



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

Scuola di dottorato in Scienze giuridiche  
Curriculum di Diritto penale italiano e comparato  
XXVII ciclo  
Settore scientifico-disciplinare: IUS/17

Tesi di dottorato di ricerca

## **IL REATO D'OBBLIGO**

Dottoranda:  
Dott.ssa Dora TARANTINO  
Matr. n. R09654

Tutor:  
Chiar.mo Prof. Carlo Enrico PALIERO

Coordinatore:  
Chiar.mo Prof. Francesco VIGANÒ

Anno Accademico  
2013/2014

Le poche parole di ringraziamento che qui si indirizzano non rappresentano un gesto formale, ma soltanto il piccolo segno della sincera riconoscenza che nutro nei confronti di quanti, a vario titolo, mi hanno accompagnata e supportata nello svolgimento del Dottorato di ricerca.

Ringrazio il Prof. Carlo Enrico Paliero per avermi avviata nello studio del tema oggetto di questa tesi, per gli insegnamenti che ho potuto trarre dalle Sue opere e dal Suo esempio di studioso, per la costante disponibilità.

Ringrazio il Prof. Vito Mormando, guida illuminante e benevola, per aver incoraggiato il mio percorso accademico.

Ringrazio infinitamente la mia famiglia per i sacrifici sostenuti e per essere stata sempre il mio riferimento più sicuro e più importante.

*A Dan e a nostro figlio*

# INDICE SOMMARIO

## INTRODUZIONE

1

## CAPITOLO I – AUTORIA E PARTECIPAZIONE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: MODELLI TEORICI A CONFRONTO

1. Premessa.	5
2. La teoria formale-obiettiva.	6
3. Le teorie materiali-obiettive.	9
3.1. La teoria della necessità degli apporti causali (o <i>Notwendigkeitstheorie</i> )	10
3.2. La teoria della cooperazione anteriore e simultanea al fatto (o teoria della simultaneità o <i>Gleichzeitigkeitstheorie</i> ).	14
3.3. Causalità fisica e causalità psichica.	16
3.4. La teoria della supremazia dell'autore (o <i>Überordnungstheorie</i> ).	18
4. Le teorie subiettive.	18
4.1. La teoria del dolo.	19
4.2. La teoria dell'interesse.	22
5. La <i>Tatherrschaftslehre</i> : l'autoria finale basata sul criterio del dominio del fatto.	24
6. Il concorso dell' <i>extraneus</i> nel reato proprio: inadeguatezza delle teorie tradizionali.	29
6.1. ( <i>in particolare</i> ) I limiti del parametro del dominio finalistico sul fatto: l'ipotesi del c.d. " <i>qualifikationloses doloses Werkzeug</i> ".	30
7. La sistemazione dogmatica di Claus Roxin: rinvio.	34

## CAPITOLO II – GENESI, SIGNIFICATO E RIFLESSI APPLICATIVI DELLA CATEGORIA DEI *PFLICHTDELIKTE* NEL SISTEMA DI APPARTENENZA

1. La rottura del binomio " <i>Täterschaft-Tatherrschaft</i> ": origine e criteri distintivi dei <i>Pflichtdelikte</i> .	36
2. La tecnica di formulazione della fattispecie: in particolare, <i>Handlungsdelikte vs. Pflichtdelikte</i> .	40
3. <i>Pflichtdelikte</i> e determinazione dei ruoli concorsuali.	43
3.1. La coautoria nei <i>Pflichtdelikte</i> .	44

3.2. L'autoria mediata: una soluzione al problema del <i>qualifikationloses doloses Werkzeug</i> .	46
4. <i>Pflichtdelikte</i> e partecipazione nel fatto principale non doloso.	50
4.1. La disputa intorno alla partecipazione nel fatto principale non doloso: obiezioni e controobiezioni.	52
5. <i>Pflichtverletzung</i> e offesa al bene giuridico: quale fondamento per la punibilità dei reati d'obbligo?	57
6. Una panoramica sui reati d'obbligo: i c.d. "casi facili".	63
6.1. (segue): I c.d. "casi difficili": l'ingiuria come reato d'obbligo?	64
6.2. Il rapporto tra reati d'obbligo e reati di mano propria.	68
6.2.1. Sui reati di mano propria: gli aspetti generali della categoria e il ruolo svolto nella teorizzazione di Claus Roxin.	68
6.2.2. I reati di mano propria in senso lato (ovvero, reati d'obbligo personalissimo).	72
7. L'idealtipo di reato d'obbligo nell'esperienza tedesca: un breve <i>focus</i> sull' <i>Untreue</i> .	74
7.1. L' <i>Untreue</i> come <i>Sonderdelikt</i> .	76
7.2. La condotta tipica: la variante dell'abuso di potere ( <i>Mißbrauchstatbestand</i> ).	77
7.3. (segue): la variante della violazione del dovere ( <i>Treubruchstatbestand</i> )	79
8. Brevi note sul recepimento della teoria dei <i>Pflichtdelikte</i> nella dottrina tedesca.	81

### **CAPITOLO III – LA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO: UN *EXCURSUS* SUI REATI D'OBBLIGO PREVISTI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

1. Premessa.	85
2. La ricostruzione dogmatica del reato d'obbligo nella dottrina italiana.	86
2.1. I nuclei di disvalore del reato d'obbligo.	88
3. Una rassegna delle fattispecie d'obbligo previste nel codice penale.	89
3.1. L'archetipo normativo del reato d'obbligo: il patrocínio infedele.	90
3.1.1. Le altre ipotesi di prevaricazione.	96
3.2. L'infedeltà in affari di Stato.	97
3.3. I delitti contro la Pubblica Amministrazione.	98
3.3.1. Le fattispecie incentrate sull'abuso di potere.	100
3.4. L'art. 640- <i>quinquies</i> c.p.	103
4. Il diritto penale economico: cenni.	105

## **CAPITOLO IV– IL RUOLO DEL REATO D'OBBLIGO NELLA DOGMATICA DEL CONCORSO DI PERSONE**

1. Premessa.	108
2. La pregiudiziale teoretica dell'indagine: le diverse concezioni sul fondamento del concorso di persone.	112
2.1. La concezione causale o estensiva di autore.	112
2.2. La teoria dell'accessorietà e i suoi (supposti) limiti.	113
2.3. La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.	117
3. Il superamento delle obiezioni sollevate rispetto alla teoria dell'accessorietà.	120
3.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto al concorso dell' <i>extraneus</i> nel reato proprio.	124
4. La partecipazione al fatto principale non doloso.	129
4.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto alla partecipazione nel fatto non doloso dell' <i>intraneus</i> .	133
<b>CONCLUSIONI</b>	135
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	138

## INTRODUZIONE

La categoria dei *Pflichtdelikte* fiorì in Germania ad opera del penalista Claus Roxin<sup>1</sup>, il quale enucleò la relativa nozione nell'ambito di un vasto studio in tema di autoria e partecipazione: ci si riferisce alla celebre monografia intitolata, con felice allitterazione, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pubblicata per la prima volta nel 1963.

Già il titolo dell'opera offre un'importante indicazione relativa al contesto dogmatico in cui la categoria dei *Pflichtdelikte* è sorta: un contesto, cioè, in cui autoria (*Täterschaft*) e dominio del fatto (*Tatherrschaft*) costituivano un binomio apparentemente indissolubile, nel quale il primo termine rappresentava la variabile dipendente da individuare in funzione del secondo. In proposito, conviene svolgere alcune precisazioni preliminari relative sia al contesto normativo sia al contesto dottrinale che fanno da sfondo all'ideazione dei *Pflichtdelikte*.

Come noto, l'ordinamento tedesco accoglieva, e tuttora accoglie, un modello differenziato di concorso, tipico delle codificazioni liberali: le varie forme di partecipazione sono tipizzate dal legislatore in ragione dei ruoli rispettivamente assunti dai concorrenti e tale differenziazione sul piano della tipicità fa *pendant* con le differenze sul piano sanzionatorio, nel senso che alle diverse forme di contributo corrispondono diverse cornici edittali di pena<sup>2</sup>. In questo contesto normativo, le teorie sull'autoria e la partecipazione erano deputate ad assolvere la fondamentale funzione di fornire all'interprete uno strumentario idoneo ad individuare i ruoli concorsuali, cui riconnettere determinate pene.

Per quanto attiene al contesto dottrinale, nell'epoca in cui Roxin ideava il modello del *Pflichtdelikt*, la teoria dominante era, per l'appunto, la *Tatherrschaftslehre*, ossia la teoria basata suddetto binomio, sulla reciproca implicazione tra autoria e dominio del fatto. Sennonché, tale paradigma non si mostrava in grado di assorbire tutte le possibili ipotesi di concorso: le aporie emergevano, in particolare, quando si trattava di procedere

---

<sup>1</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 2006. Per la traduzione in lingua spagnola, si rinvia a C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000 (traduzione dell'edizione del 1999 a cura di Joaquín Cuello Contreras e José Louis Serrano Gonzáles de Murillo).

<sup>2</sup> Più in particolare, il codice penale tedesco, nella parte generale, Sezione II, Titolo III, distingue tra autoria (§ 25 StGB, *Täterschaft*, che a sua volta ricomprende l'autoria diretta, l'autoria mediata e la coautoria), istigazione (§ 26 StGB, *Antstiftung*) e agevolazione (§ 27 StGB, *Beihilfe*).

all'individuazione di autore, autore mediato e coautore in relazione a determinate ipotesi di concorso nei reati propri (*Sonderdelikte*).

