata dal § 46. Però teoricamente potrebbe essere insufficiente la giustificazione della impunità in base al ~~al~~ § 46. Ciò appare se si considera inoltre che una norma penale allo autore che successivamente si adopera contro l'evento non esclude l'impunità, quindi se si pensa ~~omaggio~~ contro il § 46 del Cod. Pen. Allora necessariamente deve il comune autore essere punito per tentativo. Invece nel caso della commissione del fatto fin dal principio condizionata, anche se si prescinde dalla analogia con il § 46, deve aversi impunità perchè qui in realtà nihil actum est, sempre che si realizzi la condizione diretta a frustrare l'evento.

La figura della commissione condizionata del fatto può ora particolarmente essere utile pei casi di autore mediato. ~~Tale~~ Siffatta commissione qui si attua nel

tenso che l'autore sia dall'inizio dà istruzioni condizionate al suo « strumento », dimodochè esso nella eventualità X produce l'evento, nella eventualità Y invece non. Esempio: A dà ad un ragazzo divenuto una fiaccola velenosa e gli dice: « Se tu fa due ti batte,

p. 409

mentre di nascosto questa fiaccola nel cibo, oppure il sottufficiale comanda al soldato X di sparare su una banda se il capitano non ritorna. Se il padre non batte il ragazzo e, rispettivamente, se il capitano ritorna non c'è da parte del mediato autore un tentativo di omicidio.

Nota 22. È qui presupposto che il soldato dalla condizione aggiunta non consideri che trattasi di un delitto perchè per es. egli comprende (deve comprendersi la condizione e nel modo in sottraggiungendo l'aspettare, si deve prima aspettare il ritorno). Questo presupposto è da farsi perchè altrimenti il comando non sarebbe vincolante e quindi il soldato non sarebbe strumento, ma autore e non si avrebbe quindi un caso di autore mediato —

Può anche essere che l'esistenza dell'evento previsto nella fattispecie non venga fatta dipendere dal verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto, ma da un avvenimento già presente al tempo dell'azione, ma tale che l'autore non sa se esista o meno. Anche qui è concepibile che l'autore ~~[illegible]~~ indirizzi la sua azione in modo che l'evento solo in una data eventualità ~~[illegible]~~ possa verificarsi. Per esempio: l'autore vuole che una lettera offensiva venga a conoscenza dell'offeso solo se questi non si è allontanato dalla sua precedente residenza, e ~~[illegible]~~ tenga sullo scrivere ~~[illegible]~~ l'emulazione e se il destinatario ha cambiato residenza, non si spedisca alla sua nuova indirizzo. Oppure: Alcuno aizza un cane da caccia che educato a perseguire la selvaggina non tocca gli animali domestici, contro un uccello di cui egli - magari per miopia - non può sapere se appartenga all'una oppure all'altra categoria -

Siffatti casi vanno equiparati a quelli della vera e propria commissione condizionata del fatto.

~~Però~~ Nondimeno si deve affermare che, come si è mos-

to, la commissione condizionata del fatto non è per ciò qualcosa di proprio della qualità mediata di autore.

pg. 610

Dopo ciò si deve naturalmente pensare anche ad una istigazione condizionata. E in effetti questa appare possibile poiché anche l'istigato può essere predisposto al reato in modo che solo in presenza di una determinata situazione debba agire, altrimenti l'istigatore non vuole avere niente a che vedere con quella produzione di evento criminoso. Però qui l'intero problema è irrilevante: poiché se l'istigato non si attiene alle istruzioni ricevute o agisce anche difficente condizione, si ha un excessus mandati per quale l'istigatore non risponde; se invece l'istigato si attiene alle istruzioni e defficente condizione omette di agire, manca anche il fatto principale; però non vi è tentativo di istigazione. Anche per i casi di ~~istigazione~~ determinazione al delictum sui generis non viene in considerazione la commissione condizionata del fatto. Non si può dire che esista un tentativo di ~~[illegible]~~ delitto di istigazione ~~[illegible]~~ se la istigazione era condizionata e la istigata, conforme all'ist-

udazione, verificatasi la condizione, quale la esecuzione - poiché ~~nei~~ ~~in~~ questi delitti, se la stimolazione non arriva all'evento, sono già perfetti con la stimolazione, o meglio, con la congiura di questa.

Benissimo questi delitti danno rostro a pensare, accanto alla commissione del fatto stimolata attraverso una vera e propria condizione alla commissione a limitata, ancora in altro modo. Può cioè avvenire che si tratti non della condizionalità di un evento conforme alla fattispecie astratta, ma della condizionalità dell'esecuzione della stimolazione conforme alla fattispecie. Vi sono numerosi delitti, specialmente delitti di parole (Wortdelikte), i quali nella fattispecie richiedono una valutazione di modalità, ma essi non è conforme al modello astratto legale se non ha un determinato senso (delitti di valutazione). Nei reati di delitti di stimolazione, nell'offesa, ingiuria, nella minaccia, nei delitti di oltraggio si deve stabilire se le parole dell'autore comprendono una stimolazione, una ingiuria, ecc. E qui è possibile che l'autore condizionalmente dica le sue parole. In tali casi spetta all'interpretazione caso per caso il compito

di determinare se l'eventuale prescelta di una condizione distrugga, o pure no, l'esistenza della azione conforme al tattestano.

pg. 611

Una tale distruzione si avrebbe appunto nei delitti di stimolazione (di minaccia): una stimolazione non è effettivamente tale se non vuole essere realizzata. Se quindi A dice a B: - b X di tratta male, dagli fuoco alla casa, finché il maltrattamento non si verifica, nessuna stimolazione risulta esistente. Diversamente nella minaccia questa, attraverso la posizione di una condizione, viene di regola, ma non sempre, distrutta.

Una più profonda trattazione di questa serie di concetti rimane al di fuori dei limiti del presente lavoro.

Pavia, 18 luglio 1935 ore 23 ¼

A. Merkel
a Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
Stuttgart 1889

— 5° capitolo della I° Parte —

Qualità di autore, compartecipazione e favoreggiamento.

pg. 137

§ "Autore" in senso proprio, tecnico, il nostro Codice Penale chiama colui al quale immediatamente si adattano la legale definizione di un dato delitto e la pena ad esso collegata; il quale, cioè, con la sua azione od omissione si lascia sussumere immediatamente sotto quella definizione, oppure - ciò che è lo stesso - commette la "azione principale", l'azione di esecuzione, che è prevista nella corrispondente norma legale, e dà vita (?) ai legali requisiti del delitto.

.....

§ "complice" secondo il nostro vigente diritto, colui che consapevolmente presta aiuto all'autore per la commissione del fatto.

§ "istigatore" colui che dolosamente ha determinato un'altra persona al delitto che questa dolosamente ha poi commesso.

Questi concetti non esauriscono tutte le forme di compartecipazione per è possibile. Così non rientrano nei suddetti concetti né l'aiuto prestato all'istigatore, né l'aiuto colposamente prestato all'autore, né la complicità nella commissione di delitti colposi, né infine la colposa induzione a commettere delitti dolosi o colposi. La legge si limita a considerare quelle forme che hanno un'importanza più generale.

pg. 139 — § 49

— L'autore in particolare —

1) L'autore è caratterizzato dal fatto che nella sua persona ed attività si manifestano tutti i requisiti legali del delitto. Così è autore di un furto colui che sottrae l'altrui cosa mobile con l'intenzione di antigiuridicamente appropriarsene; ciò colui che porta a concreta manifestazione i requisiti del furto secondo quanto definito nel § 242 del Codice. Al riguardo è indifferente se egli è stato determinato da altri all'azione, se ha agito di propria sussistivo, se per mezzo o per un interesse egoistico, se considera il fatto come suo patrimonio spirituale o se lo stesso fine

un altro; ed è del tutto indifferente in che rimane al di fuori della fattispecie legale. D'altra parte non è autore colui nella cui persona o azione mancano i requisiti legali: pg 140

e fra questi figurano un determinato dolo o fine o motivo dell'agire, può essere autore del delitto solo quegli in cui esistono quel dolo o fine o motivo. Così può essere autore di un raptus (§ 236, 237) colui la cui intenzione è rivolta al matrimonio o alla lussuria; e di una estorsione (§ 258 e segg.) quegli che agisce per suo vantaggio.

Inoltre se appartiene al fattispecie la violazione di un particolare rapporto di dovere, può essere autore del delitto solo chi trova estratto da tale dovere. Quindi solo un soldato può essere colpevole di diserzione. Lo stesso si dica per le qualità o rapporti personali contenuti nella fattispecie astratta. Per es. solo un funzionario o un arbitro può rendersi colpevole del delitto di flessione del diritto (di scala applicazione del diritto) (§ 336), solo un fabbro prestatore su pegni del delitto previsto nel § 246.

Si è affermato che diversa sia la disciplina giuridica per questi ultimi, ora menzionati, requisiti della fattispecie, da

quella che vale per i precedenti; che cioè solo questi ultimi non quelli siano essenziali per l'autore, senza però che si possa addurre un fondamento per questa distinzione. La norma legge che un impiegato, il quale si sia reso colpevole di una falsa applicazione del diritto sia punito con carcere duro, non si applica ad un non impiegato; così come non si applica ad un impiegato che non abbia leso il diritto o non abbia agito dolosamente. Questa facoltà di applicazione caratterizza l'autore.

2) La qualità di autore in genere non è esclusa pel fatto che la realizzazione degli elementi del delitto dipenda dall'intromettersi di ~~successivo~~ altrui forze sia elementari, sia umane; e può il numero degli elementi intermedii tra l'azione e l'evento essere anche grande purché esistano i presupposti della attribuibilità (Zurechenbarkeit) di esso evento, quali sono stati determinati nei §§ 26 e segg. e 37 e segg. In particolare, la qualità di autore in una persona non viene a mancare pel fatto che, pel conseguimento del suo scopo, egli si valga dell'attività di un terzo, sia da lui suscitata, sia da lui sfruttata (calcolata). Così non è esclusa

1) se si serve di ~~un~~ un terzo non imputabile come di uno strumento;
2) se si serve di uno strumento, di un terzo imputabile, ma agente in buona fede o anche di colui di cui è rivolta l'offesa del reato;
3) se si vale di un terzo agente in mala fede, a cui però mancano le qualità o i rapporti appartenenti alla fattispecie del reato di cui si tratta. Per es. un impiegato per la commissione di un punibile abuso dei suoi poteri d'ufficio si serve di un terzo, agente d'accordo con lui. Il terzo non è qui autore del delitto d'ufficio perchè gli manca la qualità d'impiegato.

3) Se tra il colpevole e la realizzazione degli elementi del delitto è interposta la qualità di autore di un altro, il primo non va considerato autore perchè manca la immediata relazione tra la sua azione e quegli elementi. Questa regola vale tanto nel caso in cui l'altro (dal "colpevole") fu istigato al reato, quanto se la sua qualità di autore è pienamente indipendente. Un esempio per quest'ultima ipotesi: A abbandona priva di colpevolezza sulla via B che crede di aver ucciso.

C, che nella sua del fatto di A, lo scambia B e, siccome questi invoca aiuto, lo uccide. Qui la qualità di autore in A relativamente alla morte di B, è esclusa dalla indipendente e preposta qualità di autore di C.
Questa regola subisce però grandi limitazioni: ove manchi la qualità di autore di chi agisce posteriormente si frappone tra l'azione del primo colpevole e l'evento nel modo in cui nell'esempio da addotto.

§ 50

pg. 142

— Concorso di più autori —

.....

d) Le eventuali qualità personali (o rapporti) necessarie per la qualità di autore debbono essere presenti in ognuno dei presenti correi, altrimenti le loro azioni non hanno i caratteri di azione di esecuzione o azione principale. Chi non può essere autore unico, non può nemmeno essere correo. Del resto non occorre nè la contemporaneità nè la perfetta coincidenza delle azioni dei vari correi. Così possono essere puniti quali correi in

un delitto di stampa e l'autore dell'articolo incriminato o il redattore che lo fa ammettere nel suo giornale. Inoltre l'esecuzione può essere divisa in modo che nell'azione dell'uno compaiano alcuni elementi della fattispecie materiale (del fatbestand esterno) ed altri nell'azione dell'altro.

---

§ 58

pg. 146

– Complicità ed istigazione –

La complicità e l'istigazione in genere e specialmente in rapporto alle qualità di autore, di cui la legge le tratta come accessorie, vanno considerate per più riguardi in base ad usuali principii.

1) Esse presuppongono una altrui qualità di autore. Se non c'è un autore, non si può essere un compartecipe. Quindi, per es., non sono ammissibili né complicità né istigazione punibili al suicidio poiché il suicida non è soggetto a pena e quindi manca una qualità di autore in senso penalistico. Se l'autore di un delitto è contemporaneamente istigatore di un complice

~~come lui colpevole~~, questa sua seconda qualità non è in lui considerata indipendentemente. Se a colui che viene prestato aiuto o che viene istigato al reato, manca un qualsiasi requisito per poter essere autore, se egli è per caso un non imputabile o ha agito in una scusante ignoranza di circostanze essenziali del fatto, il presunto complice o istigatore può magari essere punito come autore del reato commesso, ma non mai come complice o istigatore nel senso della legge.

Pavia, 17 luglio 25 ore 2½

Hugo Hälschner
Das gemeine deutsche Strafrecht
Bonn 1881

§ 154

pg. 867

La compartecipazione ad una azione punibile ha per presupposto la qualità di autore. Dove questo manca, non si può parlare di compartecipazione punibile. Però può bene essere punito il compartecipe sebbene l'autore non lo sia: o che si sottragga alla pena, o che la legge dichiari, in vista di particolari condizioni, impunibile la azione dell'autore di per sè punibile, o che la legge non abbia addirittura subordinato l'autore alla ~~pena~~ potestà punitiva dello Stato.

La legge non è pervenuta ad una determinazione del concetto di autore ed una questa parola in diversi significati. Essa caratterizza quale autore colui che ha fatto qualcosa e alla cui volontà, come alla causa, si riconduce l'evento; dimodochè non è autore solo colui che diviene causa di un evento senza alcuna attività del suo

volere. Per la qualità di autore non è necessario che l'evento all'autore sia da attribuire a titolo di colpevolezza, sebbene anche autore sia colui che deve rispondere del suo fatto come colpevole, sia che abbia agito dolosamente sia che abbia cagionato il fatto colposamente. La qualità di autore in senso stretto e distinguendo dalla compartecipazione la si può invece determinare solo in modo negativo, nel senso che autore è quella persona colpevole la quale in un dato caso non è responsabile a titolo di compartecipazione. È quindi autore chiunque abbia commesso il fatto senza la cooperazione di persona agente dolosamente, sia che egli abbia agito da solo; sia che abbia agito con un concorrente che non è colpevole per via di un errore che gli impedisce di riconoscere la punibilità del fatto a cui concorreva; sia che abbia agito con un concorrente che è solo responsabile per colpevolezza. Siccome la legge considera "compartecipazione" solo la cooperazione dolosa, non si può parlare di compartecipazione nei suddetti due ultimi casi ed affare qui autore chiunque abbia agito colpevolmente. Affare infine quale autore ~~colui che agisce solo~~ ~~dolosamente~~ e se non ha agito quale istiga-

tuo o complice, mentre il coautore è tanto autore quanto compartecipe. In relazione al complicem va infine considerato il caso ~~che~~ di chi egli, in rapporto al suo autore è compartecipe, e, in rapporto a chi che lo istiga, è autore.

---

pg. 398

L'istigazione nel senso tecnico della legge, quale atto di compartecipazione all'azione punibile commessa da un altro, richiede che l'istigato commetta un'azione punibile per cui egli stesso debba rispondere. Chi per la commissione del reato si vale di una persona non imputabile da lui determinata, conosce egli o no la non imputabilità dell'altro, deve, secondo la legge, rispondere del reato non quale istigatore, ma quale autore. La stessa dicasi nel caso che l'istigatore, nell'intenzione di commettere un delitto, determina l'altro ad una azione, che questi, per un errore dolosamente in lui prodotto o in lui sfruttato, non sapeva essere punibile: sia che poi l'altro sia del tutto scusato, sia che debba rispondere dell'evento a titolo di colposità.

Nuelf
17 luglio 1935 ore 16,35

I ragazzi e lo spazio deserto circostante.
Il muro barriera di loro sogni.
I grossi materiali che si trasformano nelle loro
creazioni. Il genio audace e combattivo.
L'azione degli sterpi secchi, la gioia della fiamma e
del suo crepitio. I ragazzi sul muro giocati. La
fiamma che si estende come una marea che
i minuscoli fuochi e nella voliera del tetto scoperto
Una guardia mette in fuga i ragazzi. Nel frat-
tempo spettatore i vicini. Saluto alle erbe marcite
già verdi e ora dorate, alla terra nera e ricca pel
lavorare, al ciuffo erboso che, cresciuto forte, è vegeto
saldo e compatto e si è salvato dal fuoco. Sono fatte
le piante più brutte e nude e magari secche: ma
solo belle nella loro difesa e ora rappresentano una
superstite verde e bellezza e il presagio di nuove vite.

Z. Z. = Zur Zeit = In quel momento
allora.

Paul Wolf

Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft

Parte Prima

Pag. 1

Ogni trattato che si occupa con l'indagine della qualità di autore mediato deve considerare in prima linea che il concetto della qualità di autore mediato non è espresso nella legge ma che è soltanto un mezzo ausiliare e voluto man mano nella scienza e nella giurisprudenza allo scopo di evitare alcune conseguenze contraddittorie che portava con sè la dottrina dell'accessorietà della compartecipazione. Questa però non è la unica causa che conduceva al porre di questo concetto. Ma le altre cause esistenti non avrebbero reso necessario per sè stesse la introduzione di un tale concetto nuovo poichè esse erano di una importanza minore e poichè la dottrina del diritto penale gli poteva tralasciare anche in pratica senza commettere un errore rilevante o poichè le poteva superare facilmente in un altro modo.

Questa accessorietà della compartecipazione possiede come dice il Döderlein ("Die mitt. Täterschaft de lege lata e de lege ferenda" Dissertazione, Strasburg 1911-pag.32) in conformità con M.E. Mayer un carattere graduato, cioè permette diverse graduazioni. Nella sua forma più pura ha un triplice contenuto:

Pag. 2

1) La compartecipazione è soltanto punibile se il fatto al quale si riferisce è stato commesso o almeno tentato;

2) La compartecipazione è soltanto punibile se il fatto commesso o tentato a cui si riferisce è punibile;

3) La compartecipazione è punibile a base della stessa misura che serve anche per il fatto a cui si riferisce.

In questa forma pura troviamo l'accessorietà della compartecipazione nel cod. pen. Prussiano del 14 aprile 1851. Anche il cod. pen. Tedesco ora vigente sta in relazione

Pag. 3

alla istigazione fondamentalmente sotto lo stesso punto di vista - e ciò deriva dallo art. 48 in ispecie dalla seconda parte di esso - ma esso fa una eccezione importante rispetto alla suddetta concezione nell'art: 40 che riguarda le qualità personali che aumentano o diminuiscono la pena. Un altro momento nuovo difronte al cod. pen. Prussiano cioè quello che l'istigatore non è responsabile per un così detto "Excessus mandati" possiamo qui trascurare poichè esso rendendosi già dalla determinazione del concetto dell'istigazione, in fondo non è nemmeno un'eccezione del principio dell'accessorietà.

Pag. 4

Se la legge avesse limitato l'accessorietà della compartecipazione all'affermazione pontenuta nel n.1), la qualità di autore mediato probabilmente come concetto non sarebbe sorta; poichè al suo sorgere hanno contribuito soltanto le conseguenze delle affermazioni n.2) e n.3) di cui ognuna ~~avre~~ sarebbe bastata a far sorgere il bisogno di un tale concetto nuovo. Tuttavia non si può dire che la qualità di autore mediato sparirebbe togliendo via quelle due affermazioni; poichè questo concetto una volta praticato

Pag. 5

ha potuto equiparare in modo assai soddisfacente alcuni inconvenienti, e riempire alcune lacune che non derivano dal principio dell'accessorietà. Queste ragioni principali e secondarie che allora parlavano per questo nuovo concetto si sono aumentate ancora e così egli non è del tutto indispensabile ma tuttavia molto comodo. Se il principio puro dell'accessorietà venisse a mancare ciò sarebbe anzi un vantaggio per questo concetto poichè alcuni casi che finora si sono sussunti contro il ragionamento logico sotto questo concetto con il solo scopo di trovare il modo di punizione che deriverebbe dal concetto della accessorietà, si potrebbero facilmente comprendere sotto il concetto della istigazione liberato dalla dottrina della accessorietà, e così il concetto della qualità di autore mediato sarebbe meno teso e contemporaneamente unificato. Insieme a questo verrebbero a mancare anche molte ragioni da contrapporre alla qualità di autore mediato.

Ugualmente sparirebbe o almeno sarebbe abbastanza limitato anche un altro inconveniente che molto ha contribuito a far apparire non pratico ed anzi superfluo il concetto della qualità di autore mediato cioè la diversità d'intendimento della qualità di autore mediato che si trova pure nei suoi difensori e che si trova attraverso tutta la dottrina della qualità di autore mediato fin nei tempi recentissimi come una fonte inestinguibile di continua contraddizioni mentre appunto in questo caso in cui la ragione principale della introduzione

Pag. 6

di questo nuovo concetto è con ciò anche la meta da raggiungere erano ben apparenti si ~~avrebbe detto~~ sarebbe dovuto supporre un largo consenso dei suoi difensori. Ma sin dall'inizio si sapeva che questo nuovo concetto poteva riempire le lacune contenute nelle disposizione sulla compar_

tecipazione solo per una gran parte ma non completamente e così si cercava di allargare il suo ambito quanto più possibile. Questo fatto condusse naturalmente a causa delle difficoltà da superare ed in parte insuperabili a diversità di opinioni. Una simile sorte era preparata per le stesse ragioni anche alla distinzione fatta fra condizioni sommamente personali della punibilità e condizioni di minaccia con pena (höchstpersönliche Strafbarkeitsbedingungen - Strafdrohungsbedingungen: Beling) con la quale si sperava ugualmente di evitare alcune conseguenze non desiderabili della dottrina dell'accessorietà della compartecipazione.

Pag. 7

Parte Seconda

La qualità di autore mediato fu trattata già molte volte in lavori scientifici bensì i risultati non corrispondessero alla fatica applicataci. Sembra non essere necessario di dare un ulteriore contributo alla letteratura che si occupa di porre i limiti della qualità di autore mediato constatando dove da una parte finisce la qualità di autore immediato e comincia quella di autore mediato e dove d'altra parte finisce la qualità di autore e comincia l'istigazione. L'autore immediato l'autore mediato e l'istigatore sono puniti nel diritto vigente tutti nella stessa misura sicchè la discussione - cum grano salis - non è che una lite intorno al modo di esprimersi. Ciò che però non soltanto nella teoria ma anche nella pratica porta con sè secondo il risultato dell'indagine sul delitto delle conseguenze del tutto diverse anche in relazione alla punibilità, è la questione se la qualità di autore mediato è ammissibile per tutti i delitti specialmente anche per quelli commissibili per esecuzione mano propria e per i delitti proprii (Sonderverbrechen). A questo esame io dedicherò il seguente lavoro in prima linea ma ciò non si può fare che a base di una sicura determinazione della qualità di autore mediato e per fare ciò non si può tralasciare una scrupolosa ricer-

ca dei limiti della qualità di autore mediato sicchè devo trattare anche questo problema poco ~~[illegible]~~ allettante in maniera estesa anzi quasi come questione principale.

Pag. 8

Parte Terza

Dalla circostanza summenzionata che la qualità di autore mediato nel diritto vigente rappresenta soltanto un mezzo ausiliare si è tratto nella scienza le conseguenze più false. Una serie di autori di cui il rappresentante principale è il von Liszt, vuole applicarla appunto per questo fatto come ultimo scampo e applicarla da per tutto là dove il concetto della istigazione è insufficiente senza prendere riguardo se questa dottrina è in questi casi applicabile o se si deve comprimerla. Questi autori dimenticano che la qualità di autore mediato appunto per il fatto di essere un mezzo ausiliare non previsto dalla legge, può esistere de lege lata soltanto se riempie senza coercizione una lacuna. Laddove c'è bisogno di trasformarla essa diventa una finzione e non deve trovare applicazione in nessun caso nel diritto penale.

Un altro numero di autori cioè quelli che rappresentano la dottrina dominante e che sono quelli che non possono liberarsi dall'idea che causatore e autore sia la stessa cosa e che questa falsa opinione almeno da una parte (cioè di fronte al concetto legalmente fissato ~~che~~ de l'istigatore) cercano di sostenere facendo interrompere il hesso causale attraverso la cosidetta libera volontà umana (confronta solamente, per non enumerare altri, l'articolo di Beling in " G.S. 76, pag. 87 e segg. specialmente pag. 95)

Pag. 9

vogliono restringere l'ambito della qualità di autore mediato nei casi in cui lo strumento non ha agito liberamente o (che dev'essere lo stesso)

era incapace d'intendere o indotto in errore poichè come dicono altrimen_ ti il nesso causale sarebbe interrotto e il determinatore non sarebbe più causatore (autore). Poichè il presupposto di questa dottrina cioè la interruzione del nesso causale è già di per sè stessa insostenibile non occorre contraddire estesamente le sue conseguenze.Ciò risulta già dal fatto che per es. l'R.G. benchè abbia il punto di vista dell'interruzione del nesso causale, riconosce ampiamente lo strumento doloso.

Una terza serie di autore sceglie come punto di partenza il concetto dello strumento che forma una parte della qualità di autore mediato (1). Non tratterò qui quelle obbiezioni che si rivolgono soltanto contro lo strumento doloso poichè dovrò trattarne ancora estesamente in altro luo_ go e mi occupo solo di quelli che credono che solo un uomo incapace di in_ tendere possa diventare strumento. Per il futuro diritto sarebbe già per questo fatto molto bene - caso mai non si troverà un'altra regolamentazio_ ne o addirittura l'abolizione della qualità di autore mediato - che si ponga uno speciale concetto penale dello "strumento"

Pag. 10

che impedisce una volta per sempre la equiposizione di esso con uno stru_ mento morto.Ma anche nel diritto vigente in cui dobbiamo in mancanza di una determinazione legale tenerci al comune uso della lingua, l'unica dif_ ficoltà può esistere solo sul punto se si possa designare un uomo vivente come uno strumento o se uno strumento è sempre qualcosa di non vivo (o al massimo un animale). Se si nega la possibilità fondamentale salta in aria tutta la qualità di autore mediato.Se lo affermiamo abbiamo supera_ to la difficoltà poichè ora nel singolo caso sia la incapacità d'intende_ re sia la volontà non libera non sono più rilevanti.

Un quarto gruppo di autori vuole ammettere la qualità di autore media_

to soltanto se mancano nel determinatore qualità fisiche ma non se man_ cano qualità giuridiche (rappresentante principale Frank).

Un quinto gruppo (Beling) ammette la qualità di autore mediato nei delitti di evento (delitti materiali o Erfolgsverbrechen) non però nei delitti di attività (delitti formali o Tätigskeitsverbrechen).

Un sesto gruppo (Binding) al quale il concetto del delitto commesso per mano propria attribuisce la sua prigine vuole escludere appunto in questi delitti manu propria e nei delitti proprii la qualità di autore me_ diato.
Pag. 11

Queste ultime due opinioni sono un poco incomplete poichè mancano di una precisazione e circoscrizione esatta del fatto quali delitti siano delitti di evento e quali siano delitti manu propria.

Di un altro gruppo di autori che vogliono estendere troppo ampiamente la qualità di autore mediato colposa (fahrlässig) parlerò più in avanti.

Finalmente cisono ancora alcune opinioni singolari che escludono addirit tura la qualità di autore mediato (per es: Hoegel in Zeit. 37 e anche il suo corto scritto in G.S7 88 pag. 82 e segg.).

Naturalmente ancora innumerevoli altre opinioni sull'ambito possibile della qualità di autore mediato. Un'esatta enumerazione non avrebbe scopo. Alcune di esse conosceremo ancora in avanti.

(1) Confronta Binding G.S. 76 pag. 94 " La Parola"strumento" ha destato gravi inconvenienti ma purtroppo non è da evitare. Sembra che contie_ ne una degradazione per un essere capace d'agire. M a essa è usata solo nel senso di "mezzo".

Pag. 12

Parte Quarta

Passando in rassegna tutta la letteratura relativa alla questione se lo autore mediato sia ammissibile in tutti i delitti non si può fare a meno di esserne scontenti.

Benchè si sia voluto dare una risposta alla suddetta questione nello ambito del diritto vigente, si è tuttavia quasi coscientemente passati ad una considerazione più vasta del dettato legale quasi fosse indegno di un giorista occuparsi di un dettato legale senza commento. Eccezioni ben note: Höpfner e ~~in parte Hö~~ Beling e in parte Merkel "Lehrbuch" 1889 - pag. 140 ed anche Binding "G.S." 78 - pag. 7. Solo qua e là ritroviamo alcuni modesti sguardi alla legge ~~vera~~ stessa. Generalmente però si è fatto ricorso a tutti i possibili mezzi ausiliari senza provarne prima la conformità alla legge accontentandosi se essi solo in un certo modo concordavano col sentimento di giustizia. Innumerevoli sono le teorie per mezzo delle quali si doveva indipendentemente dalla legge, dimostrare la possibilità o la impossibilità della commissione mediata. Con espressioni come: " E' impossibile che la intenzione del legislatore sia stata...." ecc. si cercava di superare lo incomodo dettato della legge. Se pure siffatte teorie possono talvolta concordare col nostro sentimento in modo perfetto, sono tuttavia de lege lata, cioè laddove un saldo fondamento ci vincola e forse anche talvolta ci sforza il nostro sentimento giuridico, inapplicabili anche se de lege ferenda aventi un valore molto grande.

Il fondamento dell'applicazione del diritto penale deve essere la legge e non la scienza. La scienza non ha il compito di dichiarare: " Questo fatto deve essere punibile, e siccome la teoria fin oggi posta dalla scienza, teoria che servì all'interpretazione della legge penale, non porta a

questa punibilità, dobbiamo noi porre un'altra teoria

Pag? 13

che ~~xxx~~ renda possibile di giungere in un qualsiasi modo in base alla vigente legge alla punibilità del fatto che noi desideriamo sia soggetto a pena. " Un siffatto procedimento riduce la legge penale ad un ausiliario della teoria, la degrada ad alcunchè di subordinato alla scienza giuridico-penale. Questo non è permesso. L'intera teoria e l'intera scienza giuridico-penale, in relazione alla presente applicazione giurisprudenziale della norma penale, debbono essere e restare servi della legge penale, anche se sono legittimati ad una interpretazione di essa legge. Ragioni di praticità possono de lege lata essere prese in considerazione, solo quando non contrastano con la parola della legge; all'infuori di questo ambito esse trovanp posto solo de lege ferenda.

Con ciò sono respinte tutte quelle obbiezioni che falsamente si ricollegano alla affermazione di Binding, " che non si debba lasciar impunito chi ha inferte gravi ferite all'ordinamento giuridico. " Lo stesso Binding esprimeva questa sua pretesa, come appare dalle sue parole in " G. S. 71 " - pag. 7, solo per il diritto futuro; e in altro luogo ammette che la pratica, appunto cercando di punire siffatti violatori dello ordine giuridico, si è lasciata trarre ad illegalità; poichè de lege lata la decisione sulla punibilità spetta unicamente alla legge.

Tenersi al dettato della legge è quindi de lege lata l'unica via possibile per corrispondere alle opinioni del legislatore e della legge vigente. Che questa via conduce molto spesso a dei risultati insoddisfacenti non può toglierne niente della sua giustezza.

Pag. 14

Ogni teoria che perviene alla punibilità di un fatto mentre nella legge questa punibilità non è espressa si pone in contraddizione alla legge e rimane indifferente se questa teoria si basa su un puro arbitrio o se si basa sul sentimento giuridico o sulla logica esattezza giuridica. Se il legislatore ha qualsheosa tralasciato o dimenticato noi, nel diritto civile, possiamo completare le sue opinioni ed affermazioni poichè non c'è altro mezzo, ma questo non può aver luogo nel diritto penale specialmente non nel caso in cui vogliamo fondare una pena su tale procedimento.Questo è così naturale che ho già sprecate troppe parole al riguardo.

Se noi quindi nel nostro vigente cod.pen., in relazione alla ammissibilità dell'autore mediato molto spesso ci troviamo di fronte a risultati ingiusti,questo fatto non deve indurci ad altre teorie o sistemi che precorrono una nuova regolamentazione legislativa. Anche il rimprovero che si darebbe al legislatore di un colorito poco soddisfacente se si affermasse che nella legge nulla di tal genere risulti previsto,

Pag. 15

che egli quindi abbia"dimenticato" di sottoporre a sanzione penale siffatto modo di commissione criminosa, nulla può sottrarre alla giustezza di questa opinione. Il suddetto rimprovero non regge,già per il fatto che probabilmente coloro i quali oggi lo sollevano in quel tempo in cui lo attuale cod. pen. fu composto, non avrebbero fatto alcunchè di meglio. Si pensi che la figura dell'autore mediato solo nell'ultimo cinquantennio si è propriamente affermata cioè dopo la promulgazione del Cod. Pen. del Reich. E' merito della spesso deprezzata monografia di Müssmer l'aver per la prima volta esposto la figura dell'autore mediato con tutti i suoi ca-

si subordinati. Lo scritto di Mössmer risale all'anno 1892. Venti o trenta anni prima, cioè al tempo della compilazione del cod. pen. del Reich, l'autore mediato non era considerato (e con ciò è senz'altro spiegata la manchevole disciplina legale al riguardo, senza che ne derivi un rimprovero per il legislatore) sebbene già in alcuni scrittori si possano trovare alcuni accenni a questo modo di commissione del reato, e già la espressione "autore mediato" compaia nell'anno 1828. (1) In un certo qual modo la figura dell'autore mediato ha preso piede nel suo significato odierno solo poco tempo prima della trattazione di Mössmer.

Non saranno certo d'accordo con ciò che si è sopra detto quelli che affermano essere la figura dell'autore mediato alcunchè di originario ~~xx~~ ~~xxx~~ contenuto nella legge e non qualcosa che si è dopo aggiunto ad essa. Si può invero senza preoccupazioni affermare con Brandt (" Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht " Inauguraldissertation Erlangen 1916 pag.10 e 11) che la qualità di autore mediato sia una vera, non finta qualità di autore; questa affermazione non esclude

Pag. 16

che originariamente essa era estranea alla legge nei più dei casi; ed inoltre non contrasta con l'opinione, giusta a mio vedere, che la qualità di autore mediato sia effettivamente una qualità di autore, la quale però non può essere pienamente identificata con la immediata.

Che la qualità di autore mediato non è affatto contenuta sin dall'origine nel codice, dovrebbe una buona volta essere evidente. Se dapprima non ci si fosse aggrappati al principio della accessorietà della compartecipazione, ma si fosse fatta esistere la istigazione come pienamente indipendente dalla qualità di autore, non sarebbe mai sorto il concetto dello

autore mediato come alcunchè di giuridicamente rilevante.

Malgrado tutto si deve riconoscere che in alcuni pochi reati una specie di qualità di autore mediato è riconosciuta originariamente anche nel vigente cod.pen. Non appena però noi considereremo questi singoli casi potremo vedere che essi non sono in grado di distruggere la suddetta affermazione, che cioè la figura dell'autore mediato come tale e come concetto è originariamente estranea al cod.pen.

Anzitutto vanno qui considerati come chiari esempi i §§ 340, 341 e 343 che si possono senz'altro, in base al dettato della legge, caratterizzare come eccezione poichè, se tali non fossero, non si potrebbe capire perchè per es. anche il § 342 non contiene queste parole: " o che fa commettere ". Queste eccezioni sono però facilmente spiegabili, dato che appunto in queste fattispecie concrete già prima della costituzione del cod.pen. si era notata nel mondo criminoso la figura dell'autore mediato come un fenomeno richiedente una particolare regolamentazione legale.(11)

Pag? 17

A questi casi originariamente noti alla legge, tra i quali rientrano ancora il § 142 e il § 367 n.15, si aggiungono ora gli altri casi successivi in base ai quali si è concettualmente sviluppato la figura dell'autore mediato senza essere particolarmente prevista dalla legge; questi ultimi hanno una maggiore estensione.

Al posto anzitutto
~~In~~ primo ~~xxxx~~, perchè in essi ~~xxxxxxxxxxxxxxxx~~ la figura dell'autore mediato fu ~~xxxx~~ ritenuta concordabile con la legge, figurano qui quei reati in cui il legislatore ha posto come fattispecie un"evento" (in senso stretto). Siccome in essi la qualità mediata di autore si distingue dalla immediata solo per il modo della esecuzione, mentre l'evento è lo stesso per
~~In~~ ambedue, è chiaro a prima vista che la differenza fra i due casi si

riduce al minimo , e forse del tutto sparirà poichè la legge punisce solo un determinato evento e non menziona affatto il modo della produzione di esso. Annovero quale chiaro esempio di questa specie la uccisione (12). Si ricollega a ciò il fatto che ancora oggi che la figura dell'autore mediato trova un generale riconoscimento

Pag? 18

alcuni scrittori, come si è detto sopra, vogliono ammetterla solo nei delitti di evento e non in quelli di attività.La delimitazione dei delitti di evento da altri delitti di semplice attività non si può certo farla esattamente.Si è spesso addotto contro l'opinione di Beling, che ogni delitto trae seco un evento anche se l'evento consiste forse solo in un semplice movimento (Bewegung).Naturalmente questa obbiezione è esagerata, poichè nessun uomo ragionevole può negare che, in relazione all'evento, vi sia una distinzione tra l'uccidere e il passare su di un ponte; però non si può affatto dire con sicurezza dove sia posto il punto di distinzione. Giustamente rileva Brandt (op.cit. pag.15) che si può attribuire per es: il " sottrarre " (Wegnehmen) ugualmente sia ai delitti di attività sia ai delitti di evento, come fa Beling.

Pag. 19

Coloro i quali aderiscono alla opinione che ogni reato contenga un evento, pervengono naturalmente molto presto alla conseguenza che ogni produttore di questo evento sia "autore". Fosse - ma questo a me non pare verosimile - dobbiamo ai seguaci di questa opinione il fatto che ora la qualità di autore mediato a poco a poco è andata comparendo in tutti gli altri delitti ed ha preteso il suo riconoscimento. La ora detta opinione però tralascia pienamente di considerare che in fondo non è importante se ogni reato abbia o no in astratto un evento (quale significato dovrebbe avere

questa oziosa questione per il diritto penale?) ma è invece importante stabilire chi sia autore! Se la legge pone espressamente come fattispecie un determinato evento - e questo avviene soltanto in un relativamente piccolo numero di fattispecie - è senza dubbio autore quegli che lo produce. Ma se la legge non pone come esclusivo requisito della fattispecie siffatto evento, in tal caso non possiamo con la semplice frase, sia pur giusta, che ogni delitto contenga un evento, allora identificare identificare l'autore. E' piuttosto il Tatbestand della legge che ci dice chi è l'autore; se per es: la legge richiede una semplice attività, allora è autore colui che tale attività esplica, che "ciò fa", e ci si perde in vie senza uscita se, considerando questa attività stessa come evetno, si caratterizza quale autore colui che questa attività"produce" (bewirckt). E' pienamente inapplicabile benchè in sè stessa non falsa, la definizione del "fare" in generale, quale ce la fornisce von Liszt: " Fare è la volontaria causazione (determinazione) di un evento ".

(1) Per la prima volta troviamo citato questo nome in Stübel " Die Lehre von der Teilnahme " 1828. Ma allora si comprendeva sotto questo concetto anche l'intera istigazione.

(11) Un altro caso eccezionale appartenente a questo gruppo è quello del § 160. Io non voglio qui anticipare il risultato del presente lavoro, ma credo che si possa tranquillamente caratterizzare questo paragrafo come eccezione, anche se non si considera l'azione ivi menzionata, come fa von Heldorff " Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide " (InauguraldissertationHalle-Wittenberg 1895) nel caso della non presenza di questo paragrafo ribelle ai principii, come qualità di autore mediato nel falso giuramento.Similmente per il § 271.

(12) Per una migliore comprensione può servire il seguente esempio : A versa a B del veleno in una bevanda; l'inconsapevole B la beve e ne muore.Certamente A ha "causato"la morte di B. Anzi nessuno si costinerebbe a dire che addirittura A abbia "ucciso" B. Ciò è così profondamente fondato,in noi che alcuni credono di dover qui ammettere la qualità di autore immediato, ciò che naturalmente è falso. Riconoscendo giustamente che la qualità di autore mediato, come qui si presenta, è vera qualità di autore la quale infatti ricade anche

sotto il vigente codice si è falsamente indotti ad ascriverla alla qualità di autore immediato come se soltanto questa fosse vera qualità di autore e la mediata semplicemente una finzione. Nel suddetto esempio l'uccidere propriamente detto avviene soltanto attraverso l'atto di bere praticato dallo stesso B. Si tratta quindi di qualità di autore mediato di A rimanendo il B la vittima essendo strumento. Eduard Kern G.S. 92 pag. 145 dice xxx a riguardo di questo caso: " A scelta qui si può ammettere qualità di autore mediato od immedia_ "to." Ma secondo la mia opinione qui si tratta di più; se si attribuisce questo caso alla qualità di autore immediato, sorge una discordanza come ne fa menzione il Wegner nel trattato di Aschrott e Kohlrausch, "Reform des Strafrechts" 1926 pag. 108. Se si ammette però,, come io lo xxxxxx ritengo giusto, la qualità di autore mediato considerando il B come strumento, non si può essere tentati a considerare nel caso addotto da Wegner B come solo complice; poichè A e B causano ambedue in egual modo xx C a bere il veleno e sono quindi coautori.

Da questi piccoli spunti si allargò sempre più il concetto dello autore mediato. Forse sarebbe più giusto dire che non la qualità di autore mediato per sè stessa è un mezzo ausiliare ma solo la sua amplificazione, la sua estensione oltre ai casi di questo genere che sono chiari.

(21) Si deve dare la preferenza alla definizione dell'autore dataci da Lammasch " Grundriss des Österreicschen Strafrechts " III ediz. 1906 pag. 37: "Autore è colui che fa ciò che la legge considera come essenza caratteristica del corrispondente reato; il cui fatto ricade immediatamente sotto la definizione del corrispondente concetto di delitto"

Pag. 21

Parte Quinta

Sono così alla più importante questione preliminare: chi è l'autore? Qui zoppicano quasi tutte le trattazioni scientifiche che si sono occupate dell'autore mediato.

La posizione di un concetto generale d'autore come la tenta per es: il Flegenheimer - per parlare di uno solo fra innumeri esempi che si avvicina molto al vero - è una cosa inutile. Lo stesso Cod. Pen. come già si è detto non pone un concetto generale d'autore. Tentare di ottenerlo attraverso il § 47 come vogliono farlo alcuni è, prescindendo da altre ragioni, che contrastano, sbagliato già per il fatto che, come Gierlisch dimostra (pag. 9) l'espressione "eseguire" non contiene niente di concreto poichè in determinate circostanze può essere sinonimo di "prestare aiuto". Dobbiamo dedurre quindi dai singoli Tatbestände dei reati nella parte speciale del cod. pen. chi nei singoli casi è autore. Non consegue però da questo fatto che anche la scienza non debba stabilire alcun concetto generale di autore. Però non si può stabilire un siffatto concetto di autore come un dogma generale e dedurne tutte le altre conseguenze, come tenta di fare il Flegenheimer. Siccome un tale concetto d'autore stabilito dalla scienza rimane al di fuori del cod?pen. richiede per la pratica applicabilità innanzitutto la prova della sua giustezza;

Pag. 22

questa prova si può fare soltanto dopo che si sono paragonati tutti i singoli casi della parte speciale del cod. con il concetto che si vuole stabilire e se ne è vista la concordanza. Se questa concordanza anche una sol volta manca, sia pure soltanto in relazione all'autore mediato, la prova è fallita e con ciò cade tutto intero il proposto concetto di autore. In base a queste osservazioni è forse più semplice rinunciare alla stabilire un

concetto generale di autore e intraprendere subito l'esame e l'indagine sui singoli reati.

Tuttavia la scienza si è veduta autorizzata a trovare un generale concetto d'autore. Gierlisch (pag. 3 e segg.) enumera non meno di cinque fondamentali gruppi di teorie le quali tutte mirano alla stessa meta. Tutte queste teorie concordano nel ritenere che autore sia quegli che "cagiona" che "ha posto una causa". E così disconoscono tutti insieme il dettato della legge vigente che richiede per la qualità di autore non soltanto un causare ma un determinato "fare". Anche nei rari casi in cui la legge si contenta espressamente con un "causare" per la qualità di autore (per es: § 222 e 230) ciò non significa lo stesso come "porre una condizione". Chi colposamente lascia in vicinanza di uno che vuol suicidarsi una fune (!) e causa così se quello si impicca la sua morte - poichè senza dubbio egli ne pone una condizione - non può essere punito secondo il § 222. Se già in tali casi la espressione legale "causare" dev'essere interpretata più strettamente come lo fa la dottrina dominante, ancora con minor ragione si deve contentarsi col "porre una condizione" laddove la legge stessa evita la espressione già ristretta "causare" poichè è troppo ampia e parla di un determinato "fare"!

Pag. 23

Le suddette teorie si basano senza considerare questo fatto sul falso proposto che ognuno che ha posto una condizione ad un evento - l'unica limitazione è costituita aggiungendo la parola "colpevolmente" (schuldhafterweise) - sia o autore o istigatore o complice. Non si tenta nemmeno di darne una prova. Pienamente giustificato dice difronte a questo il Binding ("G.S. 71" pag. 7) che il cod? non infligge una pena ad ogni causatore di un evento (per es:"al causatore" = Urheber) ma solamente all'autore, allo

istigatore e al complice.

Gierlich (pag.12) perviene in seguito alla sua teoria al risultato che de lege lata ogni causatore non è da trattare quale autore solo per il fatto poichè "l'ordinamento giuridico ha vietato di riguardare la causalità indubbiamente esistente(ponendo l'art: 48 e 49) ". Egli respinge giustamente il principio della interruzione del nesso causale.