La precisazione non è superflua in quanto, sul piano di un inquadramento preliminare dei tipi penali oggetto di questo studio, è opportuno chiarire le ragioni che ne hanno sollecitato l'ideazione: tali ragioni risiedono, appunto, nella inadeguatezza delle teorie tradizionali a spiegare talune ipotesi di concorso nel reato proprio e di esse occorre dar conto. A questo obiettivo risponde il primo capitolo del presente lavoro, nel quale si passeranno in rassegna le principali teorie elaborate sul terreno dell'autoria e della partecipazione per individuare, e reciprocamente delimitare, i ruoli concorsuali.

In primissima approssimazione, tali teorie sono riconducibili a tre grandi filoni. Viene in considerazione, in primo luogo, un filone oggettivo, dal quale si diramano interpretazioni definibili di tipo formale-oggettivo o di tipo materiale-oggettivo, a seconda che il *principium individuationis* dell'autoria venga ancorato al dato (formale, per l'appunto) della condotta esecutiva prevista nella fattispecie astratta, ovvero agli aspetti materiali caratterizzanti la fattispecie concretamente realizzata (quali l'incidenza causale del contributo prestato, la sua collocazione temporale, l'interposizione della volontà di un terzo nella catena causale, l'esistenza di una relazione di supremazia/subordinazione tra i concorrenti). Un secondo filone ricomprende le teorie soggettive, che distinguono autoria e partecipazione essenzialmente sulla base dell'atteggiamento interiore del soggetto agente. Un terzo indirizzo interpretativo, tuttora dominante nella dottrina tedesca, è quello riconducibile alla nozione di *Tatherrschaft*, che ancora l'autoria all'effettivo esercizio di un dominio sul fatto, ossia all'effettiva possibilità per il soggetto agente di influire sullo svolgimento ed il successo dell'impresa criminosa. Tutte queste teorie, sostanzialmente fondate su dati naturalistici, si mostravano inadeguate a spiegare quelle ipotesi di concorso in cui intervenissero elementi di tipo normativo: in particolare, ci si riferisce alle ipotesi in cui più soggetti concorressero in un reato proprio ed uno solo di essi fosse titolare della qualifica e dei doveri ad essa correlati; in casi di questo genere, qualora si creasse una scissione tra l'elemento normativo (la qualifica con i connessi doveri) e quello naturalistico di volta in volta assunto come indicatore dell'autoria, tutte le teorie ricordate si rivelavano inadeguate al loro scopo.

È dunque in questo contesto, e per colmare le insufficienze delle pregresse teorie (e in particolare della dominante teoria del dominio del fatto), che Roxin elabora la nozione di *Pflichtdelikt*, cui ricollega un nuovo criterio indicatore dell'autoria incentrato



sulla posizione dell'obbligo. All'esposizione della teoria di Roxin si dedicherà il secondo capitolo dell'incipiente indagine che prenderà in considerazione non solo gli aspetti strutturali del reato d'obbligo, ma anche le ricadute applicative della categoria in esame rispetto al problema – già segnalato – della individuazione dei ruoli concorsuali, gli spunti che essa offre rispetto alla teoria accessoria della partecipazione, ma anche le perplessità che la stessa solleva rispetto al crisma della necessaria offensività dei tipi penali.

Conclusa la parte meramente ricognitiva, occorrerà saggiare le possibilità di circolazione dei *Pflichtdelikte* nel nostro ordinamento: a tale aspetto si dedicheranno il terzo e il quarto capitolo.

Il primo approfondimento dottrinale italiano, rinvenibile nelle *Lezioni* di Paliero<sup>3</sup>, contiene importanti indicazioni metodologiche, in quanto sceglie di analizzare il reato d'obbligo anzitutto da un punto di vista strutturale: l'approccio è, cioè, caratterizzato dall'individuazione delle caratteristiche essenziali del reato d'obbligo, inteso come uno dei possibili modelli di costruzione del *Tatbestand*, ed offre all'interprete un primo, fondamentale strumento per una *reductio ad unitatem* delle varie fattispecie individuabili nell'ordinamento italiano. Sulla scorta di tali indicazioni, e secondo un'impostazione che muove dal generale al particolare, successivamente il lavoro si confronta con le previsioni di reato d'obbligo presenti nelle pieghe del nostro sistema penale.

La ricerca non può naturalmente arrestarsi ad una mappatura delle singole ipotesi di *Pflichtdelikte*, dovendo piuttosto aprirsi anche alle possibilità di impiego generale della categoria. Vi è infatti un'altra fondamentale questione della quale si deve dar conto nell'avvio della ricerca: è utile, nell'ordinamento italiano, una riflessione sul reato d'obbligo? *Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*: porre mano alla stesura di uno studio richiede di averne preventivamente vagliata l'opportunità.

Naturalmente, per quanto finora esposto, terreno privilegiato per sondare le possibilità applicative dei reati d'obbligo è quello della partecipazione criminosa, sicché l'impiego del modello deve fare i conti anche con le specificità che questo particolare settore del diritto penale presenta nel sistema di riferimento: non possono ignorarsi, infatti, le profonde differenze esistenti tra l'ordinamento tedesco e quello italiano. A differenza del sistema tedesco, basato – come si diceva – sul modello differenziato di disciplina

---

<sup>3</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. Perini - F. Consulich, Milano, 2006, p. 48 ss.

della partecipazione, il sistema italiano accoglie un modello unitario-causale di concorso, in cui vige il principio della pari responsabilità di tutti i concorrenti (art. 110 c.p.).

Tenuto conto di queste differenze, al quesito sulle possibilità di impiego del reato d'obbligo si darà risposta nel quarto e ultimo capitolo, laddove si studierà il ruolo da essi svolto nel settore della partecipazione eventuale: malgrado le diversità rispetto al sistema tedesco, anche nel sistema italiano la categoria in esame può contribuire a risolvere talune incertezze relative al concorso dell'*extraneus* nel reato proprio, in particolare sopperendo alla deficitaria capacità esplicativa della teoria accessoria. Anticipando in minima parte i termini della questione, si tratterà di verificare se le insufficienze in cui incorre la teoria dell'accessorietà rispetto ai casi di partecipazione dell'*extraneus* siano risolvibili mediante l'impiego della figura del reato d'obbligo. Come noto, infatti, proprio questa questione ha aperto una crepa nella ricostruzione accessoria del concorso, spianando così la strada all'elaborazione di teorie differenti (in particolare, la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale ad opera di Dell'Andro).

Ebbene, se effettivamente si dimostrasse che il modello dei *Pflichtdelikte* può giocare un ruolo nell'ambito di quel dibattito, e contribuire a sciogliere alcuni nodi interpretativi sulla partecipazione dell'*extraneus* nel reato proprio, sarebbe allora convalidata l'opportunità di ricorrere ad esso anche nel sistema penale italiano italiano.

Con queste brevi premesse può essere ora avviata l'indagine.

# CAPITOLO I

## AUTORÍA E PARTECIPAZIONE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: MODELLI TEORICI A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La teoria formale-obiettiva. – 3. Le teorie materiali-obiettive. – 3.1. La teoria della necessità degli apporti causali (o *Notwendigkeitstheorie*). – 3.2. La teoria della cooperazione anteriore e simultanea al fatto (o teoria della simultaneità o *Gleichzeitigkeitstheorie*). – 3.3. Causalità fisica e causalità psichica. – 3.4. La teoria della supremazia dell'autore (o *Überordnungstheorie*). – 4. Le teorie subiettive. – 4.1. La teoria del dolo. – 4.2. La teoria dell'interesse. – 5. La *Tatherrschaftslehre*: l'autoria finale basata sul criterio del dominio del fatto. – 6. Il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: inadeguatezza delle teorie tradizionali. – 6.1. (*in particolare*) I limiti del parametro del dominio finalistico sul fatto: l'ipotesi del c.d. "*qualifikationloses doloses Werkzeug*". – 7. La sistemazione dogmatica di Claus Roxin: rinvio.

### 1. Premessa

Nell'avviare l'indagine – come si accennava – è opportuno ricostruire l'assetto della scienza penalistica tedesca maturata nel XX secolo sul tema dell'autoria: soltanto attraverso un *excursus* sulle diverse posizioni susseguites e le ragioni che ne hanno determinato il superamento, si può meglio intendere il contesto storico-dogmatico nel quale la categoria dei *Pflichtdelikte* è sorta e, dunque, le ragioni che ne hanno determinato l'elaborazione.

Al tempo stesso, è opportuno premettere che un'esauriente esposizione dell'evoluzione intervenuta nel panorama dottrinale e giurisprudenziale tedesco in tema di autoria e partecipazione costituirebbe veramente un fuor d'opera, a causa delle vastissime problematiche che tale analisi sarebbe in grado di coinvolgere.

Nel tentativo di contemperare esigenze di sintesi ed esigenze di chiarezza, nel presente capitolo si avrà cura di esporre i tratti essenziali delle principali costruzioni teoriche (ponendo particolare attenzione alla posizione assunta rispetto ad esse da Claus Ro-

xin), nonché la praticabilità delle stesse nell'ambito del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: come si vedrà in seguito, è difatti su questo specifico terreno che, nella seconda metà del secolo scorso, germinò la figura del reato d'obbligo.

## 2. La teoria formale-obiettiva.

Ai fini della questione che qui occupa, conviene iniziare l'indagine considerando le teorie dominanti in Germania all'inizio del XX secolo e muovendo, in particolare, dalla teoria formale-obiettiva.

Le ragioni che suggeriscono questa scelta sono essenzialmente due: in primo luogo, nell'opera in cui per la prima volta sistematizza la categoria dei *Pflichtdelikte*, lo stesso Roxin assume come base di partenza della trattazione la teoria formale-obiettiva. In secondo luogo, e considerate le finalità del presente lavoro, si tratta – come si vedrà meglio in seguito<sup>4</sup> – di una delle teorie che ha avuto (e ha tuttora) maggior seguito in Italia.

Ebbene, secondo la teoria formale-obiettiva (*die formal-objektive Theorie*) è autore colui che realizza (totalmente o parzialmente) la condotta esecutiva descritta nelle singole fattispecie di parte speciale; tutti gli altri sono solo istigatori o complici<sup>5</sup>.

L'obiezione fondamentale mossa a questa teoria riguardava l'individuazione dei ruoli concorsuali in un contesto normativo basato sulla rigida previsione di figure tipiche di concorrenti, ancorate a determinate pene: in un sistema di questo tipo, una teoria che assegnava assoluta centralità alla condotta esecutiva rischiava di condurre a situazioni di ingiustizia sostanziale (relativamente al *quantum* di pena) tutte le volte in cui la realizzazione dell'impresa criminosa fosse sostanzialmente dipesa da chi, rimanendo

---

<sup>4</sup> V. *infra*, cap. IV.

<sup>5</sup> La denominazione di teoria "formale-obiettiva" si deve a K. BIRKMAYER, *Teilnahme am Verbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, II, Berlin, 1908, p. 21, sebbene di fatto tale teoria fosse molto più antica e già nel XIX secolo annoverasse molti sostenitori. Tuttavia, fu solo tra il 1915 e il 1933 che essa divenne dottrina dominante; cfr, sul punto, le ricche indicazioni bibliografiche offerte da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 54.

nelle retrovie, perdeva solo in visibilità naturalistica, ma non in capacità di influire sull'impresa stessa<sup>6</sup>.

Più precisamente, la debolezza della teoria formale-obiettiva risiedeva nell'incapacità di spiegare e regolare adeguatamente i fenomeni della coautoria e dell'autoria mediata.

Quanto alla figura del coautore, essa non poteva evidentemente caratterizzarsi in base alla tipicità della condotta<sup>7</sup>: in altri termini, non appariva logicamente plausibile che il legislatore avesse inteso richiedere che *ciascun coautore* eseguisse *per intero la condotta tipizzata*, perché ciò avrebbe determinato una sovrapposizione totale con la figura dell'autore e, dunque, l'assoluta superfluità della nozione di coautoria<sup>8</sup>.

Né, d'altra parte, appariva plausibile che il legislatore avesse inteso richiedere che *ciascun coautore* realizzasse *un elemento del tipo*; se così fosse stato, la teoria in esame avrebbe condotto a risultati ingiusti qualora uno dei concorrenti avesse realizzato una condotta totalmente atipica ai sensi della fattispecie astratta di parte speciale, ma pur sempre necessaria per la commissione del fatto concreto penalmente rilevante<sup>9</sup>. In proposito, l'esempio paradigmatico è dato dal soggetto che trattiene fisicamente la vittima mentre altri la uccide: in un'ipotesi del genere, seguendo il criterio formale-oggettivo, solo il secondo soggetto dovrebbe essere punito come autore, mentre il primo benefice-

---

<sup>6</sup> In particolare, sotto il vigore del RStGB il c.d. *Gehilfe* – ossia il mero complice – poteva beneficiare di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto agli altri concorrenti, in quanto, per tale figura, il § 49 prevedeva la possibilità di un'attenuazione di pena. Quanto detto vale *a fortiori* attualmente, poiché il vigente § 27 StGB dispone per il *Gehilfe* una riduzione di pena non più solo facoltativa, bensì *obbligatoria*.

<sup>7</sup> Quanto affermato vale sia per il sistema delineato dal RStGB del 1871, sia per quello dell'attuale StGB. Infatti, secondo il § 47 RStGB «Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft» e il vigente § 25.2 StGB dispone che «Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)»: come si vede, sotto il profilo specifico ora in esame – ossia la coautoria –, la disciplina accolta nei due codici risulta sostanzialmente simile.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 57: «Cuando el § 47 StGB exige para la coautoría que "varios ejecuten conjuntamente una acción punible", en ningún caso está queriendo decir que cada uno tenga que ejecutar el tipo por entero, pues en este caso cada uno sería de todos modos autor según la teoría objetivo-formal, y resultaría superfluo un precepto regulador de la coautoría».

<sup>9</sup> Così, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 57: «Si dos ladrones penetran en una vivienda no cerrada con llave y uno de ellos toma la caja fuerte, mientras que el otro cubre las salidas, éste es sólo cómplice; pero si, en el mismo caso, ambos han escalado por la ventana, son coautores, porque entonces el segundo ha realizado un elemento del tipo (escalamiento)»; tuttavia, prosegue l'Autore «éstos son resultados absurdos, contingentes, aquí realmente "formales" y no fundamentables mediante criterios materiales. Así no puede aver valorado el legislador».

rebbe della riduzione di pena spettante al complice<sup>10</sup>. Naturalmente, una conclusione di questo tipo era fonte di inesauribili critiche<sup>11</sup>.

La teoria formale-obiettiva presentava poi un ulteriore grave momento di rottura rispetto all'autoria mediata, sia nell'ipotesi in cui taluno si servisse per la commissione del reato di un soggetto che non agisse dolosamente, sia nell'ipotesi in cui, per qualsiasi ragione, l'esecutore diretto, non possedesse altri requisiti richiesti dalla fattispecie di parte speciale (per esempio la qualifica soggettiva<sup>12</sup>).

Per il principio dell'accessorietà estrema, la condotta dell'autore mediato poteva acquisire rilevanza penale solo a condizione che accedesse a un fatto tipico, antigiusdittico e colpevole: ne derivava l'impunità dell'*Hintermann* rispetto all'illecito compiuto da un soggetto incolpevole, o comunque ritenuto irresponsabile.

Taluni studiosi ritenevano che la lacuna di tutela potesse essere colmata solo *de lege ferenda*, con un intervento del legislatore mirato a limitare la accessorietà<sup>13</sup>; ma anche in questa ipotesi, poi effettivamente concretizzatasi, la teoria formale-obiettiva non avrebbe potuto offrire una soluzione conforme a giustizia, in quanto avrebbe consentito tutt'al più di punire l'*Hintermann* come semplice partecipe<sup>14</sup>.

La soluzione conforme alla *Rechtsleben*, ossia la punibilità dell'*Hintermann* come autore mediato – pure invocata da parte di alcuni sostenitori della concezione in esame<sup>15</sup> – non poteva evidentemente poggiare sui postulati della teoria formale-obiettiva, a meno di non sacrificarne del tutto il principio-base: la realizzazione personale della condotta esecutiva.

---

<sup>10</sup> L'esempio è proposto, tra gli altri, da Beling, il quale ipotizzava il caso in cui A procura un coltello a B, il quale lo pianta nel cuore della vittima X, a sua volta trattenuta da C; lo studioso, da annoverare tra i principali sostenitori della teoria formale-obiettiva, affermava che soltanto B potesse essere considerato autore (cfr. E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1928, 10° ed., p. 29-30, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 57). A conclusioni analoghe giungono tutti i sostenitori della teoria formale-obiettiva. Ad esempio, Wegner formulava il seguente esempio: A e B decidono di comune accordo di avvelenare C; il primo avvelena la zuppa, mentre il secondo fa sfoggio di tutta la sua abilità oratoria per distrarre la vittima dallo strano sapore del pasto, sicché unico autore sarà il soggetto A (così A. WEGNER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Göttingen, 1951, p. 252, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 57).

<sup>11</sup> Cfr. F. VON LISTZ, *Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887. I. Buch Allgemeiner Teil*, Freiburg, 1888, p. 38; L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, p. 604 nota 34 c).

<sup>12</sup> Su questo specifico aspetto ci si soffermerà oltre; v. *infra*, paragrafo 6.

<sup>13</sup> Cfr. M. GRÜNHUT, *Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme*, in *JW*, 1932, p. 366.

<sup>14</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 56: «por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación».

<sup>15</sup> Cfr. E. BELING, *Grundzüge des Strafrecht*, Tübingen, cit., p. 39; M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, p. 376.

Ulteriori obiezioni sono state mosse anche in tempi più recenti, dopo la riforma del 1975<sup>16</sup>. L'attuale § 25 StGB, infatti, considera autore non solo chi realizza la condotta individualmente e autonomamente, ma anche chi commette il fatto per mezzo di un'altra persona<sup>17</sup>: all'indomani della novella, la teoria formale-oggettiva risultava evidentemente del tutto inadeguata a giustificare l'inclusione del *mittelbarer Täter* tra le forme di autoria.

### 3. Le teorie materiali-obiettive

Si comprende, a questo punto, il motivo per cui la teoria formale-oggettiva venne soppiantata da altre concezioni, caratterizzate da una consapevole attenuazione del vincolo formale tra tipicità e autoria e da una valorizzazione di criteri di tipo materiale. Generalmente etichettate come di "teorie materiali-obiettive", si possono in particolare distinguere quattro diverse costruzioni: la *Notwendigkeitstheorie* (o teoria della necessità degli apporti causali); la *Gleichzeitigkeitstheorie* (o teoria della simultaneità); la teoria basata sulla contrapposizione tra *physisch und psychisch vermittelte Kausalität*; la *Überordnungstheorie* (o teoria della supremazia dell'autore)<sup>18</sup>. Con esse conviene ora confrontarsi.