Pag. 24

Allo stesso risultato perviene Winter (pag.11) "autore è chi colpevolmente pone una condizione antigiuridica per l'evento di un'azione conforme al Tatbestand. Inoltre debbono verificarsi nei casi determinati dalla legge anche le condizioni di punibilità (Strafbarkeitsbedingungen) ".

Poi egli prosegue scartando il principio dell'interruzione del nesso causale come superato: " Il legislatore attraverso la costituzione della dottrina della compartecipazione ci costringe a porre una limitazione a questo principio. L'istigatore e il complice hanno ambedue posto una condizione per l'evento delittuoso, condizione che comprende tutti i requisiti del reato; però il legislatore ci vieta di parlare nei casi previsti dai §§ 48 e 49, di qualità di autore ".

Se questo in verità fosse dovrebbero essere trattati nel diritto vigente sia l'istigatore colposo sia il complice colposo come autori perchè essi non soggiacciono alle norme "limitative" dei §§ 48 e 49! Ma chi dà, mi domando, a questi autori il diritto di porre appunto nella scienza giuridico-penale dove vale come cardine fondamentale il principio "Nulla poena sine lege"

Pag. 25

un concetto d'autore così divergente dall'uso comune della lingua senza ragione diverso? Chi dice a due assassini i quali hanno in animo di salire

re mediante una scala attraverso una finestra, che la porta della casa è aperta e che essi possono così più comodamente entrare nell'abitazione e compirvi l'omicidio come può quest'uomo che secondo l'uso comune della lingua non xxx ha affatto "assassinato" ora ad un tratto se il cod. non contenesse il § 49, visto attraverso gli occhiali della scienza penale, aver commesso l'omicidio, aver ucciso un uomo? Ciò richiederebbe almeno una speciale norma legale e questa manca indiscutibilmente de lege lata.

Tutte le teorie sulla causalità - la parola "causa" già ciò mostra - possono soltanto aiutarci a trovare il causatore. Ma xxx da quando causatore ed autore sono la stessa cosa? Permette la mania percepibile in tutta la scienza del diritto e che ha qualcosa di febbrile, mirando alla costituzione di quanti più può concetti strettamente definiti, in verità, che si possaxx originare una tale antigiuridica equiparazione di due diversi concetti e con ciò una falsificazione della legge penale?

Questo rimprovero non è rimosso xxxxxxxxx neanche dalla xx affermazione che già prima della nascita del cod.pen. del 1871 la scienza del diritto si occupava di teorie sulla causalità

Pag. 28

(sia pure in limiti modesti) e che quindi sarebbe stato compito del legislatore di escludere questo uso a lui noto e col quale doveva contare dopo l'entrata in vigore del cod.pen., mediante una norma espressa al riguardo.

A ciò si contrappone che si parlava prima sempre non di autore ma di un causatore (Urheber), quindi Verursacher non nel senso di Binding (Binding G.S. 78 pag.11) come lo si legge nel Corpus Juris Canonici, nelle fonti giuridiche del Medio Evo e nella dottrina del diritto comune e corrispondentemente nei più antichi trattati, mentre nel cod.pen. del 15/5/71 il causatore come tale è perfettamente sparito.

Pag. 27

Se pure la espressione latina "auctor" si è potuta salvare fin nei tempi più recenti esso tuttavia non forma altro che uno di quei superflui ed estranei accessorii che portano solamente alla confusione.

Chi determina un pazzo X a sottrarre una cosa altrui e ad appropriarsene per sè X, causa indubbiamente - secondo qualsiasi teoria sulla causalità - un furto e tuttavia egli secondo il diritto di gente non è autore del furto nè mediato nè immediato. Nemmeno quello che determina un incapace di intendere a rimanere, contro l'ordine della polizia, oltre l'ora fissata dall'autorità in una trattoria può essere punito come autore secondo il § 365 nonostante che egli indubbiamente abbia cagionato l'"evento" (!) di questo paragrafo.

Se noi nell'uso comune della lingua non possiamo chiamare "autore" una persona, se essa quindi non ha fatto ciò che la legge richiede nei singoli paragrafi ci manca ogni fondamento giuridico per poterlo chiamare penalmente autore. Anche se le conseguenze fossero strane, la scienza giuridica non può nè deve mutare alcunchè, come per es: essa non può limitare autonomamente i §§ 48 e 49, ammettendo l'istigazione e la complicità solo per i delitti dolosi. Tali eccessi della scienza che dovrebbe soltanto interpretare il diritto vigente e riunire future esperienze e proposte, meritano di essere assolutamente respinte se non si vuole arrivare ad una seconda antigiuridica e funesta equazione: scienza giuridica = legislazione!

Da quanto si è detto si evince la manchevolezza di quei lavori sulla qualità di autore mediato, i quali si sono ~~accontentati~~ limitati a voler dimostrare nella introduzione una qualsiasi teoria sulla causalità per poi trarne la conseguenza che uno, di cui avevano scoperto che era causatore,

Pag. 28

fosse naturalmente anche autore. Siccome secondo il diritto vigente per rendere possibile la punizione l'autore mediato non dev'essere caratterizzato solo come causatore ma anche come autore, la loro deduzione è naturalmente errata.

Forse non possiamo fare a meno di una teoria della causalità. Ma - e questo è stato finora trascurato quasi senza eccezioni nella letteratura - questa teoria non ci dà la risposta alla domanda: " Chi è autore? ", bensì soltanto all'altra: " Quali persone possono esclusivamente in questione quali autori? ". Se e quali di queste persone così trovate sia veramente autore non può essere deciso in base ad alcuna teoria sulla causalità.

Pag. 31

Parte Sesta

E' forse bene dedicare a questo riguardo alcune parole alla comparte_ cipazione in generale.

Sono da respingere sin dall'inizio tutte le specie della teoria sogget_ tiva della compartecipazione. Non importa ciò che uno ha voluto fare, ma ciò che ha fatto. Se ~~xxx~~ alcuno voleva essere autore ed ha intrapreso sol tanto un'azione da complice, egli non è autore anche se lo voleva essere. Chiv voleva uccidere un altro e però lo ferì soltanto non va punito per omicidio compiuto anche se la mala riuscita del suo piano ~~ene~~ da attri_ buire ad una combinazione. Già per questa ragione potrebbe portare la teo_ ria soggettiva solo a ciò che chi ha commessa un'azione da complice con dolo di autore, può al massimo essere punito per tentata qualità di autore.

Spesso si è detto difrinte a questo che molte volte il delinquente peri_ coloso si tiene nascosto dietro le quinte, prendendo su disè solo un'azione secondaria, ma è tuttavia l'anima dell'intero misfatto. Questo è indiscuti_ bile. Ma come noi non possiamo punire nuovamente per rapina (§ 250 n. 5) colui che, punito una volta per rapina, ~~xxxxxxx~~ e perciò in avvenire non commette più una rapina ma solo ancora un semplice furto- poichè ~~lui~~ egli sola_ mente vuole arricchirsi - allo scopo di non esporsi più alla pena più gra_ ve comminata per la rapina; ma lo possiamo soltanto punire per il furto

pg. 32 (§ 244) così anche non possiamo punire una persona, che una volta fu pu_ hita ~~xxxxxxx causa~~ del delitto d'incendio e che ora si ~~xxxxx~~ tiene sem_ pre in disparte e non fa altro che prestare complicità al delitto d'incen_ dio, Herbe in qualità di autore: ~~xxx~~ essa è solamente complice. Tuttavia la si potrà punire, se è veramente l'anima dell'intero delitto, nella maggior parte dei casi, come istigatore e non ci saranno maggiori difficoltà per la prova che non qualora si dovesse provare il suo "animus auctoris".

Una nuova teoria soggettiva della compartecipazione, che qui adduciamo per la sua particolarità, ha sviluppato recentemente Oscar Adolf Germann (Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches " in Straf. Abh. 207 - 1923). Egli ha dichiarato che il complice ~~abbia un~~ ha solo un dolo di pericolo. Contro questa teoria si adducono, oltre le obbiezioni soprasesposte, anche le seguenti.

O secondo l'opinione di Germann il dolo di pericolo è la stessa cosa che il dolo eventuale, ciò che Germann a pag. 38 del suo scritto sembra negare del tutto (basandosi sulla formula di Frank rispetto al dolo eventuale). In caso affermativo non sarebbe possibile una distinzione tra il complice e l'autore che agisse solo con dolo eventuale.

Pag. 33

O se Germann respinge questa equiparazione per tutti i casi, come si possono distinguere l'autore e il complice se si tratta di uno dei quei ~~suoi~~ delitti di pericolo, enumerati a pag. 39 del suo scritto, in cui anche l'autore non deve aver altro che un dolo di pericolo? Come, del resto, Germann usa per la prova più volte una presunta "speranza" del complice che ~~cioè~~ l'autore non eseguirà il fatto, per me non è comprensibile. Attribuire per esempio a colui che aiuta un ladro mantenendo la scala che quegli usa, una tale speranza, è quasi incredibile. Così contorti sono anche i suoi esempi in cui il complice "prega" l'autore di desistere dal suo piano. Questi non sono casi che accadono regolarmente e perciò non sono adatti per provare la sua teoria.

Curiosamente pare che Germann ~~pare egli~~ stesso non voglia applicare questa sua delimitazione ~~per~~ al progetto svizzero del 23 luglio 1918; ma tuttavia ricorre ad essa nuovamente discutendo la questione del come alcuno debba essere punito, secondo il progetto svizzero, nel caso che egli abbia prestato assi-

stenza coscientemente ad un incapace d'intendere. La risposta relativa è molto facile riguardando l'art. 24; questa via giusta però Germann, ~~per~~ a quanto pare, non la vede perchè s'impiglia nuovamente nella sua teoria.

Pag? 34

Il Germann trae la seguente conseguenza finale: " Compartecipe (istigatore o complice) può essere soltanto chi crede che l'autore abbia un dolus di delitto (delikt verlatz) per il quale è responsabile. Se questo non è, ~~il caso~~ abbiamo qualità di autore mediato che soggiace alla pena per il delitto doloso, però soltanto se esisteva un dolo di violazione. Avviene l'assistenza dell'autore (di cui si crede che egli sia incapace d'intendere o che agisca colposamente) con dolo di pericolo è da ammettere qualità di autore mediato coscientemente colposa. "

Con ciò è negata di certo la possibilità di una istigazione a reato colposa; senza eccezioni. Ma tuttavia chi mai si è occupato seriamente di trovare un requisito saldo per la delimitazione della qualità di autore mediante trovandosi sempre di nuovo davanti ad altri ostacoli deve trovare in questa affermazione di Germann un motivo di vivissima gioia. Però se anche la sua esposizione sembra ragionevole e chiara essa non è però sostenibile.

~~Xxx~~ Abzitutto lo stesso Germann diventa infedele alla sua delimitazione quando caratterizza la ~~xxxxxxxxx~~ determinazione e assistenza colposa ad un reato dolosamente commesso quale "qualità di autore mediato colposa"; qui poichè è benissimo possibile che il determinatore o ausiliatore colposo presuppone nell'autore immediato un dolus per cui questi è responsabile, dolus che in realtà esiste qui.

Oltrecciò ~~xxx~~ si contrappone appunto nel progetto svizzero alla delimitazione del Germann il seguente fatto: fra i "requisiti personali" dell'art. 24 che escludono la punibilità, rientrano in prima linea anche

Pag. 35

la incapacità d'intendere. Ciò confessa lo stesso Germann espressamente. In

un caso d'incapacità d'intendere dell'autore è il complice secondo l'art.24 tuttavia punibile e cioè in qualità di complice. Manca ogni base legale e pure ogni necessità di fare di questo complice in alcun caso un autore mediato. Un tale procedimento sottrarrebbe in modo antilegale questo complice alla mitigazione facoltativa della pena prevista nell'art. 23, poichè solo il complice non però l'autore (mediato),può essere punito più lievemente ed una sia pur condizionata equiparazione dell'autore mediato al complice è una contraddizione in sè stessa senon si vuole che la qualità di autore mediato debba diventare una pura finzione che come tale non ha alcun diritto di esistere. Qui esercita pericolosamente la sua azione la sopravalutazione data da Germann alla sistematica. Nella legge stessa non si trova la minima ragione al riguardo che si debbano limitare gli artt. 23 e 24 a quei casi in cui il complice della esistenza per es. di una ragione di esclusione della pena nell'autore non ebbe conoscenza e che negli altri casi si debba far ricorso all'autore mediato.

Pag. 36

E' molto audace e porta a conseguenze non prevedibili di dare alla pura sistematica un tale potere di limitazione della legge. Piuttosto sarebbe possibile affermare che l'art. 25 comprenda e regoli definitivamente la qualità di autore mediato. La mancanza dell'espressione "qualità di autore mediato" si potrebbe spiegare benissimo in base alle frequenti obbiezioni che ha subito questa espressione nella letteratura. E così si direbbe che il legislatore voleva riconoscere l'autore mediato soltanto nel caso dell'art. 25.

Pag. 37

Parte Settima

Per quanto riguarda le teorie oggettive della compartecipazione è da respingere la cosidetta teoria "materialmente oggettiva" (Birkmeyer), che si basa sulla differenza tra causa e condizione. Non voglio ~~xxxxxxxxx~~ ~~xx~~ prendere posizione circa la questione se una tale differenza esista poichè ciò è senza importanza; la legge non dice mai che l'autore debba porre in essere una causa ed il complice una condizione.

Secondo me è giusta cum grano salis la cosidetta teoria della compartecipazione "formalmente oggettiva": l'autore pone in essere una azione conforme alla fattispecie astratta del reato; il complice invece un'azione che non ha questa conformità. Le obbiezioni che Kohler ("Studien aus dem Strafrecht" - Vol. I - 1890 - pag. 95,96) adduce in contrario sono, per quanto riguarda il furto, perchè per il furto

Pag. 38

vale una regola speciale dato che per esso la legge richiede nell'autore una vera e propria intenzione di appropriarsi della cosa. Del resto le sue obbiezioni non sono assolutamente da respingere.

Anche gli altri rimproveri, mossi per es: da ~~xxx~~ Perten si rivolgono soltanto alla mancanza ~~di~~ ~~un~~ fondamento che provi la giustezza di questa teoria. Una tal prova non è certo fino ad oggi ancora conseguita; ma di essa non c'è bisogno per provare che soltanto essa corrisponde al vigente diritto. Solo quando si tratta di stabilire se si debba prendere questa teoria anche per base di un futuro ~~di~~ codice, tale prova acquista una certa importanza.

Anche il progetto ufficiale del 1925 si fonda su questa teoria; quindi poteva rinunziare non solo ad una particolare determinazione del concetto di autore ma anche ad una determinazione del concetto di coautore, perchè

quest'ultimo come l'autore (non però in qualità di autore unico) deve essere sussumibile sotto la fattispecie legale. Alla affermazione di Schreiber (pag. 42,43) si può dare un valore generale:

Pag. 39

" Una persona che non può essere unico autore immediato, non può neanche " essere coautore tranne che sia capace di realizzare in una qualsiasi " parte l'azione di esecuzione ". Alla opinione di Schreiber va però aggiunto che non solo dove la legge richiede nell'autore una particolare qualità o un rapporto determinato (qualità di pubblico ufficiale; rapporto di parentela), ma anche laddove essa richiede soltanto, per es., una particolare intenzione nell'autore (intenzione di appropriarsi della

Pag. 40

cosa nel furto o nella rapina) questa deve essere presente in tutti coloro che devono figurare quali autori o coautori; altrimenti essi sono soltanto dei complici anche allorquando commettono un'azione conforme alla fattispecie legale (per es. la violenza nella rapina). Questo completamento è certamente necessario alla teoria formalmente oggettiva della compartecipazione. Nel vigente diritto si può forse fare a meno di questo completamento poichè l'esistenza del § 47 nella sua conformazione del tutto indeterminata e comprensiva ci permette talvolta di considerare coautore anche l'individuo che ha preso parte al reato senza una propria intenzione di appropriazione.

Il § 47 nel vigente diritto non sarebbe propriamente indispensabile tanto più che non contiene una definizione del coautore (invero la parola "eseguire" come già più volte si è detto non dice niente di particolare), ma solo la punizione per esso. Il senso dell'art. 47 è a mio modo di vedere fondamentalmente questo: "Il coautore non dev'essere punito come complice - il che sarebbe possibile poichè nessuno può negare che un coautore "presti

ausilio" all'altro compartecipe (§ 49) -,

Pag. 41

bensì quale autore. " Chi però sia coautore non risulta dal § 47! Anche se con grandi fatiche si potesse costruire una in un certo qual modo salda contrapposizione tra il "prestare aiuto" e l'"eseguire", questa nostra costruzione potrebbe reggersi difronte alla nostra concezione soltanto finche non aggiungiamo al concetto di "eseguire" la parola "collettivamente" (che è contenuta nel § 47) ; questa parola"collettivamente" toglie via senz'altro nel nostro pensiero tutto ciò che sarebbe potuto valere come contrapposto a "prestare aiuto".

Quindi anche alla questione se sia possibile una qualità di coautore colposa, bisogna rispondere senz'altro affermativamente. La si può anche a piacere chiamare " qualità di autore secondaria "

Pag. 42

(Nebentäterschaft) dato che il § 47 non prescrive alcuna denominazione unica . Se il § 47 ci rende possibile, come si è già detto, di punire nel vigente diritto, e ciò per la sua dizione indeterminata, anche quello che ha agito senza una propria intenzione di appropriarsi della cosa, quale coautore nella rapina; d'altra parte il progetto ufficiale del 1925 amplifica a sua volta le fattispecie del furto e della rapina (§ 296 e 305) in tal misura che ad esso non è richiesta più nell'autore una propria intenzione di arricchimento ma è sufficiente anche l'intenzione di arricchire unaltro.

Io però non avrei da obbiettare secondo il progetto del 1925 caso mai contenesse invece del suo § 255 il § 176 n.1 del vigente cod.pen.§ contro la punizione inqualità di complice di colui che (come nel caso citato da Kohler) trattiene con violenza una donna affinchè un altro commetta su di essa un'azione di violenza. Invero egli ha commesso un'azione conforme al-

la fattispecie (violenza) ma tuttavia con questa egli ha soltanto prestato aiuto al vero autore: chiamarlo quindi autore (e corrispondentemente coautore) in base al § 376 n.1, lo ritengo errato. In base al chiaro dettato del § 255 del progetto del 1925 egli è invece in tutti i casi sempre coautore. Non può restare incontrastata in questo luogo l'opinione di Birkmeyer (Birkmeyer: "Die Lehre von der Teilnahme" - Pag. 148) che cioè anche la qualità di coautore sia pienamente accessoria. Birkmeyer sembra ritenere falsamente che ciò dovrebbe dedursi già dal fatto che la qualità di coautore è trattata insieme con l'istigazione e la complicità sotto il titolo della compartecipazione.

Pag. 43

E' però inconcepibile una compartecipazione pienamente indipendente (compresa anche la qualità di coautore); non si può semplicemente "partecipare" ma soltanto "partecipare a qualcosa"; ma ciò non è affatto quello che penalmente vien chiamato "accessorietà" ma questa consta piuttosto delle tre parti sopra elencate o almeno di una di esse (confr. pag. 2). Che in questo significato penalistico l'istigazione e la complicità siano accessorie, non deriva dal titolo della compartecipazione ma dal dettato dei §§ 48 e 49 e in particolare dal loro secondo capoverso. Un corrispondente dettato ed un secondo capoverso manca però in relazione alla qualità di coautore.

Pag. 44

Già per queste ragioni l'affermazione della accessorietà della qualità di coautore svanisce. Del resto il § 47 dice che ogni coautore è punito "come autore" (non "come un autore"!). Se si volesse quindi ritenere la qualità di coautore come accessoria, si dovrebbe ritenere anche la stessa qualità di autore come accessoria, ciò che significherebbe il non plus ultra del non senso!

Secondo ciò che s'è detto si potrebbe forse sospettare che la qualità di autore mediato sia incompatibile con la legge perchè per es: non mai colui che determina un pazzo ad uccidere, ha egli stesso ucciso, ma ciò ha fatto il pazzo. Ma non è così. Anche qui rimando anzitutto alle eccellenti argomentazioni di Beling (" Grundzüge " - Pag. 30). Si può cioè senz'altro dire che A abbia (mediante uno strumento) ucciso C e si può mantenere questo modo di esprimersi anche se lo strumento è un uomo vivente. Lo "strumento" appare in questi casi soltanto come la longa manus del determinatore. Dal determinatore attraverso la persona dell'esecutore conduce una retta linea al fatto. Se anche l'esecutore agisce molto autonomamente e secondo la sua propria volontà (egli stesso dunque autore in senso penale)

Pag. 45

il suo agire è però sempre la conseguenza, la continuazione della linea iniziata dal determinatore e partente da lui.

Perciò è anche facilmente spiegabile che la semplice complicità può essere solo raramente chiamata qualità di autore mediato, poichè il complice quasi sempre sta su di una linea secondaria la quale non parte da luu direttamente e va attraverso l'esecutore, ma conduce o immediatamente al fatto (diventando il complice stesso attivo con le sue proprie mani) o va attraverso l'esecutore ma non rappresenta la linea fondamentale bensì semplicemente una delle sue linee secondarie. In questo ultimo caso essa si riunisce nella persona dell'esecutore alla linea generale da questi partente, la quale quindi non rappresenta una continuazione della linea secondaria. Così in generale. Ora vi sono casi però in cui l'autore viene determinato mediante un consiglio od un'azione a com-

mettere il fatto. Questa specie di complicità la quale come si vede mostra grande affinità con l'istigazione e forse in taluni casi non è altro che una velata istigazione, può certamente diventare qualità di autore mediato. In generale però ciò è escluso nella compartecipazione.

Pag. 46

Parte Ottava

Le precedenti argomentazioni ci costringono a prender posizione sulla questione dello strumento doloso.

Qui non possono esser d'accordo con l'opinione di Beling. Questi si contrappone giustamente (Beling in Zeit. 28 - pag. 601-602) alla opinione di coloro che equiparano il causatore all'autore e siccome rilevano il non senso della teoria dell'interruzione del nesso causale vorrebbero punire come autore anche ogni istigatore ed ogni complice qualora non esistessero i §§ 48 e 49. Respingendo questa esagerata opinione, Beling però cade nell'estremo pppposto: egli afferma che nessun istigatore sia autore! Secondo lui non c'è alcun istigatore che noi possiamo chiamare, nel linguaggio comune, autore; l'istigatore difronte all'autore è alcunchè di completamente nuovo.

Ciò è pure sbagliato. Non si può stabilire un requisito generale in base al quale si sappia quando l'istigatore è autore nel comune uso della lingua e quando no, poichè ne nella legge vigente nè nell'uso comune della lingua si può introdurre l'opinione di Binding ma si deve solamente vedere se nel singolo caso l'istigatore si può ricondurre quale autore sotto la fattispecie legale, se si può dire di lui che abbia ucciso ecc. Il concetto di istigatore è, difronte a quello di autore, solo in un certo ambito alcunchè di nuovo; una prova infallibile, se anche recente, ce la offre al riguardo la legge sultribunale dei giovani del 16 febbr. 1923 nel suo § 4, a cui Beling (Grundzüge - pag. 80) vuol negare, ma invano, la validità;

Pag. 47

questo paragrafo comprende un caso fino a oggi annoverato, secondo la comune opinione, fra quelli dell'autore (mediato), sotto la istigazione; ciò sarebbe invero impossibile se la istigazione difronte alla qualità di autore rappresentasse un chè di pienamente nuovo.

Beling afferma quindi che, quando l'esecutore è pienamente responsabile dal punto di vista penale, il determinatore secondo l'uso comune della lingua non si può più chiamare autore. E questo non è vero. Beling confonde due concetti che invece devono essere tenuti strettamente distinti: la responsabilità morale agli occhi del mondo, nei sentimenti comuni del popolo, e la responsabilità penale. Si pensi, a mò d'esempio, ai misfatti di un Cesare Borgia. Se egli ha dato mandato ai suoi sicari di toglier di mezzo questo o quello incomodo concorrente, noi diciamo senz'altro che Borgia ha tolto di mezzo un suo rivale, che lo ha ucciso.

Pag. 48

Un altro esempio. Ammettiamo che una monaca - mi si perdoni il modo di esprimermi forse ~~xxxxxx~~ poco riguardoso - si sia innamorata di un parroco che sia quasi ossessionata da mania religiosa, però in tal modo che la sua capacità d'intendere non sia perciò esclusa ma soltanto diminuita. Ora se il parroco pienamente consapevole di questa circostanza le comanda di eseguire un omicidio e la suora ciò fa perchè venera il parroco come un santo e non conosce altro di più sublime che seguire le sue parole e i suoi comandi, nessun uomo rifiuterà di ~~xxxx~~ nominare questa suora strumento del parroco. Ammettiamo che pure la legge vigente conoscesse una "diminuita capacità d'intendere" come ragione ~~xxx~~ di mitigazione della pena; allora quest'ultima rientrerebbe fra le qualità personali del § 50, e quindi: la suora, secondo il vigente diritto, sarebbe in ogni caso autrice, e il

parroco sarebbe da punire quale istigatore, sebbene senza dubbio andrebbe meglio per lui la qualità di autore mediato. Prima di continuare voglio fare brevemente menzione di alcuni scrittori che caratterizzano l'istigazione e la qualità d'autore mediato come due cose poco differenti o addirittura uguali:

Pag. 49

Nagler (Die Teilnahme am Sonderverbrechen ,Leipzig 1903 pg. 142-147) il quale considera anche un istigato responsabile come"mezzo" nel linguaggio usuale;

Binding (G.S. 71 - pg. 1 e segg.) che vuol tohgliere addirittura l'istigatore dal diritto vigente e dividere la materia in causatori e autori mediati;

Kohler (Studien aus dem Strafrecht - 1890 - Vol.I - pg. 106 e segg.) il quale ritiene l'istigazione come una specie della qualità di autore mediato;

lo stesso (Leitfaden des Strafrecht - 1912 - pg. 36) in cui con una fina distinzione caratterizza la qualità di coautore come una specie di qualità di autore mediato in cui si coopera personalmente;

Ibach (Die Anstiftung in Straf. Abh. - Fasc. 148 - Breslavia 1912 - pg.46 e segg. e 67 - nota 3) basandosi su Bierling;

Schwalbach (G.S. 31 - pg. 614) il quale ammette la qualità di autore mediato in concorso ideale laddove l'istigazione avviene per una azione punibile che l'istigatore può compiere ancheegli stesso;

Huther (in Zeit. 17 - pg. 245) che trae da un sentimento giusto una falsa deduzione: " Se nella persona dell'istigatore sono compiuti tutti i requisiti del fatto al quale ha istigato non si può comprendere perchè non è punito quale autore.Ma siccome la pena è uguale si può anche disciplinarlo secondo l'art. 48;

von Lilienthal (WD. AT. 5 - pg. 36 e segg.) il quale già de lege lata vuole trasformare l'incapacità d'intendere da ragione di esclusione della colpevolezza in semplice ragione di esclusione della pena, come ha fatto il progetto preliminare del 1909;

Pag. 50

Hermes (" Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen " - 1878 - pg. 26 e 43-44) che caratterizza la qualità di autore mediato quale istigazione impropria;

Klee (GA. 67 - pg. 106 - nota 40 b) che dice che l'esecutore non soltanto nel caso della qualità di autore mediato propriamente detta ma anche in determinate circostanze nei casi d'istigazione cessi dall'imprimere al fatto l'impronta della sua personalità;

Petri (pg. 56): " L'istigazione è uguale alla qualità di autore mediato ma nel diritto positivo non si tratta mai di autore mediato se abbiamo la istigazione. Se l'istigazione nel singolo caso è esclusa, è presente la qualità di autore mediato ";

Röhricht ("Die rechtliche Natur der Anstiftung " - straf. Abh. - Fascic.163 1913 - pag. 38 e segg.);

Schreiber (pag. 63) che ritiene insostenibile la distinzione tra istigazione e qualità di autore mediato;

Pag. 51

In tutte queste opinioni c'è qualcosa di vero. Anzitutto si domanderà il profano: " Se noi in questi casi (Borgia, monaca) possiamo dunque dire che Borgia abbia ucciso, che il parroco abbia ucciso, perchè ora non li possiamo secondo il diritto positivo punire come autori mediati malgrado il § 48? Perchè dobbiamo trattarli veramente come istigatori? "

Questo è l'unico vero problema di tutta la questione, ma lo si può ri_

solvere secondo me con piena soddisfazione.

Già da lungo tempo l'uno o l'altro di noi avrà pensato segretamente che l'uso comune della lingua sul quale finora mi sono basato sia qualcosa di troppo indefinito e infido e che non si può soltanto da esso dedurre chi sia l'autore. Quest'obbiezione ha una certa ragione. In verità abbiamo bisogno di un correttivo. Se noi chiamamo comunemente autore una persona e un'altra suo strumento è sicuro che lo facciamo soltanto perchè sentiamo che lo strumento è meno colpevole e moralmente meno responsabile di colui che noi chiamiamo autore, cioè il determinatore; poichè altrimenti ci dispiace di chiamare quello che agisce immediatamente strumento del determinatore. Appunto il caso di Cesare Borgia ce lo dimostra chiaramente; il sentimento del popolo vede in Borgia quello che moralmente è in prima linea responsabile poichè gli attribuisce una più profonda colpevolezza che non al bravo da lui assoldato; poichè questi vive, per così dire, dagli incarichi del suo signore e forse gli si attribuisce ad onore la sua fedeltà nella esecuzione puntuale dei suoi mandati. Così appare al popolo meno punibile del Borgia e così si può chiamare quest'ultimo autore nel senso comune della parola. Ciò è diverso nel diritto penale e qui interviene il correttivo. Il bravo e Borgia sono puniti in ugual misura. Ammettiamo pure per un momento che potessimo trattare Borgia anche penalmente come autore (mediato).

Pag. 52

In nessun caso eccetto che noi seguiamo servilmente la teoria soggettiva della compartecipazione, nel qual caso noi arriveremmo probabilmente ad un risultato simile alla sentenza dell' R.G. 31, pg. 80, possiamo evitare di punire il bravo pure come autore. Qui è posta la differenza: per il diritto penale è il bravo contrariamente al sentimento del popolo

ugualmente responsabile come Borgia. Quindi un contrasto tra la legge pe_ nale e l'opinione comune. E' chiaro che noi non ci possiamo sottrarre al_ la legge penale, che quindi dobbiamo punire ugualmente Borgia e il suo bra_ vo. Qui abbiamo trovata la ragione per cui nel diritto penale Cesare Bor_ gia non dev'essere considerato autore immediato ma istigatore. Se noi nel_ l'uso comune della lingua designamo strumento una persona solamente quan_ do ci appare moralmente meno responsabile e degna di pena che non il de_ terminatore, dobbiamo corrispondentemente anche nel diritto penale nomin nare strumento soltanto colui che secondo la legge penale è meno responsa_ bile del determinatore.

Pag. 53

Con ciò però la difficoltà non è del tutto rimossa. Dobbiamo ancora supe_ rare lo scoglio dell'art. 50 in cui il cod.pen. stesso per tutti i casi di minore responsabilità penale dell'esecutore nega la qualità di autore me_ diato.

Credo di aver mostrato che noi nell'uso comune della lingua possiamo caratterizzare Borgia come autore. Noi possiamo ma non lo dobbiamo! Abbia_ mo pure la possibilità qui di parlare pure nell'uso comune d'istigazione.

Pag. 54

Nello stesso modo non siamo costretti a parlare nel dir.pen. in tutti i casi di minore responsabilità dell'esecutore, di qualità di autore media_ to. Volevo soltanto dimostrare ch'è possibile e concordabile con la legge, ma non necessario, di parlare in questi casi di responsabilità pe_ nale dimin ita, corrispondentemente all'uso comune della lingua,di uno strumento. Da questa mancanza d'obbligo e dalla possibilità di trovare una diversa denominazione deriva pkre che gli enumerati scrittori negano una vera differenza tra l'istigazione e la qualità d'autore mediato ed è

appunto questa la ragione per cui il progetto ufficiale del 1925 riunisce sempre l'istigazione e la qualità di autore mediato quando è il caso, della qualità di autore mediato è quando anche nell'uso comune della lingua possiamo parlare d'istigazione, ma non inversamente. Dalla possibilità penale che ci permette di parlare di qualità di autore mediato non occorre far uso in quei casi in cui la legge xxxx mediante una norma speciale ci indica espressamente un'altra via: cioè nei casi del § 50 se il determinatore è più responsabile o l'esecutore lo è di meno in base ad una qualità personale o ad un rapporto personale. In siffatti casi abbiamo a nostra disposizione senz'altro due strade non appena possiamo nel comune uso della lingua chiamare l'esecutore uno strumento:

Pag. 55

o ammetteremo l'istigazione secondo il § 50 o la qualità di autore mediato. Esempio: Cesare Borgia assolda un bandito per un assassinio (xxx Totschal) cioè quello di suo padre Alessandro VI. Se il bandito eseguisce il fatto allora noi diciamo comunemente che Borgia sia un parricida, noi diremo cioè che egli ha ucciso suo padre. Secondo la legge penale noi lo possiamo benchè egli sia più altamente responsabile penalmente che non il bandito, anche qui punire solo come istigatore (e cioè secondo il § 215) mentre il bandito come autore (secondo il § 212). Dadove deriva questa incompatibilità?

Per chiarire il significato dell'intera questione dello strumento doloso ho scelto come primo esempio quello di Cesare Borgia poichè noi qui nell'uso comune della lingua non abbiamo alcuna difficoltà per caratterizzarlo appunto quale autore. Ma le circostanze speciali xxxxxxx di questo esempio dimostrano che noi solo in unpiccolo humero di casi possiamo xxxxx dire del vero istigatore che egli abbia commesso il fatto (per mezzo di uno

strumento vivente). Se un tale A istiga un tale B ad un assassinio nel comune uso della lingua non diremo senz'altra che A ha ucciso perchè ci sembra generale l'esecutore non meno responsabile del determinatore. Solamente in casi speciale come sono quelli del Borgia e della monaca notiamo uno spostamento della responsabilità morale.

Vediamo quindi che una norma speciale sull'istigazione, il § 48, è indispensabile nella legge sia perchè già nell'uso comune della lingua non possiamo denominare ogni istigatore autore; d'altra parte poichè in seguito all'uguale responsabilità penale dell'istigatore e dell'istigato è sempre esclusa penalmente la qualità di autore mediato. Fin quando però la qualità d'uutore mediato era ancora poco matura e lottava per il suo diritto di esistere, era necessaria inoltre ancora una disposizione come quella del § 50.

Pag. 56

Siccome questa norma esiste nella legge dobbiamo ancora anche ora che la qualità di autore mediato si è affermata, ogni qualvolta essa si trova in contrasto con il § 50 dar la precedenza a questa disposizione dalla legge espressamente stabilita sulle altre possibilità. Dobbiamo quindi anche nel secondo esempio sul Borgia malgrado la minore responsabilità penale dell'esecutore ammettere la istigazione anzichè la qualità di autore mediato.

Ne consegue: Possiamo parlare d'istigazione sia nell'uso comune della lingua sia nel linguaggio giuridico-penale allorquando i due compartecipi sono o ugualmente responsabili (questo di regola) o inegualmente.

Questa facoltà ha applicata recentemente la legge sul Tribunale dei

giovani fino all'estrema conseguenza. Secondo il § 4 di questa legge è da considerare il determinatore di minori e di quei giovani che non sono penalmente responsabili come istigatori .

Ugualmente una estensione in questo senso, però necessaria, è costituita per esempio dalla norma del § 247 terzo capoverso. Abbiamo qui un istigatore penale accanto ad un istigatore penalmente non responsabile; ma qui è assolutamente necessario ritenere il determinatore quale istigatore per rendere addirittura possibile la sua punizione; poichè come autore mediato già nell'uso comune della lingua non lo possiamo caratterizzare perchè gli manca la propria intenzione d'appropriazione.

Inoltre segue dal suddetto: Di una qualità di autore mediato (e con ciò di una natura di strumento dell'esecutore) possiamo parlare sia nell'uso comune della lingua sia nel dir.pen. soltanto quando l'esecutore - moralmente o penalmente - è meno responsabile del determinatore (o,che è lo stesso, il determinatore è maggiormente responsabile che non l'esecutore).

Pag. 57

Laddove la responsabilità morale e penale differiscono tra di loro naturalmente quella penale (come la legge penale nei confronti della comune opinione) ha la precedenza sulla prima.

Ammettiamo che - lo aggiungo allo scopo di una maggiore chiarezza - nell'esempio surriportato del Borgia, questi mediante un bandito faccia uccidere suo padre ma che il bravo sia stato senza propria colpa provocato dal papa e che Cesare Borgia subito dopo usufruendo di questa situazione l'abbia determinato all'omicidio: allora diventa da istigazione, una qualità di autore mediato. L'uso comune della lingua l'ammette senz'altro in tutti questi esempi del Borgia e penalmente ciò è pure possibile dopo che abbia-

mo vagliato un poco le circostanze del fatto; poichè la circostanza del § 213 non rientra tra le qualità e i rapporti personali previsti dal § 50 e quindi possiamo anche qui corrispondentemente alla maggiore responsabilità del Borgia, ammettere la qualità di autore mediato sicchè il bravo è punito come autore immediato in base al § 213, e Borgia invece come autore mediato in base al § 212 (o , se del caso, in base al § 211).

Con ciò abbiamo fatto conoscenza dellae circostanze che sono gli ostacoli penali i quali per la maggior parte agiscono correttivamente d'altra parte anche semplicemente trasformativamente sull'uso comune dellalingua.

Altri ostacoli contro la qualità di autore mediato

Pag. 58

possono aversi solo nel campo del comune uso della lingua (e fanno impossibili, s'intende, fino ad una diversa regolamentazione legale anche l'ammissione di una qualità di autore mediato nel dir.pen.). Che però tali ostacoli extra-penali non esistano nei casi della monaca nè di Cesare Borgia, che quindi l'ostacolo penale è l'unico che non ci permetta anche nel diritto positivo l'ammissione della qualità di autore mediato, credo di aver dimostrato sufficientemente.

Così abbiamo anche un correttivo per il fatto che non possiamo chiamare anche penalmente autore mediato ogni persona che nel linguaggio comune è come tale caratterizzata. D'altronde ci manca - poichè sarebbe un'amplificazione ingiustificato del dettato della legge - un correttivo ugualmente generale nel senso che noi possiamo chiamare penalmente autori mediati quelli che l'uso comune della lingua non chiama così (pe r es. in molti delitti di pura attività: se uno manda un pazzo attraverso un ponte). I progetti del 1913, del 1919 i quali menzionano e determinano la qualità di autore mediato in particolar modo, ce lo renderebbero possibile; ma nel diritto

vigente noi abbiamo solo in un caso del tutto speciale un tale correttivo, cioè in quello del § 47 del cod.pen.mil. . Siccome qui il superiore è unicamente responsabile e quindi risponde come autore (e naturalmente anche come autore mediato) egli può secondo questa norma speciale essere punito anche come autore mediato della attraversare un ponte, della violazione di domicilio, della contravvenzione prevista dal § 365, ecc., se xxxxx egli manda un inferiore attraverso un ponte, ecc.

Pag. 59

Così è anche giusta la sentenza della Corte Suprema Militare seconda la quale in questo caso un superiore può commettere un delitto in qualità di autore mediato, che immediatamente non avrebbe potuto commettere.

Anche i §§ 34 e 41 della Ordinanza sui Marinai del 2 giugno 1902 stabiliscono un assoluto dovere d'obbedienza . Ma qui manca una disposizione corrispondente al § 47 del Cod.Pen.Mil. Sicchè qui la questione è sospesa. Nel più dei casi il § 111 della stessa Ordinanza ci fornisce un surrogato sufficiente (come delictum sui generis).

Secondo tutte queste argomentazioni va già senz'altra affermata la possibilità di uno strumento doloso. Soltanto per amor di completezza voglio qui ancora ribattere alcune obbiezioni che sono state sollevate contro questo concetto.

Pag. 60

Anzitutto dev'esser detto che l'espressione stessa non è scelta molto felicemente poichè in taluni casi trae in errore. Se per es. A istiga B a commettere una falsificazione di documenti, avendo solo A la intenzione richiesta nel § 268 mentre il dolus di B non eccede oltre il § 267 ed egli non ha conoscenza della intenzione di trarre guadagno esistente in A, è secondo una giusta interpretazione

Pag. 61

A autore mediato del delitto previsto dal § 268 e B è il suo strumento do_ loso:(caso del cosidetto xxx strumento doloso privo di intenzione). Appare qui che quest'espressione non è del tutto buona: B è"doloso"solo come au_ tore secondo il § 267, non però come strumento è complice di A secondo il § 268! E' quindi falso se si vuol punire B semplicemente come complice di A secondo il § 268. Manca il requisito essenziale del § 49: egli abbia coscientemente prestato aiuto! Solo come autore secondo il § 267 egli ha agito dolosamente non però come complice secondo il § 268! Egli è quindi da punire come autore immediato doloso secondo l'art. 267 mentre A rimane punibile come autore mediato doloso secondo il § 268.

Propongo quindi di dire invece di "strumento doloso" meglio "strumento punibile". Quest'espressione comprende anzitutto tutti i casi dello stru_ mento doloso - eccezionefatta forse per i pochi casi, se addirittura tali possiamo concepirli, di una contravvenzione commessa con uno strumento do_ loso, presupposto che questo sia solamente complice (impunibile) - e com_ prende

Pag. 62

inoltre anche molti casi dello strumento colposo. Ma questa amplificazione secondo me non sarebbe dannosa alla sua utilità.

Riferendomi al su menzionato esempio non posso risparmiare ad alcuni par_ tigiani dello strumento doloso un rimprovero. Disgraziatamente ed in modo poco cauto alcuni hanno espressa l'affermazione che il cosiddetto strumento doloso debba essere sempre punito come complice dell'autore mediato ed han_ no dato con questa infondata generalizzazione che è soltanto la conse_ guenza della teoria oggettiva della compartecipazione, non però una conse_ guenza necessaria dello strumento doloso, ai suoi avversarii un'arma desi_

derata, come ce l'ha già dimostrato l'esempio riportato. Invero Beling giustamente si rivolge (Zeit. 28 pag. 189 e segg.) contro questa opinione sostenuta anche dal R.G. Egli dice giustamente che se A istiga B ad un doloso reato d'incendio avendo soltanto A l'intenzione secondo il § 307 n.2, mentre B non ne sa niente, B debba essere assolutamente punito come autore immediato in base al § 306 e - per le stesse ragioni che nel caso su menzionato della falsificazione di documenti - non ma come complice secondo il § 307 n.2! Solo che - il che il Beling però nega - il fatto che noi puniamo B come autore secondo il § 306 da parte sua non esclude che A vada punito come autore mediato secondo il § 307 n.2 !

Pag. 63

Se B non niente della intenzione speciale richiesta in A secondo il § 307 n.2 egli è solamente punibile come autore secondo il § 306; ma se ne aveva conoscenza senza però avere egli stesso quest'intenzione ricade su di lui la qualità di autore secondo il § 306 in concorso ideale con la complicità in base al § 307 n.2 .

Contro questo il Wachenfeld (Zeit. 40 - pg. 34) muove la seguente obbiezione: " Ci si dice: chi coscientemente si pone al servizio di un altro per realizzare gl'interessi di costui, ne è complice. Per quanto questo è giusto si perviene pure per questa strada a valutare due volte la stessa azione della persona mediata: una volta come azione dell'uomo dietro le quinte e la seconda volta come azione propria del complice. Che questo sia errato lo ha già dimostrato Beling in Zeit. 28 - pg. 592" .

Va qui anzitutto chiarito un malinteso: Beling contro l'affermazione di Wachenfeld non si è espresso nel senso che si usi l'azione della persona mediata come azione dell'uomo dietro le scene e contemporaneamente come azione propria del complice ma solo contro il fatto che si com-

prenda l'azione della persona mediata come qualità di autore della stessa secondo il § 306 e contemporaneamente come complicità di essa secondo il § 307 n.2 . Si tratta quindi di due obbiezioni perfettamente diverse che ambedue hanno bisogno di una speciale considerazione.

Anzitutto vediamo l'opinione di Beling. Per me è un enigma perchè ciò che lui contesta non è possibile. Secondo me qui si tratta di una simile situazione come quella nel tentativo qualificato dove ugualmente lo stesso fatto concreto può essere un delitto compiuto in concorso ideale con un altro reato tentato.Giustamente dice quindi Binding che lo stesso fatto può essere insieme qualità di autore e di complice.

Pag. 64

Si può aiutare un omicidio attraverso un reato compiuto di incendio. In questo caso stanno l'una accanto all'altra in concorso di reato la qualità di autore per l'incendio e quella di complice per l'assassinio. Ma anche in relazione ad un ~~xxxx~~ reato semplicemente qualificato, il reato semplice può costituire una complicità ~~xxx~~ soltanto non ~~xxx~~ in modo che autore e complice appartengano ambedue al reato qualificato e siano una stessa persona. Ma c'è di più: a ~~xx~~mettiamo che X abbia l'intenzione di commettere un omicidio e a questo scopo ipnotizzi Y con la di lui volontà e coscienza e gli faccia commettere l'omicidio in stato di ipnosi.X è autore mediato dell'omicidio; indubbiamente però riteniamo Y complice di esso. A maggior ragione possiamo ciò dire - e con ciò è contrastata anche l'affermazione di Wachenfeld - se la complicità non è prestata allo stesso delitto ma per il delitto qualificato. Lo stesso Beling si vede indotto ad un'ammissione molto ampia quando dice che nel caso in cui B non conosceva la speciale intenzione di A può essere considerato come strumento di A poichè a questo riguardo agiva ~~xxxx~~ incoscientemente.La

conseguenza però che Beling vuol riconnettere, che B sia strumento nel punto della realizzazione dell'intenzione e non in quello della commissione del fatto, è insostenibile; poichè la stessa esecuzione del fatto (secondo il § 306) è nel caso del § 307 n.2 il mezzo per la realizzazione dell'intenzione - sia che A compia quest'esecuzione con le proprie mani sia che la realizzi per mezzo di B - prescindendo poi del tutto dal fatto che per portare a compimento il reato previsto dal § 307 n.2, quest'intenzione non richiede alcuna realizzazione.