---

<sup>16</sup> Questo aspetto è segnalato da P. CRAMER, *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, p. 391: «Der formal-objektiven Theorie ist durch die Neufassung der Vorschrift über die Täterschaft endgültig die Grundlage entzogen worden. Schon früher beruhte der wichtigste gegen sie erhobene Einwand auf ihrer Unfähigkeit, die Erscheinung der mittelbaren Täterschaft zu erklären. [...] Weiterhin, spricht gegen die formal-objektive Theorie, daß sie eine offensichtliche Form der Täterschaft zur bloßen Teilnahme herabstufte. Mit der ausdrücklichen Anerkennung der mittelbaren Täterschaft in § 25 Abs. 1 StGB gibt das Gesetz diese Auffassung den auch eindeutig preis». V. inoltre: A. ESER, *Strafrecht*, II, München, 1980, p. 146; G. FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Strafrechtslehre*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, p. 331; W. GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg, 2015, p. 398; R. D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1976, p. 9; H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, p. 528; K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2005, p. 591: «Entscheidend aber spricht gegen die formal-objektive Theorie, dass sie die im Gesetz vorgesehene mittelbare Täterschaft nicht erklären kann, denn dabei handelt es sich um eine Täterschaftsform, bei welcher allein der andere (das Werkzeug) die Tatbestandsausführungshandlung vornimmt».

<sup>17</sup> Giova ricordare che il § 25 StGB individua tre forme di autoria (*Täterschaft*): l'autore immediato (*der unmittelbarer Täter*), che realizza direttamente la condotta tipica; l'autore mediato (*der mittelbarer Täter*), che realizza il fatto a mezzo di terzi; il coautore (*der Mittäter*), che esegue la condotta in comune con altri.

<sup>18</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 58 ss.

### 3.1. La teoria della necessità degli apporti causali (o Notwendigkeitstheorie)

Secondo questa teoria, chi apporta un contributo imprescindibile al fatto, senza il quale il fatto stesso non avrebbe potuto essere realizzato, deve essere equiparato a chi lo realizza di mano propria.

La ricerca di un fondamento eziologico dell'istituto della partecipazione criminosa aveva, peraltro, radici storiche assai remote e autorevoli. È infatti nel tardo medio-evo che si afferma compiutamente la distinzione, al contempo dogmatica e sanzionatoria, tra le figure concorsuali in base alla rilevanza causale dei loro contributi e, conseguentemente, si elabora la contrapposizione tra *auxilium, quod causam dedit delicto* (equiparabile all'autoria in sede di commisurazione della pena) ed *auxilium, quod causam non dedit delicto* (meritevole di pena attenuata)<sup>19</sup>.

A partire dal XVII secolo, tale impostazione influenzò ampiamente la scienza penale: ad essa si riallacciavano la teoria della causa necessaria e la figura del "complice principale", assimilato sul piano sanzionatorio all'autore e contrapposto al complice secondario, che trovò esplicito riconoscimento in diverse codificazioni europee del XIX secolo<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Fu lo studioso *Dinus Mugellanus*, vissuto nella seconda metà del XIII secolo, a consacrare il principio della punibilità attenuata per la figura del complice; in particolare, nel c.d. parere di Bologna, lo studioso fissò i seguenti parametri: 1) secondo lo *ius commune*, il complice deve essere punito con pena più mite rispetto a quella prevista per l'autore del fatto criminoso; 2) per quanto riguarda l'omicidio, soggiacciono alla stessa pena prevista per l'autore soltanto i complici che hanno contribuito al fatto con efficienza causale («*dederunt causam mortis seu causam homicidii*»); 3) tale regola deve valere per tutte le ipotesi paragonabili all'omicidio: cfr., sul punto, W. ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, vol. II, Leipzig, 1911 (Neudruck 1974), p. 546. Secondo una parte della dottrina (v. M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario*, Torino, 2013, p. 26 e B. WEIBER, *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Tübingen, 2011, p. 15), tali principi furono recepiti e ulteriormente affinati da *Albertus Gandinus*, nel suo *Tractatus de maleficiis* del 1298, prima vera trattazione di diritto penale ed espressamente definita «un'opera nata dalla prassi e destinata alla prassi, e insieme provvista di tale dignità scientifica da fare di Alberto il vero e proprio padre della criminalistica europea» (così A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico. I*, Milano, 1982, p. 140).

<sup>20</sup> La nozione di "complice necessario" fu infatti accolta sia dagli statuti italiani pre-unitari, sia dall'art. 64 codice Zanardelli. Per quanto concerne le altre, coeve, codificazioni europee, occorre ricordare il codice penale bavarese del 1813 (art. 45), il codice belga promulgato nel 1867 e tuttora vigente (art. 66) ed il codice spagnolo del 1848 (art. 14). Le norme in essi contenute erano formulate tutte in modo molto simile e, sostanzialmente, stabilivano che venisse considerato autore anche chi cooperava all'esecuzione del fatto con un contributo senza il quale il fatto non sarebbe stato commesso. Con specifico riferimento al codice



Per quanto riguarda, in particolare, il contesto tedesco, è sufficiente ricordare che Feuerbach, nella prima metà dell'800, trattava la materia del concorso di persone sotto il titolo «*Verschiedenartigkeit der Causalität des Handelnden für den gesetzwidrigen Erfolg*» («Delle diverse forme di causalità della condotta rispetto all'evento illecito»), distinguendo tra autori e partecipi in funzione del fatto che avessero posto in essere, rispettivamente, una causa principale o accessoria, ed includendo nel concetto di autore il c.d. "complice principale" (*Hauptgehülfe*)<sup>21</sup>.

Ciò premesso, occorre precisare quali fossero le difficoltà incontrate dalla teoria in esame, che ne determinarono, nel tempo, il superamento.

Secondo una parte della dottrina, tale teoria non poteva pervenire a soluzioni del tutto soddisfacenti in quanto viziata alla radice da un errore metodologico: la pretesa di istituire un rapporto di necessaria implicazione tra coautoria e contributo indispensabile.

Vi sono infatti casi in cui sarebbe assurdo negare la coautoria solo perché, in assenza di uno dei coautori, l'altro (o gli altri) avrebbe(ro) comunque realizzato il fatto criminoso<sup>22</sup>. Si pensi ad una duplice, contemporanea ed efficace azione omicida; laddove l'efficacia sia un attributo delle due condotte considerate non solo cumulativamente ma anche alternativamente, è agevole dimostrare l'insostenibilità pratica del paradigma in esame: volendo applicarlo con rigore, si giungerebbe al paradosso di avere un omici-

---

penale spagnolo, la diretta derivazione di questa previsione dalle teorie medievali sul complice principale – *quod causam dedit delicto* – è espressamente riconosciuta da J. CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, in G. STRATENWERTH (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, p. 636, nonché ID., *Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995*, in B. SCHÜNEMANN - C. ROXIN (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, p. 556.

<sup>21</sup> Cfr. P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, p. 80. Giova ricordare che proprio sotto l'influenza di Feuerbach venne redatto il codice penale bavarese del 1813 (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*), sicché la figura del complice principale trovò in esso esplicito riconoscimento normativo; v. art. 45, comma 6, cod. pen. bavarese: «Sono puniti come autori non solo 1° colui che realizza immediatamente il reato con la propria energia fisica ma anche 2° chi ha prestato all'esecutore, prima o durante l'esecuzione, un aiuto finalizzato alla commissione del reato e tale che, in sua assenza, il fatto non sarebbe stato possibile e infine 3° tutti coloro che dolosamente hanno indotto altri al compimento e all'esecuzione del reato».

<sup>22</sup> In proposito, osserva Roxin: «Si dos personas sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que de faltar uno el otro habría tomado la cosa por sí solo. Si eso es aplicable a ambos, nunca podría decidirse quién de ellos es autor y quién cómplice, por no mencionar que no proporciona justificación racional de por qué no pueden ser coautores ambos» (così, testualmente, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 60-61).

dio senza (co)autori, dal momento che escludendo l'uno o l'altro dei contribuiti concorsuali, il fatto sarebbe realizzato comunque per opera dell'altro concorrente<sup>23</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si è dunque negato che il coautore sia *sempre* colui che apporta un contributo necessario. E, naturalmente, vale anche l'affermazione inversa: non sempre chi apporta un contributo necessario può per ciò solo considerarsi coautore<sup>24</sup>.

È assolutamente possibile, cioè, concepire un contributo che, pur essendo imprescindibile per la realizzazione del reato, non rappresenta una forma di coautoria.

Come ipotesi di contributo necessario, l'esempio tradizionalmente impiegato è quello del farmacista che procura il veleno indispensabile a commettere il veneficio, o il farmaco abortivo necessario per interrompere la gravidanza: la necessità dell'apporto viene affermata, sostanzialmente, sulla base della rarità del mezzo messo a disposizione da un concorrente (nell'esempio, il preparato venefico o il farmaco abortivo) e alla conseguente difficoltà che l'altro avrebbe incontrato nel doverlo procurare altrimenti<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> A tal proposito, occorre per la verità distinguere due ipotesi: quella in cui il concetto di necessità viene riferito alla produzione del risultato *tout court* (ossia, nell'esempio fatto, la morte di un uomo) e quella in cui assumono rilevanza le *modalità* di produzione del risultato (ossia la morte dell'uomo così come verificatasi *hic et nunc*).

Nel primo caso, la necessità della condotta viene rapportata all'*an* della realizzazione del fatto, accertando così se, eliminando mentalmente l'una o l'altra delle condotte, l'illecito poteva portarsi a compimento, seppure in forma diversa, con il solo contributo dell'altro concorrente: come già detto, in caso affermativo, dovrebbe a rigore escludersi la coautoria e qualificare entrambi gli assassini come meri complici.

Diversamente, se si rapportasse la necessità della condotta al *quomodo*, alla produzione del risultato *hic et nunc*, occorrerebbe accertare se, eliminando mentalmente l'una o l'altra delle condotte di cooperazione, non solo si poteva commettere il reato, ma se lo si poteva portare a compimento con le stesse modalità con le quali questo si è in concreto verificato. È questa in realtà una possibilità di difficile verifica sul piano concreto, perché significherebbe che la singola condotta non ha minimamente influenzato l'esecuzione del reato. Ma se anche così fosse, se anche – per rimanere nell'ambito del nostro esempio – si possa eliminare una delle due azioni omicidiarie e accertare che il fatto rimarrebbe inalterato, si dovrebbe dedurre l'assoluta irrilevanza della condotta stessa e dunque la sua liceità: il che costituirebbe evidentemente un assurdo logico, prima ancora che giuridico.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 60.

<sup>25</sup> In questi termini, ad esempio, si esprimeva la relazione del Guardasigilli al codice penale italiano del 1890, trattando della *partecipazione secondaria (o complicità)* di cui all'art. 63; cfr. Relazione agli articoli 62, 63 del Progetto Zanardelli 22 novembre 1887, in G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia (Approvato dal R. Decreto 30 giugno 1889) interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Torino, 1892, IV, p. 114: «Chi presta l'arma non è, per lo più, un complice necessario, perché l'assassino avrebbe potuto munirsi di altra arma o anche non adoperarne alcuna; ma il farmacista, che fornisce il preparato venefico, sarà quasi sempre complice necessario del veneficio». Giova ricordare che secondo il legislatore italiano, la necessità del concorso doveva valutarsi *in astratto*, non già in concreto, in virtù del seguente ragionamento: «quando il reato è avvenuto, tutte le attività criminose che vi concorsero portarono un contributo senza del quale il reato non sarebbe stato commesso, essendo questo il prodotto del loro concorso: onde in questo senso tutti i complici sarebbero complici necessari. Invece, se si faccia astrazione da questa necessità relativa, si scorge che vi sono dei complici senza l'aiuto dei quali il reato non sarebbe stato possibile».

Ma una tale impostazione va incontro a molteplici obiezioni.

*In primis*, accettando come presupposto l'equivalenza tra scarsa reperibilità del mezzo prestato e necessità del contributo<sup>26</sup>, si rischia di risolvere il concetto di causalità necessaria in una sorta di presunzione arbitraria (per cui, ad esempio, il veleno è un mezzo difficilmente reperibile, mentre un'arma non lo è) che non sempre trova riscontro nella realtà: a tal proposito, si è giustamente osservato che «anche i fatti che per sé stessi parrebbero i più insignificanti ed i più inutili possono in certi casi diventare necessari al compimento di un'opera»<sup>27</sup>.

Un altro aspetto problematico si incontra sul piano subiettivo dell'imputazione: la rilevanza della condotta dovrebbe infatti trovare corrispondenza nell'elemento psicologico, il che significa che il concorrente dovrebbe essere consapevole dell'importanza del contributo prestato<sup>28</sup>. Tuttavia tale consapevolezza non è un dato facilmente accertabile: per tornare al citato esempio, né il farmacista né il compratore possono sapere con certezza se il farmaco sarebbe stato altrimenti reperibile<sup>29</sup>.

L'idea della causalità necessaria era poi destinata ad essere abbandonata con l'affermarsi della teoria del dominio del fatto<sup>30</sup>. La figura del complice principale non sempre coincide con quella del *dominus* del fatto in quanto, pur realizzando una condotta indispensabile, non necessariamente domina per intero il corso degli accadimenti<sup>31</sup>.

Infine, un'ulteriore debolezza della teoria in esame è rappresentata dal fatto che essa si limita a distinguere autoria e complicità, ma non ha alcuna possibilità di applicazione sul terreno del concorso morale: colui che induce un altro soggetto alla commissione di un reato, al quale quest'ultimo non si sarebbe mai autonomamente determinato, pone in essere, con tutta evidenza, una condizione indispensabile per la perpetrazione

---

<sup>26</sup> Parte della dottrina ha cercato di dare veste scientifica a tale tesi: si deve ricordare, in proposito la teoria c.d. *de los bienes escasos* (letteralmente, dei beni scarsi), elaborata in Spagna per spiegare la figura del complice necessario. Secondo questa è teoria è autore, includendo nel termine il complice necessario, colui che presta un bene difficile da conseguire (cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, spec. p. 151 ss.).

<sup>27</sup> Così, testualmente, P. NOCITO, *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, vol. V, Milano, 1904, p. 315, il quale propone il seguente esempio: «Un fiammifero parrebbe la cosa più insignificante ed inutile; ma chi lo porgesse nel momento in cui una persona va cercando nel buio in mezzo a molte carte un testamento olografo da sopprimere e distruggere, porgerebbe un aiuto necessario al compimento del reato».

<sup>28</sup> Cfr. C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale. I. Parte generale*, Milano, 1911, p. 619: «la coerenza ai principî, che regolano la materia dell'imputazione penale, vorrebbe poi, che qualunque fosse il concetto che il magistrato si è fatto, dell'efficacia dell'aiuto prestato, non si applicasse al complice la pena dell'esecutore, se non quando risultasse, che egli aveva coscienza dell'importanza dell'opera sua».

<sup>29</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 61.

<sup>30</sup> Su tale teoria ci si soffermerà in seguito: v. *infra*, paragrafo 5.

<sup>31</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 61.

dell'illecito; eppure dottrina e giurisprudenza non hanno dubbi nel qualificare tale ipotesi come istigazione.

### 3.2. La teoria della cooperazione anteriore e simultanea al fatto (o teoria della simultaneità o Gleichzeitigkeitstheorie)

Nel novero delle teorie materiali-oggettive, si affermò un'ulteriore tesi volta a distinguere le forme di partecipazione sulla base della loro relazione temporale con il fatto principale. Anche questa idea aveva un referente storico assai remoto, se si considera che furono i postglossatori italiani i primi a distinguere l'*auxilium* in tre forme, secondo che fosse prestato *ante delictum*, *in delicto* o *post delictum*<sup>32</sup>.

Stante la natura non causale del comportamento, fu poi abbandonata la categoria della c.d. partecipazione susseguente<sup>33</sup>, ma l'idea di una distinzione tra i ruoli concorsuali basata sulla relazione temporale con il fatto resistette comunque, sino ad influenzare il pensiero di autori come Fuchs<sup>34</sup> e Birkmayer<sup>35</sup>, nonché – sebbene solo occasionalmente – la giurisprudenza del *Reichsgericht*<sup>36</sup>. L'idea di fondo consisteva nell'assimilare

---

<sup>32</sup> A. PAGLIARO, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 37; Cfr. nella dottrina tedesca, J. HEIMBERGER, *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, Freiburg i. B. - Leipzig, 1896, p. 6: «Je nach dem zeitlichen Verhältnisse von That und Beihilfe haben die Italiener drei Arten der letzteren unterschieden, nämlich das *auxilium ante delictum*, *in delicto* und *post delictum*». La paternità della tripartizione tipologica della complicità viene tradizionalmente attribuita a Bartolo da Sassoferrato della Scuola di Perugia: cfr., per questa posizione, G. DERSCH, *Begünstigung, Hehlerei und unterlassene Verbrechensanzeige in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin bis zum Erlaß des Reichsstrafgesetzbuchs*, Göttingen-Zurich, 1980, p. 7 e, nella dottrina italiana, M. BIANCHI, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013, p. 9. Peraltro, secondo alcuni studiosi, tale tripartizione sarebbe stata affinata solo successivamente (cfr. sul punto A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 566, che fa riferimento all'alessandrino Giulio Claro).

<sup>33</sup> Come noto, l'illogicità dell'idea secondo cui la causa potesse essere posteriore all'effetto determinò l'espulsione della c.d. complicità a posteriori dalle specie della compartecipazione, e da essa germinarono figure delittuose autonome, quali il favoreggiamento (cfr. sul punto A. PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008. Volume IV. Altri scritti-II*, Milano, 2009, p. 288) o la ricettazione (cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. II. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, p. 240; M. ZANCHETTI, voce *Ricettazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 173).

<sup>34</sup> Cfr. C. FUCHS, *Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, in *GA*, t. 29, 1881, p. 169 ss.

<sup>35</sup> Cfr. K. BIRKMAYER, *Teilnahme am Verbrechen*, cit., *passim*.

<sup>36</sup> Nello stesso periodo, tale idea si diffuse anche in Francia: cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Teorica del codice penale* (trad. italiana diretta da E. Pessina), vol. I, parte I, Napoli, 1895, p. 336: «Si distingue, in generale, tre specie di cooperazione nel reato, *prima* della sua esecuzione, *durante* o *dopo* questa esecuzione. *Prima della esecuzione*, per comando, per istigazione, provocazione o consigli, per concorso

la cooperazione contemporanea all'esecuzione del fatto alla coautoria, e la cooperazione precedente alla complicità: così, secondo Fuchs, coautore è colui il quale «prende parte illecitamente all'esecuzione in qualunque maniera, anche subordinatamente», mentre la complicità si limita all'aiuto precedente al fatto<sup>37</sup>.