Per parte sua Wachenfeld, come abbiamo visto si oppone soltanto al fatto che la stessa azione della persona mezzo

Pag. 65

venga considerata quale azione (da autore) della persona dietro le scene e contemporaneamente come azione propria della persona usata quale mezzo (qualità di autore in un minore reato o complicità a quello della persona dietro le scene). Lo stesso è nella sentenza del R.G. E. 1 - pg.186: una stessa azione della persona-mezzo è attribuita ad essa come qualità colposa di autore e contemporaneamente alla personadietro le scene come qualità dolosa di autore, e tuttavia Wachenfeld approva questa sentenza e nota ancora espressamente: " La colposità nella persona-mezzo non impedisce la qualità di autore mediato ". Perchè dovrebbe essere possibile nel caso della colposità che una stessa azione a due persone sia attribuita come qualità di autore per l'una colposa e per l'altra dolosa; e non negli altri casi all'una come qualitàdi autore in base al § 267 e all'altra come qualità di autore in base al § 268? Del resto ammette per es. anche il Progetto del 1919 la possibilità di una qualità di autore mediato nel seguente modo: " Che l'autore mediato creda che colui di cui si serve non vuol fare affatto alcunchè di punibile , non è necessario. Sarebbe anche da punire come autore

mediato di un omicidio doloso colui che fa applicare ad un uomo un veleno mortale per mezzo di una persona che egli ha indotta nell'errore che si trat_ ti soltanto di provocare nausea all'altro e quindi xxxx una lesione persona_ le ". Quindi abbiamo anche qui un caso in cui lastessa azione della persona-mezzo è attribuita all'uomo dietro le scene come qualità di autore dell'omi_ cidio, e ad essa stessa invece (non forse quale complicità all'omicidioxxx ma)come q ualità dolosa di autore della lesione personale o al massimo come qualità di autore colposa dell'omicidio. Anche qui si dimostra nuovamente che l'espressione "strumento doloso" - nel caso in cui la persona-mezzo è autore doloso di una lesione personale e non va punito come autore colposo dell'omicidio, nel quale ultimo caso si parlerà piuttosto di unostrumento colposo anzichè di uno strumento doloso -

Pag. 66

è scelta male poichè la persona mezzo appunto in relazione all'omicidio, per il quale serve da strumento, non è dolosa,ma lo è solo in relazione alla lesione personale. Meglio sarebbe anche qui la denominazione: "stru_ mento punibile".

Il Wachenfeld imposta giustamente la questione: " Quando può essere un uomo semplice strumento di un altro? ". Ma la sua trattazione incorre nel_ l'errore che egli vuole equiparare l'uomo come strumento allo strumento ina_ nimato. In prima linea per questa ragione egli perviene xkkx a respingere lo strumento dolodo e perciò egli attribuisce anche il caso in cui A butta B in un vetro alla qualità di autore mediato. Egli stesso dice che B nella mano di A non è altro che un bastone con cui A colpisce la finestraWSarebbe molto interessante conoscere che direbbe Wachenfeld se B desse ad A il suo consenso ad essere scagliato da lui contro i vetri; se egli in tal caso man_ terrà la qualità di autore mediato e considererà,contro le sue proprie ar_

gomentazioni B come complice, come strumento doloso di A o se egli ammet_ terà da parte di A solo l'istigazione, o se li considererà ambedue quali coautori. Secondo me è da ammettere la qualità di autore immediato essen_ do ~~xx~~ B complice.

Pag. 67

Caratteristico per il concetto di strumento in Wachenfeld è questa sua dichiarazione: " Se un uomo ruvela in un fatto ~~xxxxxx~~ le caratteristiche di ~~xxxxxxxxx~~ una cosa vivente egli ha ~~x~~ riguardo ~~xx~~ a questo fatto natura di stru_ mento e può essere adoperato da un altro ".

Questa opinione è errata; suo presupposto sarebbe che soltanto una cosa possa essere strumento. Ma questa è un'affermazione non provata. Non si può comprendere perchè un uomo non possa anche essere strumento di un altro sen_ za avere i requisiti di una cosa. Già nell'esempio addotto proprio da Wa_ chenfeld non regge la sua definizione dello strumento: invero come può un uomo pienamente capace d'intendere il quale soltanto non conosce l'evento derivante dalla sua azione, dimostrare le "caratteristiche di una cosa vi_ vente? ".

Lo stesso errore di Wachenfeld fa pure il Mittermaier (Zeit. 21 - pg.243) anch'egli parifica lo strumento vivente a quello inanimato.

Ma l'autore mediato è tale solo perchè il suo strumento non è alcunchè di morto, ma è un uomo! Se in verità quest'uomo, come dice l'R.G. nella sen_ tenza E. 24 pg.86 sulla quale ritornerò ancora, ~~wwwwxxxxxxxx~~ fosse da equi_ parare ad uno strumento inanimato, come si potrebbe giustificare la distin_ zione della qualità di autore mediata dalla immediata? Allora sarebbe la qualità di autore mediata coincidente con ~~xxxx~~ l'altra!

Pag. 68

Questa semplice verità per quanto abusata non la si può trascurare con sem_

la stessa persona o O A ha sottratta una cosa a B o A l'ha data ad B : l'una cosa esclude l'altra. La situazione è però diversa, se c'entra una terza persona se cioè C sottrae in persona al danneggiato B la cosa e la consegna al determinatore A. Qui il "dare" non avviene da parte del danneggiato B quindi non è contradditorio dire che il determinatore A gli ha sottratta lacosa per mezzo dello strumento B.

Queste considerazioni ci portono all'indagine dello strumento doloso nel furto cioè al caso più discusso dello strumento doloso. La questione dello strumento doloso nel furto si basa su un altro fondamento che non credono il Flegenheimer e i suoi partigiani (eccezion fatta forse del Beling). Che lo strumento doloso non può essere punito egli stesso come autore del furto dicono pure gli altri malgrado i più disperati tentativi infruttuosi di attribuirgli una propria intenzione di appropriazione.Con ciò cade l'unica ragione penale che avrebbe potuto distruggere la qualità di strumento nello strumento doloso: cioè la responsabilità primaria penale. Ora dobbiamo soltanto indagare se nel linguaggio comune l'autore mediato possa essere ammesso in seno alla fattispecie del § 242, cioè se si possa dire che egli abbia "sottratto".Ciò forse solleva a prima vista delle difficoltà; invero noi siamo qui realmente ad un bivio.

1) O si è dell'opinione che autore possa soltanto "sottrarre" con le proprie mani. Allora si deve assolvere anche assolutamente colui che si fa apportare per mezzo di un cane o di un altro animale ammaestrato o anche per mezzo di un pazzo una cosa altrui, dalla imputazione di furto.

Pag. 70

2) O ci si decide a rinunziare al requisito dell'azione compiuta con le proprie mani, il che avrebbe la conseguenza che non soltanto usando un animale od un uomo incapace d'intendere maache usando un uomo doloso

il determinatore può essere chiamato "sottraente". Perchè dovrebbe, dal punto di vista dell'applicabilità della parola "sottrarre", esserci una differenza se un cane o un servitore fedele come un cane od un incapace d'intendere porta al suo signore una cosa altrui?

Pag. 71

Potendo chiamare così il determinatore "sottraente", lo strumento doloso si trova già d'accordo con la legge e niente più impedisce la sua applicazione.

Il tentativo sopra qualificato infruttuoso di attribuire allo strumento doloso una propria intenzione di appropriazione è errato per le seguenti ragioni. Già il Beling respinge questo tentativo poichè dice:"Certamente si appropria di una cosa xxxx colui che vuol disporne donandola; ma se secundus ha soltanto l'intenzione di dare, dopo la sottrazione, la cosa a primus, quest'atto non è un"donare"o"disporre". Una semplice consegna non occorre sia espressione di dominio o sfruttamento nel proprio interesse (Wachenfeld Zeit. 40 -pg. 324) ". Il riferimento ai motivi ed alla storia di formazione del § 242 non cambia niente certamente ai Motivi è da attribuire generalmente un alto valore; ma dove constatano una situazione in modo errato, essi sono senz'altro caduci.

La domanda principale non è addirittura: "Può X creare per Y la possibilità d'appropriazione di una cosa senz'approprizrsene egli stesso ? ". Poichè il § 242 non richiede nel sottraente una vera appropriazione, ma solamente l'intenzione di appropriazione. Una appropriazione senza intenzione d'appropriazione non può quindi essere punita come furto.

Pag. 72

Anche se fosse giusto, il chè però io nego che si possa dare una cosa ad un altro affinchè egli se ne approprii solo dopo una precedente appro_

priazione a sè stesso, i partigiani di quest'affermazione xx ci dovrebbero dar prova xxxxxxxx per il fatto che il sottraente ha anche avuta l'intenzione di appropriarsi della cosa; non è permesso di attribuirgli semplicemente una tale , xxxxx incosciente intenzione dicendo: " Se tu volevi darela cosa ad Y avevi anche l'intenzione di appropriartela prima ate stesso sia che tu xx fossi cosciente di questa intenzione o no ".E' indiscutibile che la legge quando parla d'intenzione

Pag. 73

richiede un'intenzione cosciente! Ma prescindendo da questo i partigiani di una propria intenzione dello strumento si farebbero colpevoli di una ingiustificata equiparazione del concetto d'intenzione a quello di dolus.

Lasciamo ora lo strumento doloso nel furto e ritorniamo brevemente ad alcune obbiezioni che xx sono state mosse generalmente contro questo concetto.

Il Wachenfeld adduce un'obbiezione poco convincente: " Uno non può essere autore senza intraprendere egli stesso la minima parte dell'attività delittuosa ". Che significa ciò? Intraprende forse chi induce un pazzo allo omicidio una parte dell'attività delittuosa? Nel caso affermativo se cioè nel determinare già consiste una parte dell'attività delittuosa, questo non è forse anche il caso se un pubblico ufficiale induce unxxxx estraneo ad una documentazione falsa?

Mittermaier (Zeit. 21 - pg. 244) crede di dover limitare il concetto dello strumento nel seguente modo: " Soltanto se il determinatore dirige la attività di un altro così perfettamente che questa va tutta attribuita alla sua persona noi possiamo ammettere la qualità dell'autore mediato ". Anzitutto quest'è un'esagerazione. Ma anche se si volesse concordare con questa affermazione non si potrebbe comprendere come mai non debba essere possibile

che uno si subordini pienamente alla volontà di un altro coscientemente e volontariamente per poter essere il suo strumento doloso. La vita ci fornisce abbastanza esempi per il fatto che uno per passione di amore si degradi nel vero senso della parola a strumento della sua adorata

Pag. 74

e che questa perchè nessun medico lo dichiarerebbe incapace d'intendere, possa valersi di lui come di un cane obbediente o di uno schiavo!

Lo stesso Flegenheimer, accanito avversario dello strumento doloso, confessa: " Forse non contrasterà col nostro sentimento di lingua se caratterizziamo quale strumento nella mano di un altro anche colui che agisce sì dolosamente, ma che vuol servire con la sua azione ad interessi altrui in prima linea". Ma egli tenta di trovare con molta abilità un requisito distintivo fra l'istigazione e la qualità d'autore mediato; mala differenza che si riferisce secondo lui alla diverse pericolosità, affermando egli che nel caso dello strumento si sia meno probabilità che non in quello dell'istigato che il fatto non venga compiuto, non è sostenibile anche riguardo agli altri casi della qualità di autore mediato (quindi dopo l'eliminazione dello strumento doloso) e qperciò non può essere una ragione per negare lo strumento doloso. Ci si figuri l'esempio addotto a pag. 65 : lì lo strumento non sa che si tratta di un veleno mortale ma esso vuole soltanto produrre una nausea. Ammettiamo pure che esso sia punibile nel caso concreto per omicidio colposo; allora nessuno negherà lapresenza della qualità di autore mediato del determinatore doloso e tuttavia qui è più probabilità possibile che lo "strumento" si astenga dal fatto che non un "istigato" del carattere di un bandito di Cesare Borgia o di un delinquente abituale capace d'intendere. E' pure molto contorto se dice il Flegenheimer:

Pag. 75

" Come un animale come la forz a elementare della natura il pazzo si butterà sull'oggetto del diritto privo di ragionamenti di compassione, inaccessibile a motivazioni etiche ed incapace di frenare e contenere le passioni una volta scatenate ". Pazzi possono benissimo agire con ragionamenti e appunto poichè essi non hanno "la normale determinabilità in base a motivi", è da altra parte tanto più facilmente possibile che una influenza minima che un capace d'intendere non potrebbe deviare e far desistere dalla sua decisione trattenga un pazzo dalla'esecuzione del fatto e quindi èerrato se Flegenheimer crede aver trovato nell'attuale pericolosità ("calcolo della pericolosità" per mezzo di una prognosi postuma", com'egli dice) il mezzo infallibile per distinguere se si tratta d'istigazione o di qualità d'autore mediato.

L'intima ragione per il fatto che Flegenheimer per es. il caso della falsificazione di denaro addotto da lui a pag. 58-59 del suo scritto, non vuol attribuire alla qualità di autore mediato, la vediamo forse a pag. 72-73 del suo scritto dove egli fa la proposta che de lege ferenda l'istigatore non debba più essere punito come un autore ma solo come un complice poichè "il pensiero profondamente penetrato nella coscienza del popolo che colui che produce un evento penalmente rilevante in modo che egli determina un altro all'esecuzione del delitto, è meno punibile dell'autore fisico, debba trovare accoglimento anche nel futuro cod.pen. ". Anche se quest'opinione fosse giusta de lege ferènda, il cod.pen. però si trova in una contraddizione aperta difronte ad essa, e, se il Flegenheimer vuole esaminare la possibilità dello strumento doloso de lege lata egli deve avere il punto di vista del dir.vig. e non farsi condurre dal suo pensiero contrastante alla legge la cui realizzazione è possibile solo in una legge futura.

Pag. 76

Io qui non posso occuparmi di tutti i singoli tentativi con i quali il Flegenheimer cerca di risolvere il problema dello strumento doloso da lui negato. Ma debbo dire almeno poche parole su una particolare specie di casi con cui il Flegenheimer senza saperlo, difende con le sue stesse argomentazioni lo strumento doloso. Così egli afferma per es. nel caso del favoreggiamento (§ 257) che il signore che determina il suo servo ad aiutare la fuga di un delinquente sia egli stesso sussumibile quale autore sotto il § 257 se egli abbia soltanto l'intenzione di sottrarre il delinquente alla pena mentre il servo che sa solamente che il suo signore quest'intenzione non è autore. Ma la possibilità della sussunzione del signore come autore non esclude la possibilità della qualità di autore mediato ma è addirittura la condizione preliminare per essa! Altrimenti la qualità di autore mediato sarebbe una finzione! Per poter punire il signore quale autore mediato dev'essere possibile ch'egli abbia (mediante uno strumento) coaiutato il delinquente.

Lo stesso accade con ciò che dice Frank (Kommentar pg. 102) d'accordo con Wachenfeld in relazione ai § 331-332: " Un pubblico ufficiale che fa trasmettere la richiesta che include in sè una corruzione privata, attraverso un privato cittadino, richiede egli stesso ". Egli stesso? No ma attraverso uno strumento; ma egli appunto "richiede" e perciò è autore mediato.

Questo caso del "richiedere" dimostra però che Belinh con la sua affermazione che la qualità di autore mediato si abbia soltanto nei reati di evento non ha sempre ragione; invero in quei reati di attività come quello ora menzionato la qualità di autore mediato è benissimo possibile come in un reato di evento.

Pag. 77

Già Höpfner (Zeit. 22 pg. 214) lo ha riconosciuto giustamente e annovera quindi fra le seguenti fattispecie in cui egli ammette la qualità di autore mediato anche un delitto di attività: favoreggiare, danneggiare intraprendere e far scoppiare un parlmento, produrre, mettere da parte danneggiare impedire.

Per me è incomprensibile come il Frank (pg.102) possa approvare la soluzione proposta da Flegenheimer(pg. 78) per evitare lo strumento doloso, che cioè il pubblico ufficiale A che determina l'estraneo B ad una documentazione falsa, realizzi la fattispecie del § 348 mediante "omissione antigiuridica"! Della stessa antilegalità si rende polpevole il Flegenheimer anche in relazione al delitto previsto dal § 239 K.O. (Codice Fallimentare). Per poter punire A come autore secondo il § 348 non basta constatare che egli ha causato una falsa registrazione - anche avendo il punto di vista che un'omissione possa essere causale - poichè causatore e autore, come sopra estesamente detto - non è la stessa cosa. Ma ciò che è più ridicolo: si vuol abbattere lo strumento doloso con il rimprovero che si tratti di una finzione! E' in verità così difficile comprendere che significa una finzione molto maggiore dire: "Il pubblico ufficiale A ha intrapreso una registrazione per omissione" che non quando ci si esprime: "Il pubblico ufficiale A ha intrapreso una registrazione per mezzo di B quale suo strumento doloso"?

Pag. 78

Anche l'affermazione di Wachenfeld (Zeit. 40 pg. 336) che il delitto secondo il § 348 sia compiuto solo se il falsificato dall'interno dell'ufficio è uscito fuori sicchè può indurre altri in errori, sembra molto artificiosa. (per il Catasto per es: essa è addirittura falsa). Del resto sta in contrad-

dizione col dettato del § 348. Se la sua affermazione fosse giusta avremmo inoltre una conseguenza che lo stesso Wachenfeld non haprevista. Ammesso che un pubblico ufficiale che ha compiuta una falsa registrazione per mezzo del suo strumento doloso, sia licenziato prima ancora il falsificato ha lasciato l'ambito dell'ufficio senza che il delitto sia già stato scoperto. Se il giorno dopo il falsificato esce dall'ufficio non si può più punirlo per una opissione xxxx contraria al suo dovere poichè egli nel tempo di quest'uscita non è più impiegato. E tuttavia egli ha pienamente compiuto la fattispecie del § 348!

Delle altre obbiezioni rivolte dal altri scrittori contro lo strumento doloso non c'è molto da dire per la loro simiglianza con quelle già contrastate. Contro l'opinione di von Bar (vol.II pg. 623-627)che vuol sempre ammettere l'istigazione nel caso dello strumento doloso privo d'intenzione poichè la pura intenzione del determinatore non richiede una realizzazione, xxxxxx si rivolgono giustamente Petri (pg.30) e Flegenheimer (pg.33) E' insostenibile anche l'opinione di Döderlein che annovera l'intenzione semplicemente tra le qualità intenzionali del § 50 - xxxx

Pag. 79

con lui concordza Flehenheimer basandosi sulla storia d'orgine di questo paragrafo - e che ammette in questo caso l'istigazione. Una determinata intenzione che esiste solo una volta non è una "qualità" e il § 50 come norma eccezionale difronte al § 48 cap.2 non ammette un'interpretazione estinsiva; e il riferimento ai Motivi è qui sbagliato poichè Motivi giustificano soltanto il reale contenuto del § 50 e non volevano porre un principio generale che qui avrebbe trovato espressione.

Errati sin dall'inizio sono finalmente le argomentazioni di Michael poichè egli parifica "doloso" a "colpevole" e con ciò le sue argomentazioni implicherebbero anche la negazione dello strumento colposo. Dal

resto egli perviene neul su menzionato esempio della incendio provocato al_ lo stesso risultato al quale si perviene anche se si applica giustamente lo strumento doloso (confr. pg. 62): che B va punito come autore secondo il § 306 ,d A come autore secondo il § 307 n.2 . Che A sia autore immediato Michael non osa affermanre; resta quindi soltanto il che egli però trascu_ ra che A è autore mediato. Allora B non è altro che uno strumento doloso che non si può eliminare per il fatto che non si applica la relativa deno_ minazione. Finalmente sia ancora detto che la legge stessa in un caso sta_ bilisce lo strumento doloso, cioè nel § 47 del cod.pen.mil. ?

Pag. 80

Quell'inferiore che dietro comando del superiore commette una contravvenzio_ ne resta impunito anche se agisce dolosamente. La legge tratta in un tal caso lo strumento doloso, per quanto pare, come complice, e siccome la compli_ cità alle contravvenzioni non è punita, sono menzionati nel n. 2 del detto paragrafo soltanto crimini e delitti. Ma appunto da questo fatto si potreb_ be dedurre che la legge nel § 47 - almeno in relazione al n.2 - comprende fra i compartecipi solo il complice ma non il coautore (che essa quindi non soltanto riguardo alle contravvenzioni ma anche ai crimini e ai delit_ ti riconosca espressamente lo strumento doloso quale complice), poichè non si può comprendere perchè l'esecutore siccome questi in concreto può essere sia coautore sia complice, sia minacciato da pena solo nei crimini e nei reati e non anche nelle contravvenzioni, poichè la qualità di coau_ tore è punibile generalmente nelle contravvenzioni. Questa deduzione è pe_ rò (in relazione alla necessità di una in condizionata disciplina) in nes_ sun caso vincolante. Ma, per un'eventuale opinione contraria, che cioè nel detto paragrafo debbano essere compresi tra i compartecipi solo i coauto_ ri - almeno in relazione al n.2 - non si può addurre altrettanti ar_

gomenti. Al massimo si può ammettere che la espressione "compartecipi" comprenda, in relazione al n.2, sia i coautori sia i complici; e con ciò è in questo paragrafo riconosciuto lo strumento doloso anche riguardo ai crimini e delitti sebbene non esclusivamente ma facoltativamente.

Pag. 81

Anzi in alcuni casi in cui l'inferiore è trattato come coautore non è quindi resa impossibile la qualità di autore mediato del superiore: quando cioè il superiore è autore secondo il § 115 cod.pen.mil. e quindi maggiormente responsabile che non l'altro coautore, l'inferiore.

Pag. 97

Decima Parte

Da ciò che si è detto nella nona parte risulta che il concetto legale dell'istigazione non richiede soltanto un fatto principale punibile ma anche un autore punibile. Questo risultato sebbene contrastato dalla dominante dottrina già per sè solo rende possibile una netta delimitazione della qualità d'autore mediato dall'istigazione eccetto alcuni casi irregolari come per es: il § 247 cap.3 o il §4 della I.G.G. in cui malgrado la mancanza di un errore punibile è possibile l'istigazione.Tuttavia è questo criterio di distinzione così risultante ~~xxxxx~~ l'unico che nel diritto vigente pretende di essere perfetto ed infallibile poichè non soffre altre eccezioni che quelle che sono espressamente stabilite nella legge. Quando debole appare in contrario quell'opinione spesso rappresentata che il dolus dell'autore mediato sia rivolto verso la realizzazione della fattispecie, lasciando ad un altro l'azione d'esecuzione, mentre l'istigatore vuole destare in un altro semplicemente la decisione ad un delitto, senza comprenderlo con la sua volontà.

Pag. 98

A ciò contrasta già il fatto che l'istigatore senza diventare perciò autore mediato può dare al determinato tutti i consigli necessari per la commissione del reato, fin le più piccole particolarità; egli può denominargli i mezzi, il luogo il tempo più favorevole ecc. e finalmente gli può anche mettere in mano il coltello; con altre parole è benissimo concepibile che il determinatore in ambedue i casi, quello dell'istigatore e quello dell'autore mediato dica le stessa parole ed esegua le stesse azioni per indurre l'altro ad agire, mentre la differenza è solamente questa che

nell'uno caso il determinato è capace d'agire, nell'altro egli è pazzo. E che anche il dolus d'istigatore e di autore mediato non dà un criterio distintivo generalmente valido, lo vediamo nel miglior modo in quei casi in cui il determinatore stesso, non sa e non si preoccupa di sapere se il determinato è capace d'agire o pazzo. A causa di tali casi in cui spesso solo una minuta indagine da parte del medico legale, che si protragga per delle settimane, può rivelare lo stato mentale del determinato, si è creduto, basandosi sulla dottrina della distinzione difesa da Neumeister, di introdurre nel Progetto del 1913 la disposizione, chiamata dagli stessi seguaci di questa dottrina una enormità, che una tale perizia medica successiva debba essere senz'influenza sulla esistenza della istigazione o della qualità di autore mediato. Presupposto però è sempre che il determinatore si sia formato almeno un proprio giudizio sullo stato mentale del determinato. Ma se egli non perviene nemmeno ad una tale credenza soggettiva, cade anche questa delimitazione soggettiva tra la qualità di autore mediato e l'istigazione.

Non voglio negare che spesso tra il dolus dell'istigatore e quello dell'autore sia presente una differenza.

Pag. 99

Però i requisiti che costituiscono questa distinzione non sono essenziali; essi possono mancare senza che l'istigazione diventa qualità di autore mediato o viceversa. La instabilità di questo criterio conduceva la dottrina dominante a considerare un dolus di autore forse presente nell'istigatore come un superfluum e a non tenerne conto mentre, secondo la giusta opinione, non c'era affatto un dolus di autore ma un dolus d'istigatore, che però non dimostrava l'elemento ritenuto essenziale, ma in realtà non essenziale, del comune - per usare questa parola in mancanza di un'altra più

precisa - dolus d'istigatore. Questa instabilità fu naturalmente molto aumentata per la estensione della qualità di autore mediato sicchè questo criterio per la constatazione della qualità di autore o di istigatore diventò pienamente inapplicabile poichè, secondo esso, in molti casi il dolus dell'autore mediato non coincide più col dolus di autore, ma si avvicina spesso più al dolus d'istigatore o qualche volta anche è ad esso identico.

Ritorniamo quindi ~~ora~~ alla giusta, e nel diritto vigente essenziale, distinzione fra istigazione e qualità di autore mediato. Essa consiste ~~consta~~, come segue dal sopradetto, nel fatto che nell'istigazione vi è principalmente un autore punibile del ~~e cioè~~ lo stesso delitto - (un'eccezione vale soltanto per l'excessus mandati) - per cui l'istigatore viene incolpato.

Pag. 100

L'essenza di questa delimitazione la vede giustamente il Baumgarten - come risulta dalle argomentazioni a pg. 51 - in cui ~~che~~, nell'istigazione, accanto all'istigatore quale causatore è in seconda linea responsabile, vi è l'autore ~~come~~ quale principale responsabile, mentre nella qualità di autore mediato è l'autore mediato l'unico e principale responsabile, accanto a cui solo in determinate circostanze può figurare lo ~~xxx~~ strumento quale ~~come un~~ responsabile secondario. Quindi è chiaro che la responsabilità del responsabile secondario non debba essere maggiore di quella del principale responsabile, a meno che ~~xxxxx~~ la legge non dica espressamente il contrario. Ciò avviene ~~è il fatto~~ nel § 50, ~~che~~, riguardo alle qualità o relazioni che esistenti nell'autore, ~~che~~ diminuiscono la pena o, che, esistenti nell'istigatore, l'aumentano. Questa interruzione del principio suddetto era indispensabile

Pag. 101

poichè, fino a quando la semplice qualità di autore mediato doveva ancora lottare per il suo riconoscimento, fu chiamata la qualità di autore mediato qualificato, specialmente quella con lo strumento doloso, come insensata.

Siccome essa è ancora oggi molto discussa non si può parlare di un'applicazione senz'eccezione dell'affermazione riguardante l'istigazione che il principale responsabile, l'autore, non debba essere mai meno colpevole del secondo responsabile, l'istigatore; vale però riguardo alla qualità di autore mediato il principio che l'autore mediato dev'essere maggiormente responsabile che non il suo strumento poichè qui la legge vigente non ci ostacola e non pretende eccezioni. Soltanto un'eccezione apparente soffre questo principio della qualità di autore mediato. Apparenter perchè fin dall'inizio essa è da comprendere nell'espressione "penalmente responsabile" in modo che non si presenta come un'eccezione. Chesi debba addirittura farne menzione deriva dal fatto che la legge nei casi relativi pone una distinzione manchevole. Quest'eccezione si riferisce a quei delitti in cui la legge pone il dolo della colpa sotto la stessa pena, gli stessi limiti di punibilità mentre ragion volmente la colpa dovrebb'essere più lievemente punita del dolo.

Pag. 102

Però non si può fare rimprovero alla legge perchè quest'equiparazione del dolus alla colpa è fatta principalmente nelle contravvenzioni e qui i limiti della pena sono già così ristretti che egli non ritenne necessario di restringerli ancora di più per la colpa, ma egli credeva di dar facoltà al giudice di trovare la graduazione poco rilevante nei singoli casi. La regola fondamentale quasi naturale del dir.pen. che la colpa debba essere punita di meno del dolo essendo essa una minore estrinsecazione di colpevolezza, non la volle negare il legislatore attraverso questa delegazione al giudice e perciò la suddetta eccezione in verità non è un'eccezione

Pag. 103

solo che qui la minore responsabilità non è già espressa nella legge ma deve essere stabilita dal giudice. Una prova chiara per la principale giustez

za dell'opinione di Baumgarten fornisce il § 47 del cod.pen.mil. Siccome il superiore ha una responsabilità di gran lunga maggiore che non l'inferiore, la legge lo rende in ogni caso primo responsabile in qualità di autore mediato. Quasi identica è la situazione nel § 20 cap.2 della legge sulla stampa del 7 maggio 1874. Ma,come già risulta dalle precedenti argomentazioni, mi pare che si possa riguardo alla responsabilità primaria ecc. andare ancora oltre. Non occorre che consideriamo esclusivamente la responsabilità morale ma dobbiamo anche considerare quella penale. E ad essa appartiene assolutamente che lo Stato ha il diritto di punire il responsabile.

Pag. 104

Se lo stato per una qualsiasi ragione non ha questo diritto, non si può addirittura parlare di una responsabilità penale dell'autore e quindi nemmeno di una responsabilità principale.

Mi rivolgo con queste argomentazioni contro la dottrina delle ragioni di esclusione della pena sommamente personali. Questa dottrina aveva al suo tempo solo la meta di evitare le conseguenze irragionevoli dell'accessorieyà della compartecipazione.

Pag. 105

Fin quando il concetto della qualità dell'autore mediato non era conosciuto o non ancora generalmente noto, era questa teoria, sia pur in contraddizione con la legge difficilmente sostituibile. Ma dopo che la qualità di autore mediato in un maniera molto più comprensiva potè servire allo stesso scopo si può tralasciare più facilmentequesta teoria contrastante alla legge. Invero sebbene la qualità di autore mediato, specialmente nel dir. vig non trasformi completamente tutte le cattive sonseguenze della accessorietà della compartecipazione, essa non viene meno quasi in nessun caso in cui prima si ricorreva al mezzo ausiliare delle ragioni di esclusione della pena schiettamente personali.

Questa teoria delle ragioni di esclusione della pena schiettamente perso_ nali deve secondo l'opinione dei suoi seguaci in alcuni casi in cui l au_ tore stesso è impunibile servire xx a rendere possibile una punizione dei compartecipi senza che perciò - quest'è la caratteristica di questa teo_ ria - debba essere interrotto il principio fondamentale dell'accessorietà della compartecipazione. Si afferma quindi che ci sono delle ragioni som_ mamente personali le quali preservano solo l'autore dalla pena ma che la_ sciano esistere il fatto stesso come azione punibile, e, secondo la acces_ sorietà della compartecipazione espressa nella legge non è richiesto altro per la possibilità di una compartecipazione punibile che la presenza di una azione punibile,

Pag. 106

in siffatti casi, malgrado la personale ~~xxxxxxx~~ impunità dell'autore, si dice che sia soddisfacente per questo principio legale e renda possibile la punizione del compartecipe secondo il vigente diritto ~~xxxxxxxx~~. In questa forma il concetto delle ragioni di esclusioni della pena altamente personali è un non senso.; ragioni che rendono impunibile l'autore,~~xxxxxxx_ xxxx~~ ma lasciano intatta la punibilità del fatto, non possono esistere fin quando esiste il principio dell'accessorietà della compartecipazione. Il fatto richiede un autore. Ma se manca questo non c'è anche nessun fatto ma soltanto un avvenimento. Se un uomo è ucciso da un fulmine nessun o parla di un fatto. Al concetto del fatto però generalmente non appartie_ ne che solo un uomo che possa essere autore; anche un altro essere viven_ te può essere "autore" ma non mai un'entità priva di vita, per es: una forza della natura.

Per quanto riguarda l'antigiuridicità è sbagliato se Kohlrausch ("Irr_ tum ed Schuldbegriff im Strafrecht" - 1903 - pg. 50 e segg.) basandosi

sulla sua teoria tenta di affermare che anche un avvenimento (per es.il lampo) possa essere antigiuridico. Infatti però può essere antigiuridico solo un fatto,(rispettivamente il suo evento). Se Ronde scomppone il fat_ to nei concetti "azione" e "caso" questo è ammissibile solo premettendo che egli comprende sotto la parola "caso" non ogni avvenimento ma solo un Tatbestand posto in essere da un autore (che forse è privo div volon_ tà o incapace d'intendere). Una volta stabilito che un fatto richiede sem_ pre un autore nessuno più contesterà che una pena si rivolga sempre contro un uomo. La pretesa dello stato alla pena ~~xxxx~~ esiste soltanto se vi è un obbligato cioè un uomo che è ad essa soggetto.

Pag. 107

Se l'autore non è responsabile per il fatto, lo stato non ha una tale pre_ tesa e - non mi riferisco ai casi di cui l'autore dopo la commissione del fatto scappa all'estero o semplicemente rimane ignoto ecc. poichè in tali caso rimane vigente la pretesa punitiva dello stato solo che essa per il momento cioè fino a che il delinquente ~~è~~ non è estradato o scoperto, non può essere applicata; anche il caso che il reo subito dopo il fatto cioè prima del suo arresto o del giudizio muoia, non dev'essere considerato qui poichè allora certamente finisce la pretesa punitiva dello stato ma essa una volta ~~xxxxxxx~~ è esistita e questa esistenza o meglio detto: l'origi_ narsi della pretesa punitiva nel momento della commissione del fatto è unicamente rilevante -anche il fatto commesso non è quindi un'azione pu_ nibile; perchè l'espressione composta "azione punibile"

Pag. 108

o "fatto punibile" contiene una trasposizione, anche se non in ogni mo_ mento si pensa a questo, poichè non il fatto stesso ma l'autore a causa del fatto è punito. L'azione diventa punibile solo ~~xxxxxxxx~~ ~~xx~~attraverso l'autore. Se

non vi è un autore (come nel senso di avvenimento) non si può parlare di punibilità. Se esiste però un autore, il fatto solo allora è punibile quando lo è l'autore. Se però l'autore per una qualsiasi ragione non viene punito, è anzitutto per lui non corrispondente la xxxx parola "punibile" e quindi essa non si può trasferire al suo fatto.

Pag. 109

Se addirittura è concepibile un'azione punibile senza un autore punibile essa necessariamente ricade sotto il concetto di un'azione oggettivamente (cioè in sè per sè) punibile.

Pag. 110

Degne di considerazione sono le argomentazioni di Höpfner (Zeit. 26 - pg. 604 e segg.). In ogni caso la sua opinione è più logica di quella della dominante dottrina delle ragioni di esclusione della pena schiettamente personali.

Pag. 115

Di due casi debbo ancora qui far menzione, i quali ad un osservatore superficile e potrebbero forse sembrare fondamenti incrollabili della dominante dottrina delle ragioni di esclusione della pena xx schiettamente personali. Si tratti della extraterritorialità e della qualità di monarca. La extraterritorialità non può essere una ragione di esclusione della pena già per il fatto che essa non rende esente da pena l'extraterritoriale malfattore, ma lo sottrae soltanto alla giurisdizione interna dello stato. Alla sua patria il delinquente è penalmente pienamente responsabile. Così per esempio un tedesco all'estero che gode lì il diritto della extraterritorialità è soggetto alla giurisdizione tedesca conforme al § 11 del cod.proc.pen. . Sorge quindi contro di lui una pretesa punitiva dello stato e quindi noi possiamo parlare di un'azione punibile.

Pag. 116

Se si tratta di un delitto per il quale lo stato straniero non sancisce alcuna pena per es. § 81 e segg. del cod.pen. del Reich, l'extratterito_riale che ha commesso un delitto in Germania resta affatto impunito. Il determinatore quasi però in tutti i casi xxx in base all'estensibilità del la fattispecie di questo paragrafo considerarlo autore mediato.

L'edificio di una ambasciata estera in Germania è considerato come territorio estero. Un delitto lì commesso vale come un delitto commesso allo interno dello stato ma nessuna autorità tedesca ha ingresso in quel luogo e se un tedesco ha commesso un delitto in Germania, e si è rifugiato nell'ambasciata straniera egli durante il suo soggiorno colà non può essere condannato (eccetto si tratti di fatto punito solamente con pena pecuniaria o confisca : § 277 del cod.proc.pen.) senza che qualcuno pensi a denominare ciò come ragione di esclusione della pena sommamente personale.Che l'ambasciatore stesso fuori di questa extraterritorialità anche

al difuori dell'edificio dell'ambasciata è soltanto una estensione concet_ tuale. L'ambasciatore estero, finchè possiede della extraterritorialità non è affatto soggetto alla giurisdizione tedesca in altro modo che non uno stra niero il quale fuori della sua patria ha commesso un reato. Se questo stra_ niero ha avuto un compartecipe tedesco, questi può esser punito in pa_ tria come compartecipe (secondo il § 4 cap. 2 n. 3 del cod.pen.) senza che la Germania abbia un'altra pretesa punitiva difronte all'autore stra_ niero perchè appunto questa pretesa punitiva spetta soltanto allo stato nazionale di lui.

Pag. 117

Nessun seguace della dottrina dominante si permetterebbe di parlarequi di ragioni di esclusione della pena schiettamente personali.

Non vi è quindi necessità nè giustificazione del fare della extraterri_ toriale una ragione di esclusione della pena schiettamente personale.

Un po' diversa è la cosa per la qualità di monarca. Questa esclude in_ fatti ogni responsabilità penale del monarca. Perciò l'espressione "raggio_ ne di esclusione della pena" bene si adatta. Se pensiamo però che la que_ stione se un compartecipe di un delitto del monarca possa essere punito, è affermata solamente in seguito all'applicazione della teoria delle ra_ gioni di esclusione della pena schiettamente personali

Pag. 118

è naturale che quest'affermazione fatta appunto con questa premessa che cioè la teoria su nominata vada bene, non può essere una dimostrazione dellasua giustezza. Se si volesse, non influenzato da questa teoria, affermare la punibilità di un tale compartecipe (senza farne un autore mediato) anche quest'affermazione non sarebbe assolutamente il riconoscimento delle ragio_ ni di esclusione della pena sommamente personali nella forma che ho criti_

cata da pag. 104 a pag. 106. ~~xxxxxxxx~~ Non sarebbe naturale che, siccome la impunibilità del moharca nella maggior parte dei casi si basa sul diritto consuetudinario questo diritto consuetudinario che trae la sua origine dalla stima della persona del monarca radicata nell'opinione del popolo, contenga secondo questa sua origine anche come una parte indivisibile una delimitazione eccezionale corrispondente quasi verbalmente col § 4 I.G.G.? Ciò sarebbe invero una eccezione giusta al principio del § 48 cap.I e II e allora sarebbe superfluo privarla della sua natura eccezionale dicendo che ci sia tuttavia un'azione punibile e che quindi sia fornita il requisito del § 48.

Se però la impunità del monarca è stabilita espressamente nello Statuto e cioè senza una delimitazione corrispondente al § 4 I.G.G. si può punire un'istigatore del monarca,se non lo si vuol lasciare impunito al massimo sotto il punto di vista della qualità di autore mediato ~~xxxx~~ dato che siano date le condizioni necessarie. Intorno a ciò ancora alcune parole.

Forse mai come in questo caso rifiuteremmo di caratterizzare l'autore fisico, il monarca come ~~xxx~~ strumento poichè in lui non manca nè la volontà d'autore nè l'antigiuridicità nè la colpevolezza.

Pag. 119

Nemmeno il fatto che un monarca, che sin dall'inizio sa di non essere soggetto ad una pena e che è quindi più propenso a seguire le insinuazioni di un altro,può avere ~~un~~ valore difronte ad una persona del rango di monarca. Dobbiamo però tener presente che un monarca per un comune "istigatore" o "determinatore" non sarà di regola accessibile e che occorre sempre una personalità ricca d'influenza, sia questa una madame Pompadeour,sia un Potemkime. E questo ragionamento ci fa evitare il più grande pericolo: se si ~~xxxx~~ possa qui chiamare,nell'uso comune della lingua,la personalità determinante autore. Poichè anche in altri casi chiamamo nel comune uso

della lingua, come abbiamo dismostrato, un determinatore che si serve di un autore penalmente pienamente responsabile in modo così basso che secondo il nostro sentimento l'autore fisico in verità è solo "strumento", senza pensarci su come"autore" e soltanto per laragione penale addotta a pg.52 dobbiamo comprendere questo "autore" sotto il concetto legale dell'istigatore. Nel caso del monarca però non occorre che lo facciamo, anzi non lo possiamo nemmeno fare: quindi la qualità di autore mediato non sarebbe qui del tutto sbagliata.

Riassumendo constatiamo: la dottrina delle ragioni di esclusione della pena schiettamente personali potrebbe trovare nel diritto vigente la sua giustificazione solo - e che anche questo non sia il caso vedremo subito - se si tratti di tali casi eccezionali che interrompono il principio dell'accessorietà, come per es: il § 247 cap. III del cod.pen. e il § 4 del I.G.G. e forse anche la norma del diritto consuetudinario appartenente al jus gentium della impunibilità personale del monarca. Siccome però tali casi eccezionali debbono essere espressamente stabiliti nella legge (o in una altra norma giuridica avente forza di legge) e rimangono sempre eccezioni finchè nella legge penale è rappresentato il punto di vista dell'accessorietà della compartecipazione, anche per questi casi la teoria delle ragioni di esclusione della pena schiettamente personali non ha diritto di esistere poichè priverebbe queste eccezioni del carattere eccezionale e le farebbe apparire come casi regolari il che non è compatibile con la legge penale vigente.

Pag. 120

..... Anche i §§ 199 e 233 non contengono ragioni di esclusione della pena schiettamente personali.

Pag. 121

Parte Undecima

Anche il concetto dell'azione oggettivamente punibile non è degna di lode. Devo però occuparmi di esso perchè per es: il Progetto ufficiale del 1925 nell'istigazione (§ 25) richiede l'esistenza di una azione siffattamente punibile dal punto di vista oggettivo. Questo grado di accessorietà sarebbe da frapporre tra i gradi 1 e 2 ricordati a pg. 2. Per semplicità non li ho riguardati lì.

Il Progetto del 1925 comprende sotto il concetto di azione oggettivamente punibile ciò che approssivamente il Binding ha in mente di esprimere; poichè altri xxxxx già per questa norma dell'istigazione diventerebbe superflua anche la qualità di autore mediato con strumento doloso; ma così non è,poichè, xx allo scopo di rendere superfluo lo strumento doloso anche qui il Progetto ha dovuto prima trasformare corrispondentemente la fattispecie del furto nella parte speciale del codice.

M anche se questo concetto significa soltanto ciò che Finger così denomina rimane tuttavia non riguardata una specie della qualità di autore mediato nel vigente diritto:

Pag. 122

che cioè il determinatore si valga come strumento della stessa persona offesa dal reato. Xxxxxx Qui non c'è alcuna azione oggettivamente punibile poichè il Progetto stesso riconosce espressamente stabilendo la istigazione al suicidio come un reato a sè stante (§ 284). Abbiamo a disposizione due vie: o si è con Beling dell'opinione che, siccome il Progetto regola xxxxxxxxxxxx definitivamente la qualità di autore mediato nel § 25 (col nome comune di"istigazione", qui si trova una sensibile lacuna nella legge che è semplicemente insopportabile poichè renderebbe possibile appunto ai più spietati assassini rendersi impunibili mediante l'uso di questa specie di esecuzione; o si conserva la qualità di auto-

re contrariamente all'opinione degli autori anche nel Progetto, sebbene limitato ad un ambito strettissimo. Siccome la maggior parte dei casi dell'odierna qualità di autore mediato ricadono sotto il § 25 del Progetto diventando istigazione, sarebbe data la quale di autore mediato nel senso del Progetto 1925 solo quando il determinatore ha determinato lo strumento ~~xxxxxxx~~ a produrre sè stesso un danno. Appunto nell'omicidio mi pare questa via di uscita secondo il Progetto praticabile poichè abbiamo già visto che già nel diritto vigente molti vogliono denominare ~~xx~~ autore immediato colui che versa ad un a tro il veleno in una bevanda e la fa bere alla vittima inconsapevole. Non tanto facile sarebbe il problema della lesione personale, nel danneggiamento, ecc. . Tuttavia credo che anche qui il § 25 non impedirebbe il riconoscimento di questa nuova qualità di autore mediato e così consiglierei di scegliere questa via d'uscita per evitare la lacuna lamentata da Beling poichè è ~~xxx~~ conciliabile col dettato legale e si trova soltanto in disastro con il dettato dei lavori preliminari ad esso.

Pag. 123

Chi ritiene necessario per la qualità di autore mediato la presenza di una azione oggettivamente punibile, già nel diritto vigente, si trova qui di fronte ad un ostacolo insuperabile se egli non vuol fingere una qualità di autore immediato.

Nel diritto vigente l'azione oggettivamente punibile (fattispecie oggettiva di un'azione punibile) non è un concetto legalmente stabilito; la scienza ha quindi il diritto di usarlo a sua piacere. L'opinione comune dice che l'azione oggettivamente punibile sia la fattispecie priva dei momenti soggettivi. Che l'autore non debba essere lasciato fuori considerazio e in ogni caso, ci mostra per es: il suicidio.

Pag. 124

Se si volesse distaccare per poter considerare oggettivamente il fatto in ogni relazione,questo fatto dalla persona dell'autore avremmo necessa_ riamente anche nel suicidio un'azione oggettivamentepunibile (omicidio con o senza premeditazione) il che però è generalmente negato.

Questa incertezza circa il problema fino a che punto dev'essere ri_ guardato l'autore forma il punto debole del concetto dell'azione oggettiva_ mente punibile e fa diventare addirittura inapplicabile questo concetto in molti casi. Il rimprovero che per es: il Cohn muove alla qualità di autore mediata che essa cioè finga come esistente una fattispecie oggettiva in real_ tà non esistente non lede la qualità di autore mediato già per il fatto che alla qualità di autore mediato non è necessaria l'esistenza di un'azione og_ gettivamente punibile (altrimenti dare veleno sarebbe impunibile). Siccome quindi non occorre nessuna fattispecie oggettiva di un'azione punibile, na turalmente non è necessario che sia realizzato appunto quella fattispecie oggettiva appartenente al diritto in base a l quale l'autore mediato viene punito. Per considerare per es: nel caso addotto da Cohn il figlio come au_ tore mediato secondo il § 215, basta la fattispecie soggettiva di questo pa ragrafo. Non è necessario che egli sia realmente anche oggettivamente dato e quindi non ha bisogno di essere finto. Se A per dare un ulteriore esempio istiga il pazzo X ad ucciderlo, A commette suicidio in qualità di autore mediato. Benchè oggettivamente non vi è un suicidio ma un omicidio con o senza premeditazione.

Pag. 125

La volpa di questa discordanza fra la fattispecie oggettiva e quella sogget_ tiva l'ha soltanto il concetto dipendente dell'azione oggettivamente puni_ bile,che appunto in questi casi dimostra che un fatto non dev'essere consi_ derato ma i distaccato dall'autor reale e che quindi tutti quei risultati

che si sono ottenuti per mezzo del concetto dell'azione oggettivamente punibile non valgono niente se esse non stanno d'accordo con altre deduzioni ottenute mediante un concetto inattaccabile. La qualità di autore mediato non ha bisogno di farsi delimitare dal riguardo ad un tale concetto dipendente ed incompleto ed imperfetto come lo è quello dell'azione oggettivamente punibile e non occorre nessuna finzione per salvaguardare questo concetto.

Pag. 126

Un'altra cosa comprende Binding (G.S. 76 - pg. 1 e segg.; G.S. 78 - pg. 6) sotto la fattispecie oggettiva del delitto. Egli la denomina una parte del delitto - ciò varrebbe anche per la azione oggettivamente punibile nel senso comune - ma egli riunisce in esso tutti i contrassegni negativi della fattispecie e tutti quegli elementi soggettivi che non sono colpevolezza o non colpevolezza. Corrispondentemente Binding può considerare il fatto ancora molto meno distaccato dall'autore di quanto si possa farlo secondo l'azione oggettivamente punibile, per stabilire in ogni caso la fattispecie oggettiva del delitto. Sarebbe però sbagliato comprendere tutta la persona dell'autore in questa considerazione poichè allora il risultato esprimerebbe la conformità completa alla fattispecie anche soggettivamente. Binding crede quindi di procedere nel miglior modo se egli pone al pone dell'autore concreto quasi come una bambola un pienamente incapace d'intendere. Con questo egli contemporaneamente procura alla fattispecie oggettiva del delitto, contrariamente all'azione oggettivamente punibile solo concettualmente possibile, la possibilità di una reale esistenza. E tuttavia quest'opinione conduce a delle conseguenze di dubbio valore. Binding richiede per la fattispecie oggettiva della truffa "che ~~xxxxx~~ alcuno danneggi per procurare a sè o ad un terzo un vantaggio giuridicamente disapprovato". Che questa ultima

affermazione contenga un'intenzione è così poco negabile come il fatto che ogni intenzione include in sè indivisibilmente il dolus. E tuttavia conti_ nua Binding

Pag. 127

"il dolus antigiuridico di arricchirsi dall'altrui danno antigiuridicamen_ te, qui non esiste". Quindi l'intenzione senza dolus! Una tale cosa è impossibile come la semplice immaginazione.

Pag. 128

Un'altra diversità di opinione tra Binding e Beling riguardo alla fattispe_ cie oggettiva risulta dalle seguenti argomentazioni di Binding: " Se il paz_ zo uccide il medico psichiatra, abbiamo la fattispecie oggettiva dell'ucci_ sione, ma non nel caso in cui un toro colpisca col corno un uomo". Se quin_ di un torero spagnuolo lancia un toro su di un uomo per ucciderlo questi non potrebbe essere punito - in quanto si rimane fedeli al requisito della esistenza di un'azione oggettivamente punibile - poichè non v'è "la fattispecie oggettiva dell'uccisione". O è questa tutto a un tratto esi_ stente? Come può il determinatore che si tiene dietro le scene rendere esistente, d'un tratto, una fattispecie oggettiva? E qual'è la situazione se egli solo colposamente ha lanciato contro l'uomo il toro? O se non è nemmeno sicuro se egli abbia agito colposamente o se invece si tratti di un semplice caso?

Pag. 129

Allora la fattispecie oggettiva di Binding sarebbe pure dipendente dalla colpevolezza.

Pag. 130

E con ciò è provato nel miglior modo che la fattispecie oggettiva come concetto particolare non è necessario poichè egli che dovrebbe servire per

trovare la fattispecie soggettiva, risulta da parte sua solo dalla constatazione della fattispecie soggettiva stessa.

E' facile rispondere alla domanda perchè addirittura si è posto un tale concetto. Si voleva conesso evitare l'affermazione ridicola che A commetta un incesto in qualità di autore mediato se egli determina l'incapace d'intendere B a compiere il coito con la sorella di A. In un tal caso è il concetto della azione oggettivamente punibile non è certo sbagliato ma tuttavia superfluo; poichè qui il linguaggio giuridico è così giuridico è così chiaro,che si può giungere senza mezzi ausiliari allo stesso risultato.

Pag. 164

Parte Tredicesima

Una grande diversità d'opinione trovizmo nella questione se la qualità di autore mediato sia possibile mediante l'uso di una persona trovantesi in istato di legittima difesa o di necessità.

Debbo qui contentarmi di poche parole al riguardo.

Chi agisce versando in stato di legittima difesa non agisce antigiuridicamente poichè dalla legittima difesa è esclusa l'antigiuridicità (elemento negativo della fattispecie). La istigazione penale non è, secondo il vigente diritto, possibile poichè lo stesso autore non è punibile e quindi non commette un'azione punibile. Con ciò si può al massimo ammettere una qualità mediata di autore. Se questa sia presente, è da indagare separatamente per ogni singolo caso. Prendiamo in considerazione il seguente esempio: A istiga B trovantesi in stato di legittima difesa ad uccidere il di lui aggressore C . Sono concepibili due specie di casi:

1) O A uccide semplicemente perchè C è suo nemico mortale, mentre la vita di B non gl'importa. In questo caso secondo il nostro sentimento di giustizia, sarebbe bene punire A .

2) O A fa ciò perchè gli è cara la vita di B mentre C gli è indifferente. In questo caso secondo il nostro sentimento di giustizia sarebbe buona la impunità.

Infatti corrisponde la legge al nostro sentimento giuridico. Siccome secondo il § 53 cap. 2 è possibile la legittima difesa non solo da parte dello aggredito ma anche da parte di un terzo, la legittima difesa si estende anche ad A. E' presupposto che B solo dietro l'incitamento di A uccide C e salva così la sua vita. S e così è allora era necessario l'incitamento di A per salvare la vita di B . Così anche non sarà difficile comprendere lo incitamento di A sotto il concetto di "difesa".

Così il caso n.2 è risolto con piena soddisfazione: A e B sono impuniti.

Per quanto riguarda il caso 1 risulta dal § 53 cap. 2 che la legittima difesa è permessa solo in quanto si presenta come difesa. Nella letteratura spesso si è accennato al dettato oggettivo del cap. 2° del § 53 e con esso posta l'affermazione che solo la fattispecie oggettiva sia rilevante non però l'intenzione di chi agisce in stato di legittima difesa. Quest'opinione è falsa. Giustamente dice Oetker: " Difesa nel senso della legittima difesa è la contreazione causata dall'attacco esistente e portata dalla or ora formata volontà di difendersi ". Il concetto di difesa contiene già in sè stesso la volontà soggettiva di difendersi come parte integrante, similmente come nel concetto del suicidio. Anche questo presuppone che il suicida voglia uccidersi. Se una persona ingannata beve veleno invece che limonata nessun uomo dirà di lui che si è suicidato? Da ciò consegue che un'azione di legittima difesa è punibile solo quando essa benchè con l'aspetto di una semplice difesa contro un attacco antigiuridico, non è basata sull'intenzione di difesa.

Pag. 166

La opinione di Binding (Normen - ediz. 1914 - II - pg. 611-612) merita piena approvazione. Se concorrono nella persona dell'autore ambedue le intenzioni, che cioè egli vuole difendersi ma nello stesso tempo si rallegra se può uccidere il suo avversario, egli deve rimanere impunito poichè la pena ci può essere soltanto se non c'è nessuna intenzione di difesa.

Delle varie obbiezioni che sono state sollevate al riguardo voglio qui occuparmi di solo due fondamentali: quella di Beling (Lehre vom Verbrechen - pg. 141) e quella di Mittermaier (1). Ambedue le obbiezioni hanno a prima vista alcunchè di elegante; ma esse trascurano però il fat-

to che in taluni casi, così per es: appunto nel caso della legittima difesa, la legge ha esclusa la antigiuridicità solo pel caso che l'autore agisca in una determinata situazione psicologica (intenzione di difesa); se però gli manca questa, non è mica trasformata in antigiuridicità una situazione di conformità al diritto ma la esistente antigiuridicità - per la mancanza del requisito negativo del Tatbestand che la esclude, consistente nell'intenzione di difendersi - sin dall'inizio non è tolta. Se si volesse condividere la concezione puramente oggettiva della legittima difesa si dovrebbe lasciare impunito l'assassino che, sapendo che la sua vittima è facilmente accendibile, la induce con offese e maltrattamenti ad alzare la mano contro di lui - sicchè l'attacco dell'uccisore è già compiuto prima che la vittima da parte sua alzi la mano e quindi questa non si trova più in stato di legittima difesa - e la uccide in seguito a ciò "oggettivamente in stato di legittima difesa". Poichè il requisito della mancanza di colpevolezza non lo richiede la legge nella legittima difesa (contrariamente a quanto è per lo stato di necessità).

Pag. 168

E' pienamente giusto se ~~Exxx~~ dice Baumgarten (Notstand ~~xxxxxxxx~~ und Notwehr - pag. 50) che non corrisponde al nostro sentimento di giustizia che uno venga colpito per un'azione, che egli avrebbe ~~xxxxxx~~ potuto commettere impunemente se ~~egli~~ si fosse lasciato indurre da un altro sentimento, con la pena del delitto compiuto. Ma questo è appunto un caso in cui la legge non dà molto spazio al nostro sentimento di giustizia. Noi dobbiamo anche pensare che la legittima difesa non è fatta per punire subito l'assalitore ma piuttosto per la difesa dell'assalito; se l'assalito non vuol difendersi, quella ha perduto il suo scopo.

D'altra parte questa opinione soggettiva corrisponde in molti altri casi

al nostro sentimento di giustizia laddove quell'oggettiva contrasterebbe con essa. Ammettiamo che l'aggressore volesse sottrarre solo una cosa senza valore; se l'assalito lo uccide poichè egli in nessun'altra maniera lo può fermare, senza però avere l'intenzione di difendersi contro l'attacco o di difendere quella cosa senza valore, ma poichè egli ha solo l'idea di usufruire di questa occasione per uccidere l'avvesario che odia, corrisponde apertamente al nostro sentimento di giustizia che qui si abbia una punizione, ed una concezione puramente oggettiva ciò impedirebbe . .

Pag. 169

Così nel caso n.1 A non può più basarsi sul § 53 poichè la sua intenzione non si rivolgeva ad una difesa dell'attaccato B (benchè esteriormente cioè oggettivamente esiste una difesa) ma poichè la sua intenzione era soltanto rivolta verso l'uccisione di C mentre la salvezza di B da lui era concepita come conseguenza necessaria - " dolosamente " non "intenzionalm nte" - . Egli è quindi punibile come autore mediato.

Ugualmente abbiamo anche nell'esempio addotto da Michael qualità di autore mediato.

Aggiungo ancora alcune parole sull'eccesso della legittima difesa. Generalmente è dichiarata punibile la determinazione all'eccesso di legittima difesa come istigazione, poichè l'eccesso di legittima difesa dell'art.53 cap. 3 formi soltanto una ragione di esclusione della pena altamente personale e quindi sia soddisfatto il requisito della accessorietà della compartecipazione. Anzitutto però come abbiamo visto non esistono tali ragioni di esclusione della pena schiettamente personali, che rendono impunito solo lo autore e non il fatto; ed inoltre questa costruzione ausiliaria è qui del tutto superflua.

Pag. 170

Siccome la legittima difesa è ammessa anche per la difesa di un terzo (§ 53 cap. 2) di legittima difesa anche riguardo all'eccesso possono essere autori sia l'assalito sia quello che gli presta aiuto, e il trattamento di ambedue è perfettamente uguale. Se quello che ha eccitato allo eccesso di legittima difesa lo ha fatto perchè era fuori di sè anche egli è impunito in base all'art. 53 cap. 3 ; se lo ha fatto soltanto perchè voleva distruggere l'assalitore essendogli indifferente la salvezza dello assalito o se era egli consapevole della non necessità dell'eccesso egli è punibile quale autore mediato se l'assalito, e questo è un presupposto indispensabile, non ha riconosciuto l'eccesso della legittima difesa al quale fu eccitato. Se però l'assalito stesso credeva il contenuto dello eccitamento non necessario e superfluo alla sua difesa ma seguiva la esortazione, egli è punibile a causa di questo consapevole eccesso e quindi l'esortatore può essere punito come istigatore.

(1) In Zeit. 21 pg. 246 : " Un evento non antigiuridico non può diventare mai soltanto per la sua cattiva intenzione antigiuridico per colui che lo ha causato in questo modo, finchè non sia vietato attraverso una norma speciale anche una siffatta determinazione.

Pag. 171

Parte Quattordicesima

E', molto discusso se attraverso lo stato di necessità sia esclusa la antigiuridicità. La mia propria opinione è che la antigiuridicità non è esclusa ma neppure la colpevolezza.

Pag. 172

Di questa norma fondamentale sono eccezioni i §§ 228 e 904 B.G.B. Se mu assale un cane altrui e io non posso difendermi contro il suo attacco se non uccidendolo, questa uccisione non è antigiuridica nè lo è danneggiamento di cose. Quest'eccezione ci diventerà subito comprensibile se ci rappresentiamo che per es: il Sachsenspiegel denomina stato di necessità contro di un animale come stato di legittima difesa . In verità questa concezione risponde di più al nostro sentimento di giustizia, e solo l'evoluzione della scienza giuridica

Pag. 173

portò, per il ragionamento che soltanto un uomo possa agire antigiuridicamente a comprendere questa difesa invece di legittima difesa possibile soltanto contro un attacco antigiuridico, come stato di necessità.

Anche chi agisce in stato di necessità agisce quasi non liberamente e siccome egli non è punibile per la sua azione, non è possibile una istigazione punibile. Quindi anche qui dobbiamo applicare la qualità di autore mediato. Ohni caso richiede un particolare esame.

La legge vigente mostra qui una lacuna sensibile poichè da una parte la cosidetta assistenza necessitata (Nothilfe) è ammessa solo per la protezione di parenti e d'altra parte il pericolo minacciante deve rivolgersi contro la vita. I Progetticoncordano nel rimuovere questo stato di cose deplorevole. Fino a quando però vige il cod. attuale dobbiamo aiutarci in altro modo. Dobbiamo distinguere se colui che può essere autore mediato

ha prodotto egli stesso lo stato di necessità dello "strumento" e conse_ guentemente determinato il necessitato all'azione o se egli ha usufruito di uno stato di necessità già esistente. Nel primo caso ammetterei sem_ pre qualità di autore mediato punibile.

Pag. 174

Nel secondo caso corrisponderebbe senza dubbio al nostro sentimento giu_ ridico il trattamento proposto da Mayer (pg? 35). Quest'opinione di Ma_ yer è secondo il progetto preliminare del 1909 cum grano salis giusta. Per il diritto vigente essa però non trova una base bnella legge, xx però anche nessuna contraddizione. Siccome la qualità di autore mediato non è particolarme,te regolata è in nostra facoltà l'ammettere o meno una qua_ lità di autore mediato nell'esortatore. Che in tali casi sia più giusto farsi guidare da un sentimento giuridico che da una eventuale sistemati_ ca che è sommamente dubbia e in cui i risultati non sono quasi mai di na_ tura vincolante, è ovvio. Così anche non è da obbiettare d Mayer nel diritto vigente. Chi dunque esorta il necessitato all'azione di necessi_ tà è autore mediato punibile come se egli attendeva alla violazione; se voleva egli pero soltanto aiutare il necessitato, rimane impunito.

Pag. 182

Parte Sedicesima

Dal già detto risulta per il diritto vigente la seguente determinazio_ ne concettuale o - come vorrei chiamarla a preferenza anche se con minore precisione - delimitazione della qualità di autore mediato:
la qualità di autore mediato è presente se il determinatore usa l'esecutore come uno strumento vivente non paragonabile ad uno inanimato e al di fuori dei casi del § 47 del cod.pen.mil. non è possibile una sussunzionedl deter_ minatore quale autore , e non semplicemente causatore, sotto la fattispe_ cie legale.

L'esecutore è strumento solo in quanto egli nella commssione del fat_ to in base ad un'altra ragione che non quella menzionata nei §§ 2 e 3 del I.G.B. non è responsabile o è meno responsabile in base ad una ragione non compresa nel § 50 del cod.pen. difronte al determinatore o se egli riguar_ do allo stesso reato è in colpa mentre il determinatore in dolo.

Questa definizione è per la sua stretta dipendenza dalla legge, natural_ mente sostenibile solo de lege lata. Ma casi come i surriportati che posso_ no accadere abbastanza frequentemente dimostrano che è quasi impossibile dare nel diritto vigente una determinazione concettuale della qualità me_ diata di autore in modo generale, che sia indipendente dalla legge.

Pag. 183

Nuovamente anche il § 4 i.G.G. ce lo dimostra. Ma anche in tutta la letteratura che era a mia disposizione non ho potuto trovare una determi_ nazione che prima dell'introduzione dell'I.G.G. avrebbe avuto un valore generale, appuntoèperchè la meta della maggior parte degli autori era rivolta verso una cosa impossibile: cioè determinare la qualità di au_ tore mediato senza considerare la legge. Una definizione estesa dà per es.

Petri (pg. 9): " Qualità di autore mediata è la realizzazione di una fattispecie delittuosa in modo che colui il quale pensa di porre in essere una decisione di volontà rivolta alla realizzazione di questa fattispecie, fa commettere una parte dell'azione di esecuzione che estrinseca il Tatbestand oggettivo del delitto o questa stessa nella sua interezza, mediante una terza persona. Questa persona di cui egli si srrve può essere incapace oppur capace di volere. Se è capace di volere la sua decisione, espressa nella azione di esecuzione totale o parziale deve non coincidere con la volontà delittuosa di colui che fa porrere in essere l'azione di esecuzione totale o parziale" .

Ma questa definizione viene già meno nei reati colposi. Inoltre essa presenta l'errore (Petri non lo considera tale di certo) che ammette in tutti i reati quindi anche nei delitti proprii la qualità di autore mediato senza limiti. E inoltre: se A istiga B ad una lesione personale, e B commette invece un omicidio, secondo la definizione di Petri A sarebbe autore mediato della lesione personale il che costituisce un'opinione impossibile, almeno per il diritto vigente.

La definizione di Akermann ha il vantaggio della brevità, ma ha la manchevolezza che permette in tutti ireati la commissione mediata sebbene l'autore stesso neghi questa possibilità (" La qualità di autore mediato consiste nella determinazione o nell'uso di un altro per una azione punibile della quale questo stesso non può rispondere come autore "). Certo una definizione deve contenere solo l'essenziale e quindi non sembra necessario generalmente che da essa derivi già il campo d'applicazione del concetto in modo del tutto preciso.

Pag. 184

Ma appunto qui dove si tratta di un concetto nella legge non espres_

samente previsto e cheapuò essere concepito come subordinato alla comu_ ne qualità di autore, esiste una tale necessità. Del resto la definizio_ ne di Ackermann non comprende la qualità di autore mediato con strumen_ to colposo se esso è punibile come autore colposo.

La impossibilità di dare una definizione pienamente distaccata dalla legge ~~xx~~ combatte però anche l'obbiezione altrimenti giustificata, di Beling, contro la qualità di autore mediato con strumento doloso. Appun_ to da parte di Beling una tale obbiezione è tanto più sorprendente poichè egli stesso ha introdotto nella formula del reato l'espressione "Tatbe_ standsmässig" e con ciò ha fatto riconoscere chiaramente che noi non pos_ siamo farz a meno di riguardare la legge. La sua obbiezione può quindi quasi distrutta dall'affermazione che anzitutto non è decisiva la puni_ bilità ma il fatto se un determinatore dev'essere sussunto come autore sotto la fattispecie legale. Questa questione da risolvere preliminarmen_ te sarà affermata anche talvolta per l'istigatore, come lo dimostrano gli esempii di Cesare Borgia; e perciò la responsabilità penale deve aggiun_ gersi come un ulteriore requisito.

Sotto la denominazione "responsabilità penale" va sempre intesa la punibilità quindi non il fatto che ~~x~~ e come alcuno ~~xxxx~~ è effettivamente pu_ nito e neppure la possibilità che e come uno possa essere punito,ma la possibilità che e come alcuno debba concettualmente soggiacere alla pe_ na. Quale criterio per questa rzsponsabilità vale esclusivamente il li_ mite posto dalla legge; è quindi irrilevante se il giudice nello stesso ambito di pena pronuncia a carico di due concolpevoli pene di diversa entità.

Pag. 185

Corrispondentemente anche non sono da considerare le circostanze mitiga_

trici della pena eccettuate xx particolari norme come il § 213.

Non c'è quasi bisogno inoltre di dire che la summenzionata definizione comprende anche dei casi in cui la ragione della minore responsabilità dell'esecutore si riferisce alla persona del determinatore, cioè se in relazione all'esecutore non vi è alcuna ragione di mitigazione della pena, che invece esiste xxx una ragione di aumento della pena in relazione al determinatore.

L'espressione "insoweit" nella seconda parte della definizione deve esprimere che il determinatore non risponde per un excessus mandati dello esecutore. Ammesso che A con malo animo determini B a produrre a C colposamente una lesione personale e che B cagioni, sempre colposamente, invece di una lesione personale, la morte di C: A se avesse potuto prevedere ciò sarebbe punibile come istigatore ad omicidio colposo (non però quale autore mediato). Ma se non avrebbe potuto prevedere egli xxxxxxxx avrebbe un dolus soltanto riguardo alla lesione personale non però colposità riguardo all'uccidione; ed A sarebbe punibile come autore mediato doloso secondo il § 223, e B come autore immediato colposo secondo il § 222. Siccome in questi due paragrafi il limite della pena è lo stesso, sembra che sia esclusa la qualità di autore mediato a seguito di questa uguale responsabilità. Siccome però il fatto in base del quale B subisce la pena alta, non appartiene più all'azione di esecuzione del reato causato colpevolmente da A , ma xx ppoichè si presenta come un excessus mandati per il quale è responsabile solo B ciò non impedisce l'ammissione della qualità di autore mediato.

Forse questo esempio non è scelto tanto bene poichè in molti casi A sarà punito come autore mediato secondo il § 226 e quindi è presente per parte sua una maggiore responsabilità.

Pag. 186

Un altro caso di eguale responsabilità dell'autore e dello strumento lo adduce Neumeister. La precedente definizione della qualità di autore mediato è adatta finalmente per il caso che l'esecutore compia solo una parte della fattispecie del reato mentre il determinatore compie con le proprie mani la restante parte, sicchè abbiamo in parte qualità di autore mediato in parte immediato.

ASSR

Rudolf Knoller

Die Begehung strafbare Handlungen durch Benutzung von Organen der Strafrechtspflege zu Amtshandlungen gegen einen Unschuldigen.

Breslau 1931 (in "Straf. Abh. " - Vol. 294)

Pag. 65

Parte Quarta

Se gli organi dello Stato non sono punibili poichè le loro azioni sono bisogna indagare se queste azioni possano essere attribuite a colui che le ha provocate consapevolmente contro una persona non colpevole.

a) Der Kausalzusammenhang .....

La premessa di quest'indagineè che l'azione del falso testimone, ~~xxxxxxxxxxx~~ del denunziante o di colui che in un altro modo agisce sul procedimento penale, sia in nesso casuale con la attività degli organi punitivi. Si parte qui dalla concezione che per la questione del nesso causale ad ogni condizione di un evento vada attribuito lo stesso significato. Quindi ogni condizione o ogni azione ~~xxx~~ condiziona l'evento se esso senza la azione in questione non si sarebbe prodotto o almeno non inquel modo.

Con questo risultato concorda la "teoria delle condizioni" sostenuta dallo R.G. e da una gran parte degli autori penalisti. Essa crede però che per causa della uguaglianza di valore di tutte le condizioni che condizionano l'evento

Pag. 66

ogni azione condizionante l'evento sia da chiamare "causa"del_ l'evento realizzatosi. Ugual valore hanno queste condizioni pe_ rò nel senso che per la produzione dell'evento rispettivo agnu_ na fu ugualmente necessario sicchè senza di esso l'evento o non si sarebbe prodotto o in altro modo. Ogni evento è il ri_ sultato d'innumerevoli fattori cooperanti e soltanto la tota_ lità di essi , che produce la necessaria azione dell'evento ri_ spettivo, è la "causa" di questo evento.

L'ammissioneche le azioni del falso denunziante di chi pre_ sta un giuramento o di chi danneggia ,in un altro modo un in_ colpevole, siano condizioni,quindi causali per tutte le azioni d'ufficio degli organi dell'amministrazione del diritto penale, e quindi pacifico.

Non tanto sicuro sarebbe il risultato secondo quella che la letteratura e la prassi del diritto civile e che ora è fortemente sostenuta anche nel diritto penale, cioè la teoria della causalità adeguata. Secondo essa sol_ tanto quell'azione è la "causa" di un vento che generalmenteè adatta, che ha la generale tendenza a produrre un siffatto reggendo però discordanza nei singoli rappresentanti di que_ sta dottrina riguardo ai punti di vista che determinano quan_ do un'azione abbia o meno il potere di produrre l'evento. Se a,nche v'è un nesso adeguato tra le azioni delle persone civi_ li e quelle degli organi punitivi, non si potrà constatare in egual modo per tutti i casi rispettivi. Allfeld, seguzoe della dottrina della causalità adeguata, ammette per es: che la condanna di un incolpevole possa stare sì in nesso causale

con una falsa testimonianza a suo disfavore ma non con una falsa denunzia.

Pag. 67

Pare che Allfeld parta dal presupposto che corrisponda all'esperienza della vita che in un processo iniziato per causa di una falsa denunzia che si manifesti presto la incolpevolezza dell'accusato mentre una estimonianza falsamente giurata sia piuttosto adatta a produrre una condanna ingiusta. Ma nel singolo caso una falsa denunzia combinata con una raffinata compilazione di false prove può mettere in pericolo l'incolpevole in una misura più grave che bnnn una falsa testimonianza rivolta vontro di lui ma che si riferisce solo ad un avvenimento meno importante. Quindi si può rispondere alla questione dell'esistenza del nesso adeguato solo in base ai singoli casi.

I seguaci della dottrina della uguaglianza delle condizioni delimitano ora la loro stessa teoria dicendo che imporre una condizione non sia più causazione se questa condizione produce un'azione libera e consapevole di una persona che da parte sua immediatamente produce l'evento. Queste "condizioni preliminari" non siano "cause". Si parlò in questi casi generalmente di un'interruzione del nesso causale. Questa dottrina errata è oggi in questa forma abbandonata

Pag. 68

poichè invero un nesso causale non può essere mai interrotto. O esso esiste o no. Se un'azione non conduce all'evento ideato poichè per es: un altro ha agito contro di esso, quest'azione non è causale se anche l'evento si sia prodotto per un'altra ragione. Un nesso causale non esiste e quindi non può essere interrotto. Nel suo contenuto però l'opinione di una interruzione del nesso causale è ancora oggi fortemente rappresentata.

I seguaci deducono: se un autore ha intrapreso con libera volontà una

azione , questo evento, per causa della libera volontà, non può essere riferito ad un avvenimento che da parte sua produce quest'azione. Poichè l'azione è un atto di libera decisione dell'autore. Dipende solo da lui se egli vuol produrre un determinato evento o no. Con la sua azione cominci a una nuova catena causale; e il precedente avvenimento è soltanto una "condizione" e non la "causa".

E' giusto che dipende dalla libera decisione dell'autore se egli vuole condurre ad un evento il primo avvenimento (ammesso che questo sia pure un'azione di un uomo). Se egli però agisce non vi è interruzione del nesso causale, ma appunto "produzione" del nesso causale fra il primo avvenimento e il definitivo evento.

Pag. 69

La causalità è qui"psichicamente mediata". Ma anche questa rimane causalità. Anche i seguaci dell'indeterminismo non possono negare che la volontà umana è accessibile ai motivi e questa motivazione può essere ricondotta ad un qualsiasi avvenimento nel mondo esterno quindi anche ad un agire umano. Nel senso che un uomo capace d'intendere malgrado tutte le motivazioni possa compiere delle azioni pienamente distaccate dai motivi, non vi è libertà di volontà.

Un riconoscimento della dottrina descritta riguardo al diritto positivo in base al § 48 non si può basare sulla delimitazione delle "cause".

Anzitutto va constatato che il legislatore non potrebbe togliere via un nesso causale forse esistente per mezzo di un ordinamento legale. Il nesso causale non è una costurizone giuridica ma una forma dello scibile. Perciò la legge può comandare che un nesso causale esistente non debba essere riguardato, però nulla può mutare quanto alla sua esistenza. Ciò non è un disconoscimento della forza della legge ma

solo un riconoscimento dei suoi diritti naturali.

Però neppure la non considerazione di un nesso causale esistente è richiesta o presupposta nel § 48 . Questo parte da una differenza tra la qualità di autore e l'istigazione. Sesipotesse invero provare una tale differenza soltanto con una diversa valutazione del nesso causale quella sarebbe in verità il risultato del § 48 la non osservanza del nesso causale ra l'azione dell'istigatore e l'evento prodotto immediatamente dall'autore....

Pag. 78

b) Das Wesen der miltelbaren Täterschaft.

Nella determinazione del concetto della qualitàdiautore mediato biosgna partire dalla formazione delle fattispecie penali nel vigente diritto. Secondo esse non è minacciato con pena ognuno che produce un evento penalmente rilevante ma la legge parte da azioni plasticamente rappresentate che essa divieta. Soltanto colui è autore punibile che eseguisce l'azione punibile, che cioè realizza la sua fattispecie. Solo l'uso comune della lingua può nel singolo caso decidere se il comportamento dell'autore è da comprendere come "esecuzione" dell'azione punibile in questione. Si deve confessare che "esecuzione" non è un concetto che si possa acutamente limitare; ma anche le attività descritte nelle fattispecie sono prese dall'uso comune della lingua di ogni giorno e soltanto questo può decidere se una tale attività sia presente o meno.

Se per es: si considera una fattispecie penale concreta, nell'omicidio (§ 211) è impossibile dare un'esatta determinazione concettuale della azione di uccisione. In ogni caso dovrebbe essere certo che la causazione della morte non lasi può sempre equiparare ad una "uccisione" come spesso viene detto.

Pag. 79

Siccome i delitti di uccisione si annoverano spesso fra i cosidetti delitti di evento, dobbiamo ancora aggiungere che per la decisione della questione suddetta è irrilevante voler fare una distinzione fra delitti di evento e delitti di semplice attività. Dal fatto della distinzione tra azione do evento in alcuni, o meglio in tutti i delitti, si può soltanto deudrre che a questi delitti appartiene concettualmente accanto all'azione propriamente detta un ulteriore evento prodotto dall'attività. Ma non ne si deve dedurre che ogni causazione dell'evento rispettivo sia soggetta a pena; con ciò si andrebbe oltre il dettato della legge. .....
La determinazione di un altro all'uccisione dolosa e colpevole di un terzo è sì causazione di questa uccisione ma non è a sua volta uccisione bensì istigazione all'uccisione di un altro; e ciò non soltanto secondo la regolamentazione della legge ma anche secondo l'uso comune della lingua.

Pag. 80

La situazione è però diversa se il determinatore non però il determinato agisce dolosamente e colpevolmente sia poichè quest'ultimo generalmente non può agire colpevolmente sia che la sua colpevolezza per una qualsiasi ragione è esclusa nel caso in questione cioè esiste a suo favore una ragione di esclusione della colpevolezza, sia che egli ha agito sì colpevolmente ma non dolosamente ma soltanto colposamente. (86) .
In quest'attività del determinatore è presente una molto maggiore energià criminosa; la sua azione ha un valore sociale e psicologico tuttodiverso che non rappresenta una determinazione dolosa ad un agire doloso e colpevole. (Drost) . Il determinatore dirige e domina qui pienamente l'attività del determinato (Merkel) . Solo il determinatore imprime al fatto " l'impronta della sua personalità " (Beling Zeit. 28 pg. 588).

Solo il determinaotre commette l'uccisione, usando cioè alla commissione di quest'uccisione un altro come strumento o meglio detto, come "mediatore del fatto" (Lobe) . Questa specie di commissione di un delittoxxx xxxxxxx differisce dalla commissione manibus propriis solo per la particolarità del mezzo usato dall'autore. Poichè in ultima analisi l'autore si serve sempre di un qualsiasi mezzo per la commissione i un delitto.

Pag. 81

La qualità di autore mediato non è quindi una finzione. Essa non è opera di scienziati lontani dalla vita ma essa non è nient'altro che una forma determinata della qualità di autore riconosciuta come tale anche nel comune linguaggio. Essa è presente in generale se l'autore per la commissione di un'azione punibile si vale di un altro il quale - anche per colposità - non riconosce che egli è abusato per la commissione di un delitto o la cui conoscenza relativag giuridicamente non è valutata o malgrado questa conoscenza è costretto dal determinatore a commettere l'azione. A tutti questi casi è comune una certa prevalenza dell'autore mediato riguardo alla volontà di chi agisce immediatamente e per causa della quale l'azione di quest'ultimo viene attribuita all'autore mediato come azione sua propria (97). Per quanto riguarda la tecnica metodologica si deve ammettendo la presenza della qualità di autore mediato anzitutto esaminare l'attività xx esecutiva per la persona usata come mezzo riguardo alla conformità alla fattispecie,

Pag. 82

poichè la sola mancanza di un contrassegno della qualità di autore rende possibile la qualità di utore mediato. Solo dopo ciò si deve esaminare xxx se il comportamento della persona mezzo può essere attribuita ad un

uomo dietro le scene come propriaesecuzione del delitto in questione.

Pag. 83

c) Mittelbare Täterschaft trotz Rechtsmässigkeit der Handlung des Tatmittlers.

Fu già dimostrato che le azioni dell'organo dello stato che nel caso presente risultano quali mediatori del fatto di una persona privata soggiacciono sì oggettivamente alle diverse fattispecie penali ma sono lecite . Sorge quindi il problema se una qualità di autore antigiuridica è addirittura possibile per mezzo di una persona mezzo che agisce conforme al diritto. Nella letteratura questo problema o non è trattato affatto o soltanto superficialmente. Nei trattati e nei commentarii per lo più si dà un elenco più o meno completo dei singoli casi della qualità di autore mediato fra i quali si trova specialmente il caso in cui la persona mezzo per una qualsiasi ragione, agisce senza colpevolezza. Si potrebbe quindi pensare che fra i casi dell'azione senza colpevolezza siano da annoverare anche azioni non illecite; poichè nelle azioni conformi al diritto naturalmente non si può parlare di una colpa dell'autore se non si voglia comprendere sotto il concetto della colpevolezza il semplice volere o prevedere dell'evento i della causalità esterna formando così un concetto che esclude ogni chiarificazione del concetto della colpevolezza. Quindi si deve partire dal fatto che la scienza moderna fa una differenza concettuale fra l'azione di esclusione dell'antigiuridicità e ragioni di esclusione della colpevolezza e che la questione della colpa la si discute soltanto se la antigiuridicità di un fatto è constatata e che contrasterebbe af ogni sistematica esattezza il comprendere fra le ragioni di esclusione della colpevolezza quelle di giustificazione.

Pag. 84

Generalmente quindi non è conosciuto nella qualità di autore mediato una persona mezzo.

Una parte della letteratura che menziona un caso della qualità di autore antigiuridica per mezzo di una persona mezzo agente lecitamente ammette la possibilità di questa specie di commissione di reato senz'altro senza ogni tentativo di fondamento; ma anche da questi autori non è trattata questa qualità di autore mediato - a prescindere da poche eccezioni - ma essa risulta soltanto dai casi addotti in cui si ha la qualità di autore mediato nell'uso di una persona che si trova in stato di legittima difesa o di necessità o che è vincolata da un ordine antigiuridico. Pag. 85

Secondo un'altr'opinione è altrettanto chiaro che una qualità di autore mediato antigiuridico con l'uso di una persona mezzo agente in conformità al diritto, sia inconcepibile. In un tal caso anche l'autore mediato dovrebbe agire lecitamente. Già il Goltdammer credeva che per concetto della qualità di autore intellettuale sia concettualmente necessario che l'azione nella persona dell'agente immediato rappresenti un delitto (dal nesso risulta che il Goltdammer qui voleva parlare specialmente dell'antigiuridicità) ? Egli perviene quindi appunto nel caso qui in questione della produzione di una sentenza contro un incolpevole, al risultato che una punizione di questo autore non sia possibile e lagna la mancanza di una regolamentazione legale di questo caso. Nello stesso steso si dichiarano Mayer, Graf zu Dohna, Hegler, Deiche e Battemberg (pg. 88) riguardo al problema del comando vincolante. Essi partono dal fatto che indiscutibilmente il superiore debba essere reso penalmente responsabile, ma credono che ciò non sia possibile se l'inferiore obbediente all'ordine agisca (come persona mezzo) lecitamen-

te ed essi vedono nella responsabilità del superiore "l'argomento decisi_ vo er l'antigiuridicità dell'azione basantesi su di un ordine illecito".

Pag. 86

Però in quest'ultima concezione è contenuto un errore che in parte influen_ za xxxla questione. Si ragiona che la concezione che ammette un potere giustificante del comando del superiore, debba venire necessariamente al risultato che un'azione possa nello stesso momento essere lecita ed ille_ cita. Questo risultato sarebbe certamente falso poichè la stessa azione sarebbe per il superiore lecita, per il subordinato antigioridica.

Ma a base di ciò sta un uso ingiustificato della parola "azione". Si deve tenere in mente con chiarezza che non soltanto nei diversi momenti della vita il concetto di azione è usato in sensi diversi ma che pure il cod.pen. usa la parola "azione" inn differenti significati.

Spesso la legge parla di un'azione punibile nel senso di un reato o delitto, nel senso cioè di una astrattarealizzazione di fattispecie che può comporsi delle diverse attività di innindividuo (azioni in un altro senso di cui parleremo subito). In questo senso certamente nel caso di un ordine antigiuridico stanno in relazione con la stessa "azione" puni_ bile sia il superiore che il subordinato. Ma la legge parla pure di una azione se essa vuole caratterizzare il comportamento completo di un de_ terminato autore. In questo senos l'azione del superiore non può essere xxxx la stessa come quella del subordinato. Ogni azione è in questo sen_ so necessariamente legata al soggetto. Essa è sempre la realizzazione di una volontà umana anche se questa volontà non è colpevole o addirittura non è giuridicamente rilevante.

Pag. 87

Il diritto ci dà un giudizio di valore o di disvalore giuridico sol_

tanto su di una determinata attività umana. Solo gli avvenimenti del mondo esterno sono valutati non però astratte categorie concettuali. Un'azione in sè e per sè distaccatta dagli individui agenti non è nè conforme nè contraria al diritto. A questo riguardo l'autore dà al fatto il suo carattere. In questo senso quindi appartengono al caso dell'ordine antigiuridico due azioni: quella di chi dà l'ordine e quella di chi loriceve. Per il riconoscimento della contemporanea antigiuridicità e liceità di una azione quest'ammissione di una qualità di autore mediato mediante l'uso di una persona mezzo che agisca conformente al diritto,non sarebbe propizia. Nello stesso errore, in cui cadono i seguaci dell'opinione ora discussa, sono anche i seguaci della dottrina della ragione di esclusione dell'illecito "soggettiva" o "relativa", sviluppata per caso dell'ordine antigiuridico. Essi riconoscono generalmente la dottrina dell'antigiuridicità oggettiva come giusta, però credono che nell'esistenza di un comando antigiuridico,l'una azione in relazione al superiore sia antigiuridica e in relazione al subordinato tenuto ad obbedire sia conforme al diritto. Se pag.68 si deve prescindere da ciò che qui ingiustamente vengono in parte valutate nello stesso modo le ragioni di giustificazione e quelle che escludono la colpevolezza; e che non è affatto chiaro se lasuddetta opinione secondo il fatto concreto parli ancora di una ragione di giustificazione o invece soltanto di una ragione di esclusione della colpevolezza, l'ammissione di una"ragione di giustificazione soggettiva", non va contestata riconoscendo fondamentalmente la liceità di un'azione commessa obbedendo ad un ordine; ma ciò non avviene per la ragione che un'azione possa essere considerata"duplicemente" dal diritto, bensì perchè ogni ragione di esclusione dell'illecito è soggettiva nel senso che essa nel caso concreto può giustificare solo l'azione di un determinato individuo. In tal caso però la "ragione di giustificazione soggettiva" è identica alla "ra-

gione di giustificazione generale" come pure non è ignoto appunto ai su nominati autori; la formula è quindi per lo meno equivoca.

Beling (Grundzüge - pg. 15 - L. v. V. - pg. 158) il quale distingue tra le ragioni di esclusione dell'illecito personalmente illimitate e quelle personalmente limitate, non può essere ascritto a questa dottrina. Con questa formulazione egli vuole solo esprimere che la legge conosce sia ragioni di giustificazione le quali sono applicabili all'azione di ogni uomo, sia anche altre che valgono soltanto per determinati gruppi persone. Molto recisamente Fischer ("Rechtswidrigkeit" pg. 102) e Binding evitano le difficoltà

Pag. 89

che potrebbero sorgere dalla costruzione di una antigiuridica qualità di autore mediato con strumento agente conforme al diritto, in quanto ammette che l'attività dello strumento non costituisce un'azione, o almeno un'azione nel senso giuridico, ma è soltanto una parte non a sè stante del delitto dell'autore mediato. Essi giungono anche al risultato che nella figura dell'ordine antigiuridico solo un'azione ha valore giuridico, ma ciò in un senso ben diverso da quello sostenuto dai difensori della teoria delle ragioni di giustificazione soggettive. E' qui evidente che con la parola "azione" viene denominato alcunchè di pienamente diverso dal comportamento umano volontario; poichè non si può discutere che un siffatto comportamento esista. Che lo strumento nel singolo caso non agisce con "libera decisione" dopo che esso ha conformato il suo agire alla volontà della legge, può valere per escludere la sua colpevolezza ma non di regola la sua naturale volontà. Una volontà giuridicamente rilevante non è necessaria per il concetto generale di autore.

Dalla antigiuridicità dell'azione dell'autore mediato non può risultare neanche la "giuridica indifferenza" dell'azione della persona-mezzo : prescindendo per tutto dalla possibilità di stabilire concettualmente se possano esistere azioni assolutamente indifferenti

Pag. 90

si vede appunto nel presente caso che le azioni del Tribunale possono avere talvolta conseguenze giuridiche poichè può darsi che l'ingiustamente condannato o punito possaavere una pretesa di risarcimento in base alla responsabilità subita senza averne colpa. Ma concettualmente non si possono derivare conseguenze giuridiche da azioni che non sono affatto valutate dal diritto.

Più estensamente Wachenfeld indga la possibilità di una antigiuridica qualità di autore mediato mediante l'uso di uno strumento agente conforme al diritto. Egli perviene al risultato che una siffatta qualità di autore mediato solo allora è ammissibile quando "l'antigiuridicità della azione scompaia appunto in seguito all'uso della persona mezzo attraverso un altro". Poichè solo in questo caso la persona mezzo è strumento dello altro. Wachenfeld vuol quindi negare in altri casi la qualità di autore mediato per mancanza della cosidetta "situazione di preponderanza". Ma non si può capire perchè una differenza giuridica debba esistere nelle relazioni giuridiche tra autore mediato e persona mezzo a seconda che l'autore si valga o meno di uno strumento sin dall'inizio conforme al diritto per la commissione del suo delitto, o che l'azione dello strumento solo attraverso l'influenza dell'autore stesso divenga conforme al diritto. Nella trattazione del caso dell'autore mediato con l'uso di uno strumento doloso trovantesi in errore lo stesso Wachenfeld dice espressamente che è indifferente come sia sorto l'errore della persona mezzo. Lo strumento può essere

ingannato dall'autore solo per questo scopo o già prima essere stato in errore. "E' importante solo che l'errore sia presente e che l'autore si valga di essp. Ma per uno strumento agente in conformità al diritto dovrebbe essere sempre la stessa cosa.

Pag. 91

Senz'altra giustificazione Wachenfeld nega l'esistenza dell'autore mediato quando alcuno cagiona la morte di un altro (X) in modo che egli pone un terzo in una situazione di legittima difesa dalla quale quest'ultimo può liberarsi solo mediante l'uccisione di X . Un risultato certamente iniquo!

Gli esempi che Wachenfeld adduce in pro della sua opinione non costituiscono invece (secondo la giusta dottrina) alcun caso di qualità mediata di autore con strumento agente lecitamente: se alcuno è scagliato contro una vetrina, non vi è alcun comportamento volontario, nè alcuna azione che possa essere conforme al diritto. Ugualmente lo strumento non "agisce" nel primo caso del § 52 del cod.pen. in cui egli è costretto al suo comportamento da una violenza irresistibile. La minaccia qualificata del § 52 del codè pen. (2° caso) può scusare solo l'azione della persona mezzo non però giustificarla. Anche l'ordine antigiuridico del superiore non è in fondo una ragione di giustificazione.