Il maggior merito della teoria in esame consisteva nell'aver recepito i principi fruttiferi della teoria formale-obiettiva e della teoria della necessità, senza tuttavia incorrere nelle difficoltà di queste. Con la teoria formale-obiettiva condivideva il pregio di assegnare un ruolo centrale a coloro i quali partecipavano direttamente all'esecuzione del fatto; diversamente da quella, riusciva peraltro a offrire soluzioni più ragionevoli per i casi di "esecuzione congiunta" in cui uno dei concorrenti avesse realizzato una condotta totalmente atipica, ma pur sempre necessaria per la commissione del fatto<sup>38</sup>. Inoltre, la teoria in esame riusciva a conservare il presupposto fondante della teoria della necessità e, al tempo stesso, ad anticipare il nucleo accertato della teoria del dominio del fatto: soltanto colui che partecipa direttamente all'esecuzione del reato "ha nelle sue mani" lo svolgersi dell'accadimento<sup>39</sup>; in quest'ottica, per esempio, non vi sarebbe stato alcun problema a considerare come semplice partecipe il farmacista che fornisce il farmaco abortivo.

Tuttavia anche questa teoria palesò presto alcuni limiti, dovuti al rigido schematico temporale sul quale pretendeva di fondare la distinzione tra i ruoli concorsuali: non necessariamente, infatti, l'ausilio prestato direttamente e contemporaneamente all'esecuzione del fatto giustifica la qualifica di coautore (si pensi al concorrente che fornisce la

---

negli atti preparatorii del reato. *Durante l'esecuzione*, per aiuto ed assistenza nell'esecuzione [...] *Dopo l'esecuzione*, per approvazione, soccorsi dati al colpevole, divisione o ricettazione delle cose rubate». E tuttora il nucleo di questa teoria perdura nel diritto penale anglo-americano, nel cui ambito è invalsa la distinzione tra *principal in first degree*, *principal in the second degree* e *accessory before the fact*; cfr.: S. L. EMANUEL, *Criminal Law*, New York, 2007, p. 215 ss.; D. E. HALL, *Criminal Law and Procedure*, Stamford, 2015, p. 245 ss.

<sup>37</sup> Così C. FUCHS, *Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, cit. p. 175.

<sup>38</sup> Per ritornare agli esempi di Beling e Wegner precedentemente citati (v. *supra*, nota 7), seguendo la teoria in esame non vi sono difficoltà a considerare coautore il soggetto che trattiene la vittima che deve essere pugnolata o colui che con la sua chiacchiera distrae la vittima dal cattivo sapore del pasto avvelenato.

<sup>39</sup> È questa l'opinione di C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 63, il quale ricorda in proposito le parole di Fuchs: «La ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe; a pesar de su actividad anterior al hecho (apreciar la ocasión favorable, conseguir los instrumentos, preparar el veneno, suministrar el combustible, atraer a la víctima a un lugar solitario), al final depende únicamente de la voluntad de l'autor que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no» (così testualmente C. FUCHS, *Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, cit., p. 177).

stilografica al falsificatore, durante l'azione di falsificazione); né d'altra parte, un soggetto può sempre essere considerato come semplice complice per il solo fatto che il suo contributo si sia esaurito prima dell'azione delittuosa tipica (si pensi al concorrente che con l'inganno attrae la vittima nel luogo in cui la stessa verrà poi uccisa da altri). Inoltre, adottando un criterio meramente temporale, non è possibile spiegare l'autoria mediata: proprio perché utilizza come strumento un altro soggetto in buona fede, l'autore mediato in genere non agisce nel momento dell'esecuzione del fatto<sup>40</sup>.

### 3.3. Causalità fisica e causalità psichica

Un'ulteriore teoria distingueva autore e partecipe in funzione del fatto che la catena causale avviata avesse condotto al risultato direttamente o solo attraverso l'azione indipendente di un altro soggetto: nel primo caso si sarebbe avuta autoria, nel secondo partecipazione.

Nella storia delle teorie della partecipazione, tale teoria è apparsa con molteplici varianti, comunque aventi tutte in comune un dato: l'assumere come criterio essenziale nella delimitazione tra autoria e partecipazione il fatto che tra l'azione e il risultato fossero intervenuti o meno la volontà e il contributo di un altro soggetto<sup>41</sup>.

Ad ogni modo, la versione più conosciuta di quest'orientamento è rappresentata dall'impostazione di Frank, che distingueva tra causalità fisica e psichica. Senza dubbio, per i delitti di mera condotta Frank seguiva la teoria obiettivo-formale. Ma rispetto ai reati di evento (in particolare se a forma libera), come per esempio quello previsto dal § 222 StGB, Frank riteneva che l'autoria appartenesse all'ambito della causalità fisica, la partecipazione a quello della causalità psichica. Da questa impostazione derivavano delle difficoltà per l'autoria mediata, alle quali tuttavia Frank si sottraeva affermando: «Se esiste una volontà interposta, che però non è libera o non è cosciente della efficacia causale dell'azione, la causalità non è – conformemente alla terminologia che qui si segue –

---

<sup>40</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 64.

<sup>41</sup> Tra i sostenitori di questa teoria vanno ricordati: A. HORN, *Kausalitäts- und Wirkensbegriff dessen empirische Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung*, in *GS*, 54, 1897 p. 321 ss.; P. PERTEN, *Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, p. 198, Breslau, 1918.

psichica, e pertanto risulta possibile la autoria»<sup>42</sup>. Al contrario, non riconosceva il concetto di strumento doloso.

Anche queste teorie si rivelavano tuttavia inappaganti: riprendendo l'esempio di colui che trattiene la vittima durante l'azione omicidiaria compiuta da altri, neppure i sostenitori della distinzione tra causalità diretta e indiretta riuscivano a chiarire se, e in che modo, l'ipotesi in questione potesse qualificarsi come coautoria.

Le stesse difficoltà si incontravano anche rispetto alle ipotesi che, secondo criteri di giustizia sostanziale, avrebbero dovuto ascrivere all'ambito della partecipazione. Roxin ipotizza che due persone in concorso incendino un immobile: uno mette a disposizione dell'altro la legna accesa, che quest'ultimo getta in casa; in un caso del genere – si afferma giustamente – risulta assurdo far dipendere la qualificazione di coautoria o complicità dal fatto che colui che ha acceso la legna e l'ha messa a disposizione dell'altro abbia anche gettato da sé – quantunque solo per una volta – un pezzo di legno direttamente nella casa<sup>43</sup>.

In definitiva, la rigida contrapposizione tra causalità diretta e indiretta rendeva altrettanto (e inammissibilmente) rigida la contrapposizione tra (co)autore e partecipe, rischiando di pervenire a soluzioni nelle quali mancava completamente un fondamento di giustizia sanzionatoria.

Concludendo sul punto, è parso dunque che questa teoria condividesse i difetti delle altre precedentemente esposte: «un punto di partenza utile si assolutizza acriticamente, perché si omette di riferire una distinzione formale al suo contenuto di significato determinante per la dottrina dell'autoria e conseguentemente di chiarire i limiti delle sue possibilità di applicazione»<sup>44</sup>.

### 3.4. La teoria della supremazia dell'autore (o Überordnungstheorie)

---

<sup>42</sup> R. FRANK, *ante § 47*, in *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1931, p. 104.

<sup>43</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 69.

<sup>44</sup> Così, testualmente C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 69.

Parallelamente, ma in modo indipendente l'uno dall'altro, Dahm<sup>45</sup> e Richard Schmidt<sup>46</sup> svilupparono un'ulteriore costruzione teorica, secondo cui coautoria e la complicità non possono distinguersi in funzione di elementi predeterminati in generale, ma a seconda che del fatto che, considerate le circostanze del caso concreto, sussista tra i concorrenti una relazione di cooperazione, oppure di subordinazione/supremazia<sup>47</sup>. È evidente come tale formula contenesse *in nuce* le intuizioni fondamentali della teoria del dominio del fatto.

Rispetto alle concezioni fin qui esaminate, tale costruzione presentava indubbiamente un maggior grado di elasticità, che garantiva un auspicabile margine per la individualizzazione del giudizio senza che, al tempo stesso, questo venisse completamente lasciato all'arbitrio incondizionato del giudice: una relazione di coordinazione o subordinazione, affermava infatti Roxin, è un fatto empiricamente verificabile, suscettibile di concretizzazione con l'ausilio di criteri oggettivi<sup>48</sup>.

D'altra parte, tali indici di concretizzazione oggettivi non sono mai stati effettivamente individuati, come del resto riconosciuto anche dagli stessi Dahm e Schmidt: pertanto tale teoria è rimasta sostanzialmente senza seguito.

#### 4. Le teorie subiettive

Nel tentativo di flessibilizzare la risposta sanzionatoria, furono elaborate anche teorie marcatamente differenti rispetto a quelle precedentemente esposte, volte a individuare sul piano psichico il criterio di distinzione tra autoria e partecipazione e, pertanto,

---

<sup>45</sup> Cfr. G. DAHM, *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs: ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau, 1927, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 69.

<sup>46</sup> Cfr. R. SCHMIDT, *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1931.

<sup>47</sup> «Definiere DAHM: "Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular, se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias aparece como subordinado"; mientras que Richard SCHMIDT señala: "Se da coautoría... cuando, a partir de las circunstancias del caso [...], las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada"»; così C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 69-70.

<sup>48</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 70.



accomunate sotto l'etichetta di "teorie subietive": si tratta, in particolare, della teoria del dolo e della teoria dell'interesse.

#### 4.1. La teoria del dolo

Sul piano storico-dogmatico tali teorie risalgono al positivismo naturalistico del XIX secolo, ma la loro emersione si spiega anche alla luce della elaborazione scientifica sul tema della causalità, maturata soprattutto ad opera dell'illustre studioso e magistrato tedesco Maximilian von Buri<sup>49</sup>: in particolare, il progressivo affermarsi della teoria causalistica c.d. della *condicio sine qua non* segnò il declino di ogni teoria volta a differenziare i contributi in base alla loro efficienza causale<sup>50</sup>.