Anche Eb Schmidt ed Hegler ("Mittelbare Täterschaft" - pg. 308 e segg) partono dal concetto che gli elemtni del reato che per la loro preponderanza costituiscono la qualità di autore mediato possano esistere anche nel campo dell'antigiuridicità; come però dimostrano i loro esempi addotti per spiegare questa situazione, essi non si occupano propriamente del caso di una qualità di autore mediante uno strumento agente lecitamente :

Pag: 92

esssi dicono che la persona mezzo deve qui agire non antigiuridicamente e quindi non dolosamente solo "nel senso della fattispecie applicabile in concreto". Schmidt crede che la istigazione al suicidio costituisca un'antigiuridica uccisione mediata del suicida. Ma qui non vi è in realtà alcun caso di qualità di autore mediato. Manca ogni situazione di preponderanza. Il suicida non è dominato dall'istigatore nel suo agire, non è adoperato per un'azione punibile. L'istigatore non uccide il suicida, ma lo istiga alla sua uccisione. Nemmeno è giusto che l'antigiuridicità e rispettivamente la conformità al diritto delle azioni dell'autore o della persona mezzo possano mai per sè sole dar base ad una forma di qualità mediata di autore. Concettualmente deve sempre anzitutto stabilito se esista un caso di autore mediato. Dopo ciò soltanto si può passare ad esaminare se questa qualità mediata di autore è anche antigiuridica. Se si volesse già prima della constatazione dell'esistenza di una qualità mediata di autore esaminare l'antigiuridicità del comportamente di colui che può essere autore mediare, si commetterebbe una petitio principii. Se Schmidt in questo senso parte dal concetto che nel caso del suicidio un'azione è vietata alla persona che sta dietro le scene ma non al suicida, si cerca vanamente una norma che vieti ad alcuno il suicidio di un altro. Sarebbe anzi più logico affermare: siccome l'azione non è vietata all'esecutore immediato, non può essere vietata anche la sua causazione.

Pag. 93

L'uccisione del suicida attraverso la persona che sta dietro le scene è certamente vietata. Ma di una uccisione attraverso questa persona si potrebbe soltanto parlare se fosse constatata l'esistenza di una qualità mediata di autore. La decisione proposta da Schmidt per il caso della dolosa causazione del suicidio di un altro, non corrisponde nemmeno alla volontà della legge: così colui che presta per compassione un coltello ad una

già
persona risoluta al suicidio dovrebbe essere punito per assassinio. Chi però dietro desiderio del suicida personalmente lo uccide, avrebbe da aspettarsi soltanto carcere non inferiore ai tre anni (§ 216 cod.pen.).

Anche nei casi dello strumento doloso o privo di qualificazione la persona mezzo non agisce antigiuridicamente nel senso che la fattispecie da applicare in concreto e perciò non è data la qualità di autore mediato. Prescindendo però dal fatto che questa giustificazione non è persuasiva, l'attività di questo strumento doloso è sempre antigiuridica se anche non nel senso della fattispecie applicabile all'autore mediato (complicità al fatto del mediato autore). Se Hegler avesse un'altra opinione si troverebbe anche in contrasto con il suo modo di vedere espresso in Zeit. 36 pg. 215 N.10 dove egli nega una qualità di autore mediato con una persona mezzo agente conforme al diritto. Egli anche dice espressamente che lo strumento doloso non agisce antigiuridicamente, ma"dolosamente"(?) . Il tentativo di giustificare la possibilità della antigiuridica qualità di autore con uso di una persona mezzo agente conforme al diritto

Pag. 94

si trova inoltre in Nagler (Festgabe pg. 356 e segg.) e Girginoff ("Binderg Befehl" pg. 105; pg. 16). Essi ritengono che in questi casi le azioni delle persone mezzo siano conformi al diritto, l'evento però antigiuridico, e puniscono le azioni determinanti perchè hanno causato questo evento antigiuridico.

Ora è anzitutto molto discusso se si possa parlare di un evento, di uno stato antigiuridico.

Dal punto di vista della teoria imperativistica, la quale ritiene essere essenza di ogni norma un comando o un divieto rivolto ai soggetti di

diritto, e dal punto di vista della teoria soggettiva dell'antigiuridicità, la quale afferma l'identità di antigiuridicità e colpevolezza, non si può mai parlare di una situazione, di uno stato antigiuridico.

Se si nega la teoria imperativistica che si segue una dottrina oggettiva dell'antigiuridicità non è inconcepibile la valutazione di uno stato. Bisogna però notare che ogni diritto rappresenta necessariamente un ordinamento della società e quindi valuta soltanto ciò che sta in rapporto con l'estrinsecazioni di questa società. Possono essere valutati al massimo dal diritto quegli stati i quali sono collegati ad un comportamento umano, che cioènon sono altro che l'evento derivante da questo comportamento. Situazioni che non stanno in relazione con il comportamento umano, non sono considerate dal diritto.

Pag. 95

I seguaci della teoria imperativistica e di quella dell'antigiuridicità soggettiva altrimenti avrebbero ragione di dedurre da questa conseguenza dell'antigiuridicità oggettiva l'insostenibilità dell'intera dottrina. Nagler concede appunto di fronte ad Heuld von Verneck che gli avvenimenti naturali non si svolgono sul piano del diritto. Lo stesso però deve valere anche per le consueguenze di essi.

Se uno stato può essere giuridicamente rilevante solo come risultato di un'azione, non si può capire come un tale stato possa essere valutato dal diritto in una maniera diversa dall'azione che ne è a base.

Una prova per la possibilità di cui ci occupiamo che cioè da un'azione conforme al diritto posso derivare un evento antigiuridico non è ancora addotto: si dice che per il legislatore la previsione di uno stato di fatto può essere spiacevole (disapprovato), mentre la previsione dell'azione che ha prodotto tale stato di fatto, può essere approvata. Beling pensa, in relazione al caso che è oggetto del presente lavoro,

che il risultato della lecita persecuzione del non colpevole,

Pag. 96

la sofferenza morale che il processo penale gli procura, e anche l'essere privo della libertà dopo la condanna ad una pena detentiva,produca uno stato di cose spiacevole dal punto di vista del diritto e contrastante allo scopo del processo penale. "Poichè questo scopo consiste nell'infliggere al colpevole la pena non però nel violare il diritto penale sostanziale che statuisce anche la impunità".Similmente ritiene von Ammon (Befehl - Pg. 17) che il legislatore vede di mal occhio come un incolpevole subisce una pena un colpevole.

Ma in tutte queste argomentazioni notiamo che un deyerminata misura per la valutazione giuridica degli eventi dell'azione non ci venie offerta. Le idee spiacevoli o piacevoli di un immaginario ordinatore del diritto e il fatto che lui vede più o meno con mal occhio le cose,sono pienamente irrilevanti. Non l'ordinatore del diritto ma l'ordinamento giuridico può constatare la conformità al diritto o meno di un fatto. Giudicando nel modo su menzionato le azioni d'ufficio degli organi punitivi contro un incolpevole, risulterebbe che con la stessa ragione sarebbero pure spiacevoli e non conformi allo scopo gli arresti, le punizioni e addirittura tutte le misure prese contro il colpevole,poichè certamente non è scopo della legge rendere possibile un processo contro un incolpevole. Beling parla anche quindi giustamente dallo indesiderato risultato che tutte le azioni di ufficio intrapreso conformemente alle regole della procedura penaleccontro un incolpevole sono conformi al diritto. Ma lui ha ragione di ritenere inevitabile questo risultato poichè talvolta le leggi processuali possono prescrivere a_

gli organi punitivi queste ragioni "non conformi allo scopo".

Pag. 97

Beling ritiene che le conseguenze di un'azione che non si muove in direzione del divieto o comando di un'azione, non prendono parte alla antigiuridicità o giuridicità della stessa azione e che perciò azione ed evento soggiacciono a diverse valutazioni. Ma come può nel caso presente avere la punizione di un incolpevole un'altra "direzione" che il suo soffrire la pena?

In ogni caso usa Beling per la valutazione delle azioni dei pubblici ufficiali come misura la legge, per la valutazione invece degli stati derivanti da queste azioni una misura extra-legale. L'antigiuridicità di un'azione ha quindi un contenuto concettuale del tutto diverso dalla antigiuridicità di uno stato. Ma non appar giusto di denominare con la stessa parola due concetti assolutamente differenti. In ultima analisi anche l'opinione di Bèling si può ricondurre ad una equiparazione della antigiuridicità all'ingiustizia. Alla fine delle sue argomentazioni Beling dice che la derivazione di un dovere a sopportare la pena dell'incolpevole contrasterebbe al più importante interesse della giustizia. Ma decisivo è soltanto il contrasto col diritto. Se si vuole valutare anche le conseguenze delle azioni d'ufficio conformi al diritto, in senso giuridico, anche esse sarebbero da considerare come conformi al diritto. Ma con ciò non è ancora espressa l'impunità della persona privata che produce tali conseguenze. Per la punibilità è decisiva secondo l'opinione del cod.peh. non la casusazione di un evento antigiuridico ma solo la presenza di un'azione antigiuridica. Lo stesso Beling sottolinea (e ciò giustamente) che la antigiuridicità dell'evento di una azione è fondamentalmente irrilevante per la punibilità dell'agente, poichè questi è punito soltanto per la sua azione antigiuridica.

Pag. 98

I ragionamenti di Girginoff e di Grünhut si basano quindi su una errata comprensione della questione.

Ciò disconosce anche il Mittermaier. Egli parla fra l'altro del caso in cui uno dolosamente produce uno stato di legittima difesa affinchè l'altro agisca impunemente e possa servizi agli scopi del determinatore. Benchè qui sia data una qualità di autore mediata, crede Mittermaier però di non poter punire l'autore se anche si debba riconoscere che egli sia degno di pena a causa di tali azioni. Perchè la azione di legittima difesa della persona usata "col suo evento" non è antigiuridica: " un evento non antigiuridico però non può mai diventare antigiuridico per chi lo produsse in questo modo". E' strano che Mittermaier non esamini affatto l'antigiuridicità l'azione dell'autore mediato poichè egli d'altronde sempre indaga in prima linea l'azione dell'autore.

Siccome anche Hergt (Teilnahme - pg. 170) crede che l'essenza della qualità di autore mediato sia la causazione di un fatto antigiuridico ma privo di colpevolezza, per lui è chiaro che la causazione di un fatto conforme al diritto non può essere mai punibile. Secondo lui deve cessare talvolta per l'autore mediato, che usa una persona mezzo agente conforme al diritto, l'antigiuridicità.

Così ragiona anche von Hippel (vol. II - pg. 470 e segg.) trattando in generale la qualità di autore mediato e in particolar modo considerando il caso di uno strumento ch agisce lecitamente; le sue argomentazioni non ~~xxxxxx~~ mirano propriamente ad una estensione del concetto di autore ma solamente ad una spiegazione ~~che i~~ dei casi possibili della causazione di un delitto.

Pag. 99

von Hippel si basa sulla scuola italiana e sulla sua modificazione di Feuerbach e riconosce l(affermazione da essa formata e da quest'ultimo estesamente spiegata: quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur, valida anche per il diritto moderno. von Hippel crede poter constatare come contenuto di quest'affermazione che l'autore fisico è assolutamente equiparato all'autore intellettuale poichè sia lo uno sia l'altro (questi usando una persona-mezzo) abbiano causata la azione di esecuzione.

Siccome oggi solo, una parte della qualità di autore intellettuale è considerata come istigazione, ogni qualità di autore intellettuale che non è istigazione è qualità di autore mediato (secondo von Hippel). " Qualità di autore mediato e qualità di autore intellettuale (qualità di causatore) minus l'istigazione ".

Siccome von Hippel ritiene qualità di causatore ogni causazione di una attività che corrisponda alla fattispecie e siccome l'istigazione ad un fatto conforme al diritto non è punibile , è per lui senz'altro chiaro che la causazione illecita di un fatto conforme al diritto è punibile come qualità di autore mediato. Quando però una tale causazione debba essere illecita ciò non lo dice il von Hippel. von Hippel parte quindi dal concetto del causatore che dominava nel diritto comune e che fu sviluppato specialmente ed in modo scientifico da Feuerbach. Sotto il concetto di "causatore" si comprendeva il concetto superiore ad ogni causazione di un effetto antilegale. Anche nelle legislazioni di quel tempo fu introdotto questo concetto. Ma man mano esso fu tralasciato sia dalla scienza sia dalla pratica poichè esso abbracciava - secondo la concezione della vita giornaliera - troppe attività diverse. Si sviluppò la minuta distinzione tra qualità di autore, istigazione e complicità come oggi è

Pag. 100
espressa nel cod.vigente.Un concetto generale di autore come lo usano oggi ancora i codici della Norvegia, dell'Olanda e dell'Italia, è estraneo al vigente cod.tedesco. Secondo esso è punito soltanto l'autore che esegue un'azione punibile; l'istigatore che istiga ad un delitto doloso; il complice che presta aiuto ad un tale delitto. La causazione di un comportamento corrispondente alla fattispecie oggettiva di un'azione punibile, è punibile soltanto se costituisce una forma della suddetta qualità di autore o di compartecipe. Azioni che non sono azioni di autore, di autore mediato e di compartecipe possono sembrare degna di pena ma esse non sono punibili. Se von Hippel quindi parte da una forma della causazione punibile in un'azione punibile non nota alla legge e vuol punire le azioni rispettive eccezion fatta per i casi dell'istigazione come qualità di autore mediato, quest'opinione non si può derivarla dalla legge. Che per von Hippel la qualità di autore mediato non è altro che il nome per tutti i casi della causazione dolosa di un'attività di esecuzione ciò egli dice espressamente. Egli la considera non propriamente come una forma della qualità di autore ma come una completazione del concetto dell'istigazione. Con ciò von Hippel dinuovo si mette in un contrasto irresolubile con le sue argomentazioni sull'ambito dell'istigazione nel cod.pen. di cui dice che abbia trovato nella legge una regolamentazione definitiva ed esclusiva.

Pag. 101
Come potrebbe permettere ora questa regolamentazione definitiva la completazione di questo concetto?

Anche se si può dire che il concetto di causatore usato da von Hippel possa condurre nel singolo caso ad un risultato più soddisfacente che non secondo la dottrina dominante, e se dev'essere la meta di ogni

dottrina penale di trovare risultati giusti per la pratica, si deve sem_ pre osservare il diritto vigente. E' compito della scienza di scoprire una regolamentazione falsa non però di correggere per mezzo di un'inter_ pretazione combattibile la legge stessa. Portata a fine, l'opinione di von Hippel dovrebbe condurre anche a dichiarare generalmente punibile ogni compartecipazione ad un'azione conforme al diritto ma che rappresenta la fattispecie di un delitto. Questo è un risultati praticamente impossibile. D'altra parte von Hippel deve trovarsi difronte a grandissime difficoltà nella trattazione del tentativo di un delitto commesso in qualità di au_ tore mediato. La legge (§ 43) richiede un'azione che contenga l'inizio dell'esecuzione del diritto rispettivo. Siccome secondo von Hippel l'au_ tore mediato non esegue mai un'azione punibile, la sua punibilità potreb_ be derivare soltanto dall'esecuzione della persona-mezzo . Ma appunto von Hippel si rivolge giustamente con forti parole contro la possibilità di una punibilità "derivata". La costituzione della qualità di autore media_ to fatta da von Hippel non può essere applicata quindi per fondare una qualità di autore antigiuridica usando uno strumento che agisca confor_ me al diritto. Anche la sentenza del R.G. che il von Hippel adduce per la sua opinione

Pag. 102

afferma nel risultato la possibilità di una commissione di azioni ille_ cite per mezzo di una persona-mezzo agente conformemente al diritto, ma non parte mica come von Hippel da un "concetto di causatore", ma anzi tenta di dimostrare per il caso del ~~xxx~~ § 69 della legge sulla persona_ lità (Personenstandsgesetz) del 1875 che anche l'ufficiale dello Stato Civile abbia "contratto matrimonio" (quindi non soltanto prodotto la attuazione di esso) che ad un altro pubblico ufficiale che agisce con_

forme al suo dovere e al diritto ha dato l'autorizzazione a contrarre matrimonio.

Una via più giusta per il fondamento della possibilità della antigiuridicità della qualità di autore mediato con l'uso di uno strumento che agisce conforme al diritto, propone von Ammon (Befehl - pg. 104) trattandosi di un ordine antigiuridico che, secondo lui, è una ragione di giustificazione. Egli parte giustamente dal concetto che in ogni qualità di autore mediato vi sono due azioni, quella dell'autore mediato e quella della persona-mezzo. Ma egli crede che nell'ordine antigiuridico colui che dà l'ordine va punito a causa del suo ordine antigiuridico, e che l'esecuzione lecita dell'ordine da parte dell'inferiore non possa influenza affatto quest'ammissione di un ordine antigiuridico, poichè il dare un comando e la sua esecuzione siano giuridicamente indipendenti. Ciò significa che per tutti i casi della qualità di autore mediato con uso di uno strumento agente conforme al diritto, l'autore mediato è punito per la sua influenza antigiuridica sullo strumento mentre lo strumento stesso rimane impunito a causa della conformità al diritto della sua azione.

Pag. 103

Ma qui non si può concordare con Ammon poichè l'esortazione o l'azione influenzatrice o la produzione della decisione ad agire nello strumento non è ancora punibile. Non si può parlare in questo momento di un tentativo penalmente compiuto. L'esortazione o l'influenza sullo strumento è piuttosto un'azione di preparazione impunibile. Secondo il § 43 del cod.pen. occorre per il tentativo di un'azione punibile l'inizio della esecuzione del delitto relativo. Quale azione di esecuzione appare però soltanto quell'azione che corrisponde al comportamento ~~che è~~ minacciato dalla legge con pena.

L'inizio dell'esecuzione è dato se fu cominciata la realizzazione della fattispecie anche se sono necessarie ancora altre azioni per produrre lo evento ideato. Sotto il concetto della realizzazione della fattispecie sono da subordinare quindi tutte le azioni " le quali per causa della loro necessaria appartenenza all'azione della fattispecie appaiono come parti integrali di essa secondo una concezione naturale delle cose ".

E' quindi chiaro che l'influenza sullo strumento e la produzione della decisione di agire non può essere l'inizio dell'esecuzione del delitto immediatamente da compiersi dallo strumento; il comportamento dell'autore mediato non corrisponde affatto all'attività descritta nella fattispecie legale del delitto corrispondente ed anche non è una sua parte a causa di un nesso naturale con esso.

Quegli autori che già in queste azioni dell'autore mediato vedono il tentativo del delitto da compiere

Pag. 104

si mettono in contrasto col chiaro dettato della legge e trattono il tentativo della qualità di autore mediato in un senso del tutto diverso da quello della qualità di autore immediata. Non si può comprendere perchè un'azione debba essere sempre già l'inizio dell'esecuzione se l'attività dell'agente deve trovare in essa la sua fine.

Se l'esortazione dell'autore mediato per sè stessa con-tiene nulla di punibile, non è falso denominare questa esortazione come antigiuridica e l'attività dello strumento come conforme al diritto ; ma una spiegazione per la ragione in base alla quale, malgrado la conformità al diritto dell'azione dello strumento, l'autore mediato possa essere punito appunto per quest'azione, non è ancora con ciò dimostrato.

Partendo però dalla determinazione unicamente giusta dell'essenza del-

la qualità di autore mediato, non risultano delle difficoltà per l'ammis_ sione della possibilità della commissione antigiuridica di un fatto puni_ bile attraverso uno strumento agente in conformità al diritto:
in prima linea si deve constatare se nel caso dato esiste la situazione di preponderanza in base alla quale l'azione dello strumento dev'essere attribuita all'autore mediato come attività propria sicchè l'ultimo appa_ re come l'esecutore del fatto rispettivo mediante l'uso di uno strumento. Per questa constatazione non va considerata la conformità al diritto della attività dello strumento. E' rilevante solamente se l'autore mediato usu_ fruisce della non conoscenza della persona-mezzo che essa sia usata per la commissione di un'azione punibile, per produrre un evento penalmente rilevante in questa maniera, cioè come dominatore dell'attività dello strumento.

Pag. 105

Se ora all'autore mediato si attribuisce l'azione dello strumento, è in_ dubbio che soltanto l'attività corporale dello strumento può essere rife_ rita all'autore non però la valutazione giuridica di questa attività dal_ la legge. Poichè se l'azione dello strumento è"incorporata" nell'attivi_ tà penalmente rilevante dell'autore, l'azione dello strumento come atto parziale dell'attività dell'autore mediato può essere valutata solo in relazione alla sua persona poichè per ogni valutazione di un'attività è da riferirsi all'oggetto di azione, ed un'azione di sè e per sè non è nè conforme al diritto nè contrastante ad esso.
Però riguardo alla punibilità dell'autore mediato soltanto si può fare que_ sta "trasformazione del soggetto". Laddove il principio della qualità di autore mediato non regge ma per una qualsiasi ragione l'attività del_ lo strumento dev'essere considerata giuridicamente per sè sola, questa attività può essere valutata anche solamente riguardo alla personadel_

lo strumento. Soggetto di quest'azione punibile è dopo la constatazione della xxdipendenza dell'attività dello strumento e della comprensione di essa nell'azione dell'autore mediato, solo questo autore mediato ma non lo strumento.

Le opinioni che negano la possibilità di una qualità di autore mediato antigiuridica punibile con l'uso di uno strumento che agisce in conformità al diritto, partono dall'opinione che l'azione dello strumento sia da attribuire nella sua valutazione giuridica all'autore mediato. Ma l'autore mediato non risponde dell'attività punibile di un altro (dello strumento)- allora certame,te quest'attività dello strumento dovrebbe essere illecita - ma solamente alla sua xxxxx propria azione punibile.

Pag. 106

Solo nella sua persona debb no incontrarsi tutti i contrassegni xxxxxxx xxx del delitto necessarii per l'azione punibile. Ragionamenti consimili esistono del resto anche nella generale trattazione della qualità di autore mediato di un non pubblico ufficiale nei delitti d'ufficio (almeno nei cosidetti delitti di ufficio non proprii). Qui si dice giustamente che per l'attribuzione dell'azione dello strumento all'autore mediato è da considerare solo "la forza fisica" del mezzo", non però anche le qualità giuridiche di esso.

E' da menzionare ancora che il riconoscimento della possibilità della commissione di azioni illecite mediante l'uso di una persona mezzo agente in conformità al diritto, non contrasta con la opinione sopra sviluppata che lo Stato (anche ammettendo la possibilità di un'ingiustizia da parte dello Stato) non possa mai agire ingiustamente per mezzo di organi dello Stato agenti conformemente al diritto. Ma fu già respinto di considerare lo Stato come un organismo vivente. Lo Stato non agisce ma le azioni degli organi dello Stato gli vengono attribuite. Per lo Stato però questa

attribuzione non può essere di influenza sulla valutazione giuridica delle azioni in questione poichè la valutazione giuridica degli atti di Stato la si può fare soltanto in relazione al pubblico ufficiale che nel singolo caso rappresenta lo Stato.

Pag. 107

d) Mittelbare Täterschaft bei den in Betracht kommenden Strafdaten.

Se quindi non è esclusa una antigiuridica qualità di autore mediato con uso di persona agente conforme al diritto, la liceità delle azioni degli organi punitivi non impedirebbe nel presente caso di attribuire queste azioni alla persona privata che li produce come commesse in antigiuridica qualità mediata di autore.

Da una parte della letteratura , come già si è detto, si sostiene che appunto la autoritaria autorità di un organo dello Stato, in particolare l'attività del giudice, non può basarsi sull'attività di un qualsiasi persona privata perchè solo la autorità dello Stato e non una privata persona da sola è in grado di suscitare gli effetti delle azioni autoritarie. E' quindi negata la possibilità che oragni dello Stato, almeno nella loro attività autoritaria, possano essere considerati come strumenti, mediatori del fatto di un privato nella commissione di un delitto. In questa generalità però, quest'opinione è insostenibile. Essa prende le mosse dal rapporto dello Stato difronte agli individui e crede di non dover vedere nella attività dello Stato (meglio: dei suoi organi) munita di tutti i mezzi inerenti alla sua potenza, l'agire di un singolo individuo. Se si parte dalla concezione che a base della figura dell'autore mediato stia la concezione della prevalenza dell'autore mediato sulla persona usata quale mezzo, non si può concettualmente dare ad una singola persona privata la prevalenza sul volere sull'azione degli organi dello Stato.

Pag. 108

Per contro in siffatti "complessi di azioni" dovrebb'essere sempre valutata come dominante e decisiva l'attività dei pubblici ufficiali.

Ma una siffatta valutazione astratta delle forze a disposizione dello autore e della persona usata quale mezzo non può esser fatta anzi si deve sempre nel singolo caso ricercare chi appunto, riguardo a quella concreta configurazione del fatto si presenta quale agente principale la cui volontà domina il fatto. Poichè molto spesso nei casi dell'autore mediato la persona usata quale mezzo si troverà in una relazione più forte che non l'autore e appunto per questa prevalenza è usata dall'autore mediato, il quale con le proprie mani non sarebbe in grado di eseguire la azione. Si pensi ad un cattivo tiratore che inganna un buon tiratore affinchè questi colpisca un nemico mortale del primo. O alcuno si fa portare da un fanciullo un oggetto che per la sua piccolezza può introdursi attraverso la launa di un ringhiera, e ciò con l'intenzione di appropriarsene antigiuridicamente. Qui non cade dubbio che l'autore ha commesso un omicidio e corrispondente un furto sebbene egli stesso non avrebbe potuto commettere immediatamente il fatto a cagione delle sue qualità fisiche. Qui si potrebbe obbiettare che nei casi qui da indagare il privato non per mancanze di qualità fisiche ma per ragioni giuridiche non avrebbe mai potuto eseguire le diverse azioni intraprese dagli organi punitivi poichè solo questi, non però ogni persona, sono in grado di eseguire per es: una perquisizione o un arresto o di decidere autoritativamente un processo penale o di eseguire una pena detentiva.

Ma va considerato che i delitti prodotti da una persona privata in qualità di autore mediato realizzati nella loro fattispecie oggettiva dagli organi punitivi non possono essere valutati senz'altro unitariamente. La

attività degli organi punitivi può secondo l'esposizione sopra data ri_ cadere sotto la fattispecie oggettiva:

Pag. 109

dell'offesa (§ 185 cod.pen.), della semplice o pubblica calunnia (§ 186 e segg.), dell'omicidio (§ 211), della costrizione (§ 240), della pri_ vazione di libertà in ufficio (§ 341), della violazione di domicilio com_ piuta nell'esercizio dei pubblici poteri (§ 342), della falsa applicazio_ ne del diritto (§ 336) e finalmente della persecuzione penale di un non colpevole (§ 344).

Ogni privato è in grado di commettere immediatamente una offesa, un omi_ cidio ed una costrizione, nonchè una privazione della libertà ed una vio_ lazione di domicilio, non però una privazione della libertà ed una viola_ zione del domicilio nell'esercizio dei pubblici poteri, e tanto meno una falsa applicazione di diritto ed una persecuzione penale di persona non colpevole.

Secondo la denominazione usuale si dividono i delitti in delitti sem_ plici e delitti di ufficio improprii e proprii, in base al fatto che i de_ litti possano essere eseguiti da ogni persona (anche da pubblici ufficia_ li) con la stessa sanzione penale, o invece subentri una punizione più grave se un pubblico ufficiale commette l'azione punibile, o addirittura questa può immediatamente essere commessa solo da un pubblico ufficiale.

Che i delitti semplici, secondo la fattispecie oggettiva, realizzati im_ mediatamente dagli organi punitivi, come l'offesa in senso ampio, l'omi_ cidio e la costrizione, possano essere attribuiti alla persona che causa questi atti d'ufficio come delitti commessi in qualità di autore mediato, non dovrebbe trovare obbiezioni. Poichè, se il dolus corrispondente esi_ steva nella persona privata e se la sua volontà era rivolta ~~xxxxxx~~ ad u_

sare gli organi dello Stato per la commissione dei fatti punibili, abbia_ mo nella relazione tra questo causatore estraneo e gli organi dello Stato messi in moto la precisa situazione di prevalenza propria alla qualità di autore mediato. Solo quello ha la coscienza che un incolpevole è penalmen_ te perseguitato e giudicato senza ragione e che senza ragione deve subi_ re una pena. Egli è il solo responsabile.

Pag. 110

Che appunto un organo dello Stato è usato dalla persona privata come uno strumento per la commissione dell'azione punibile e in questi casi piena_ menti irrilevanti. Invero non l'atto d'ufficio come tale è attribuito al causatore l'offesa la calunnia la costrizione o l'uccisione contenutavi. Che l'autore mediato possa servirsi di tutta una serie di persone mez_ zo le cui azioni dipendono l'una dall'altra è indiscusso.

Die Behandlung der mittelbare Täterschaft ins besondere.

1) Nei delitti d'ufficio improprii.

Non offre alcuna difficoltà anche l'ammissione della qualità di au_ tore mediato della persona privata in relazione ai delitti d'ufficio im_ proprii cioè alla privazione della libertà personale ed alla violazione di domicilio commesse nell'esercizio di pubblici poteri. Questi delitti rappresentano un caso, qualificato dalla qualità di pubblico ufficiale , della semplice privazione della libertà e violazione di domicilio. Ora il cod.pen. regola espressamente nel § 50 il caso in cui la punibilità di un'azione è aumentata in base alle qualità personali di colui che l'ha commessa e determina che in tal caso siffatte circostanze partico_ lari del fatto vadano attribuite soltanto all'autore, in cui sono pre_ senti. E' opinione comune che appartenga al novero delle qualità menzio_ nate nel § 50 anche la qualità di pubblico ufficiale nei delitti d'uffi_

cio improprii. In questi la punibilità aumentata per via della qualità di pubblico ufficiale nella persona-mezzo agente immediatamente deve rimanere fuori questione per la persona privata non avente questa qualità di pubblico ufficiale e agente quale autore mediato. I delitti semplici di privazione della libertà e violazione di domicilio possono però essere attribuiti alla persona determinante gli atti d'ufficio come commessi in qualità di autore mediato come sopra fu dimostrato.

Pag. 111

2) Nei delitti d'ufficio proprii.

E' molto discussa la questione se anche i delitti proprii d'ufficio possano essere commessi in qualità mediata di autore da chi non è pubblico ufficiale. Spesso gli scrittori affermano che per la qualità di autore mediato non sia soltanto irrilevante se l'autore mediato avrebbe potuto eseguire il fatto immediatamente nello stesso modo, ma anche se in questo modo tutti dèlitti, in particolare anche quelli proprii d'ufficio, possano essere compiuti da un autore estraneo purchè la persona mezzo compia un'azione sotto ogni riguardo conforme alla fattispecie.

Questo modo dipensare è sostenibile solo se il cod.pen. nelle sue fattispecie si rivolgesse non soltanto contro chi esegue il fatto relativo, ma anche contro ognuno che ha posto una condizione per l'evento penalmente rilevante; poichè un estraneo concettualmente non può compiere un fatto punibile come pubblico ufficiale ma soltanto può cagionare il fatto punibile di un pubblico ufficiale. Che però il vigente cod.pen. non abbia seguita quest'opinione ma occorrevano speciali disposizioni sulla compartecipazione, per pure non solo chi esegue un'azione punibile ma anche chi cagiona questa esecuzione, abbiamo già dimostrato

Pag. 112

Quindi anche la maggior parte degli scrittori che nei delitti speciali ammettono la possibilità di una qualità di autore mediato anche da parte di un estraneo, ingiustamente la qualità di autore come "la causazione di un evento penalmente rilevante". Essi quindi si trovano nell'errore di riconoscere con la causalità senz'altro anche la qualità di autore.
Ma se per la punibilità di un'azione è richiesta la commissione da parte di un pubblico ufficiale non si può parificare a ciò la causazione di essa azione da parte di una persona privata. La possibilità di commettere un delitto in qualità di autore mediato non può essere più grande della possibilità giuridica di commettere lo stesso delitto in qualità di autore immediato.

Non è una logica contraddizione affermare malgrado una fondamentale negazione della qualità di autore mediato la possibilità di un'istigazione e di una complicità da parte della persona privata, in questi casi. Poichè qui è richiesta dalla legge solamente una determinata causazione della esecuzione commessa da un altro, e questa causazione può provenire da ogni uomo. Se von Hippel crede inoltre che la legge come in ogni caso così nei delitti proprii si riferisca solo all'autore fisico
Pag. 113
e non a colui che agisce solo mediatamente, ciò appunto non è il caso nei delitti proprii tenuto presente il § 371 del cod.pen. in cui precisamente si parla di una causazione della dichiarazione di un pubblico ufficiale per mezzo di un estraneo. Che la qualità di autore mediato sia qualità di autore non è discusso. Per analogia con la regolamentazione della compartecipazione e con la punizione del compartecipe ad un delitto proprio non si possono trarre delle conseguenze per la qualità di autore mediata. Se si crede che la qualità mediata di autore non sia altro che il nome per una

forma di compartecipazione (così von Hippel e Petri), ogni autore mediato dovrebbe essere impunito; poichè il cod.pen. conosce soltanto la qualità di autore mediato e della compartecipazione soltanto le forme espressamente regolate. Un'azione che non è nè qualità d'autore nè compartecipazione (legalmente regolata) non può essere punita anche se appare nel singolo caso degna di pena. Il cod.pen. non conosce più la figura del causatore come la conosceva il delitto comune. Anche il Binding caratterizza come qualità di causatore il caso in cui un extraneus causa colpevolemente la commissione del Tatbestand oggettivo di un delitto proprio da parte di un intraneus non responsabile. Ma egli dice giustamente che secondo il diritto vigente un tale causatore deve rimanere impunito poichè "tra autore e causatore vi è una differenza profonda", ed egli lo chiamò pure un errore della legge. La dottrina dominante nega anche giustamente la possibilità della qualità di autore mediato in un delitto proprio.

Pag. 114

Molto contradittoria è la trattazione di questa questione in von Liszt il quale invero anche da diverse dottrine è considerato un loro seguace: una volta egli dice espressamente che in un delitto proprio, in particolare in un puro delitto di ufficio possa essere autore mediato solo colui che possiede la determinata qualità richiesta nella fattispecie legale. Ma subito dopo egli combatte le dottrine che nellaquestione se la qualità di autore mediato possa ammettersi in tutti i delitti, ritengono necessaria un qualsiasi delimitazione su singoli gruppi di delitti, per es: per i puri reati d'ufficio. Egli identifica la sua opinione con quella di Petri e di Winter, che con particolare acutezza difendono la possibilità della qualità di autore mediato in un estraneo in relazione a tutti i delitti proprii.

Nella qualità di autore mediato di persone private che causano atti di ufficio contro un incolpevole non possono comprendersi i delitti di ufficio proprii, cioè la falsa applicazione del diritto (§ 336) e la persecuzione penale di un non colpevole (§ 344).

In conclusione si può stabilire che gli atti d'ufficio conformi al diritto diretti dagli organi punitivi contro un incolpevole possono essere attribuiti concettualmente come fatti antigiuridici commessi in qualità di autore mediato, a chi li ha prodotti nella consapevolezza che essi colpivano un non colpevole; questi delitti sono: violazione di domicilio (§ 123); offesa (§ 185); semplice e pubblica calunnia (§§ 186 e 187); omicidio (§ 211); privazione della libertà personale (§ 239); costrizione (§ 240).

Enrich Drost

Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künfti-
gen Strafgesetzbuch

Zeit. vol. 51 - Fasc. III - 1930-1931

Pag. 359

Ragioni, che escludono la olpevolezza di un autore non debbo essere applicate in favore dell'istigatore. Questo postulato di farl difronte al d r.pen. futuro vale in prima linea per il caso che l'istigatore creda erratamente alla mancanza di tali ragioni - cioè nei casi in cui l'istigatore non sa che l'autore si trova in errore (§ 59 cod. pen.) o che si trova in uno stato di legittima difesa putativa o non è capace d'intendere. Questo postulato però vale anche nel caso in cui l'istigatore conosce queste ragioni che escludono la colpa dell'autore. Non è giusto che in questo caso l'istigatore, il determinatore del delitto, è srmpre autore mediato. Non lo è in prima linea dove non può essere autore mediato: nei delitti commissivi soltanto in commissione manu propria ed anche nei delitti proprii se nella sua persona nob sono presenti le richieste qualità speciale.

Pag. 360

Non lo è inoltre laddov non vuol essere autore mediato: non ognuno che determina un altro di cui sa che si trova in uba situazione di necessità o di legittima difesa putativa, alla commissione di un delitto, ha eli stesso il dolus di autore. Ugualmente non lo ha quegli che consiglia ad un incapace d'intendere che quest'ultimo risponda su di una ingiuria con un'offesa. Il consigliere di un incapace d'intendere non vuole far

consistere la propria disistima, egli non ha dolus di autore ma vuol produrlo in un altro. Non è dubbio che questi casi che nel diritto vigente non sono considerati richiedono una punizione. Il progetto del 1927 vuole soddisfare pienamente al postulato suddetto. Dando un fondamento a questo concetto - in occasione del caso dell'incapacità d'intendere dell'autore - il Progetto dice espressamente che non è soltanto irrilevante l'errore dell'istigatore sulla capacità d'intendere dell'autore ma anche che oltre ciò in avvenire si possa istigare un incapce d'intendere nello stesso come un capace d'intendere. Ha il Progetto esprimere nella giusta formulazione questa del volontà del legislatore?

Il § 29 infligge la pena dell'istigatore ad ognuno che "determina dolosamente che un altro esegua un fatto". Che vuol dire "fatto"? Nel Progetto del 1925 era contenuto ancora nel § 25 corrispondente a quello ora detto, l'espressione "azione punibile". Se il mutamento dell'espressione debba portare ad una diversa concezione, ciò non dice il Commento al Progetto. Nella commissione penale nel Parlamento dichiare il rappresentante del Governo rispondendo ad una siffatta domanda: "Il Progetto 1927 distingue acutamente fra azione punibile e fatto. Fatto è l'avvenimento concreto, l'azione punibile invece il concetto astratto ". Pare in prima linea a noi assurdo per quanto riguarda la tecnica legale creare per la concretizzazione di unconcetto astratto un nuovo concetto, ma oltre ciò in questo caso ciò è maggiormente falso per la seguente ragione:

Pag. 361

il § 24 del Progetto 1927 che si riferisce alla legittima difesa, parla espressamente di un fatto non antigiuridico, e quindi conosce la possibilità di un fatto conforme al diritto. Lo stesso risulta generalmente dal § 23. Se quindi il concetto del fatto non contiene necessariamente l'elemento del-

l'antigiuridicità, il § 29 avrebbe punito anche un'istigazione a fatti non antigiuridici. Ma non è dubbio che il Progetto 1927 voleva punire soltanto la compartecipazione a fatti antigiuridici. Perciò sarebbe meglio risostituire l'espressione "azione punibile" invece dell'espressione "fatto", poichè secondo l'opinione dei creatori del Progetto l'esecuzione di un fatto non debba essere altro che la commissione di un'azione punibile.

Un'altra questione è quella se il concetto dell'azione punibile del Progetto corrisponde a quello del diritto vigente. Com'è noto, nel diritto vigente la colpevolezza è un elemento costituivo di questo concetto. Il Progetto cambia ciò. Così per esempio non si dice più che nel caso dell'incapacità d'intendere dell'autore non esiste un'azione punibile ma il § 12 dice soltanto: " Chi al tempo del fatto non è capace d'intere, non è punibile ", e nel § 16 : " Punibile è soltanto colui che agisce dolosamente o colposamente ". Laddove invece l'antigiuridicità di un'azione non esiste, secondo il § 23 "un'azione punibile non esiste". Secondo il Progetto è quindi un'azione punibile esclusa soltanto se manca l'antigiuridicità non già se manca la colpevolezza o la capacità di averla. Questo fatto non abolisce la punibilità dell'azione, ma solamente quella dell'autore. Le ragioni di esclusione della colpevolezza sono quindi diventate nel Progetto ragioni personali di esclusione della pena. La non esistenza della colpevolezza non esclude più il concetto di azione punibile. Un'azione punibile nel senso del Progetto è ogni comportamento antigiuridico e conforme alla fattispecie. Minacciando con pena ogni compartecipazione atali azioni punibili, il Progetto ha delimitato l'accessorietà della compartecipazione cioè ha reso indipendente la compartecipazione dalla colpa dell'autore dell'autore.

Pag. 352

Non era necessario che questa trasformazione risultanto da ciò ch'è detto

finora fosse confermata espressamente dal § 31. Questo paragrafo non co_ stituisce ma constata solamente la limitazione dell'accessorietà. Lo fa inol tre in una forma capace di produrre equivoci dichiarando la punibilità del_ l'istigatore indipendente dalla punibilità di chi esegue il fatto. Non man_ ca anche la punibilità di chi esegue un fatto in istato di legittima dife_ sa? Certamentexxxx a questo riguardo la punibilità dell'istigatore doveva rimanere dipendente da quelladell'autore. Quindi dovrebbe togliersi anche nel § 31 come in generale nella parte che tratta la compartecipazione,la espressione "fatto". In verità il § 31 vuol dire soltanto, che l'istigazio_ ne debba essere indipendente dalla colpa dell'autore, e quindi non offre altro che un a legale definizione del concetto del fatto cioè dell'azione punibile. Se una tale definizione è in verità ritenuta necessaria,almeno non dovrebb'essere data in questa forma indiretta ed equivoca ed inoltre in un posto sbagliato, ma nel § 9 in una cifra 11 all'incirca nel seguente modo: " Un'azione punbile nel senso della legge è ogni fattispecie sanzio_ nata con pena, contenuta nella parte speciale ". E' però dubbio se una ta_ le definizione legale è necessario - definizioni legali non sono espres_ sioni di un'arte legislatoria -, poichè la diversità difronte alla vecchia regolamentazione è senz'altro chiaro. Il § 31 è quindi oggettivamente su_ perfluo e del resto errato nella sua forma.

La seconda diversità riguardante la fattispecie dell'istigazione por_ tata dal Progetto consiste nel fatto che l'espressione "bestimmen" del § 48 del cod.pen. fu sostituita dall'espressione "veranlassen". Una ra_ gione per questo cambiamento dell'espressione non si trova. Si è detto che anche uno che è già deciso all'esecuzione di un fatto lo si possa "ve_ ranlassen". Non è possibile del resto che si possa veranlassen anche una persona a commettere un delitto colposo? Nell'uso della lingua sono pos_ sibili ambedue i casi, ma non è necessario che sia così. Il Progetto sot_

trae ad ambedue le interpretazioni la possibilità di esistere ripetendo più volte nelle argomentazioni fondamentali adesso:"l'istigatore deve aver destato nell'altro la decisione al fatto".

Pag. 363

Ma non sarebbe stato meglio lasciare l'espressione "bestimmen" del § 48? Essa non dà luogo a questi dubbi e non dice indubbiamente nient'altro che la produzione della decisione. Noi crediamo però tuttavia che il cambiamento dell'espressione sia una buona novità; poichè abolisce una questione molto discussa nel diritto vigente. Chi determina un altro ad un fatto desta in lui la decisione al fatto. Col dolus di produrre in una persona la decisione ad un fatto non è necessariamente collegato il dolus che questa persona realizzi anche la decisione. L'agent provocateur, com'è noto, non ha un tale dolus. Egli sarebbe punibile secondo il § 48 del cod.pen. mentre la dottrina dominante richiede, a base dello scopo che risiede nella legge, per l'istigatore nel senso del § 48 anche il dolus che l'istigato esegue la sua decisione al fatto, per pervenire così all'impunità dalla agent provocauteur. Questa discussione è tolta di mezzo dal § 29 del Progetto attraverso la parola veranlassen che a questo riguardo è felicemente scelta. Chi determina dolosamente uno ad eseguire il fatto deve avere un dolus che necessariamente è rivolto non soltanto alla prpduzione della decisione dell'altro ma anche alla realizzazione di questa decisione. La discussione intorno all'agent provocateur nel diritto vigente è quindi decisa dal § 29 del Progetto nel modo che questi è impunibile.

II.

Ora la questione è, quali effetti abbia il cambiamento della fattispecie

dell'istigazione nel Progetto sulla qualità di autore mediato. Com'è noto essa consiste nel fatto che l'autore per la commissione di un'azione punibile si vale di un altro nel modo che questo completamente o parzialmente esegue il fatto. La possibilità giuridica di una tale commissione di azioni punibili si basa sul fatto che la legge non richiede che l'autore realizzi personalmente i singoli elementi delle fattispecie speciali. (8)

Pag. 364

E' indiscusso che il dir.pen. non conosce una delegazione nella volontà. La volontà penalmente rilevante, la colpevolezza, deve esistere nella persona punibile come autore. Ma è benissimo possibile che egli esprime la sua volontà penalmente rilevante, invece personalmente, per mezzo di un'altra persona, cioè per mezzo di un delegato nella dichiarazione - chiamata nella terminologia del diritto civile delegato - in quella del diritto penale persona-mezzo.

Siccome la qualità di autore mediato è una forma della qualità di autore può essere autore mediato soltanto chi può essere anche autore immediato (ciò è d'importanza pratica nei delitti proprii). La qualità di autore mediato è sempre ammessa laddove singole fattispecie di delitto non richiedano dall'autore la realizzazione personale. " Il disertore deve scappare con le proprie gambe ", come dice Binding. Prescindendo da questi delitti eseguibili solo in commissione manu propria, l'autore può sempre realizzare per mezzo di uno strumento tutte o singole parti delle fattispecie speciali dei delitti.

Pag. 365

Se la persona-mezzo realizza tutti i contrassegni del fatto nella sua persona ed inoltre è colpevole, non è punibile come autore e il diritto vigente chiama l'autore mediato istigatore poichè la legge ha regolato questo caso insieme con i casi in cui un istigatore non ha il dolus di autore , cioè

nel § 48 sotto la comune denominazione: istigazione. Secondo la legge positiva odierna lo strumento è quindi caratterizzato da un fattore negativo, dalla sua non responsabilità come autore. La ragione di essa è indifferente, sia che gli manchi generalmente la capacità di essere colpevole (§ 51 del cod.pen.) sia che egli in seguito a un errore sulla situazione del fatto rispettivo sia senza colpevolezza, sia che egli non abbia agito nella richiesta forma della colpevolezza (colposamente invece di dolosamente), sia che gli manchi l'elemento normativo della colpevolezza, o perchè egli non ha idee normali sul valore delle cose - un selvaggio in una compagnia di un circo strappa dietro un comando del direttore dei fiori da un giardino pubblico - o perchè esiste una speciale situazione (stato di necessità legittima difesa putativa), sia che egli abbia realizzato solo parzialmente la fattispecie di un delitto (manca per es: l'intenzione chiesta dalla legge o la qualità specia le in un delitto proprio), sia che egli finalmente nella sua persona non abbia agito antigiuridicamente (per esempio uno produce per mezzo di una cosa altrui un pericolo per un uomo avendo il dolus che l'uomo in pericolo danneggia o distrugge questa cosa difendendosi. Chi si trova in pericolo agisce conforme al diritto secondo il § 228 del cod.civ.; egli è contemporaneamente strumento per colui che qui come autore mediato commette dolosamente un danneggiamento di cose) .

Quale influenza ha quindi l'amplificazione della istigazione del Progetto su queste varie possibilità della qualità di autore mediato?

Il fattore che è comune all'istigazione e alla qualità di autore mediato consiste, come ha detto giustamente M. E. Mayer

Pag. 366

nel fatto che uno ha determinato un altro all'esecuzione di un fatto. Questo fattore comune fu introdotto nel § 29 del Progetto e , come ora sentiremo fu limitato: secondo il § 29 è punibile come istigatore solo chi ha

determinato (xxxxxxxxxxx) verablassen) xxx un altro ad un agire dato che :

1°) lo abbia fatto dolosamente, e che

2°) l'altro a abbia agito antigiuridicamente e b abbia realizzato interamente una fattispecie di un delitto.

Siccome quindi è anche diventata istigazione la determinazione di un delitto incolpevole, indubbiamente tutti quei casi della qualità di autore mediato in cui l'autore fece eseguire il fatto per mezzo di uno strumento incolpevole o scusato, sono ora compresi nel concetto della istigazione (11). Il Progetto però non si accontenta di ciò ma richiede di più. Crede cioè di aver reso superflua la qualità di autore mediato con la limitazione della accessorietà dell'istigazione, con l'amplificazione cioè della fattispecie dell'istigazione. Il Progetto del 1925 credeva anche di esserne riuscito pienamente. Il Progetto del 1927 cerca in particolar modo di rendere non necessaria la figura del cosidetto strumento doloso, creando col § 32 cap. I la possibilità che un pubblico ufficiale può istigare penalmente un non ufficiale ad un vero delitto di ufficio purche l'ultimo abbia compiuto la fattispecie esterna del delitto; ed amplificando i delitti di intenzione nel modo che in avvenire l'intenzione di procurare ad un terzo i vantaggi dell'esecuzione non contrasta con la qualità di autore. I fondamenti del Progetto determinano ora il presunto campo restante della qualità di autore mediato. Lì siona a pag. 28 : " La qualità di autore mediato è limitata ai casi in cui l'agente è uno strumento cieco dell'autore, dove lo strumento è indotto in un errore che gli rende impossibile riconoscere ciò che produce attraverso la sua azione in cui, brevemente detto, esso non sa cosa fa ".

---

(11) Così anche von Hippel Z. Str. W. 47 - pg. 59 ; Kern Ger. S. 92 - pg. 27 ; Bumke ; Engelsing pg. 81; Merkel in Frank-Festgabe - vol. II - pg. 159 .

Pag. 367

I fondamenti adducono l'esempio del timoniere che mette una nave sulla sabbia (§ 228 del Progetto) poichè egli fu indotto per mezzo di segnali falsi di un altro a prendere una falsa rotta. Qui dicono i fondamenti si può mantenere la espressione qualità di ~~xxxxxxxx~~ autore mediato per l'altro benchè questi secondo l'uso comune della lingua possa essere chiamato autore.

In verità è questo caso un comune caso di errore da equiparare a quello in cui un medico dà ad una suora invece della medicina un veleno il quale essa somministra incoscientemente al paziente. Il timoniere ~~xxxx~~ ha messo la nave sulla sabbia nello stesso modo come la suora ha ucciso il paziente. Ma mbedue sono incolpevoli poichè si figuravano un'altra situazione che non quella che in verità producevano (§§ 59 del cod. pen., 20 cap. I del Progetto). Siccome tutti i casi della qualità di autore con strumenti incolpevoli sono fusi nella amplificata istigazione, lo sono anche questi casi. Il campo giuridico dai fondamenti addotto per la qualità di autore mediato è quindi in verità attraverso il § 29 del Progetto diventato istigazione.

Ma in questo caso è più importante l'altra parte dell'affermazione che cioè oltre questo campo restante secondo il Progetto del 1927 non esista più una qualità du autore mediato. Secondo i fondamenti è quindi da comprendere la punibilità di un uomo che ha determinato un altro ad agire, da dedurre esclusivamente dal § 29 . Conseguentemente si dovrebbe dire che la deyerminazione di un altro ad agire è punibile soltanto se il § 29 sia realizzato. Questa interpretazione voluta dai fondamenti ha però delle conseguenze ~~xxx~~ a cui certamente non si è pensato:

1°) allora è punibile solo la determinazione dolosa. Quindi sarebbe

insieme con la istigazione colposa impunibile generalmente anche la qualità di autore mediata colposa. Quest'ultima certamente la si può concepire spesso come qualità di autore immediata colposa,ma non sempre.
Pag. 368

Chi ha prodotto colposamente la decisione di un non responsabile ad un fatto, è forse autore immediato, se l'altro esegue la sua decisione?
2°) siccome il determinato deve aver eseguito un fatto, cioè tutti gli elementi di una fattispecie, sarebbero impunibili quei casi in cui lo strumento realizza solo parzialmente una fattispecie.

Riguardo ai delitti proprii il Progetto ha certamente nel § 32 cap.I tolto via il requisito delle qualità speciali nella persona mezzo, ma esso perviene con ciò nei veri delitti proprii alla costruzione contraddittoria di una istigazione senza fatto, la quale inoltre praticamente conduce alla impunibilità dello strumento doloso! Riguardo ai delitti d'intenzione dicono i fondamenti di aver reso superfluo la figura dello strumento doloso senza intenzione. Ma i redattori hanno trascurato una serie di delitti di intenzione: il delitto della soppressione di documenti richiede la intenzione di sottrarli alla vita giuridica (§ 209). La falsificazione di documenti richiede l'intenzione di far uso del documento falsificato (paragrafo 203). La falsificazione di monete nel Progetto richiede l'intensione che la moneta falsificata vada messa in circolazione come buona (§ 215) . Come ora la situazione se uno determina dolosamente un altro alla distruzione di un documenti alla falsificazione di documenti o di monete senza avere la nominanta intenzione? Allora l'esecutore non ha realizzato pienamente la fattispecie di questi delitti, egli non ha commesso alcun "fatto". Il determinatore non potrebbe essere punito per la sua dolosa determinazione per argometo ex contrario dal § 29 .

I casi in cui lo strumento realizza solo parzialmente una fattispecie

di un delitto si possono aumentare a piacere. Essi sarebbero tutti impu_ nibili. Inoltre diventerebbero impunibili i casi, dato che la determina_ zione dolosa di un altro ad agire è punibile soltanto se quest'altro rea_ lizza una fattispecie del delitto, in cui l'esecutore non compie nessuna fattispecie. Sarebbero quindi imounibili sempre

Pag. 369

la determinazione dolosa ad un danneggiamento di una cosa propria, la le_ sione personale del proprio corpo, al suicidio (il suicidio sarebbe pu_ nibile soltanto secondo il § 248 del Progetto del 1927). Secondo il di_ ritto vigente è certamente punibile come autore mediato colui che deter_ mina un incapace d'intendere ad un danneggiamento di una cosa propria o alla lesione del suo corpo. Lo stesso vale evidentemente di chi si xxxx sbarazza di un incapace d'intendere determinandolo al suicidio. Egli è assassino. Deve in verità quest'ultimo caso nell'avvenire essere minac_ ciaot solo con detenzione secondo il § 248 del Progetto? E gli altri ca_ si devono diventare del tutto impunibili?

3°) L'esecutore inoltre deve aver commesso sercondo il § 29 il fatto in modo antigiuridico. Sarebbe diventata quindi impunibile ogni deter_ minazione dolosa all'esecuzione di un delitto il quale l'esecutore era in diritto di commettere. Prescindendo dal caso di necessità menziona_ to a pag. 365, secondo il § 228 del cod.civ., dobbiamo qui considerare che il § 25 del Progetto del 1927 dichiara azioni di ,necessità che oggi sono soltanto scusate,ampiamente come azioni giustificate. Anche casi si legittima difesa di questo genere si possono benissimo pensare. A vuol dare una bastonata a B . Egli istiga con false dichiarazioni B ad assalire C il quale ad A è conosciuto come un perfetto boxer. B assale C ma da esso viene percosso pienamente in stato di legittima difesa. Qui xx A ha causato per l'azione di C dolosamente una lesione persona_ le di B . Egli oggi è autore mediato ma secondo il § 29 del Progetto

sarebbe impunito poichè il determinato non ha agito antigiuridicamente.

Che tutto questo non è nè voluto nè desiderato, non è dubbio. Ma sarebbe la necessaria conseguenza se il § 29 fosse interpretato concordo con i fondamenti nel modo che la qualità di autore mediata sia compresa nella istigazione. Ora è possibile interpretare il § 29 come lo vogliono i fondamenti, ma ciò non è necessario.

Pag. 370

Siccome, quando esiste un dubbio, una legge viene interpretata nel modo che risulti un risultato ragionevole anche là dove contrasta con le ragione addotte dai fondamenti, il § 29 sarebbe secondo la mia opinione da interpretare nel seguente modo: chi determina dolosamente un altro a realizzare antigiuridicamente una fattispecie è punibile come istigatore anche se l'altro è scusato. Colui che determina un altro ad eseguire un altro fatto che non quello caratterizzato nel § 29, in ogni caso non è punibile come istigatore. Se egli sia forse punibile come autore mediato non è espresso nel § 29. Questa interpretazione significa quindi che anche sotto il dominio del Progetto è rimasta una qualità di autore mediata nella forma che lo strumento non agisce antigiuridicamente o ~~xxxxx~~ nel caso che agisse antigiuridicamente, non compie però l'intera fattispecie di un delitto. Il § 29 ha quindi compreso sotto la istigazione solo quella qualità di autore mediata nella quale l'esecutore non è capace d'intendere o è scusato per un'al tra ragione. Questa regolamentazione però ha sempre ancora i seguenti effetti:

1°) la qualità di autore mediata è divisa; essa in parte è regolata nel § 29, in parte essa consiste fuori di questa norma. Una distinzione concettuale tra qualità di autore mediata e istigazione è resa impossibile

attraverso questa disgiunzione di cose che appartengono insieme e la unione di cose concettualmente diverse.

2°) in quanto la qualità di autore mediata è fusa nel § 29 , essa , se commessa colposamente, diventa in contrasto al diritto vigente impunibile. Chi colposamente ha prodotto in un incapace d'intendere la decisione ad uccidere non è autore mediato se questa decisione viene realizzata se si vuol comprendere sotto il concetto di autore che l'autore esegue egli stesso il fatto. Come autore mediato egli non può essere considerato, poichè il § 29 punisce solo la determinazione dolosa. Una estensione del § 29 alla determinazione colposa è impossibile finchè non è desiderata la punibilità dell'istigazione colposa.

3°) il § 29 ha in verità preso irrilevante l'errore del terminatore sulla presenza di ragioni che escludono la colpevolezza del determinato.

Pag. 371

Esistono però le difficoltà di tutti quei casi in cui il determinatore si trova in errore sulla conformità alla fattispecie o sulla giuridicità dell'azione da lui causata. Se nel caso addotto a pag. 369 A vuol produrre la lesione personale di B attraverso un'azione di legittima difesa di C , se C però in seguito all'attacco di B lo schiaccia senza propria legittima difesa, A oggettivamente ha istigato, cioè ha determinato il punibile C ad eseguire un fatto, e cioè in qualità di autore. Ma gli manca il dolus richiesto nel § 29, che cioè l'altro realizza antigiuridicamente la fattispecie. A è quindi oggettivamente non però soggettivamente istigatore nel senso del § 29 . Egli come istigatore non è punibile. Col dolus di un autore mediato egli ha posto oggettivamente un'azione di istigazione.

Un altro esempio serva per l'errore sulla conformità alla fattispe-

cie: A determina B a bruciare un paio delle sue scarpe per impedire che queste, come gli ha detto l'agente di polizia, servino come prova in un processo penale iniziato contro di lui. Se egli non comunica questa intenzione a B egli commette in qualità di autore mediato una soppressione di materiale di prove (§ 194 del Progetto). Se però B ha avuta conoscenza del processo e della intenzione della polizia, e quindi, riconoscendo l'intenzione di A brucia le scarpe per togliere questo pericolo da A , egli stesso è autore del § 194 . Dinuovo un caso in cui il determinatore A ha istigato oggettivamente nel senso del § 29 in cui però non aveva il richiesto dolus dell'istigatore. Egli ha voluto determinare B non ad un fatto, non alla realizzazione di tutti gli elementi della fatrispecie del § 194. Anche come autore mediato egli non è punibile finchè la determinazione di una qualità di autore responsabile è punibile solo come istigazione.

Questi casi dimostrano che la divergenza fra il fare e il giudicare del determinato e fra il dolus che vi si riferisce (da parte del determinatore), è diventato sì irrilevante riguardo alla colpa non però riguardo alla conformità alla fattispecie ed alla antigiuridicità. Queste controversie ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ riferentesi a questo errore il Progetto non ha potuto sopprimere.

Pag. 372

Si potrebbe pensare di superare queste difficoltà della regolamentazione prevista nel Progetto per mezzo di una completa fusione di queste forme, comprendendo o la qualità di autore mediata nell'istigazione o viceversa.

Il Progetto ha tentata la prima possibilità. Il tentativo è come vediamo mal riuscito. Il tentativo deve fallire fin quando si vuole soste_

nere l'accessorietà dell'istigazione, la sua dipendenza da una antigiu_ridica realizzazione della fattispecie da parte del determinato. Non è possibile comprendere sotto quest'istigazione la qualità di autore media_ta senza xxxxxxxxxxx che tutti i casi della qualità di autore mediato con azioni non conformi alla fattispecie o non antigiuridiche dello stru_mento diventano impunibili. Siccome questo non è desiderabile, non si può proseguire questa strada.

Rimane il tentativo di xxx seguire la via contraria cioè di comprendere l'istigazione nella qualità di autore mediato. Ma ciò xx avrebbe le seguen_ti conseguenze:

1°) Siccome la qualità di autore mediato può essere realizzata anche per mezzo di azioni conformi al diritto o non conformi alla fattispecie , la istigazione diventerebbe punibile anche a tali azioni se non si volesse lasciare impunite queste forme della qualità di autore mediata, il che sarebbe non desiderabile.

2°) Il tentativo dell'istigazione diventerebbe punibile in quanto che il tentativo del fatto è punibile.

3°) L'istigazione colposa cioè la determinazione colposa di un fatto do_loso, diventerebbe punibile, in quanto lo è la commissione colposa di un delitto.

4°) Non ci sarebbe istigazione a delitti proprii attraverso persone che non hanno esse stesse le qualità speciali richieste.

Tutto ciò sono xxxxx degli effetti da nessuno desiderati che si potreb_bero escludere solo per mezzo di quantità di norme in cui tuttavia di nuo_vo dovrebbe essere espressa l'istigazione come una forma speciale. Quin_di la fusione di queste due forme è sempre impossibile. Non si possono iunire due fattispecie in una fattispecie legale se si vogliono stabilire conseguenze giuridiche per ognuna di esse.

La voluta diversità delle conseguenze giuridiche ci costringe ad una divisione di queste due forme della determinazione. Non vi altra via per abolire le conseguenze insopportabili unite al § 29 del Progetto. Specialmente se si vuol abolire completamente la possibilità che uno a seguito di un errore sul comportamento della persona da lui determinata sia soggettivamente autore mediato ma oggettivamente istigatore, si deve seguire fino all'ultimo la strada mostrataci dal Progetto del 1927. Si deve dichiarare irrilevante insieme con l'errore sulla capacità di intendere od altre ragioni che escludono la pena anche l'errore sulla conformità alla fattispecie e al diritto. L'istigazione el qualità di autore mediato dovranno anche nell'avvenire presupporre riguardo al determinato che egli sia stato determinato ad un agire. Ma per quanto riguarda le modalità di questo agire (antigiuridicità, conformità alla fattispecie e colpevolezza) queste non devono avere importanza per la questione se dal genus della determinazione derivi la species dell'istigazione della qualità di autore mediata. Se l'errore su queste modalità dve diventare irrilevante queste non debbonoepiù essere momenti specifici per queste due forme di determinazione. L'istigazione e la qualità di autore mediata debbono distinguersi solo secondo il principio di considerare ciò che il determinatore stesso ha voluto e fatto.

In prima linea hanno ambedue in comune il dolus che venga commessa un'azione punibile e colpevole. In tutte le altre cose però il dolus di queste due è diverso. Lo scritto commemorativo al Progetto del 1919 definiva questa distinzione nel seguente modo: " L'istigatore parte dal concetto che il determinatore possa e voglia commettere il fatto come un fatto proprio; egli vuole soltanto partecipare al fatto altrui. L'autore mediato vuol commettere egli stesso il fatto; in lui predomina il pensiero che l'altro sia solamente uno strumento nella suamano ". Noi cre-

diamo però che questa distinzione la si può esprimere ancora meglio: l'istigatore vuol produrre in un altro la decisione ad agire, l'autore mediato invece far eseguire la sua decisione attraverso un altro di cui la situazione psichica gli è indifferente. L'istigatore non vuole egli stesso il fatto, egli vuole soltanto che l'altro lo voglia. Quindi lo istigatore vuole il fatto solo condizionato dalla decisione dell'autore: la decisione dell'autore regolarmente non la si può omettere senza che il dolus dell'istigatore rivolto verso la commissione del fatto non resista. L'autore mediato invece vuole il fatto incondizionatamente: se manda la decisione al fatto nello strumento il suo dolus rimane infatto e al massimo egli si sente indotto a scegliere un altro strumento. Per lui è di regola la persona dell'esecutore fungibile non però per l'istigatore. Se io dico a qualcheduno: uccide il seduttore di tua moglie o : se quello là sparla su di voi dategli uno schiaffio o: una piccola falsificazione di una cambiale vi metterà di nuovo a galla, è indubbio che io non voglio far eseguire la mia propria decisione a questi delitti ma che voglio solamente produrre nell'altro la decisione alla commissione del fatto. Io sono istigatore e non autore mediato. Anche se io so che il dame determinato è incapace d'intendere, posso tuttavia secondo la giusta interpretazione del diritto vigente non essere punito come autore mediato. Questo permette alla decisione del determinato solamente come questi debba eseguire il fatto, non però se esso addirittura si debba eseguire. L'autore mediato lascia quindi l'esecuzione del suo fatto fare ad un altro mentre l'istigatore lascia far ~~xxxx xx x~~ all'altro la commissione del fatto. Non si dovrebbe negare che si tratta di una situazione psichicamente diversa se uno è deciso alla commissione di un fatto ed ora fa realizzare interamente o parzialmente la sua propria decisione per mezzo di un altro, o se egli vuol destare in un altro la de-

cisione a questo fatto. Il dolus dell'istigatore è quindi nè identico a quello dell'autore mediato nè esso sta in una relazione logica ad eso come il minus al maius.; egli è invece difronte all'altro un alius. A questa diversità del dolus corrisponde anche una diversità della fattispecie oggettiva

Pag. 375

cioè del modo dell'influenza sul determinato. Per l'istigatore è essenziale che egli desti in un altro la decisione al fatto. Questa produzione della decisione al fatto è il solo modo concettualmente possibile dell'influenza psichica dell'istigatore sull'istigato. Invece per l'autore mediato è indifferente la situazione psichica dello strumento. Egli determina in esecuzione della sua propria decisione solo un determinato comportamento esterno dello strumento. Se questo comportamento si basa su una decisione dello strumento o su di una colposità o se addirittura lo strumento agisce colpevolmente e antigiuridicamente se esso compie l fattispecie del diritto o soltanto parzialmente se egso è punibile come autore immediato: tutto ciò è irrilevante per l'autore mediato. Questo concetto non richiede altro che soggettivamente il dolus di autore e oggettivamente la determinazione di un altro ad un agire che realizzi questo dolus del tutto o parzialmente.

Il § 46 del cod.pen. disgraziatamente ha chiamato il caso della qualità di autore mediata in cui lo strumento è anche responsabile come autore, come istigazione e lo ha sottoposto alla regolamentazione fatta per l'istigazione propriamente detta fatta nel § 48. La conseguenza non è soltanto una confusione di ambedue i concetti ma anche una insopportabilità pratica: se A vuole uccidere B e si assolda, per farlo molto bene l'X che in queste cose ha esperienze, egli certamente ha il dolus di autore e fa so-

lamente eseguire il suo dolus attraverso un altro. Tuttavia egli è secondo il § 48 istigatore, l'agente X però è punibile come autore. Se X ora senza conoscenza di sè si ubbriaca talmente che egli non è responsabile per il fatto commesso in questo stato (§ 51), A rimane impunito benchè egli ha prodotto dolosamente la morte di B. Siccome egli è istigatore secondo il § 48 egli non è soggetto a pena a causa dell'incolpevolezza dell'autore X. Quest' è la conseguenza logica del fatto che il § 48 del cod.pen. che ha equiparata questa forma della qualità di autore mediata alla istigazione propriamente detta.

4°) Quest'insopportabilità viene evitata insieme a quelle altre prodotte dalla regolamentazione del processo, se si comprende la qualità di autore o mediata nel senso sopra esposto in tutte le sue forme sotto una norma penale unica, divisa dall'istigazione. Se si vuol quindi evitare l'errore del § 48 del cod.pen. cioè escludere la possibilità che uno sia soggettivamente autore mediato, ma oggettivamente istigatore o viceversa non si deve ammettere la qualità di autore mediato solo con uno strumento non responsabile come autore ma anche indipendentemente dalla qualificazione dello strumento da per tutto la dove uno commette col dolus di autore una azione punibile nella forma xxx xxxxxxxxxxxxxxxx in cui egli fa eseguirla del tutto o parzialmente per mezzo di un altro (28). Questa disposizione dovrebbe avere approssimativamente il seguente dettato: "Come autore è punito anche colui che ha fatto eseguire un'azione punibile commessa da lui del tutto o parzialmente per mezzo di un'altra persona".

Attraverso una tale divisione dei casi della qualità di autore mediata dal § 29 xxxxx ed una riunione di tutte le forme della qualità di autore mediata in una tale norma speciale si arriverebbe al seguente risultato:

ro nonostante che il compartecipe in ambedue i casi si trova in egual modo fuori dell'ambito dei doveri speciali di quelle persone a cui si

1°) Cose che concettualmente appartengono assieme non vengono divise ma riunite in una fattispecie;

2°) Il pericolo causato dai fondamenti che mmxtutti i casi non compresi dal § 29 (qualità di autore mediato nel caso di un'azione non conforme al Tatbestand o conforme al diritto dello strumento), diventano impunibili xx è evitato.

Pag. 377

3°) La qualità di autore mediata colposa rimane punibile in tutto il suo ambito.

4°) L'errore dell'autore mediato riguardo allo strumento diventa senza importanza sia che egli si riferisca alla colpevolezza, alla antigiuridicità o alla conformità alla fattispecie del comportamento purchè puramente oggettivamente questo comportamento dello strumento serva alla realizzazione del dolus dell'autore mediato.

5°) Il non senso del § 32 cap. I del Progetto che introduce una compartecipazione punibile ad un fatto non punibile, può sparire insieme alla collegata impunibilità dello strumento doloso. I casi che qui dovevano essere colpiti sono tutti compresi nella disposizione sulla qualità di xx autore mediata.Ci si può nel § 32 cap. I limitare alla disposizione che l'istigatore e il complice (perchè il Progetto li ha dimenticati? Il § 75 cap.II del Progetto giustifica il farne menzione) sono da punire più mitemente (perchè il Progetto dice possono essere puniti più mitemente?), se nella loro persona non sono date le qualità e i rapporti nominati nel § 32. Con ciò si evita un'inconseguenza del diritto vigente che punisce la compartecipazione di un estraneo ad un delitto proprio non vero più mitemente che quella di un intraneo (§ 50 del cod.pen.), non però quella ad un vero diritto proprio nonostante che il compartecipe in ambedue i casi si trova in egual mido fuori dell'ambito dei doveri speciali di quelle persone a cui si

riferiscono le norme speciali sulla pena nel delitto proprio. Il presente lavoro perviene quindi al risultato che la parte sulla compartecipazione nel Progetto ha bisogno di essere trasformata. Le trasformazioni necessarie darebbero a questa parte la seguente forma:

Pag. 378

Parte Quarta

Qualità di autore e compartecipazione

§ 28

Qualità di autore

Come autore è punito anche colui che fa eseguire un'azione punibile da lui commessa del tutto o przialmente attraverso un altro.

Se più persone commettono in comunità un'azione punibile, ognuno è punibile come autore.

§ 29

Istigazione

Chi determina dolosamente un altro a commettere un'azione punibile è punito,quale istigatore,come un autore.

§ 30

Complicità

Chi presta dolosamente aiuto ad un altro nella commissione di un fatto punibile, è punito come complice secondo le norme valevoli per l'autore; ma la pena è da mitigare.

§ 31

Da togliersi

N O T E

§ 32

Qualità e rapporti speciali

(8)Per un fatto la cui punibilità è fondata su qualità e rapporti speciali, l'istigatore e il complice sono da punire più mitemente, se in essi tali qualità o rapporti non esistono.

Se la legge determina che speciali qualità o rapporti aumentano, mitigano o escludono la pena, ciò vale soltanto per l'autore, l'istigatore o complice in cui essi esistono.

N O T E

Pag. 364

(8) E' quindi qui presupposto che autore è colui che concretizza nella sua azione una fattispecie legale. Se autore fosse ognuno che pone una condizione o una causa per l'evento conforme alla fattispecie, non sarebbe necessaria un fondamento per la possibilità giuridica della qualità di autore mediata. (Così giustamente recentemente Eb. Schmidt in Festgabe für Frank - vol. II - pg. 111). Ma non vi è nessuna norma del diritto che possa giustificare una tale affermazione di una identità fra causatore e autore, di una tale dipendenza del concetto di autore e del compartecipe dalla causalità. E' giusto che, prescindendo dai delitti omissivi, è autore solo chi è causatore. Ma perciò non ogni causatore è autore. Si dovrebbe pensare che quest'errata dottrina con tutte le sue conseguenze giuste e false - la teoria della compartecipazione materialmente oggettiva e quella soggettiva - dopo le argomentazioni fondamentali di Beling sia definitivamente distrutta. Cfr. Beling: Methodik pag. 95 e segg. e 104 e segg.; Grundzüge - 1930 - pg. 36 e segg., 27, 63. Applicando splendidamente il metodo normativo della formazione di concetti sulla compartecipazione, Eb. Schmidt (op.cit.) ha costruito un concetto normativo dell'autore dal quale egli deriva e delimita giustamente la qualità di autore mediata. Anche la teoria della preponderanza addotta da Hegler come fondamento della qualità di autore mediata è orientata normativamente: il determinatore, secondo lui, è autore poichè questi difronte all'esecutore ha una tale preponderanza sicchè attraverso essa la mancanza della propria esecuzione è sovracompensata; egli appare come la persona principale propriamente detta. Cfr. Festgabe für das R.G. 1929 vol. V - pg. 305 e segg. Una discussione critica sulle basi teoriche della qualità di autore mediata però rimane fuori dello scopo di quel lavoro.

Pag. 376

(26) Il nostro concetto dell'autore mediato concorda con quello di Binding - op. cit. pg. 270 e segg., pg. 400 -, per quanto riguarda il fatto che anche l'esecuzione del fatto per mezzo di uno strumento responsabile come autore è una forma della qualità di autore mediata. Ma esso differisce da quello di Binding nel senso che riconosce non soltanto come Binding "autori immediati" (se ben incolpevoli) come strumenti, ma anche ognuno che compie coscientemente o incoscientemente la relativa fattispecie del tutto o parzialmente realizzando il dolus dell'autore mediato. Binding perviene alla sua restrizione nell'ambito degli strumento mediante la sua concezione "che l'autore mediato richiede logicamente quello immediato". In ciò è giusto che il presupposto logico della qualità di autore mediata è la possibilità di una qualità di autore immediata. Ma quale logica richiede che questa possibilità si realizzi perciò in ogni caso concreto della qualità di autore mediata?

==========

. . . . . .

Eberhard Schmidt

Die Mittelbare Täterschaft

Pag. 106

I.

In tutti i campi della dommatica penale si nota, nello sviluppo più recente della scienza penalistica, una deviazione dalla "corrente di pensiero/ cognitiva-naturalistico", la quale è caratteristica della fine del secolo XIX. Al posto della sua tendenza a riconoscere l'intero mondo sotto il punto di vista del principio causale che domina tutto (Mezger) subentra lo sforzo di ottenere le nozioni e le opinioni penali, dovunque non si tratti del substrato puramente di fatto dei rapporti giuridici penali, attraverso "un modo di trattazione normativo"; quindi sostituire al modo di "pensare causale" la logica emozionale.

Nota . Vedi specialmente Grünhut "Begriffsbilldung und Rechtsanwendung im Strafrecht" - 1926 - il quale ha sviluppato il carattere normativo dei concetti giuridici quale risultato della dipendenza della materia giuridica dal metodo giuridico.

Nell'ambito della dottrina della colpevolezza questo cambiamento del pensiero penale è molto chiaro nella evoluzione dal/ psicologismo al normativismo. Ma bisogna concordare con Mezger e con Grünhut nel ritenere che la concezione normativa vale in generale per tutti i concetti penalistici e deve comprendere anche la dottrina dell'illecito, la dottrina del Tatbestand e quella delle ragioni di esclusione della pena.

Pag. 107

Le seguenti pagine debbono contribuire ad orientare la dottrina dell'autore mediato, che null'altro è se non una esteriormente particolare specie

della qualità di autore verso il punto di vista normativo cioè specificamente giuridico e con ciò ad accrescere anche in questo campo della dottrina penale la deviazione, già energicamente in atto dalla concezione cognitivo-naturalistico. Secondo lo scopo di questo lavoro non voglio dare una completa enumerazione della letteratura moderna al riguardo ed esaminarla completamente.

Nota. Eccellente è il lavoro di Hegler nella Festgabe per l'R.G. - 1929 - vol? V - pag. 305 e segg. in cui ~~xxxx~~ il punto di vista del R.G. fu ampiamente riguardato come pure la moderna letteratura. Cfr. inoltre il lavoro di Paul Wolf"Strafrecht Abh. Fasc. 225 del 1927. Parlerò spesso dei trattati di Allfeld, Wachenfeld, Mayer e Liszt-Schmidt e di diversi articoli e finalmente dei seguenti lavori: Perten: "Die Beihilf zum Verbrechen" Straf. Abh. 198, del 1918; P. Merkel: "Zur ~~xxxxxxx~~ Abgrenzung von Täterschaft und Beihilf" - 1925 -; Gerland "Deutches Reichsstrafrecht" - 1922 -; Gerland "Grundfragen des Strafrechts" - 2 ediz. - 1922 -; Petri "Die mittelbare Täterschaft" - Straf. Abh. - 125 del 1911; Beling "Die L. w: W." - 1906 -; Wegner "Teilnahme" in "Reform des Strafrechts" - 1926 -.

Ricollegerò invece in prima linea al trattato di Frank. .....

Si ferma in una concezione coglitiva chi da~~xx~~ la maggiore importanza, riguardo alla determinazione concettuale della qualità di autore che sta a base della qualità di autore mediato, ad un determinato comportamento in modo più o meno esclusivo.

Pag. 108

Ciò è il caso specialmente in quelli che determinano il concetto di autore per mezzo della causalità e distinguono la qualità di autore e la compartecipazione mediante una considerazione causale. Il Trattato di Frank ~~xx~~ aveva sind dall'inizio una simile concezione e l'ha mantenuta anche nell'edizione 18°. Certamente, se Frank dice che per la qualità di ~~xx~~ autore si debba richiedere "compimento dell'intera fattispecie ~~xxxx~~ in propria persona" questa constatazione potrebbe dare origine anche ad una dottrina del tutto normativa della qualità di autore e di compartecipe, e l'orientamento formato per mezzo del punto di vista cognitivo-naturalistico e del pensiero

della causalità non è ancora manifesto. Ma in un modo duplice si arriva ad un tale orientamento. In prima linea attraverso la accusa e per la dottrina della qualità di autore fondamentalmente fertile distinzione dei "delitti di attività" e"delitti di causazione". Nei primi è xxx autore colui che egli stesso esegue l'azione di attività (per es: il portare un'arma - § 88 -, giurare - § 153 -, eseguire il coito - § 173 -, commettere azioni immorali - §§ 174,e 176 -). Chi però non compie egli stesso queste azioni è solo compartecipe. Si tratta quindi di una qualità determinata, esteriore, che si deve derivare dalle fattispecie delle statuizioni giuridico-penali relative, del modo di comportarsi, dalla quale è dxxxxxxxxxxxxxx derivata la qualità come un comportamento esprimente qualità di autore o di compartecipe.

Nota. Non c'è bisogno di dire che la qualità di autoredi Frank presuppone anche la antigiuridicità della colpevolezza, e che quindi a,che valutazioni giuridiche xx hanno una influenza sul giudizio definitivo sul comportamento di autore. Ma per la distinzione della qualità di autore e di compartecipesono fondamentali i suddetti elementi di una qualità esteriore determinata e di fatto del comportamento.

Pag. 109

Non basta che uno abbia causato la realizzazione della fattispecie che costituisce "il delitto di attività", anche se xxxxxxx la "azione di attività" fu intrapresa da un altro. Non il pensiero giuridico della violazione di beni giuridici attraverso la realizzazione della fattispeicie giustifica la qualità di autore di questi tipi di delitti, ma esclusivamente la forma esteriore del comportamento in concordanza con xxxxx il comportamento descritto nella fattispecie. Così dice Frank che sia "un errore spesso commesso" che anche dei delitti di attività si dichiara autore anche quel compartecipe che ha causato l'azione giuridica, senza domandare se l'ha causata in persona.

L'orientamento in base alla causalità conduce Frank nei delitti di evento con massima conseguenza alla seguente constatazione: qualità di autore è

"il porre di una xxx causa" qualità di compartecipe è "il porre di una semplice condizione". "Una causa è la causalità xxxxxxxxxxxx fisicamente mediata, condizione è causalità psichicamente mediata". Quindi come dice lo stesso Frank la "diversità della causalità è decisiva per la differenza fra qualità di autore e compartecipe" (18 ediz. - pg. 104). Considerazioni causali sono quindi di un'importanza essenziale per la statuizione di concetti penali fondamentali.

Appunto la più recente edizione del Trattato di Frank elabora conseguentemente le conseguenze che devono specialmente derivare per la dottrina della qualità di autore mediata e con ciò per la qualità di autore in generale dalla concezione fondamentale suddetta.

Pag. 110

Mentre ancora nella 17 ediz. si rispondeva alla domanda "se tutti i delitti fossero commissibili in qualità di autore mediata, in modo poco sicuro, che ci fossero anche delitti che secondo la loro natura non sarebbero commissibili in qualità di autore mediato poichè la loro azione di fattispecie non ammetterebbe una commissione mediata e si usava per questi tipi di delitti la denominazione nota di Binding "delitti commissibili ma a propria mano", dice ora la 18 ediz. con chiarezza che "i delitti di attività non siano commissibili in qualità di autore mediato".

Nota.(Pag. 109).Ugualmente anche Beling L. v. V. pg. 236 " Le fattispecie dei delitti formali sono del tutto intrasmissibili cioè non commissibili in qualità di autore mediato".

"La sua essenza, dice Frank, è che la azione di esecuzione deve avere una certa qualità che non può consistere in ogni qualsiasi azione di importanza causale.

Nota. Da aggiungere: "Per la attuazione della fattispecie che con ciò diventerebbe il punto di vista decisivo e dominante".

Se una tale azione è compiuta solo dall'agente immediato (Vormann), nè la mancanza di colpevolezza nella sua persona nè un'altra circostanza qualsiasi è adatta a fare dell'uomo dietro le quinte un autore mediato. Poichè resta il fatto che egli non ha commesso la azione indispensabile per la qualità di autore in tale delitto". Se si pensa agli esempi riportati dallo stesso Frank sopra menzionati deriva che: chi determina un pazzo a commettere con una persona inferiore a 14 delle azioni oscene, non può essere punito. Impunità deve esistere inoltre se alcuno determina un incapace di intendere a commettere con violenza azioni immorali a danno di una donna, come anche nel caso in cui un tedesco determina un altro tedesco che forse non è consapevole della sua nazionalità tedesca o che per altre ragioni agisce in colpevolmente al delitto del § 88 cap. 1 . Che tutti questi e in simili casi la impunità malgrado la più grave violazione di interessi e malgrado la esistente realizzazione di una fattispecie si verifichi non si può trascurare.

Pag. 111

Chiaramente però appare la delimitazione di un comportamento da autore. Anzi dal punto di vista di Frank ci si deve domandare se non addirittura tutta la figura giuridica della qualità di autore mediato sia diventata superflua. Frank riconosce l'autore mediato ormai soltanto subordinatamente alla esplicita limitazione ai soli delitti di evento. In questi è autore chiunque causa (antigiuridicamente colpevolmente) l'evento previsto nella fattispecie se la legge positiva stessa non gli attribuisce una funzione di compartecipe. Frank non dice che si dovrebbe dare importanza alla qualità concreta del comportamento causale. La causazione corrispondente alla fattispecie è quindi senz'altro data in ognuno, che produce l'evento (sia anche attraverso una persona che non agisce dolosamente). Se però la causazione come tale costituisce la qualità di au-

tore, questa deriva immediatamente dalla fattispecie e la apposita costru_ zione dell'autore mediato non è necessaria. Il Frank vorrebbe riconoscere questo risultato poichè egli ammette in colui che attraverso una "volontà mediatrice" non libera o non consapevole della causalità del suo agire fa commettere un evento conforme alla fattispecie,non la causalità psichica_ mente mediata ma la causalità fisicamente mediata che nei delitti di even_ to rappresenta come posizione della causa un ~~xxxxxx~~ comportamento da auto_ re.

Nota. Sulla difficoltà esistente ~~nel~~ tentativo di questi delitti (che si intende qui per "azione di esecuzione"?) vedi alla fine di questo scritto. Nella compiuta produzione dell'evento conforme alla fatti_ specie queste difficoltà non si presentano. Tuttavia dev'essere spie_ gato se Frank anche nell'ambito della qualità di autore muove dalla concezione che nei delitti di causazione la determinazione dell'azio_ ne di esecuzione debba farsi mediante il mezzo ~~xx~~ in concreto usato per la commissione del fatto. Ciò è infatti il metodo di Frank nel tentativo. Cfr. Frank: ~~18~~ - pg. 87 . Ivi si dice che "un inizio di esecuzione sia da trovare in tutti gli atti di attività che a causa del loro nesso con l'azione prevista nella fattispecie sembrano per una naturale concezione parti di essa" e come esmpio è riportato lo spianare di un fucile come inizio del colpo. Evidentemente con ciò dev'essere fornito un esmpio per il tentato omicidio, come dimostra il riferimento al R.G. 59, 386 .Ma è forse il far partire il colpo la azione prevista nella fattispecie del § 212? Azione conforme alla fattispecie è qui l'uccidere, cioè il cagionare la morte. Se quindi Frank nel tentativo caratterizza lo spianare del fucile come inizio della azione di esecuzione, egli ha prima clandestinamente dichia_ rato il mezzo concreto di uccisione scelto dall'autore una azione prevista nella fattispecie. Credo infatti che nei delitti di causa_ zione non si possa procedere diversamente anche per questa ragione la figura della qualità di autore mediata è giustificata anche nei delitti di causazione. Ma il Frank non ha sviluppato questo pensie_ ro per la dottrina della qualità di autore; egli si limita alla differenza tra causalità fisica e psichica senza spiegare se questa differenza nel singolo caso sia da determinare in base al mezzo di esecuzione concreto scelto dall'autore. Ma solo in questo caso Frank potrebbe dimostrare indispensabile la figura dell'autore mediato nei delitti di causazione. Ma non sarebbero d'altra parte con ciò dinuo_ vo parificati i delitti di causazione con i delitti di attività? Cfr: anche pg. 119 - nota 1 .

Pag. 112

Sembra che sia un guadagno per la dottrina che la figura giuridica dello autore mediato diventi superflua. Ma sfortunatamente, dal punto di vista di

Frank, è ora importante un'altra problema: quello di una minuta distinzione fra i delitti di causazione e i delitti di attività. Che in questo punto non ci sia ancora una piena chiarezza dice lo stesso Frank (18° ediz. - pg. 105). Se questa chiarezza mai si possa raggiungere mi pare anche dopo una nuova lettura dell'articolo di Engelsing molto dubbia. Credo però che la soluzione del problema dell'autore e del complice nè de lege lata nè de lege ferenda dipenda da queste questioni. Anche qui la considerazione normativa condurrà oltre le questioni cognitivo-naturalistiche ed arriverà a problemi specificamente giuridici.

Nota. Mayer "Lehrbuch" - pg. 378 ha visto bene che si voglia addirittura formare speciali tipi di delitto in cui la qualità di autore mediato non è ammissibile ciò si può fare solo con una limitazione puramente di fatto. Un problema giuridico non vede quindi il Mayer.

II.

Pag. 113

Non è forse appunto il concetto di autore un concetto giuridico che ha bisogno di essere considerato sotto il punto di vista normativo? Non si deve inoltre ricercare la differenza fra la qualità di autore e di compartecipe nell'ambito delle valutazioni giuridico-penali? Infatti deve farsi strada sempre più quella direzione scientifica che comprende il concetto della qualità di autore come concetto valutativo e conseguentemente dà alla causalità nell'ambito della dottrina della compartecipazione come addirittura nell'ambito dei concetti giuridico-penali una importanza molto minore come non era quella che si difendeva nella concezione riportata sotto il numero I .

Nota. Qui sono da enumerare anzitutto Sauer "Grundlagen" - pg. 475,478 -; Hegler "Zum Wesen....." in Festgabe per l'R.G. - vol.V - pg. 205 e segg.; Merkel "Zur Abgrenzung....." - 1926 ; Perten con la sua teoria sulla pericolosità riferentesi a un punto di vista giuridico, nella

quale vedo una specie di "teoria della preponderanza" come la svilup pa ora lo Hegler. Vedi anche Mayer 1pg. 375 e segg., inoltre Wegner "Reform des Strafrecht" - 1926 - pg. 105: "Nella maggior parte delle rappresentazioni della teoria oggettiva della compartecipazione e ap_ punto nella più comprensiva trattazione datale da Birkmeyer, è la uni laterale importanza che si dà alla questione della causazione, un fat_ tore non senza obbiezioni". Lo stesso Wegner però adopera troppo ar_ gomenti derivati dalle denominazioni. Confronta a questo riguardo Mez_ ger Zeit. 47 pg. 481 . Alla direzione normativa appartiene Mezger (D. Strafr. Z.-VIII- pg. 205 e segg.). Vedi inoltre Zimmerl im Strafr. Abh. fasc. 237 del 1928, pg. 109 e segg. e 116 e segg.

Anche lo stesso Frank ci ha mostrato la direzione di una considerazione normativa in un punto importante senza però seguire egli stesso questa di_ rezione. Appunto Frank era quello che per il giusto pensiero, che si nascon_ de dietro il metodicamente falso "dogma della interruzione del nesso causa_ le", ha trovato finalmente una forma giuridica molto adatta e con ciò ha la_ vorato egli stesso alla distruzione dell'importanza della causalità per l dottrina della compartecipazione. Il dogma della interruzione del nesso cau_ sale è spesso usato per spiegare i fondamenti del diritto positivo della compartecipazione e specialmente della istigazione come basate sulla causa_ lità. L'azione di istigazione dicesi non possa essere mai azione di autore poichè essa è soltanto "una proposta, ma non una causa per l'evento". (Così Beling in Zeit. 38 - pg. 594).

Pag. 114

Il nesso causale da seguire indietro a partire dall'evento sia interrotto con la azione "libera e consapevole", basantesi su una indipendente decisio_ ne, azione del "istigato", sicchè la catena causale non può essere seguita indietro oltre questa azione. Già nella 1 ediz. del Trattato (pg. 12), il Frank ha chiamato "poco felice" la espressione "interruzione del nesso causale". Egli lo ha mantenuto convenzionalmente attraverso una serie di e_ dizioni e lo ha chiamato ancora qui nella 14 ediz. (1915) come "praticamen_ te usabile" sebbene "logicamente capce di indurre in errore"; ma dalla 15 ediz. (1924) in poi egli sostituisce questa falsa imagine attraverso un pen_

siero giuridico: che il § 46 contenga difronte alle conseguenze derivanti dalla teroia della equivalenza un "divieto di regresso" (§ 15-16) nel senso che - come vorrei continuare io - non si debba ammettere un nesso causale da valere per la qualità di autore riguardo alle "condizioni preliminari di una condizione la quale era rivolta liberamente e consapevolmente (dolosamente e colpevolmente) verso la produzione di un evento". Lo stesso Frank però non trae dal divieto di regresso la conseguenza che la legge divieta certe valutazioni ma quella, che dinuovo si unisce a considerazioni causali, che queste "condizioni preliminari" nel senso della legge non siano "cause" e perciò non fondamenti applicabili per la ammissione di un comportamento da autore.