Non a caso, von Buri fu anche il più autorevole esponente della *Dolus Theorie*, secondo cui è autore (*Täter*) colui che agisce con volontà di autore (*animus auctoris* o *Täterwillen*) e vuole il fatto come proprio (*als eigene Tat*); complice (*Gehilfe*) è colui che agisce con volontà subordinata rispetto a quella dell'autore (*animus socii* o *Teilnehmerwillen*) e vuole il fatto come fatto altrui (*als fremde Tat*)<sup>51</sup>.

In particolare, secondo il ricorrente insegnamento di von Buri: «La differenza tra l'autore e il partecipe può essere individuata solo nella indipendenza della volontà

---

<sup>49</sup> Tra le sue opere principali, cfr.: M. VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873; ID., *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885; ID., *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Giessen, 1860.

<sup>50</sup> Come noto, secondo tale teoria, ogni presupposto dell'evento concreto è causa dell'intero evento e da questa equivalenza dei presupposti consegue l'impossibilità di distinguere causa e condizione; in materia di concorso di persone, dunque, la pari necessità di tutti i presupposti implica l'impossibilità di selezionare le condotte concorsuali sul piano obiettivo, in quanto tutte ugualmente causali rispetto al risultato. Alcuni studiosi, in realtà, negano vi sia stretta consequenzialità tra la concezione causalistica di von Buri e le sue idee in materia di concorso di persone, in quanto «la pari necessità di tutti i presupposti dell'evento non significa di certo una piena equivalenza obiettiva sul piano giuridico»; piuttosto – si afferma – «la teoria sostenuta da von Buri in materia di concorso di persone nel reato [...] sembra invece riportarsi ad una più generale concezione che, d'altra parte, trovava espressione pure nell'atteggiamento da lui assunto in relazione all'istituto del tentativo, anch'esso caratterizzato in senso marcatamente psicologico» (così, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 110).

<sup>51</sup> Occorre precisare che il nucleo di fondo della teoria soggettiva, consistente nell'attribuire al partecipe una volontà subordinata a quella dell'autore, ricorre negli scritti di molti altri studiosi. Cfr: K. BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, München, 1915, p. 251 ss.; J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Betrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903, p. 125; C. G. VON WÄCHTER, *Lehrbuch des römisch-teutschen strafrechts: th. Enthaltend die einleitung und den allgemeinen Theil*, I, Stuttgart, 1825, p. 147. In tempi più recenti, cfr. P. BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, p. 76.

dell'autore e nella dipendenza della volontà del partecipe. Il partecipe vuole l'evento solo se l'autore lo vuole, e nel caso in cui l'autore non lo voglia, neppure lui lo vuole. La decisione se realizzare l'evento o meno, pertanto, essere rimessa (*anheimstellen*) all'autore»<sup>52</sup>.

In questa formulazione, la teoria del dolo esercitò grande influenza sulla giurisprudenza del *Reichsgericht*, del quale, peraltro, lo stesso von Buri era autorevole componente; ottenne anche l'avallo di una parte della dottrina e, per taluni Autori, essa rappresenterebbe un'anticipazione della teoria del dominio del fatto<sup>53</sup>.

Tuttavia, neppure questa teoria risultava soddisfacente quando dal piano delle enunciazioni teoriche si passava a quello dell'applicazione pratica. Se le teorie oggettive, come più volte segnalato, si risolvevano spesso in rigidi schematismi incapaci, nel caso concreto, di adeguare la risposta sanzionatoria alla meritevolezza di pena, la teoria soggettiva cadeva, per così dire, nell'eccesso opposto.

In altri termini, la nozione di autore, privata di qualsiasi oggettività e del proprio fondamento legale, poggiava esclusivamente sulle note di maggiore o minore disvalore ravvisate nella condotta del singolo agente; ma in questo modo, il giudizio di valore sotteso al riscontro della meritevolezza di pena (*Strafwürdigkeit*), che riflette le ragioni dell'incriminazione e dovrebbe essere pertanto appannaggio del legislatore, di fatto, veniva demandato al giudice.

Inoltre, se lo scollamento dell'autoria dall'esecuzione della condotta tipica garantiva una maggiore elasticità rispetto alle teorie oggettive, dall'altro tale flessibilità finiva, a ben guardare, per vanificare le esigenze di certezza del diritto, in quanto le qualifiche di autore o complice venivano attribuite non già sulla base di parametri normativi certi e

---

<sup>52</sup> Così M. VON BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, cit., p. 41; in termini analoghi cfr.: ID., *Abhandlungen aus dem Strafrecht: 1) Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Concurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen. 2) Das Complot ist keine besondere Schuldform*, Gießen, 1862, p. 117: «Allein der Gehülfe will den Erfolg nur, wenn ihn der Urheber will, und wenn ihn dieser nicht will, so will er ihn auch nicht. Es macht also der Gehülfe seinen Willen von demjenigen des Urhebers abhängig»; ID., *Über Kausalität und deren Verantwortung*, cit., p. 126: «Aber der Gehülfe will nur, für den Fall der Urheber will, und wenn dieser nicht will, so will er auch nicht. Er betrachtet mithin den urheberischen Willen als den herrschenden, von dem sein eigenes Wollen des Erfolgs abhängig sein soll. Er nimmt gerade so gut das Wollen wie das Nichtwollen des Urhebers gleichmäßig als die Bedingung seines eigenen Wollens in Aussicht, und es geschieht daher mit seinem Willen, wenn der Urheber die von ihm geäußerte Thätigkeit zur Herbeiführung des Erfolgs nicht verwenden will».

<sup>53</sup> Cfr. P. BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, p. 77 (nota 106). *Contra*, W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme. Materialien zum Strafrechtsreform*, Bd. 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, p. 131.

predeterminati, bensì in base al grado di colpevolezza discrezionalmente ravvisato dal giudice nella condotta del singolo agente concreto<sup>54</sup>.

E l'arbitrarietà insita nell'uso del criterio soggettivo rischiava, talora, di condurre a risultati paradossali, consentendo persino di punire come mero partecipe colui che avesse materialmente eseguito il fatto da solo.

La giurisprudenza tedesca è giunta a questi esiti estremi in due processi, rimasti negli annali della cronaca giudiziaria e noti con il nome di *Badewannen Fall*<sup>55</sup> e *Staschynskij Fall*<sup>56</sup>: in entrambi i casi la soluzione raggiunta è consistita nel riconoscere

---

<sup>54</sup> Si vedano, sul punto, le illuminanti riflessioni di S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 119 ss.

<sup>55</sup> Questa vicenda, nota come caso c.d. della vasca da bagno, riguardava l'uccisione del neonato illegittimo da parte della sorella della madre, su richiesta di quest'ultima (cfr. RG, 19 febbraio 1940, in RG-St 74, 1941, p. 84). Il *Reichsgericht*, ribaltando la decisione del giudice di merito, riconosceva alla madre la qualifica di *Täter* e alla sorella quella di *Gehilfe*: secondo la sentenza, posto che tutte le condizioni che conducono all'evento sono equivalenti (indipendentemente dal fatto che le abbia realizzate l'autore o il partecipe), ciò che rileva non è l'esecuzione materiale del delitto, ma la circostanza di volerlo come fatto proprio o altrui; e giacché – concludeva la sentenza – il discredito derivante dalla nascita del neonato avrebbe colpito essenzialmente la madre, questa sola poteva aver riposto interesse nella realizzazione del delitto e dunque essere punita come autrice. Tra i commenti dottrinali a tale decisione, tutti fortemente critici, cfr.: F. HARTUNG, *Der "Badewannenfall"*, in *JZ*, 1954, p. 430 s.; H. WELZEL, *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, in *SJZ*, 1947, c. 646 ss.