Ci si domanda: 1º) poichè una considerazione causale non può mai essere adatta a condurre a delle distinzioni giuridiche nella materiad della comparteci pazione?; 2º) quali punti di vistanormativi debbono formare la base per una dottrina giuridica della qualità di autore e di compartecipe orientata a base di pensieri valutativi?

Pagè 115

Alla prima domanda hanno risposto sufficientemente Mezger ed altri autori in riguardo alle obbiezioni da fare contro la teoria soggettiva del R.G.

Il modo di considerare causalistico non ha altro significato che scegliere e preparare il materiale di fatto necessario per una valutazione giuridico-penale. Con la valutazione giuridico-penale, con la domanda della responsabilità penale, della sua estensione o limitazione, la considerazione causalistica non ha nulla da fare. Tutto ciò che si può conoscere attraverso la considerazione causalistica è che una attività umana della volontà si trova fra le condizioni di un "evento" che per una qualsiasi ragione ci interessa penalmente. Se questa attività della volotnà è ora da valutare penalmente positivamente o negativamente, se essa

quindi condurrà ad una responsabilità penale del suo autore o no è una questione alla quale si può rispondere esclusivamente secondo punti di vista valutativi penalistici (conformità alla fattispecie, antigiuridicità, colpevolezza).(Vedi già von Liszt-Schmidt pg. 157 nota 1). Molto giustamente Wegner (Reform des Strafrechts, Aschrott e Kolrausch - 1927 - pg.106) e Mezger (Zeit. 47 - pg. 481) hanno chiamato la causalità una "ipotesi di lavoro penalistica" la cui importanza consiste solamente nella "constatazione solamente preliminare se un avvenimento che ha l'aspetto di una fattispecie penale lo si possa in un modo molto esteriore ricondurre ad un comportamento di un uomo". Appunto poichè la teoria della equivalenza soddisfa a questa considerazione della causalità e permette una libera indagine del materiale priva di ogni riferimento alla valutazione, difronte al quale ora deve qui cominciare la valutazione penale, credo dovermi attenere ad essa malgrado le obbiezioni che Grünhut dal punto di vista della normativazione dei concetti giuridico-penali ha mosso contro di essa.

Se la causalità significa quindi solo "una ipotesi di lavoro penalistica" si capisce che da essa non possiamo derivare nulla per la distinzione della qualità di autore e di compartecipe, per la differenziazione cioè di concetti giuridici.

Pag. 116

Poichè, se si trovano tra le condizioni dell'evento più attività della volontà umana la considerazione causalistica non ci conduce oltre una constatazione della loro "uguaglianza cognitivo-teorico". Ogni conclusione a base di essa riguardo alla loro "uguaglianza di valore giuridica" sarebbe metodicamente sbagliata (Mezger D. Strafr. Z. VIII - pg. 205). La differenza di valore giuridico si può quindi derivare, e nel dato caso lo si deve fare, da un modo di considerare giuridico. Molto bene dice recentemente Gerland difronte a tutti i tentativi teorici di distinguere con una consi-

derazione causalistica la qualità di autore e di compartecipe:"siccome il concetto della causalità è un concetto assoluto poichè il nesso causale come una relazione di necessità non ammette nessuna differenziazione riguardo alla necessità, tutte queste teorie non sussistono per la situazione insuperabile derivabile dalla uguaglianza causale di tutte le condizioni di un evento" (H.d.R.-V. pg. 867 -).

Oggi non c'è più bisogno di spiegare che anche avendo il punto di vista della interruzione del nesso causale non si possono fare le distinzioni necessarie riguardo alla dottrina di qualità di autore e di compartecipe.

Dando una risposta alla seconda domanda, si deve, secondo la mia opinione, partire dalle seguenti considerazioni: il diritto penale serve alla protezione dei beni giuridici punendo un comportamento danneso alla società. Il legislatore dice nelle fattispecie qualiz azioni umane sono talmente dannose che da esse derivino conseguenze penali dell'illecito allo scopo della loro soppressione. Queste fattispecie - da prescindere dalla funzione speciale in uno stato di diritto - hanno quindi il senso di nominare quei tipi di azioni per i quali i tribunali debbono generalmente ammettere la nocività sociale, poichè essi sono diretti contro beni giuridici particolarmente protetti. Il legislatore non stabilisce le fattispecie delle affermazioni penali per dare una descrizione della qualità di un possibile comportamento .

Pag. 117

ma lo fa per esprimere giudizii valutativi sulle violazioni di beni giuridici e per dimostrare al giudice la via di pervenire difronte ad azioni concrete a giudizii penalistici valutativi. Ciò che dà, considerato sotto il punto di vista valutativo, ad un comportamento l'aspetto caratteristico, è la"violazione di interessi" effettuata attraverso essa e che appare come nocività sociale materiale. Non è decisivo che un comportamento si componga di movimenti fisici determinati, che abbia un determinato decorso esteriore, che

diventi realtà in una determinata forma, ma è decisivo il fatto che lo si può valutare "come realizzazione di un delitto" (Heßler pg. 306) e come tale costituisce una determinata violazione di interessi. Il penalistico giudizio di disvalore (autore) e la responsabilità penale che ne risulta dve quindi essere riferita fondamentalmente ad ogni persona il cui comportamento si può ricondurre ad una violazione di interessi conforme alla fattispecie indipendentemente dalla qualità esteriore del suo comportamento. "Realizzazione di un delitto", realizzazione della fattispecie, violazione di interessi: questi sono i punti di orientamento giuridico perala determinazione del concetto di autore. Essi dovranno stare a base pure della elaborazione dei concetti speciali dei compartecipi.

III:

1°) Le constatazioni ora fatte, se il diritto positivo non si esprimesse affatto riguardo al problema della qualità di autore e di compartecipe, conduce al risultato che ognuno che effettua una realizzazione della fattispecie e con ciò (in senso materiale) una violazione di beni,giuridici, antigiuridicamente e colpevolmente, sarebbe autore del delitto relativo.Dovrebbe essere irrilevante se egli commette una azione corrispondentemente alla descrizione del delitto fatta nella fattispecie speciale, o se egli effettua che un altro commetta queste azioni purchè il suo comportamento antigiuridico e colpevole possa essere ricondotto alla realizzazione della fattispecie e con ciò la violazione dei beni giuridici.

Pag. 118

La delimitazione necessaria in uno stato di diritto per il giudizio di disvalore da parte del giudice sarebbe data in ambedue i casi dalla realizzazione di una fattispecie mentre la causa decisiva giuridica della responsa-

bilità penale sarebbe data in quei due casi dalla presenza di beni giuri_ dici.

2°) Certamente si dovrebbe subordinare a questo concetto di autore anche quello dell'istigatore e del compartecipe del diritto vigente(§§ 48 e 49). Perciò il concetto di autore generalm ora sviluppato dev'essere accordato con le disposizioni sulla compartecipazione del dolice, se egli debba diventare un concetto del diritto positivo. Non occorre altro. Siccome la legge non determina il concetto di autore, ogni concetto di autore è applicabile nel diritto positivo che è punibile si §§ 47,48 e 49 .

Il diritto positivo prende però, certamente con ragione, difronte alle diverse cooperazioni ad una realizzazione di una fattispecie una diversa posizione valutativa. Chi non "eseguisce" e quindi coadiuvasolamente l'esecuzione di un agente doloso, presenta un'attività che in relazione alla violazione dei beni giuridici è valutata dalla legge meno dannosa condannabile?. Da ciò segue la punizione fondamentalmente più mite del complice; perciò anche la necessità giuridica di distinguere il comportamento da compartecipe da quello da autore in base ad una considerazione orientata alla pericolosità di comportamento del complice oggettivamente minore difronte al bene giuridico violato. Se ora la distinzione acuta fra laqualità di autore e di complice ha quindi una ragione di fatto, ladistinzione del diritto positivo ugualmente necessaria fra la qualità di autore e la istigazione è effettivamente dottrinaria poichè non conduce ad una differenza delle conseguenze penali dell'illecito. Ma anche questa distinzione dev'essere fattariguardo al chiaro ordinamento della legge nel § 48 il che conduce però al risultato che l'ambito della compartecipazione è artificialmente giustificato a spese della qualità di autore. Autore nel senso del diritto positivo quindi non può essere chi effettua la realizzazione della fattispecie e quindi la violazione di beni giuridici

determinando dolosamente un agente a compiere mediante un proprio comportamento la fattispecie o coadiuvando un altro nel compimento della fattispecie da questi dolosamente effettuato. Non c'è però qualsiasi altraragione ad una ulteriore delimitazione del concetto di autore nel diritto positivo. Specialmente la legge non dice mai che debba essere per principio un determinato quadro di attività esterno affinchè si possa parlare di qualità di autore.

Nota. Una eccezione di diritto positivo si trova nei delitti di giuramento secondo il § 170. Lo Zimmerl (Zeit. 49 - pg. 40 e segg.) rimprovera in questa "interpretazione estensiva delle fattispecie" che essa distrugga le fattispecie e tolga così la funzione del diritto penale in uno stato di diritto. Ciò a me non sembra giusto poichè anche dalla opinione del testo presente è sempre richiesta una severa realizzazione delle fattispecie e quindi non è intrapresa una soluzione del diritto penale dalle fattispecie rappresentanti la funzione di stato di diritto. Quindi anche la opinione di Zimmerl non è affatto giusta chè la opinione del testo dovrebbe rinunziare ad ogni "delimitazione oggettiva dell'illecito penale in generale". Che nei delitti di attività la opinione del testo conduca ad "conseguenze impossibili" lo Zimmerl non dimostra con l'esempio dimostrato a pg. 44, poichè egli dà una soluzione errata al caso pratico di questo esempio; poichè , se il fratello A determina B a compiere il coito con sua (di A) sorella, A perciò in nessun caso è colpevole dell'incesto poichè, come Frank (17 ediz.pg. 106) dichiarava giustamente, non è affatto compiuta la fattispecie oggettiva del § 173; la realizzazione della fattispecie nel senso qui adoperato non può significare altro che la unione degli organi sessuale di parenti di diverso sesso. Ciò però non è il caso nell'esempio di Zimmerl; la sua opinione contraria non è giusta. Se lo Zimmerl nega nei cosidetti delitti di causazione la possibilità di arrivare con l'opinione qui rappresentata a dei risultati ragionevoli, non lo posso seguire neanche in questo punto. Che i genitori dell'assassino xxxxxx causato generando il figlio la morte dell'assassinato non può essere contestato; ma se essi hanno con ciò anche compiuta la fattispecie oggettiva del § 211 (Causare la morte è uguale ad uccidere) essi non hanno agito nè antigiuridicamente nè colpevolmente poichè l'atto di generare era senza riguardo a tutte le conseguenze possibili permesso e sotto nessuna condizione si può parlare di una colpevolezza. Se lo Zimmerl dice (pg. 45-46) che ci si dovrebbe concentrare per mezzo di una "interpretazione restrittiva delle fattispecie" alla "azione di uccisione" ciò non giova poichè egli stesso non può dare la risposta alla domanda posta da lui (pg.46) che cosa sia una azione di uccisione. Egli ha trascurato i punti di vista qui solamente riguardevoli e ricordati nella nota 1 a pg.111 (mezzo della commissione del fatto certo inconcreto).Egli stesso non mostra alcuna via come si possono derivare dalle fattispecie di causazione azioni determinate conformi alla fattispecie.

Se la legge ciò desiderasse sarebbe stato necessario farne espressamente menzione

Pag. 120

tanto più che la dottrina del sec. XIX sin dal Feuerbach fino al Berner soleva vedere nel "autore intellettuale" quella figura giuridica che noi chiamiamo oggi autore e nei casi in cui noi oggi dobbiamo costruire faticosamente la qualità di autore mediato vedeva senza esitazione e senza ogni bisogno di una speciale figura giuridica un comportamento immediato da autore. Autore nel senso del diritto vigente è quindi ognuno che realizza attraverso il proprio agire una fattispecie o la fa realizzare mediante un altro che non agisce dolosamnet. Queste determinazione comprende la qualità di autore immediata e mediata. Della giustificazione di quest'ultima può dubitare soltanto chi crede che la legge ritenga decisivannella qualità di autore la espressione di determinati movimento fisici e non la attuazione di una fattispecie cioè violazioni di interessi, antigiuridica e colpevole. Con ciò è dimostrato in base al diritto vigente la giustificazione della qualità di autore mediata quale sottospecie della qualità di autore, che si disfferisce dalla qualità di autore immediata solo riguardo a relazioni esteriori e quindi giuridicamente irrilevanti mentre concorda con essa giuridicamente in modo fondamentale. Mayer (pg. 376 del Trattato) aveva pienamente ragione se diceva: " La qualità di autore mediato è fondamentalmente uguale a quella immediata, e la denominazione rileva solamente una particolarità di fatto e non giuridica". Non c'è bisogno di un altro fondamento della qualità di autore come la intraprende recentemente Hegler (op?cit. pg. 306). Lo Hegler trova tale fondamento della qualità di autore mediata nel fatto "che il determinatore oggettivo difronte all'esecutore unico oggettivo possiede una determina direzione

Pag. 121

una tale preponderanza che in lui che sempre pone una condizione oggettiva per la realizzazione esteriore del delitto, la mancanza di una propria azione di esecuzione oggettiva è compensata per la considerazione valutativa del diritto riguardante la attività dei cooperatori singoli, sicchè egli appare come persona principale, come autore". Su questo fondamento constata Hegler scutamente sotto quali presupposti giuridici questa preponderanza di chi determina solo oggettivamente possa essere ammessa. Però presindendo dal fatto che la preponderanza è solo una metafora, dal punto di vista del diritto positivo, questo fondamento della qualità di autore mediato è sostenibile solo se si presuppone che prima fu dimostrato che appunto la esecuzione oggettiva cioè la realizzazione di azioni corrispondenti al verbo applicato dalla statuizione penale non può essere la ragione giuridicamente rilevante per la ammissione della qualita di autore e la punizione sotto questo punto di vista, che piuttosto questa ragione decisiva dev'essere trovata nella realizzazione della fattispecie, qualsiasi forma essa abbia esternamente, e con ciò nella violazione dei beni giuridici, presupposto che questa effettuazione per chi la eseguisce è antigiuridica e che la si può attribuire alla sua colpevolezza. Credo però averlo dimostrato già sopra. Con ciò è dimostrata sufficientemente la giustificazione della qualità di autore mediato come un comportamento della qualità di autore secondo la sua forma di fatto .

Una questione molto dibatutta la quale già nella suddetta determinazione nel concetto di autore mediato è già stata incidenter decisa, dev'essere trattata con poche parole: E' autore mediato soltanto chi ha determinato un agente non doloso all'esecuzione dell'azione prevista nel Tatbestand: o dobbiamo dal nostro punto di vista secondo cui l'ambito della qualità di autore è ristretto solamente dalle norme dei §§ 48 e 49, considerare come autore mediato anche chi ha solamente coadiuvato la persona agente senza do-

lo non la ha però determinata alla esecuzione? La dottrina dominante so_ stiene come è noto quest'ultimo punto di vista.

Pag. 122

D'accordo con M. E. Mayer ho finora dovuto combattere quest'opinione domi_ nante; debbo però ammettere che mi sono sbagliato. Invero non può essere contestato che colui il quale coadiuva un pazzo nella commissione di una azione di esecuzione prevista nella fattispecie di un reato, diviene causa_ le per la realizzazione di un delitto e quindi ha cagionata la realizzazione del Tatbestand. Egli quindi, siccome i §§ 48 e 49 non ce lo impediscono, va considerato e punito come autore così come colui che antigiuridicamente e colpevolmente ha leso un bene giuridico. Però non è convincente in contra_ rio M. E. Mayer: " Se l'azione sarebbe complicità qualora fosse presente un mediatore responsabile, e non è una azione di autore, essa non può diven_ taretale in seguito alla irresponsabilità del mediatore"? Contro questa af_ fermazione di Mayer è possibile contrapporre dal punto di vista della teoria oggettiva a cui espressamente mi sono attenuto nella riedizione del Trattato del von Liszt e la quale mantengo assolutamente, una obbiezione? Io credo di doverlo affermare; perchè la affermazione di Mayer su riportata può essere giusta solo sotto il presupposto che sarebbe decisiva per la distinzione del_ la qualità di autore e di complice una determinata esteriore qualità dei com_ portamenti relativi. Ma ciò fu respinto. Finchè la legge non fa appunto a questo riguardo ulteriori restrizioni è da ammettere dal punto di vista del_ la concezione normativa della qualità di autore qui difesa, tale qualità do_ vunque una violazione di beni giuridici è colpevolmente e antigiuridicamente cagionata. Se Mayer del resto non vuol dar valore alla sua affermazione su detta per il rapporto tra istigazione e qualità di autore (poichè altrimen_ ti sarebbe abolita la qualità di autore mediato) la sua ragione addotta a questo scopo, che cioè la qualità di autore mediato e l'istigazione xxx a_

vrebbero una struttura causale uguale e sarebbero da subordinare come de_ terminazioni alla esecuzione sotto il concetto della qualità di causato_ re non applicato dalla legge, secondo la mia opinione ciò non è giusto anche quella coadiuvazione del pazzo è causale per la realizzazione del_ la fattispecie e con ciò è stato contemporaneamente una determinazione ; e perchè non si dovrebbe annoverare frai causatori quel coadiuvatore?

Pag. 123

x

IV.

Dal già detto risultano le risposte a tutte le domande ricollegate alla qualità di autore mediato. Certamente nei limiti di questo lavoro non si può approfondire xxxxxxxxxxxx tutte queste questioni; solo al_ cuni problemi importanti saranno esaminati.

1°) Se esiste la qualità di autore mediato dapertutto laddove uno (antigiuridicamente e colpevolmente) determina alla realizzazione della fattispecie una persona agente senza dolo,l'elemtno costitutivo xx deri_ vante da tutti questi casi della qualità di autore mediato è la mancan_ za del dolus nella persona del mediatore. I singoli casi della qualità di autore mediato derivano necessariamente se ci rappresentiamo le di_ verse possibilità di una commissione non dolosa della azione di esecu_ zione,o, se secondo la fattispecie, è rilevante solamente la causazione di un determinato evento, questa causazione dell'evento. Difronte a que_ sto Hegler ha detto che quegli elemtni del reato che costituiscono ri- guardo alla preponderanza la qualità di autore mediato, possono esistere sia nel campo della colpevolezza sia in quello della antigiuridicità.Pe_ rò anche in quest'ultimo caso visto molto giustamente da Hegler, è l'le_ mento secondo il diritto positivo (§§ 48 e 49) decisivo ciò che il me_ diatore che per una qualsiasi ragione non agisce antigiuridicamente nel senso della fattispecie astratta da applicare, non agisce neanche dolo_

samente per mancanza di antigiuridicità, poichè egli non può addirittura agire dolosamente in quanto il dolo, quale forma di colpevolezza, presup_ pone sempre un comportamento antigiuridico. La mancanza della antiugiuri_ dicità non è quindi accanto alla mancanza del dolo una ragione di indipen denza per l'ammissione della qualità di autore mediato. Invece la mancan_ za di antigiuridicità significa uno dei casi in cui in seguito alla man_ canza del dolus del mediatore dobbiamo pervenire alla ammissione dello autore mediato nella persona dell'uomo dietro le scene causatore.

Pag. 124

Tuttavia considero merito importante di Hegler il fatto che egli ha dimostrato la esistenza dei casi di autore mediato fondati sulla mancan_ za di antigiuridicità. Con ciò il maledetto problema dello strumento do_ loso è finalmente tolto di mezzo.

I singoli casi della qualità di autore mediato sono quindi i seguenti:

A) Nella persona mezzo non vi è dolus per pure ragioni di colpevolezza es_ sendo essa:

a) incapace d'intere (1) poichè, fin quando la legge non divieta il sui_

b) in un errore che esclude il dolus (eccezione dell'elemento psico_ logico del dolus) (2), sia che si deve ammettere colposità o addi_ rittura impunibilità; o

c) incapace di agire dolosamente o mancanza di un elemtno normativo del dolus (casi dei §§ 52,54, dell'ordine antigiuridico vincolante o di un'altra causa per la non esistenza della responsa_ bilità per un agire illedito) (3).

Nota. (1) Ciò è generalmente riconosciuto: Frank 18 ediz. pg. 107 n.3 .Non ci occupiamo qui della eccezione fatta nel § 4 I.C.C. . Cfr. Liszt-Schmidt pg. 317 . Se nella persona del "mediatore" non vi è nessun comportamento volontario, la qualità di autore di chi lo usa è "anche senza il concetto della qualità di autore mediato" natural_ mente data (Frank 18 ediz. pg. 106 ad III , 1 .

Nota. (2) Ugualmente generalmente riconosciuto. Cfr. Frank 18 ediz. pg.106 ad III 2. Hegler pg. 308. R.G. I, 146; 31, 80; 36, 332; 39, 296;.

Nota. (3) Frank 18 ediz. pg. 107 n.3 parla qui di un comportamento non libero della persona mezzo, ma non adduce il caso del § 54. Conforme al testo Hegler pg. 308. Il caso dell'ordine vincolante è già di importanza nella letteratura del sec. XIX. Hälschner "Sistem des preussischen Strafrechts" - 1858 - Parte I - pg. 345 ammise qui "qualità di causatore immediata non intellettuale. Nello stesso modo Köstlin "Sistem des deutschen Strafrechts" - 1855 - pg.300, pg. 301.

B) Nella persona mezzo non si può parlare di dolus poichè per lui il comportamento non può essere considerato antigiuridico nel senso della fattispecie da applicare in concreto. Qui appartengono i seguenti casi:

a) la persona dietro le scene determina il mediatore ad una azione la quale è vietata al determinatore non al mediatore. La famosa "istigazione al suicidio" è quindi uccisione mediata del suicida ed è punibile; ciò non soltanto se il suicida è incapace d'intendere

Pag. 125

e non potrebbe quindi agire colpevolmente (dolosamente) anche nel caso che il suicidio fosse vietato, ma anche nel caso se egli è capace d'intendere (1); poichè, fin quando la legge non divieta il suicidio (e ciò è indubbio per il diritto vigente) non si può parlare di un "doloso" casuare della sua propria morte(2). Il determinatore ha quindi mediante un agente non doloso fatto si che la morte di un uomo fu causata. Però questa causazione non gli è permessa. Secondo la opinione non si quindi può negare nella sua persona una causazione colpevole della morte di un altro.

Nota. (1) Contrariamente a Liszt-Schmidt (pg. 461) crede di dover difendere ora questa opinione. Non mi pare giusto che è punito colui che determina il pazzo, cioè un uomo socialmente senza valore, al suicidio, sia punito mentre dovrebbe rimanere impunito chi determina un uomo normale al suicidio, quindi un individuo socialmente di valore. So di avere molti avversari. Vedi Frank 17 ediz. pg. 441 ad II e gli autori lì citati. Non si può obbiettare contro la mia opinione che il soggetto del delitto di uccisione non potrebbe essere l'ucciso stesso, poichè questo non è il caso della qualità di autore mediato con determinazione al suicidio.

Nota. (2) La dottrina psicologica del dolus per la quale è rilevante solamente il psicologico "sapere del fatto", perviene naturalmente ad altri risultati. Ma questa dottrina del "dolus" non si occupa col dolus quale forma della colpevolezza e ci deve ancora la dimostrazione per il fatto che da per tutto là dove il codice parla di dolus non si deve comprendere sotto questo concetto altro che la situazione psicologica di un determinato sapere o volere.

b) finalmente si dimostra anche dal punto di vista della teoria oggettiva della compartecipazione con chiarezza che i casi del cosiddetto "strumento doloso" non oppongono le minime difficoltà all'applicazione dell'autore mediato. Già nella 25 ediz. del Trattato di Liszt ho sostenuto questo punto di vista fondandolo sulla mia opinione normativa del dolus (consenso ho trovato da Grünhut (Zeit. 49 pg.133) e ora da Frank (18 ediz. pg. 108). Contro di me: Hegler pg. 312 nota 26 vedi più avanti). Siccome il dolus è più di un sapere e volere puramente psicologico di un comportamento esterno, poichè il dolus

Pag. 126 come forma della colpevolezza è una valutazione negativa di un comportamento psichico interno di un uomo difronte ad un comportamento a lui vietato come membro della società avente certi doveri, si può

Pag. 127 mai parlare di dolus in questo senso, ma anche soltanto in questo senso se per la persona dell'agente la azione, dal punto di vista della fattispecie da applicare in concreto, non è antigiuridica. Che la antigiuridicità possa esistere sotto altri punti di vista è irrilevante è poichè la antigiuridicità corrispondente ad una affermazione concreta della colpa solo attraverso la valutazione giuridica riguardo alla fattispecie relativa e non in altro modo può essere constatata. Da ciò segue:

aa) nel caso del cosidetto "strumento doloso senza qualificazione" (il pubblico ufficiale determina un extraneus a falsificare un documento affidatogli ufficialmente), il mediatore senza

qualificazione (extraneus) non agisce antigiuridicamente e con ciò non dolosamente nel senso della fattispecie corrispondente (§ 348 cap. 2) (1). Quindi produce l'intraneus determinante attraverso un determinatore non doloso la realizzazione della fattispecie del § 348 cap.2 il che gli è vietato come pubblico ufficiale. Quindi non offre delle difficoltà ammettere qualità di autore mediato nell'intraneus determinatore.

Nota. (1) Liszt-Schmidt pg. 319 . Così anche Wegner "Reform" 1926 pg. 115 , ed ora anche Frank 18 ediz. pg. 108, mentre Frank 17 ediz. pg.105, fondandosi sul Flegenheimer voleva punire l'intraneus a causa di una omissione illecita del non impedimento della falsa documentazione. In edizioni più remote troviamo altre costruzioni. Nel risultato concorda col testo Hegler pg. 309, 310, il quale però ragiona diversamente; poichè egli vede che la qualità di autore mediato dell'intraneus presenta una "preponderanza" solo nel punto che il suo comportamento è proprio la "specifica antigiuridicità", mentre questa manca all'extraneus mediatore. Con la mancanza di questa antigiuridicità specifica crede Hegler però unibile la "colpevolezza dolosa" nell'extraneus il quale appunto per questo è "strumento doloso". Ma se si vuol parlare qui di "doloso" strumento, non si dovrebbe identificare questo "dolus" con la "colpevolezza dolosa". Vedi la nota prossima.

Pag. 127

bb) Precisamente lo stesso vale per i casi dello "strumento doloso" senza intenzione". Chi sottrae una cosa altrui ad una persona senza la intenzione di appropriarsela, non agisce antigiuridicamente nel senso del § 242, poichè un "elemento soggettivo dell'illecito" richiesto per la antigiuridicità non esiste. Quindi non vi è dolus per il furto poichè lo può avere solo colui che oltre il sapere della sottrazione ha anche la intenzione della appropriazione indebita (1).

Nota. (1) Contro questo specialmente Hegler pg. 312 nota 26 che vede nella mia opinione (Liszt-Schmidt pg. 219) una "violente trasformazione di elemtni della antigiuridicità in elemtni del dolus" e rimprovera particolarmente che la intenzione della appropriazione antigiuridica come elemento soggettivo dell'illecito, riconosciuto tale anche da me, rappresenti un completamento della fattispecie oggettiva (che esplica la sua azione anche sul dolus)".Confesso che la

espressione "esplica la sua azione" è equivoca. Volevo dire che come dappertutto anche nel furto si deve richiedere come presupposto per la colpevolezza specifica nel senso del furto la antigiuridicità specifica anche nel senso di questa fattispecie, che questa antigiuridicità specifica però non può esistere se manca l'elemento soggettivo dell'illecito dell'intenzione di appropriazione antigiuridica e che quindi non si può parlare neanche di una colpevolezza dolosa nel senso del furto. Io difendo questo mio punto di vista. Non trasformo quindi nessun elemento dell'antigiuridicità in un elemento del dolus ma dalla mancanza dell'antigiuridicità nel senso di una fattispecie determinata deduco solamente la mancanza della colpevolezza, del dolus nel senso della stessa fattispecie. Ciò non si dovrendo contrastare neanche amendo un punto di vista di una considerazione pur mente psicologica del dolus. E' impossibile per ogni dottrina della colpevolezza per ogni opinione del dolus negare la antigiuridicità quale presupposto della colpevolezza. Dal punto di vista della mia dottrina del dolus contesto naturalmente anzitutto la seguente affermazione di Hegler (pg. 312): "Il dolus (nello strumento doloso) è dato (strumento "doloso"); ciò che manca è il presupposto decisivo della antigiuridicità nei casi dello strumento senza intenzione e senza qualificazione". Questa affermazione dimostra che da Hegler mi divide anzitutto una profonda differenza riguardo alla considerazione del dolus.

Frank (18 ediz. pg. 107) ammette, nel caso suddetto, non furto in qualità di autore immediato, ma, fondandosi su Beling (Zeit. 28 pg. 589) appropriazione indebita e relativa colpicità.

Se chi sottrae fu determinatoda un uomo dietro le scene avente l'intenzione della appropriazione antigiuridica è alla consegna della cosa sottratta a lui, non si presentano obbiezioni di punire l'uomo ditro le scene come autore mediato secondo il § 242. Poichè la realizzazione della fattispecie oggettiva del § 242 da parte dell'uomo dietro le scene è per lui, siccome possiede anche come elemento soggettivo dell'illecito la intenzione tipica del delitto, è nel senso del § 242 illecita. Inoltre anche la constatazione del dolus, e cioè del vero dolus di furto nel senso della dottrina normativa della colpevolezza, non presenta le minime difficoltà.

Pag. 128

2°) Tutti i delitti sono commissibili in qualità di autore mediato. Soltanto la legge stessa può escludere questa forma di autore per singoli tipi di delitti e ne ha fatto uso riguardo ai delitti di giuramento mediante un § 180. A pre-

scindere da questo paragrafo non vi è una delimitazione dell'autore media_
to. E' chiaro che qui debbo allontanarmi molto dall'opinione di Frank poi_
chè non posso ammettere una eccezione per l'autore mediato per "delitti
di attività", "delitti commissibili a mano propria" ecc. Naturalmente deb_
bo contrastare con la opinione del R.G. risultante da R.G. 24, 86 secondo
cui nel furto aggravato mediante scalata la qualità di autore mediato non
esiste se lo scalare è stato intrapreso dal mediatore agente senza dolo e
non dal determinatore. Frank vede in questa sentenza il riconoscimento dei
delitti manu propria e della sua trattazione particolare da parte del R.G. (1)

Nota.(1) Frank 18 ediz. pg. 109 non si esprime più come prima (17 ediz.pg.106)
(16 ediz. pg. 103, 15 ediz. pg. 103) constatando: "Anche R.G. 24,86
riconosce i delitti manu propria per il fatto che non attribuisce in
un furto commesso in qualità di autore mediato lo scalare dello stru_
mento all'autore mediato".

Frank stesso ha però contrastata questa sentenza e vede nel furto con scalata
non un "delitto di attività" (2) ciò che in tanto dal suo punto di vista è
almeno dubbioso.

Nota.(2) Se anche questa contraddizione è sostenuta nella 18 ediz. non sappia_
mo ancora poichè la parte contenente il § 243 non è ancora uscita.
Ma per le edizioni più remote vale generalmente che fu detto nel te_
sto..... (Vedi manoscritto).

Pag. 129

Hegler (pg. 314 nota 35) ha cercato recentemente di difendere molto inte_
ressantemente la opinione del R.G. 24, 86. Eli parte dal concetto che tali
"elementi oggettivi enumerati nella fattispecie, i quali sono sintomatici
per l'interno, il soggettivo, la colpevolezza, il processo di motivazione,
debbono essere presenti nella persona stessa, affinchè possa autore."
Fra questi elementi Hegler annovera la scalata nel furto. Egli vede qui -
una nuova categoria interessante - un elemtno oggettivo della colpevolezza
come antipodo agli elementi soggettivi dell'illecito. La giustezza di que_

sta teoria qui non voglio esaminare.

Nota.(2) A prima vista mi sembra che tutti gli elemtni soggettivi della fat_ tispecie rappresentino contemporaneamente ed anche mediatamente ele_ menti appartenenti all'ambito della colpevolezza" poichè es_ si hanno importanza costitutiva per la antigiuridicità e con ciò an_ che per la colpevolezza.Le fattispecie non tipizzano soltanto la dannosità sociale di una azione ma anche la pericolosità sociale del_ l'autore. Non posso però proseguire questo pensiero in questo luogo. Per quanto riguarda lo scalare nel § 243 credo che questi elemetni qualificanti dimostrano in prima linea come veri elementi della fat_ tispecie oggettiva la particolarmente grande dannosità dell'azione? Sono quindi fattori aumentanti la antigiuridicità. La antigiuridici_ tà materiale, in contrasto a quella formale, permette delle gradua_ zioni, come anche la colpa se non la si comprende solamente formal_ mente (psicologicamente).

In ogni caso Hegler costruisce un nuovo tipo di delitti proprii, ma come cre_ do ciò non è senza obbiezioni. Delitti proprii hanno origine là dove "la fat_ tispecie è limitata a persone con speciali qualità naturali o giuridiche" (Ma_ yer pg. 94). Di tali qualità però non si potrà parlare negli elemtni qualifi_ canti del § 243 anche mettendoli in rapporto, concordo con Hegler, alla col_ pevolezza. Una specializzazione di determinate persone non è fatta con essi. Almeno non si può capire perchè debba essere data solo in colui che scala con le proprie gambe questa colpevolezza aumentata e non anche in colui che deter_ mina un altro a questa azione particolarmente dannosa.

Pag. 130

3°) Laddove abbiamo da fare con i delitti proprii propriamente detti ,lo autore mediato, che non è altro che autore, deve avere la qualità di autore richiesta nella fattispecie.(1)

Nota.(1) Questa dottrina oggi dominante ha rappresentato Frank già nella pri_ ma edizione, allora contro von Liszt. Recentemente rappresenta una altra opinione Hegler pg. 214. Contro Hegler voglio obbiettare che nei delitti proprii non è concepibile un "extraneus colpevole".Poi_ che l'extraneus nel senso di una fattispecie di un delitto proprio non può agire nè antigiuridicamente nè, conseguentemente, colpevol_ mente. De lege ferenda si dovrebbe riguardare l'opinione di Hegler (pg. 214) mitigando la natura accessoria della istigazione.

Se A determina il pazzo B a compiere con la sua, di B, sorella un coito, A è autore mediato del delitto dell'incesto (§ 173). Egli ha effettuato la realizzazione di questa fattispecie e ciò gli è vietato come ad ogni altra persona. ~~Chi però~~

4°) Un problema molto discusso riguarda l'importanza di un errore sulla parte che uno prende nella compartecipazione alla esecuzione di un delitto. Sono questi i casi in cui uno "col dolo di compartecipazione commette una azione di autore" e viceversa (Frank 18 ediz. pg. 105-106). La soluzione, com'è nota, è molto controversa. Di importanza dovrebbe essere il pensiero che qualità di autore, ~~xx~~ autore mediato, istigazione e complicità sono concetti puramente giuridici. Nessun criminoso ne avrà mai un'idea chiara.

pag. 131

Già questo conduce alla irrilevanza di un errore sul modo di compartecipazione poichè si ~~xxxx~~ tratta di un solo errore di sussunzione. Il dolus in senso psicologico deve riferirsi agli elementi costitutivi della antigiuridicità, e deve comprendere che il fatto non dovrebbe essere fatto. Per il contenuto del dolo psicologico però è irrilevante quali punti di vista giuridici sono da applicare nella valutazione del comportamento da parte del giudice, se il comportamento quindi conduce all'una o all'altra conseguenza giuridica. Di tali punti di vista di valutazione si tratta però nella compartecipazione nella qualità di autore. Se A quindi determina il normale B che egli ritiene erroneamente pazzo alla realizzazione di una fattispecie, B è autore, A però istigatore e non è di importanza che in A, se la situazione giuridica avesse corrisposta alla sua immaginazione errata, sarebbe stato da ammettere la qualità di autore mediato. Se A ~~xxxxxx~~ avesse solamente coadiuvato B che è pazzo ma che egli ritenne capace d'intendere, ~~xxx~~ A, difronte alla sua condanna per qualità di autore mediato non potrebbe riferirsi alla circostanza che, se le sue immaginazioni errate fossero state giuste egli sarebbe da punire solo per complicità. Se si può dimostrare soltanto che A abbia conscientemente coadiuvato e che si sapeva che questo fatto non si doveva fare, abbiamo tutto per dimostrare la sua colpevolezza dolosa. Le immaginazioni oltrepassanti il fatto reale, riguardanti la pazzia di B si riferiscono giuridicamente alle conseguenze giuridiche che dovrebbero realizzarsi se la situazione reale

4°) Un problema molto discusso riguard al'importanza di un errore sulla parte che uno prende nella compartecipazione alla esecuzione di un delitto. Sono questi i casi in cui uno "col dolus di compartecipazione commette una zione di autore" e viceversa (Frank 18 ediz. pg. 105-106). La soluzione, com'è nota, è molto controversa. Di importanza dovrebb'essere il pensiero che qualità di autore, xx autore mediato, istigazione e complicità sono concetti puramente giuridici. Nessun criminoso ne avrà mai un'idea chiara.

Pag. 131

Già questo conduce alla irrilevanza di un errore sul modo di compartecipazione poichè si xxxx tratta di un solo errore di sussunzione. Il dolus in senso psicologico deve riferirsi agli elemtni costitutivi della antigiuridicità, e deve comprendere che il fatto non dovrebbe essere fatto. Per il contenuto del dolo psicologico però è irrilevante quali punti di vista giuridici sono da applicare nella valutazione del comportamento da parte del giudice, se il comportamento quindi conduce all'una o all'altra conseguenza giuridica. Di tali ppnti di vista di valutazione si tratta però nella compartecipazione enella qualità di autore. Se A quindi determina il normale B che egli ritiene erroneamente pazzo alla realizzazione di una fattispecie, B è autore , A però istigatore e non è di importanza che in A, se la situazione giuridica avesse corrisposta alla sua immaginazione errata, sarebbe stato da ammettere la qualità di autore mediato. Se A xxxxxxx avesse solamente coadiuvato B che è pazzo ma che egli ritenne capace d'intendere, xxx A, difronte alla sua condanna per qualità di autore mediato non potrebbe riferirsi allacircostanza che, se le sue immaginazioni errate fossero state giuste egli sarebbe da punire solo per complicità. Se si può dimostrare soltanto che A abbia coscientemente coadiuvato e che si sapeva che questo fatto non si doveva fare, abbiamo tutto per dimostrare la sua colpevolezza dolosa. Le immaginazioni oltrepassanti il fatto reale, riguardanti la pazzia di B si riferiscono giuridicamente alle conseguenze giuridiche che dovrebbero realizzarsi se la situazione reale

avesse corrisposta alla corrispondete sussunzione. Chiarezza sulle conse_ guenze giuridiche però non è mai parte del dolus.

Se ora una dottrina molto diffusa perviene ad altri risultati, vediamo anche qui il contrasto fondamentale delle opinioni sulla qualità di autore e di compartecipe. La opinione qui rappresentata che vede nella qualità di au_ tore e di compartecipe concetti giuridici non riconduce la loro contra_ rietà a diversità nella causalità, deve secondo la mia opinione pervenire al risultato della irrilevanza dell'errore riguardo a questi concetti giuridici. Anche per questo così discusso problema sembra essere di importanza decisiva la considerazione iniziale di questo scritto

Pag. 132

5°) Alla fine vogliamo ancora indagare sin da quale momento il comportamen_ to dell'autore mediato può essere un tentativo nel senso del § 43. E' già la influenza sul mediatore una azione di tentativo? O comincia anche per l'auto_ re mediato il tentativo laddove il mediatore comincia ad intraprendere una azione di esecuzione nel senso tecnico del § 43? Nella nuova edizione del Trattato di Liszt ho risposto in senso affermativo alla prima domanda e quin_ di ho ammesso un tentativo compiuto "dopo di che il determinatore ha posto nelle mani dello strumento il compiersi del fatto (regolarmente quindi nel momento della produzionedella decisione nello strumento)" (Liszt-Schmidt § 50 - nota 10 n. 5). Però debbo lasciar questo punto di vista, convinto dal_ la opinione contraria di Frank (Frank 18 ediz. § 43 II 2 a verso la fine). Poichè con questa opinione va perduto il contatto con le fattispecie e la ragione di estensione della pena del § 43 fu oltremodo amplificata. Appun_ to alla dottrina normativa dell'autore mediato corrisponde una esatta delimi_ tazione alla realizzazione della fattispecie. Quest'ultima comincia nel senso del § 43 solo con l'azione che può essere sussunta sotto il verbum applicato nella fattispecie rispettiva. Nei delitti in cui secondo la fattispecie si tratta solamente di una causazione di un evento esteriore, derivano qui le no_

te difficoltà le quali si possono superare nel miglior modo con il metodo di Frank (18 ediz. pg. 87 sotto b). Si deve prendere in considerazione, come lo fa evidentemente Frank nel tentativo il modo di causazione scelto in concreto dall'autore e si può poi trovare l'inizio della istituzione in "tutti gli atti di attività che in seguito alla loro appartenenza all'azione della fattispecie sembrano per una naturale concezione come parti integrali di essa".

Pag. 133

Vedi manoscritto

Leopold Zimmerl

Zum Lehre vom Tatbestand

Breslau 1926 - In Strafrechtrechtliche Abhandlungappadlungen - Vol. 237

Capitolo IV

Tatbestand und Teilnahme

I.

Anstiftung und mittelbare Täterschaft

Pag. 109

Queste due figure giuridiche hanno in comune che uno fa realizzare per mezzo di un altro la fattispecie di un delitto. (Ciò non è un formalistico attaccarsi alla realizzazione manu propria della fattispecie (Vedi più avanti) . Così si differiscono dalla qualità di autore immediata nella quale colui a che viene il delitto realizza egli stesso la fattispecie o almeno la realizza insieme con altri. Nel vigente cod.pen. la qualità di autore mediato ha essenzialmente la funzione di colmare delle lacune: essa deve rendere possibile la punizione degni di pena i quali in seguito alla natura strettamente accessoria della compartecipazione dovrebbero rimanere impuniti. Che questo scopo difronte al bisogno della distinzione di fattispecie psicologicamente diverse aveva il soprapeso, risulta dalla figura dello strumento doloso in generale e specialmente nei delitti proprii. In Austria la qualità di autore mediata è riconosciuta dalla teoria quasi generalmente, ma dalla pratica solo in misura assai limitata.

La distinzione la si può tentare secondo due punti divista: a seconda

che si prende la via puramente naturale (psicologica) o quella giuridi_ca, nel primo caso si deve spiegare chiaramente anzitutto le diverse fat_tispecie psicologiche per attribuire poi i casi che appartengono stretta_mente assieme, in un gruppo, gli altri in un altro gruppo. Dubito che questa via conduca ad un risultato buono; evidentemente non si è pensato ancora che esistono molte varianti; e così ciò dev'essere tentato qui.

Se A determina B a realizzare una fattispecie, sono possibili i seguenti casi principali:

1°) B è un uomo pienamente incapace di pensare e di volere che agi_sce in un modo determinato su alcune parole istiganti, come un animale. Il caso è quindi anche psicologicamente da giudicare come se A si fosse servito di un cane o di una cosa qualsiasi. B è un pazzo in uno stadio molto progredito (demenza precoce, paralisi progressiva).

2°) B è affetto da malattie mentali, incapace d'intendere, ma tutta_via capace di farsi delle idee chiare sul decorso causale della sua azio_ne e di avere anche una volontà. Si pensa al caso di un paranoico. Tali persone considerare come un puro strumento sarebbe forzare la situazione psicologica. A me è conosciuto un caso in cui tre maniaci internati in una casa di cura avevano ideato un piano addirittura diabolico per uccidere il medico di guardia; solo per caso non riuscì il piano ben pensato. In questi casi è nel malato destata la volontà di realizzare una fattispe_cie nello stesso modo che in un sano; solo esiste una differenza nel sen_so che le innibizioni presenti in un sano (vedi però più avanti) qui non sono tanto forti o mancano addirittura; anche la possibilità di riconosce_re l'antigiuridicità del fatto può essere diminuita in tali malati o può anche essere esclusa ma ciò non è necessario. Considerato puramente psico_logicamente questo caso somiglia più a quello dell'istigazione di un pie_

namente sano che non a quello in cui fu usato uno strumento incapace di pensare.

3°) B è un giovane pienamente sano capace di avere idee giuste e una volontà. Qui si possono pensare due sottocasi:

A) B è dal punto di vista puramente psicologico e psichiatrico da equiparare ad un adulto: egli ha la stessa forza di comprendere l'illecito del suo fatto, la stessa forza di volontà come un adulto della sua posizione sociale ed educazione. Egli è quindi solamente dal punto di vista giuridico, in seguito alla presuntio juris et de jure della legge positiva da considerare come incapace d'intendere.

B) Egli non ha ancora la stessa capacità di comprendere e la s essa forza di volontà di un adulto.

Pag. 111

4°) B è pienamente capace d'intendere ma egli disconosce l'importanza causale dell'azione a cui fu determinato da A e quindi può essere considerato a questo riguardo come uno strumento.

5°) B è pienamente capace d'intendere; egli conosce l'importanza causale dell'azione ma non conosce una circostanza concomitante la cui presenza rende l'azione illecita o particolarmente illecita.

6°) B ha compreso il fatto riguardo a tutte le circostanze di fatto e giuridiche, agisce quindi col pieno dolus, ma ritiene erratamente il fatto per un'azione permessa.

7°) B riconosce il fatto pienamente giusto ed anche che è vietato.

Questi sette casi non si presentano sempre in una forma pura. Vi sono molti passaggi e mescolanze. Ed ora ci si immagini la quantità delle possibilità reali che dovrebb'essere compresi in uno di quei due schemi! Sin dall'inizio è chiaro che ogni tentativo di trovare una distinzione pregiudica naturale deve trovare delle difficoltà immense.

Le diverse costruzioni in questo senso debbono considerarsi come non riuscite.

Come esempio più importante sia addotta qui la distinzione di Frank fra causalità mediata psichicamente e fisicamente (pg. 102). Si può essere d'accordo forse col fatto che Frank ammette la causalità psichicamente mediata anche là dove una volontà mediatrice esiste e ma non liberamente (che cosa vuol dire: liberamente? Dal punto di vista psichiatrico o da quello della legge positiva? Nell'ultimo caso il criterio sarebbe di nuovo puramente giuridico) , o quando questa volontà non conosce la causalità del suo agire. Frank però trascura pienamente tutti quei casi in cui l'agente immediato in seguito alla non conoscenza di una circostanza concomitante o dell'antigiuridicità non possiede il dolus del suo fatto. Qui esiste indubbiamente una volontà mediatrice libera che è consapevole anche della causalità del suo agire - manca appunto solo la conoscenza di una circostanza concomitante - e quindi Frank in questi casi dovrebbe ammettere solo compartecipazione il che secondo il cod.pen: dorebbe portare all'impunibilità. Lo stesso Frank non accettrebbe una tale decisione.

Pag. 112

Se la si vuol evitare si deve equiparare la volontà non libera e non consapevole della causalità del suo agire a quella volontà che dal punto di vista del codice vigente non può essere valutata come dolus e così si perviene ad unadistinzione puramente giuridica.

Lo stesso vale anche per Coenders (Strafr. Grundbegr.). Dopo di che lui ha dimostrato la fondamentale diversità della causalità fisica dalla causalità per motivazione ed ha tratto la conseguenza che la attività dello autore, considerata puramente naturalmente, sia fondamentalmente diversa da quella dell'istigatore il cui diventar causale vada attraverso la per-

sonalità incalcolabile di un altro; e che la legge faccia molto bene a dividere acutamente questi due casi, egli vede poco dopo (a pg. 208) parlando della qualità di autore mediata, la differenza essenziale fra l'istigatore e l'autore (mediato) nella circostanza, che nel primo caso l'azione el'evento ci stia l'avvenimento più importante dal punto di vista penale, mentre nel sec ndo caso non vi sia nulla di penalmente rilevante (ciò del resto è del tutto sbagliato. Anche basandosi sulla terminologia errata secondo la quale una cosa penalmente rilevante possa essere solamente un'azione colpevole, non si deve tuttavia tralasciare i casi, in cui l'agente mediato agisce colposamente; qui secondo ogni opinione di terminologia vi è in mezzo qualche cosa di penalmente rilevante!). Con ciò però è abbandonata in un modo chiaro la distinzione naturale in favore di una distinzione puramente giuridica e questo fatto non lo si può velare neanche spiegando i casi della qualità di autore mediata come delle eccezioni poco riguardevoli, come lo tenta il Koenders . F' chiaro che questo momento giuridico per la distinzione fra la qualità di autore immediata e l'istigazione è giusto, quindi è giusto per tutti i casi, mentre la considerazione naturale almeno in molti casi ~~xx~~ della qualità di autore mediata non regge.

Una curiosa delimitazione puramente psicologicamente fa recentemente Rittelzer (Lammasch-Ritteler - pg. 148) però senza un fondamento nel cod. pen. austriaco. Il criterio fra l'istigazione ela qualità di autore mediato è secondo lui il dolus nel senso psicologico

Pag. 113

a seconda se un tale dolus è presente nell'agente immediato o no, è data l'istigazione o la qualità di autore mediata. Un fondamento per questo modo di pensare l'autore non ci fornisce.

Questa opinione curiosa sembra anche stare a base del ~~xxxxxx~~ Progetto

1927 . Siccome la sua dottrina della compartecipazione corrisponde essen_ zialmente al Progetto del 1925, sarà ognuno che non ha letto i fondamenti molto meravigliato di trovare nella parte speciale delle fattispecie come quelle dei §§ 186, 204 e 207 . I fondamenti riguardnati il Progetto del 1925 avevano dichiarato espressamente superflue tali fattispecie eciò con piena giustificazione. Se anche l'istigazione dell'incolpevole è da consi_ derare come istigazione e non come qualità di autore mediata, non ci si può immaginare nessun caso in cui alcuno produce una falsa documentazione per mezzo di un altro senza essere istigatore. Che cosa si debba fare quindi con questi strani paragrafi? Mentre i fondamenti riguardanti il § 186 non ci dicono addirittura nulla rimandando semplicemente alla necessità di pu_ nire tali casi - come se essi non già sin dall'inizio dovrebbero essere puniti come istigazione! -, rimanda il § 204 al § 29 . E lì troviamo una delimitazione più che strana: qualità di autore mediata è data "se la agente è cieco strumento del causatore, se esso indotto in errore che non gli permette di riconoscere che cosa faccia, se egli, brevemente detto,non sa che cosa fa, come nel caso del timoniere ingannato da falsi segnali". Senza violare l'uso della lingua quindi non si potrebbe dire - diversamen_ te dal caso di un fanciullo o di un paranoico che uccide il presunto perse_ cutore - che esso abbia eseguito il fatto. - Che strano disconoscimento del_ la lingua! Nella parola"eseguire" è compreso un elemento soggettivo solo se lo si introduce arbitrariamente. Se si domanda ad un profano chi abbia condotto la nave sugli scogli, il timoniere o chi lo ha ingannato per mez_ zo di fasli segnali, non esisterà a dichiarare che naturalmente lo era il timoniere solo che questi pienamente incoscientemente ha prodotto il disa_ stro. I fondamenti lo concedono propriamente essi stessi e cioè nella stes_ sa frase,in cui lo negano " egli non sa che cosa fa " si può soltanto di un persona che fa qualche cosa; e ciò dovrebb'essere una prova per il aftto

Pag. 114

che egli non lo fa. Non capisco per quali punti giuridicamente rilevanti questo caso si differisce da quello del paranoico. Secondo i fondamenti pare come se il dolus psicologico dovrebb'essere usato come criterio distintivo, ma come dimostra l'esempio del paranoico, anche ciò solo riguardo al dolus ~~xxxx~~ riferito alla fattispecie speciale (così anche secondo Ritteler che si basa sul sistema di Beling). Allora ci sarebbe sempre qualità di autore mediata se l'agente immediato si trova in un errore su un requisito della fattispecie speciale. Però non si può constatare con sicurezza se non è forse il senso dei fondamenti di ammettere l'istigazione quando l'errore dell'agente immediato si riferisce solo ad una circostanza concomitante; si è tentato di pensarlo poichè i fondamenti danno importanza al concetto "eseguire"; ma contro quest'opinione parlare i § § 204 e 207 in cui si dovrebbe trattare appunto di una non conoscenza di circostanze concomitanti. Se A determina B a compare una cosa di cui A sa che è rubata mentre B non lo sa, devesi ora ammettere l'istigazione o qualità di autore mediata? Si può dire di B che egli non sa cosa faccia? Egli sa benissimo che compra una cosa ma egli non sa che questa è rubata. Certamente sono possibili ambedue le decisioni. Dipende dal grado dell'astrazione nella posizione della domanda se si può dire che egli sa che cosa fa o no; nell'esempio addotto si sarà inclinato a negare questa questione poichè appunto la qualità della cosa come una cosa rubata è il momento giuridicamente rilevante; ma nell'esempio del paranoico è anche il fatto che non è assalito, il punto giuridicamente decisivo!

Anche prescindendo da queste difficoltà non posso assolutamente capire il senso del criterio (dolus psicologico). Cambia forse qualcosa riguardo alla necessità di punire o addirittura alla valutazione giuridica del determinatore se il determinato agisce col dolus psicologico? Ha in verità

senso che per l'avvenire, se qualcuno determina un pazzo ad un'azione, si debba prima indagare se il pazzo era talmente fuor di sè da non capire ciò che faceva o se xxx lo era così poco che benissimo sapevole di uccidere un uomo? Quale sovraccarico per i periti giudiziari! E si è poi effettivamente dimenticato che con ciò si lascia da parte xxxxx la punibilità di una serie di casi penalmente degni di punizione?

Pag. 115

Nei casi dei §§ 186, 204 e 207 è minacciata con pena attraverso una special fattispecie la produzione del rispettivo evento antigiuridico per mezzo di una persona incosciente, ma in altri casi non lo si è fatto. Adduco solamente i §§ 80 e 86 . Drve rimanere impunito chi inganna un ambasciatore in modo che questi, nell'opinione gli interessi della sua patria, fa invece il contrario (§ 80)? Deve rimanere impunito colui che ha indutto in errore un fornitore di materiale bellico riguardo ai suoi doveri in modo che questi si rende colpevole di una grave lesione degli uomini in seguito a cui migliaia di xxxxx uomini debbono soffrire? E come è da decidere se l'esecutore immediato agisce colposamente? Devesu in questo caso ammettere l'istigazione o la qualità mediata di autore? E come è la questione in particolare se la colposità si riferisce solamente ad una circostanza concomitante per es: ad un xxxxxxx elemento della fattispecie generale o della antigiuridicità? Nei primi due casi agisce l'autore dolosamente secondo l'opinione del Progetto; quindi avremmo istigazione; se la colposità però si riferisce ad un contrassegno della fattispecie speciale allora si dovrebbe ammettere qualità di autore mediato perche secondo il Progetto manca il dolus (naturalmente anche il dolus in senso puralente psicologico !). R ciò costituirà forse una decisione soddi£

sfacente? O forse si può parlare nei casi di xxx una consapevole colpo_ sità (se per esempio alcuno si rappresenta l'esigenza di una circostan_ za concomitante e rilevante come possibile ma si fida sul non prodursi o non eistere di essa), che egli non sappia che cosa fa? Non si dovrebbe propriamente far una eccezione per tutti i casi di colpa consapevole? E come si pensa il Progetto (lo stesso di Ritteler) lo stesso problema nel caso del favoreggiamento della ricettazione e del § 195 (§ 212 del cod.pen. austr.) ? I fondamenti rimangono semplicemente a ciò che si è detto riguardo alla compartecipazione..

Pag. 116

Secondo essi dovrebbe un fatto che non è base della compartecipazione non essere neanche base per la punizione del favoreggiatore o del ricet_ tatore o di chi non denunzia, e ciò sarebbe anche logico. Se quindi lo autore principale in tali casi non sa ciò che fa, egli ha quindi, per parlare con le parole dei fondamenti, non"eseguito" addirittura nulla; necessariamente dovrebbero rimanere impuniti il favoreggiatore, il ri_ cettatore e chi non denunzia eccetto il caso in cui casualmente vi è un autore mediato. E' strano che anche Ritteler ha trascurato questa conse_ guenza che appunto dal punto di vista del dir. pen. austriaco ci si impo_ ne. E saranno possibili misure di sicurezza contro un uno di cui non si può dire che egli abbia eseguito? Di questo parleremo ancora più tardi. Ma in ogni caso sarebbe presente il pericolo che questa questione nella pratica spesso venga negata. Sequesta delimitazione fra l'istigazione e la qualità mediata di autore rimane in vigore, non è creata soltanto una fonte continua di incertezza giuridica ma anche hanno libero corso alcuni gravi delitti. Allora sarebbe la riforma penale per noi austriaci una re_ formatio in pejus . Poichè in base al nostro codice già vecchio di xxxx cento venticinque si può in questa materia preferire a risultati più ra_

gionevoli e più adatti che non secondo il Progetto del 1927 .

Io credo con ciò di aver dimostrato l'impossibilità di una distinzione naturalistica. Rimane quindi solo una distinzione puramente giuridica la quale deve evidentemente mirare a decidere se l'azione dell'esecutore immediato sia dolosa nel senso della legge cioè dolosa nel senso della nostra terminologia. Se si vede in verità la differenza tra l'istigazione e la qualità mediata di autore nel fatto che nel primo caso è frapposta un'azione dolosa fra l'azione dell'istigatore e l'evento, non però così nel secondo caso, anche questa differenza si può oggettivamente o soggettivamente.

Oggettivamente: è decisivo soltanto se l'esecutore immediato ha in verità agito dolosamente; soggettivamente: è rilevante solo il determinatore credeva presente nell'altro il dolus.

Pag. 117

Il punto di vista soggettivo porta a ciò che spesso esiste un'azione ma non un autore, bensì soltanto un istigatore (o un complice). Non è da comprendere perchè si dovrebbe scartare nella dottrina della compartecipazione il principio che i dati oggettivi formano la base e che delle azioni fra la conformazione reale e l'immaginazione dell'autore sono da trattare secondo le regole relative all'errore. Del resto ciò fu abbastanza sottolineato dalla critica al Progetto del 1919. Si deve quindi mantenere la distinzione oggettiva. Ci si domanda però se addirittura nella considerazione dell'istigatore e dell'autore mediato vi sia una talmente grande differenza che il permanere della distinzione sia giustificato. Ciò che aumenta la disapprovazione dell'azione dell'istigatore è, come i post-glossatori hanno già giustamente riconosciuto che egli et alium corrumpi, cioè la sorgere nella psiche di un altro il dolus malus. Egli corrompe un altro. E' questa anche la ragione per cui alcuni codici, come per

esempio quello austriaco, puniscono l'istigatore più gravemente dell'autore. Apparentemente non vale questo momento, nella qualità di autore mediata; ma tuttavia si trovano casi di essa in cui sorge un elemento molto simile. Chi desta in un pazzo la decisione al fatto punibile, corrompe anche egli il pazzo in un certo senso. Certamente il fatto di un pazzo non è punito, ma contro di lui si applicano misure di sicurezza. A determina B che or ora si trova in uno stato maniaco a fracassare una vetrina. B è talmente incantato da quel rumore che egli subito va a distruggere tutti i vetri del quartiere. Non ha forse A prodotto una maggiore insania che non se egli avesse destato il dolus malus in un capace d'intendere? Però questo elemento non si troverà in tutti i casi della qualità di autore mediata; così per esempio non comparirà in quelli in cui è usata una persona versante in errore scusabile. Ma già nel caso in cui l'esecutore immediato agisce colposamente potrebbe sorgere di nuovo la uestione se egli non è, almeno in un certo senso, corrotto. Quale circostanza mitigatrice a favore dell'istigatore, Coenders adduce in particolare la minore intensità della volontà delittuosa.

Pag. 118

Egli dice che l'istigatore per lo più non osa eseguire egli stesso il colpo verso l'ordinamento pacifico. Indubbiamente è merito di Coender lo aver menzionata questa circostanza. Ma forse non è lo stesso nel caso di un autore mediato? Chi non ha egli stesso l'energia di cacciare ad un altro un coltello nel dorso, non è forse ugualmente degno di pena se si serve di un capace d'intendere o di un incapce d'intendere per la esecuzione di ciò? Ma anche in altri casi non regge sempre questo argomento. Se nel nostro caso A, invece d'istigare B all'assassinare C lancia una bestia feroce contro di C o se gli somministra veleno e poi fugge lontano perchè non può vedere l'agonia, è egli allora, tutto ad un tratto, diventato degno

di una maggiore pena e è la sua volontà criminosa divenuta più intensa? La maggiore parte degli avvelenatori non sarebbe in grado di tagliare la gola alla vittima, appunto perciò somministrano veleno. Eppure il nostro codice austriaco non punisce l'avvelenamento più mitemente ma più gravemente dell'omicidio comune. Si potrebbe forse addurre ancora in favore dell'istigatore che egli sia più lontano dall'azione poichè l'azione coscientemente antigiuridica di un altro lo divide da essa e poichè i motivi contrarii al delitto devono sorgere nella psiche dell'altro. D'altra parte sarebbe un fatto aggravante che egli deve superare anche questi motivi contrarii al delitti, che egli ha quindi bisogno di una maggiore energia che non l'autore mediato. Ma anche ciò non è decisivo. Chi si serve di un delinquente professionale deve contare su di lui con minre numero di motivi anticriminosi che non l'altro che vuol determinare un non interamente pazzo ad un delitto. Una differenza veramente rilevante per il giudizio penalistico xxi riguardo alla distinzione tra l'istigazione e la qualità mediata di autore non può quindi essere trovata. In realtà ambedue differiscono meno fra di loro che difronte alla qualità di autore immediata. Sarebbe solo un bene se si tralasciasse in avvenire questa distinzione nei codici.

Chi considera l'istigazione come "qualità di causatore intellettuale" perviene naturalmente più facilmente ad una distinzione del concetto della qualità di autore mediata. Per i sostenitori di questa dottrina

Pag. 119

l'istigatore dev'essere considerato fondamentalmente anche come autore. E' stato il Coenders che ha sottolineato in particolar modo le strane conseguenze derivanti da un'applicazione conseguente di questo pensiero?. Propriamente detto sarebbe sempre da solvere colui che ha istigato ad un fatto per il quale egli non può essere punito quale autore. Prescindiamo del tutto dal campo così discusso dei delitti proprii: conseguentemente dovrebbe

rimanere impunito anche chi istiga A a coabitare con la sua (di A) figlia. Un ulteriore risultato di quest'opinione sarebbe di trattare il tentativo dell'istigazione come un tentativo al fatto stesso. Ciò ~~xxxxxx~~ in verità il nostro codice penale (§ 9). Ora non lo ritengo soltanto possibile ma anzi molto desiderabile che anche la tentata istigazione sia punita. Le gravi obbiezioni di Coenders in contrario sono certamente rimosse dalla prassi austriaca vecchia di settantacinque anni che non era affatto incerta e vaga (Coenders che riguarda anche la legislazione giapponese non ha disgraziatamente trovato degno di considerazione qullo austriaco e la sua lunga pratica !). Tuttavia però è il tentativo di istigazione una cosa molto diversa dal tenativo al fatto. Quest'ultimoè l'inizio dell'esecuzione (cioè la realizzazione della fattispecie speciale), l'altro no. Da una confusione dei due concetti deriverebbero conseguenze impossibili. La differenza essenziale tra l'azione dell'istigatore e quella dell'autore consiste che quest'ultima è conforme alla fattispecie mentre l'altra non lo sarebbe se il codice non menzionasse affatto l'istigazione. In mancanza di una tale norma dovrebbe essere assolto ogni istigatore per mancanza di conformità alla fattispecie nella sua azione; sarebbe ingiusto punirlo quale autore ~~xx~~ magari riguardo alla causalità della sua azione. L'istigazioneè come dice Mayer una ragione di estensione della pena; mediante la norma contenuta nella parte generale è effettuata la conformità dell'azione di istigazione alla fattispecie ed è resa possibile la sua punibilità. Ed ora si pensi che cosa si impone a questa teoria con la figura dell'autore mediato se essa npn deriva chiaramente dal dettato della legge (e così non è nei codici vigenti);

Pag. 123

dalla situazione soggettiva dell'esecutore immediato, dovrebbe quindi dipendere l'interpretazione estensiva o restrittiva della fattispecie! Invero se l'esecutore immediato agisse dolosamente, malgrado una configurazione oggettivamente identica l'autore mediato non potrebbe essere punito come autore ma dovrebbe rimanere impunito se non ci fosse la ragione di estensione della pena dell'istigazione, attraverso la quale la sua azione diventa conforme alla fattispecie. Per la stessa ragione è pienamente impossibile punire l'istigatore colposo "in certe circostanze" quale autore; ciò non è possibile in nessun caso poichè la fattispecie non è applicabile a lui.

Dunque si tratterà nel miglior modo la qualità di autore mediata del tutto come un'eccezione e si comprenderà tutti i casi di questa specie sotto il concetto dell'istigazione.

Una certa accessorietà dell'istigazione deriva già dalla sua essenza. Non si può puramente e semplicemente istigare, ma si deve istigare a qualche cosa. Per l'azione di istigazione è essenziale la relazione con un determinato fatto. Solo con riferimento a questo essa è un'azione di istigazione. In molti casi l'azione dell'istigatore può avere un significato solo per questa relazione con un altro fatto. Con ciò non si deve dire che il fatto principale dev'essere anche effettivamente accaduto, esso può essere stato soltanto tentato; può anche essere soltanto ideato come oggetto di relazione (e ciò non necessariamente dell'agente).

Excurs

Pag. 121

Distinzione della qualità di autore dalla compartecipazione nelle singole specie di delitti.

a) Delitti di intenzione.

Per i delitti d'intenzione impropri non si presenta alcuna difficoltà: siccome l'intenzione ha relazione solo con la colpevolezza, è indifferente ai fini della distinzione tra qualità di autore e compartecipazione dove questa è presente.

Pag. 122

Autore può essere soltanto chi realizzi da solo o insieme con altri la fattispecie. Nei delitti di intenzione veri e proprii si deve fare una distinzione: nei delitti di intenzione in senso stretto può essere autore soltanto chi realizza la propria fattispecie solo o insieme con altri, poichè la fattispecie amplificata deve derivare senza una nuova azione umana dalla fattispecie ristretta propriamente detta.

Nei delitti in due tempi può autore essere soltanto chi pone la fattispecie più ampia anche se un altro ha posto quella più ristretta. Allora abbiamo qualità di cosutore.

b) Agire con mala intenzione: se si annovera questo requisito veramente alla antigiuridicità, può essere autore anche colui che agisce in questo senso anche se egli non ha realizzato nessun elemtno oggettivo della fattispecie.

c) Le azioni contro la moralità sono da considera come veri delitti di intenzione. In seguito alla particolare specie dell'evento in questi delitti si dovrà considerare autore anche colui nella cui,psiche si realizza lo evento o deve realizzarsi. Se quindi il salico A fa frustigare fanciulli per mezzo di B , ambedue sono cosutori.

d) Nei delitti di espressione non ci può essere nessuna difficoltà nella limitazione. Autore può essere esclusivamente colui che riunisce in sè lo elemento soggettivo richiesto.

III.

L' Accessorietà

Sono due problemi diversi che comunemente si confondono sotto questa denominazione. Ciò è per il primo la domanda: quanto dell'azione principale dev'essere esistente affinchè il compartecipe possa essere punito, cioè se l'istigatore e il complice sieno anche punibili s e anche il fatto principale non fu ancora cominciato o sebbene cominciato fu lasciato allo stato di tentativo; e per il secondo il problema inverso di quello del primo, quale specie deve rappresentare il fatto principale, cioè se basti un'azione antigiuridica conforme alla fattispecie o se sia necessaria un'azione colpevole o addirittura in concreto punibile per poter punire anche i compartecipi.

In questo secondo problema è d'altra parte possibile - il che in generale si trascura - richiedere o pienamente o parzialmente la realizzazione di un tale fatto principale,o

Pag. 123

limitarsi al fatto che il dolus dei compartecipi sia rivolto ad esso o almeno abbia la tendenza oggettiva relativa. Sarebbebenissimo concepibile che un codice presupponga un fatto principale colpevole per la punizione dei compartecipi ma si accontenti del fatto che questo fatto principale colpevole sia stato contenuto nel dolus dei compartecipi anche se esso non sia stato realizzato nemmeno in parte o se la realizzazione non era affatto possibile. Istigazione e complicità tentate sarebbero quindi punibili in un certo ambito e nel senso della prima domanda non ci sarebbe accessorietà; però sì nel senso della seconda domanda poichè un fatto principale antigiuridico e conforme alla fattispecie ma non colpevole non sarebbe sufficiente. E viceversa sarebbe possibile che un codice si accontenti di un fatto principale antigiuridico e conforme alla fattispecie per

la punizione dei compartecipi ma che presupponga la piena realizzazione di esso in modo che l'istigazione e la complicità debbano sempre rimanere impunite se il fatto principale non è stato cominciato o è stato soltanto tentato. Qui non ci sarebbe nel senso della seconda domanda alcuna accessorietà. E' un caso che la compartecipazione nel diritto tedesco vigente è accessoria in ambedue i sensi. Perciò non esiste un nesso necessario. Ciò dimostrano anche i Progetti che lasciano fondamentalmente impunite l'istigazione e la complicità tentate ma che non richiedono un fatto principale colpevole per la punizione dei compartecipi.

Che un fatto principale antigiuridico e conforme alla fattispecie sia fondamentale per la punizione dei compartecipi, non è soltanto sin da venticinque anni la dottrina dominante del diritto penale austriaco ma anche una dottrina de lege ferenda quasi esclusivamente approvata nella scienza penale tedesca. La formulazione precisa la debbiamo specialmente a Beling e a Mayer. E' strano soltanto che i fondamenti di questa dottrina sin dal Hje in Austria e generalmente in Germania si esaurisca nella constatazione negativa che non sia possibile che la mancanza della colpevolezza nell'autore principale vada a vantaggio del compartecipe. Ora non si può accettare una diversa giustificazione dai seguaci della natura puramente soggettivadella antigiuridicità. Diversamente invece dai sostenitori della dottrina dell'illecito oggettivo, cioè incolpevole/.

Pag. 124

Chi è dell'opinione che anche un fatto incolpevole possa venire in contraddizione con le norme dell'ordinamento giuridico e quindi essere antigiuridico ritiene naturale che anche la determinazione e la cosdiuvazione ad un tale fatto debbano essere antigiuridiche e, se colpevoli, penalmente sanzionate. Una azione conforme alla fattispecie e oggettivamente antigiuridica deve quindi essere la base per la responsabilità dei comparte-

cipi. ∅

Ora noi abbiamo imparato sconoscere la colpevolezza come un elemento secondario dell'illecito e ciò abbiamo basato sul fatto che la dannosa efficacia del fatto - prescindendo dal bene giuridico particolare dell'offeso dal reato - per la comunità è molto più grande nel fatto colpevole che non in quello incolpevole. Da ciò deriva che anche la determinazione e la coadiuvazione ad un fatto colpevole costituiscano necessariamente un illecito più grave che non il determinare e il coadiuvare per un fatto incolpevole. Un'ulteriore conseguenza è che colui il quale consapevolmente determina o coadiuva un fatto colpevole agisce egli stesso con maggior colpa, ed è quindi degno di maggior pena, che non chi consapevolmente determina o presta aiuto ad un fatto incolpevole. Ciò è invero l'unico elemento che distingue sfavorevolmente l'istigatore dall'autore mediato; però lo stesso elemento nello stesso modo trova anche nella complicità. Ciò si potrebbe riguardare nella parte generale del codice penale con la dichiarazione: "Chi determina cosdiuva consapevolmente un fatto colpevole, va punito, a parità di circostanze, più gravemente di chi determina o cosdiuva un fatto,incolpevole". Io concepisco questo principio come una regola di commisurazione della pena ~~xxxxxxxxxxxx~~ nell'ambito della misura normale. Per un superamento dei limiti della pena non mi pare questa sola sfumatura abbastanza ~~xxxxxxxx~~ rilevante nella rimproverabilità del fatto. S'impone ora da sè la questione: perchè noi richiediamo come fatto principale un'azione antigiuridica conforme alla fattispecie e non ci basta un qualsiasi fatto antigiuridico? Anche a questa domanda la risposta fu già data nella prima parte di questo lavoro. L'illecito tipizzato nelle fattispecie è pure quello che il legislatore vuole in particolar modo evitato.

Siccome esso gli pare particolarmente dannoso e da combattere, non gli basta la reazione con i mezzi del diritto civile, ma lo affronta molto energicamente con l'arma della pena.

Pag. 135

La particolare pericolosità di siffatte azioni per l'ordine sociali giustifica questa misura. E' quindi ben comprensibile che anche la determinazione e la coadiuvazione ad un fatto conforme a queste fattispecie, se avvengono colpevolmente, siano punite penalmente. L'illecito non conforme alla fattispecie può essere ritenuto meno pericoloso.

Con ciò è data anche la risposta alla questione: fin dove deve il fatto principale essere compiuto per poter ammettere istigazione e complicità pienamente realizzate, presupposto che le azioni di istigazione e di complicità siano a lor volta compiute. Secondo una più giusta opinione sono però già le azioni di preparazione antigiuridiche. Ma esse sono ancora ben lontane dal male che propriamente si vuole evitare e non sono tanto pericolose. Esse non rappresentano alcun illecito tipizzato, alcun illecito conforme alle fattispecie. Se però vediamo l'essenza dell'istigazione e della complicità nel determinare o coadiuvare un illecito conforme alle fattispecie, è chiaro che solo se è posta in essere un'azione antigiuridica conforme al Tatbestand la compartecipazione può essere compiuta.

L'Azione antigiuridica e conforme al Tatbestand incompiuta è almeno un quasi tentativo; se essa è dolosa, costituisce un vero tentativo. Così perveniamo in base però alla teoria oggettiva del tentativo alla già prima sostenuta conseguenza che l'istigazione e la complicità sono compiute se l'autore principale è entrato nello stadio del tentativo o almeno del quasi tentativo. Ci troviamo d'accordo con l'opinione preponderante che si affermata anche nei Progetti. La opinione solo possibile secondo il punto di vista del vigente cod.pen. ted.,che il sorpassare i limiti della punibilità da parte dell'autore, sia l'essenziale fu già sopra respinta.

In quest'occasione voglio soltanto dire a quale pericoloso errore necessariamente va incontro per questa strada la teoria soggettiva del tentativo Siccome essa per la punizione a titolo di tentativo non richiede un'azione conforme al Tatbestand, non le rimane come criterio per stabilire la concretezza della compartecipazione altro che la punibilità. A fondamento di ciò si potrebbe addurre che l'essenza della compartecipazione consiste nel determinare o coadiuvare un'azione punibile, il che certamente sarebbe errato.

Pag. 128

Che con ciò diventi impossibile ogni fondamento unitario - poichè nel fatto incolpevole compiuto si deve ammettere naturalmente anche una compiuta compartecipazione - fu già sopra dimostrato. Come si trattano ora i casi in cui alcuno consapevolmente determina o coadiuva un tentativo che non può condurre ad un'azione compiuta? A dà a B , consapevolmente, dietro sua preghiera,un mezzo abortivo pienamente inefficace e B perciò commette un tentativo di aborto irrisorio. Naturalmente non si può condannare A e si giustifica ciò col dire che gli manca il dolo. Se però alcuno fosse abbastanza curioso da ricercare ulteriormente, se l'azione di A sia oggettivamente antigiuridica, se quindi debba essere consentita la difesa contro di essa, che si deve rispondere dal punto di vista della teoria soggettiva del tentativo? Sì? Ciò non è possibile: invero ognuno deve a prima vista ammettere che il dare acqua zuccherata o distillata allo scopo di berla non può in nessun caso intaccare beni giuridici e quindi non può essere antigiuridica nel senso della legge. Una difesa ammessa contro di esso sarebbe addirittura ridicola. Quindi l'azione di A non è oggettivamente antigiuridica? Ma qual'è la situazione se egli ritiene il mezzo fornito come sufficiente? In tal caso vi è non già una complicità tentata ma una complicità compiuta (!) all'aborto. Dimodochè secondo la teoria soggettiva del tentativo si ha una

azione punibile non solo tentata ma anche compiuta, senza che ci sia anti_ giuridicità oggettiva! Un elemento soggettivamente normativo dell'illeci_ to trae seco necessariamente una serie di elementi siffatti. Se si scorre la numerosissima letteratura sull'istigazione e la complicità,si ha quasi l'impressione che queste forme di compartecipazione non abbiano alcuna fat_ tispecie. In verità sia alla parola "istigazione" sia anche, in minor mi_ sura, alla parola "complicità" è già frammisto un elemento soggettivo: la direzione della volontà verso un'azione. Se si vuole liberare da questa ta_ li concetti, non si deve parlare di istigazione ma di determinazione,e non di complicità ma di coadiuvazione. Ambedue questi concetti sono indipenden_ ti dalla direzione della volontà del ~~xxx~~ determinatore e del coadiuvatore e rappresentano la pura fattispecie delle forme di compartecipazione.

Pag. 127

Anche una persona pienamente inconsapevole può determinare un'altra a qualcosa. Con la semplice osservazione incidentale che X possiede costosi gioielli, può A determinare B ad un furto con scasso in casa di X . Un col_ tello dato per appuntire una matita può diventare coadiuvazione ad assassi_ nio. La fattispecie di ambedue le forme della compartecipazione consiste quindi semplicemente in una determinazione e rispettivamente in una coadiu_ vazione ad un'azione conforme al Tatbestand. Allo scopo di una comprensione costruttiva si possono seguire due strade: o si concepisce ogni fattispecie di autore (Tätertatbestand) amplificata per le azioni della zona esterna e così si ottiene accanto ad ogni fattispecie di autore ed una di complice per lo stesso diritto (così Beling:"Tatbestand amplificato"). O si concepi_ sce la determinazione o la coadiuvazione come un delitto sui generis con un proprio Tatbestand; in tal caso ci sarebbero un Tatbestand della determina_ zione ed uno della coadiuvazione così come un Tatbestand dell'omicidio, del furto, ecc. Contro quest'ultima via si oppone a prima vista l'immensa am_

piezza e scarsità di contenuto di queste fattispecie. Però nel risultato pratico le due costruzioni si distinguono molto poco. Anche se si sceglie l'altra via si perviene ad una vaga fattispecie che delude ogni pretesa di sicurezza giuridica: quale azione, sia essa anche senza scopo e senza effetto, non può costituire una determinazione o coadiuvazione ad un furto o ad un omicidio? Noi siamo tanto fieri delle nostre fattispecie e le consideriamo come un baluardo della sicurezza giuridica; e se una volta una fattispecie speciale contiene una volta proprii elementi normativi o sembra troppo indeterminata e vaga protestano subito ed ad alta voce i difensori della idea dello Stato di diritto. E non si vede che attraverso la enorme estensione che le singole fattispecie subiscono per via delle norme sulla determinazione e coadiuvazione, va ~~xxxxxxx~~ perduto proprio tutto il vantaggio che con la formulazione di fattispecie acutamente determinate crediamo di conseguire? Se si vuol punire l'istigatore ed il complice-e che sia necessario nessuno dubita - si deve considerare la determinazione o la coadiuvazione come un'azione antigiuridica e conforme al Tatbestand. Siccome però non vi è alcuna azione che in questo senso non ~~xxx~~ possa essere antigiuridica e conforme alla fattispecie, anche il più fedele alla legge e scrupoloso cittadino spesso agirà antigiuridicamente e conforme alla fattispecie. Quale azione, quale insignificante parola non può all'occorrenza suscitare o ausiliare in un individuo malvagio un piano criminoso? Si può invece sempre obbiettare che non mai la persona priva di intenzioni criminose può essere punita poichè agisce incolpevolmente. Ma ~~xxxxxx~~ egli non è esposto senza difesa alle azioni di difesa da parte di terzi? Si deve quindi forse ammettere nell'istigazione enella complicità un elemento soggettivo dell'illecito, escludere dalla antigiuridicità la determinazione e la coadiuvazione inconsapevoli? Però prescindendo dal fatto che con ciò sarebbe creata una strana norma eccezionale che romperebbe il sistema del di-

ritto penale, sono concepiti dei casi in cui la possibilità di opporsi a tali azioni è molto desiderabile. A si trova in una trattoria e comincia a raccontare a B ai cui ha fatto or ora conoscenza, dei costosi gioielli di C. D che lo sente, sa benissimo che questo racconto produrrà in B la decisione di commettere un furto con scasso. Egli tenta di deviare il discorso ma non riesce. B comincia ora a domandare ad A particolari sempre inconsapevoli, al riguardo. Se ora D impedisce risolutamente che A continui a parlare o se addirittura lo manda via e così frustra il piano di B deve egli essere per di più punito? Quindi non si può che restare nelle forme della compartecipazione sulla base dell'antigiuridicità oggettiva. I casi in cui ciò conduce a delle conseguenze inadeguate certamente non saranno troppo frequenti. Ma con questo risultato si accontenti il pratico; per il teorico è pure una debole consolazione.

La determinazione è compiuta se il determinato ha intrapresa effettivamente un'azione antigiuridica e conforme alla fattispecie, quindi per lo meno un quasi tentativo. In ogni altro caso la determinazione non è compiuta; si parla allora, nel caso di un agire colpevole, di tentata istigazione, o meglio, nel senso del nostro codice penale austriaco di tentata induzione (Verleitung). Atteniamoci ora nella istigazione compiuta all'illecito oggettivo come base per il soggettivo; evidentemente deve valere lo stesso anche per l'istigazione tentata. Anche questa deve, considerata da un punto di vista puramente oggettivo, consistere in un'azione antigiuridica e conforme alla fattispecie.

Pag. 129

Se in siffatti casi prescindiamo del tutto dalla direzione della volontà, ci rimane ancora non molto: un'azione la quale oggettivamente tende ad una determinazione. Siccome la fattispecie della determinazione e della coadiuvazione si esaurisce nel determinare o coadiuvare un'azione antigiuridica e conforme alla fattispecie, non ci rimane altro, se questa determinazione o

cosdiuvazione viene a mancare, che la vaga tendenza ad essa e questa esiste in abstracto in quasi tutte le azioni. Se un'azione è diretta verso una uccisione, una violazione e un danneggiamento di cose, si può con approssimativa certezza sempre stabilirlo oggettivamente, nel caso concreto. L'evento "determinazione di un altro ad un'azione antigiuridica e conforme alla fattispecie" è però talmente indefinibile, perchè dipendente anche da componenti soggettiva, del determinando, che non può essere mai stabilito con una certa sicurezza. Ciò è il vero nucleo della polemica di Coenders contro la punibilità dell'istigazione tentata. Il quasi tentativo della determinazione è difficilmente determinabile se manca ogni elemento soggettivo, quindi in particolare anche la direzione della volontà del determinatore verso l'evento, cioè verso la determinazione ad un'azione. Si può spegliere tra le seguenti possibilità: o si tratta come tentata quasi determinazione antigiuridica e conforme alla fattispecie solo quella mal riuscita determinazione in cui esiste almeno la volontà (sia pure una volontà non libera) da determinare; con ciò si crea soltanto apparentemente un elemento soggettivo dello illecito, certamente però non mai un elemento normativo. O si tratta come antigiuridica solo la determinazione colpevolmente tentata; ciò ritengo sia la via più pericolosa; poichè in questo caso si crea un elemento normativo dell'illecito e non si possono considerare come antigiuridici nemmeno quei chiari casi in cui colui il quale tentò di determinare, non può essere punito solo perchè non riconobbe come azione antigiuridica e conforme alla fattispecie quella a cui voleva determinare. O infine si rinunzia addirittura all'antigiuridicità della dterminazione solamente tentata; ciò è la via d'uscita più impossibile poichè si perviene di nuovo ad una antigiuridicità sottoposta a condizioni sospensiva. Poichè l'evento solo deciderebbe se un'azione tendente alla determinazione era antigiuridica, cioè se ha determinato effettivamente oppure no.

Pag. 130

Resta quindi soltanto la prima via d'uscita. La direzione della volontà del determinatore però deve essere per noi soltanto un indizio per la tendenza oggettiva dell'azione altrimenti non constatabile, come l'abbiamo vista sopra, in certe azioni la cui conformità alla fattispecie pure non era constatabile senza l'aiuto della direzione della volontà. La volontà del determinatore dev'essere rivolta solamente verso un'azione, la quale, considerata oggettivamente sarebbe antigiuridica e conforme alla fattispecie. Se anche senza questo aiuto è constatabile una siffatta tendenza dell'azione alla determinazione di una azione antigiuridica e conforme alla fattispecie non ci impedisce niente di rinunziare a questo indizio.

Particolare difficoltà deve presentare la delimitazione tra l'istigazione tentata e la mancanza di uno degli elementi del Tatbestand (Mangenam Tatbestand) della deyerminazione. Senza dubbio tale mancanza esiste allorchè ciò a cui tende l'azione di determinazione non è un fatto conforme alla fattispecie. Come però se la determinazione non poteva essere compiuta a causa di altre circostanze non comprese nella serie causale? Per esempio un paralizzato dovrebbe essere determinato a dare un torto, un muto a pronunziare un'offesa? Se in siffatti casi si riconosce, com'è giusto la mancanza di uno degli elemtni del Tatbestand, dov'è mai il confine nei confronti del tentativo? Resta in questo caso ancora possibilità di applicare le regole del tentativo? Non si dovrebbe conseguentemente ritenere mancanza degli elementi della fattispecie anche se la persona da determinare è un uomo di carattere che non si fa determinare? Le difficoltà consistono anche qui in ciò che l'azione di determinazione ha come oggetto prossimo la incalcolabile personalità di un'altra persona. Sarebbe ora che questa teoria, almeno in quanto riconosce la mancanza di elementi della fattispecie, si applicasse a questi problemi. Per la coadiuvazione vale

quanto abbiamo detto sopra per la determinazione.

Una determinazione o una coadiuvazione tentata o quasi tentata può ori_ ginarsi in due modi diversi: 1°) nel modo che l'azione di determinazione o coadiuvazione presenti essa stessa una mancanza, 2°) che l'azione determi_ xxxxxx nata o coadiuvata non costituisce ancora un tentativo o un quasi ten_ tativo.

Pag. 131

Nel primo caso la delimitazione dalle azioni di preparazione semplici si fa secondo i principi generali; nel secondo invece non vi può essere una semplice azione di preparazione. Se il determinatore o il coadiuvatore ha fatto tutto ciò che ha voluto fare, abbiamo sempre un tentativo o mancanza di lementi della fattispecie, ma non mai un'azione di preparazione anche se l'autore principale non si è mosso ancora.

Abbiamo finora constatato come base del fatto dei compartecipi l'azione principale conforme alla fattispecie. Ora dobbiamo passare alla questione: è sufficiente un qualsiasi fatto principale conforme alla fattispeie, o de_ ve essere appunto quel fatto principale a cui la azione di compartecipazione tendeva? Dal grande numero dei problemi relativi vengono scelti abitualmente l'excessus mandati qualitativo e quantitativo, e anche questi solo da l pun_ to di vista della colpevolezza. La incertezza delle fattispecie della compar_ tecipazione trae seco la conseguenza che un'azione di determinazione o coa_ diuvazione sarà molto più spesso una"azione xxxxxxxxxxx di indeterminata conformità alla fattispecie", in quanto che spesso si tratterà della ten_ denza alla determinazione o coadiuvazione di un fatto conforme alla fatti_ specie non però di un determinato fatto. Per questi casi vale corrisponden_ temente quanto si è detto sopra per le azioni di una indeterminata conformi_ tà alla fattispecie. Se quindi un'azione di compartecipazione tende sia ad un danneggiamento di cose sia ad un'azione di uccisione, vi è coadiuvazione all'una o all'altra a seconda che fu realizzato un quasi tentativo o un ten_

tativo nell'una o nell'altra attraverso l'autore principale. Se l'azione principale non è ancora entrata in questo stadio, l'azione di coadiuvazione è sì antigiuridica e conforme alla fattispecie, ma se si può punire per complicità tentata dipende dalla direzione di volontà e dalla colpevolezza del complice.

La situazione è più complicata ancora se l'azione principale stessa è di,incerta conformità alla fattispecie: il colpo che l'autore principale ha sparato con la pallottola fornitagli dal coaiuvatore è passata in mezzo fra X e il suo cane senza colpire uno di questi due.

Pag. 132

Teniamoci ora, ricollegandoci alle discussioni della seconda parte del nostro articolo al fatto che l'azione dell'autore principale è conforme alla fattispecie tanto nel senso dell'ucciso quanto in quello del danneggiamento di cose. In questo caso senza difficoltà possono essere trattati secondo la loro direzione della volontà e la loro colpevolezza sia l'autore sia il coadiuvatore. Se quindi il coadiuvatore credeva che l'autore voleva uccidere il cane, egli è punibile per complicità compiuta al danneggiamtno di cose: poichè l'azione dell'autore principale è anche conforme al Tatbestand del danneggiamtno ed è quindi almeno un quasi tentativo. Se però l'autore principale havoluto uccidere X e non il suo cane, egli può essere punibile per tentato omicidio, poichè la sua azione è anche conforme alla fattispecie dell'omicidio. E' quindi possibile che lo autore principale sia punito per omicido tentato e il coadiuvatore per complicyà compiuta al danneggiamento senza disturbare con ciò la limitata accessorietà della compartecipazione nel senso di una accessorietà ~~xxxxx~~ riferentesi ad una azione antigiuridicae conforme alla fattispecie. La situazione è diversa se il fatto principale determinato oggettivamente con precisione è accompagnato da un'azione di coadiuvazione determinata soggettivamente in modo diverso. Il coadiuvatore ha dato le pallottole nella credenza che l'autore avrebbe con ciò ucciso il cane di X . In verità pe-

rò uccide X stesso e, questa è la differenza essenziale, nei confronti del caso precedente, in un momento in cui il cane non è in quei paraggi di modo che la sua azione può essere conforme alle fattispecie solo sotto il punto di vista dell'uccisione. Ora si constata che l'azione di compartecipazione, oggettivamenteconsiderata, dimostra anche una tendenza verso la determinazione o coadiuvazione del fatto principale realizzatosi in verità; essa è quindi un'azione di indeterminata conformità alla fattispecie e il caso va regolato come sopra si è detto: solo che il compartecipe non può essere punito per istigazione ~~xxxxxxxxxxxxxxxx~~ o complicità compiuta ma tentata, poichè il fatto principale non è nemmeno entrato nello stadio del tentativo o del quasi tentativo.

Pag. 133

Se diciamo però che la azione dimostra solamente una tendenza alla determinazione o coadiuvazione del fatto principale effettivamente accaduto, il compartecipe deve essere assolto poichè la sua azione non è conforme alla fattispecie nel senso in cui egli pensava; il caso si presenta come quello in cui uno col dolus di danneggiamtno di una cosa uccide un uomo che ha scambiato per una cosa (qui non vi è alcuna azione di indeterminata conformità alla fattispecie); si ha qui sia manca degli elementi della fattispecie, sia mancanza di dolo. Ad un altro risultato si perviene soltanto se ci si accontenta di una fattispecie generale della compartecipazione ad unaqualsiasi azione conforme alla fattispecie: in tal caso ci si dovrebbe pure accontentare di un dolus indeterminato, diretto verso la determinazione o coadiuvazione ad un qualsiasi fatto conforme alla fattispecie. Però in questo caso si dovrebbe logicamente stabilire anche una sanzione penale generale (delictum sui generis) la quale non potrebbe essere graduata in rapporto alle singole fattispecie; che ciò è insoddisfacente anzi impossibile appare chiaro. Se risulta però che la azione di compartecipazione tendeva solamente a quel fatto principale che il compartecipe si è figurato, allora