<sup>56</sup> Staschynskij era un agente segreto russo del KGB che aveva eseguito l'ordine di uccidere a Monaco due compatrioti esuli politici. Il *Bundesgerichtshof*, muovendo dal presupposto che ciò che conta sia l'atteggiamento interiore del soggetto rispetto al fatto, afferma che può essere punito come partecipe anche colui che esegue per intero la fattispecie, il che tipicamente avviene nei casi di assassinii politici. In simili ipotesi – prosegue la sentenza – gli esecutori dei delitti sono meri destinatari di un ordine ufficialmente impartito e, pertanto, agiscono senza che vi sia, sul piano soggettivo, alcuna partecipazione al delitto. Applicando tali principi al caso di specie, il *Bundesgerichtshof* qualificò dunque Staschynskij come complice. Cfr. BGH, 19 ottobre 1962, in *BGH-St* 18, 1962, p. 87 ss.: «Gehilfe ist, beim Morde wie bei allen anderen Straftaten, wer die Tat nicht als eigene begeht, sondern nur als Werkzeug oder Hilfsperson bei fremder Tat mitwirkt. Maßgebend dafür ist die innere Haltung zur Tat. [...] Nach Entscheidungen des Bundesgerichtshofs kann insbesondere auch derjenige bloßer Gehilfe sein, der alle Tatbestandsmerkmale selber erfüllt, wenn ein solcher Tatteilnehmer meist auch als Täter zu verurteilen sein wird. Anders sind auch diejenigen Urteile des Bundesgerichtshofes nicht zu verstehen, in denen ausgeführt wird, Täter sei, wer den Willen zur Tatherrschaft habe, oder wer sich als mitverantwortlich für das Gelingen der Tat ansehe. [...] Politische Morde sind in der Welt wie in Deutschland immer vorgekommen. Neuerlich sind jedoch gewisse moderne Staaten unter dem Einfluß radikaler politischer Auffassungen, in Deutschland unter dem Nationalsozialismus, dazu übergegangen, politische Morde oder Massenmorde geradezu zu planen und die Ausführung solcher Bluttaten zu befehlen. Solche bloßen Befehlsempfänger unterliegen bei Begehung derartiger amtlich befohlener Verbrechen nicht den kriminologisch erforschten oder jenen jedenfalls ähnlichen persönlichen Tatantrieben. Vielmehr befinden sie sich in der sittlich verwirrenden, mitunter ausgeweglosen Lage, vom eigenen Staat, der vielen Menschen bei geschickter Massenpropaganda nun einmal als unangezweifelte Autorität zu erscheinen pflegt, mit der Begehung verwerflichster Verbrechen geradezu beauftragt zu werden. Sie befolgen solche Anweisungen unter dem Einfluß politischer Propaganda oder der Befehlsautorität oder ähnlicher Einflüsse ihres eigenen Staates, von welchem sie im Gegenteil die Wahrung von Recht und Ordnung zu erwarten berechtigt sind. Diese gefährlichen Verbrechensantriebe gehen statt von den Befehlsempfängern vom Träger der Staatsmacht aus, unter krassem Mißbrauch dieser Macht. Derartige Verbrechensbefehle bleiben nicht einmal auf den eigenen Staatsbereich beschränkt. [...] Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf die erwiesene innere Haltung des Angeklagten bei beiden Attentaten ergibt unter Berücksichtigung aller Umstände, daß er diese Taten nicht als eigene gewollt, daß er kein eigenes Interesse an ihnen und keinen

all'esecutore diretto del fatto il ruolo secondario di complice, semplicemente perché la sua volontà era subordinata a quella altrui e, dunque, la sua condotta appariva connotata da note di minore disvalore.

Comprensibilmente la dottrina ha sempre assunto una posizione fortemente critica rispetto alla teoria soggettiva e ai suoi esiti applicativi<sup>57</sup>. Si osservava, infatti, che i concetti di "volontà di autore" e "volontà subordinata a quella dell'autore" fossero in realtà formule vuote, prive di contenuto, che quindi ben si prestavano, in definitiva, a mascherare l'arbitrio del giudice; a monte – si osservava –, gli stessi presupposti della teoria del dolo sarebbero erronei, posto che nessun concorrente riflette se vuole il fatto come proprio o come altrui<sup>58</sup>.

#### 4.2. La teoria dell'interesse

La ricerca di un criterio soggettivo di distinzione tra autoria e partecipazione non si limitò alla *Dolus Theorie*, in quanto, nel panorama dottrinale tedesco, affiorò un'ulteriore variante teorica: la c.d. *Interessentheorie*, il cui nucleo essenziale consisteva nel

---

eigenen Tatwillen gehabt, daß er sich fremdem Täterwillen nur widerstrebend gebeugt, daß er sich letztlich der Autorität seiner damaligen politischen Führung wider sein Gewissen unterworfen und daß er die Tatausführung in keinem wesentlichen Punkte selber bestimmt hat. [...] Wegen des erteilten "wichtigen Regierungsauftrags" ist ihm ferner zu glauben, daß er damals gefürchtet hat, vor und bei den Attentaten im sorglosen "Westen" vom KGB überwacht zu werden und nach einem Übertritt als "Verräter" der Rache seiner Auftraggeber ausgesetzt zu sein. Das Gesamtbild aller Tatumstände spricht daher nicht für Täterschaft des Angeklagten. Daher war er als Gehilfe (§ 49 StGB) zu verurteilen».

<sup>57</sup> Cfr., per tutti, F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, X ed., p. 203 (nota 7): «Die "subjektive" Theorie scheidet rettungslos daran, daß sie den, der mit "sich unterordnendem Willen" die Haupthandlung (etwa die Tötung) begeht, als Gehilfen betrachten muß, während sie andererseits beim Komplott, da hier jede Mitwirkung Täterschaft begründet, den Begriff der Behilfe überhaupt aufhebt»; M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg, 1923, p. 402; E. BELING, *Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre*, in *GS*, t. 101, 1932, p. 10. In senso parzialmente difforme, cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 73, il quale, trattando della *Dolus Theorie* afferma che, in realtà, «es absolutamente innmerecida la mala fama que siempre ha padecido».

<sup>58</sup> Cfr. K. BIRKMAYER, *Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts*, Berlin, 1890, p. 40 ss.; P. BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1979<sup>3</sup>, p. 176 ss; G. JACOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1993, p. 608 ss. Nella dottrina italiana, v. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 120-121.

ritenere che potesse considerarsi autore soltanto colui il quale ha un proprio interesse, personale e diretto, alla realizzazione del reato<sup>59</sup>.

In realtà la teoria dell'interesse non conquistò molti sostenitori, come dimostra il fatto che Birkmayer, già nel 1907, arrivò a considerarla «scientificamente superata»<sup>60</sup>. Tuttavia essa riaffiorò, sia pure occasionalmente, tanto nella giurisprudenza del *Reichsgericht*, quanto in quella del *Bundesgerichtshof*.

La ragione dell'insuccesso di questa concezione sta nel fatto che essa non andava molto al di là, nel suo significato, della teoria del dolo; anzi, ad essa appariva indissolubilmente intrecciata, al punto che i pregi e le insufficienze della teoria dell'interesse si colgono con esattezza proprio in relazione alla teoria del dolo.

Indubbiamente, ad esempio, la teoria dell'interesse aveva il merito di fornire un indizio tangibile della "subordinazione della volontà" richiesta dalla teoria del dolo: l'interesse per cui il soggetto agisce costituisce cioè il criterio di prova del corrispondente *animus*.

Ma in ciò risiedeva anche il suo limite: nel pretendere, cioè, di negare ad un soggetto la qualifica di autore solo perché ha agito nell'interesse di altri: in primo luogo, la rilevanza dell'apporto al fatto non sempre è condizionata dai motivi per cui un soggetto agisce; inoltre – e soprattutto – non è corretto escludere l'autoria per l'assenza di un interesse personale, come dimostra l'esistenza di una serie di norme incriminatrici che prevedono la possibilità che l'autore agisca anche nell'interesse altrui (truffa, ricettazione, estorsione, ecc.).

---

<sup>59</sup> Si muovono in questa prospettiva: E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin, 1823, p. 287 s.; R. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, p. 465 ss.; G. GEIB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. II. System: Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862, p. 318: «Gehülfen heißen Diejenigen, welche – gleich den Urhebern – für die Hervorbringung des Verbrechens, und zwar im Allgemeinen ohne Unterschied in welcher Weise und im welchen Umfange, Tätig find, welcher aber diese Hervorbringung lediglich als fremde Angelegenheit betreiben, d. h. welche durch das Verbrechen lediglich die Absicht und das Interesse eines Anderen (des Urhebers) befördern wollen». Sul piano cronologico, dunque, la teoria dell'interesse si affermò in realtà prima della teoria del dolo: in questo senso, cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 115.

<sup>60</sup> Così K. BIRKMAYER, *Teilnahme am Verbrechen*, cit., p. 28.

## 5. La *Tatherrschaftslehre*: l'autoria finale basata sul criterio del dominio del fatto

L'acquisita consapevolezza della fragilità degli orientamenti finora richiamati, unitamente all'emersione della teoria finalistica dell'azione<sup>61</sup>, solleccitarono una parte della dottrina tedesca ad elaborare un differente modello di spiegazione teorica dell'autoria, compendiato nella nozione di *Tatherrschaft*.

Tale espressione, traducibile come "dominio del fatto", in realtà non era di nuovo conio. Fu infatti Hegler a utilizzarla per la prima volta nel 1915, in un saggio dedicato agli elementi del reato<sup>62</sup>, per designare la presenza, in capo all'autore, di tutti i presupposti della colpevolezza: dunque il concetto di dominio del fatto non si proiettava ancora sul terreno della partecipazione. Questo passo ulteriore venne compiuto dallo stesso Hegler circa quindici anni più tardi allorché, occupandosi dell'autoria mediata, affermò che la sua essenza consiste nella "supremazia" vantata dall'*Hintermann* sull'esecutore incolpevole (o semplicemente colposo) e, dunque, nel "dominio del fatto" così esercitato<sup>63</sup>. Ma in questo modo, come giustamente osservato, la nozione di *Tatherrschaft* si riduceva ad una metafora, in quanto serviva semplicemente a tradurre espressivamente la constatazione che, dei due soggetti, l'uno aveva determinato l'altro alla realizzazione incolpevole di un crimine<sup>64</sup>.

Il passaggio da una nozione descrittiva di "dominio del fatto" ad una nozione dogmatica avvenne dunque solo successivamente.

---

<sup>61</sup> Tale teoria, sviluppatasi in Germania dopo il secondo conflitto mondiale, ha esercitato una certa influenza anche nella dottrina italiana; in argomento si vedano: AA. VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007; G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 3 ss.; N. CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959; L. CORNACCHIA, *Ein unausrotbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 1, p. 575 ss.; C. FIORE, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 380 ss.; M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967; F. GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Scuola Positiva*, 1950, p. 1 ss.; A. R. LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 281 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 68 ss.; ID., *Finalismo, responsabilità obiettiva e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 363 ss.; T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 395 ss.; E. MORSELLI, *Un breve bilancio fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1319 ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

<sup>62</sup> Cfr. A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Z.Str.W.*, 1915, 36, pp. 19 ss. e 184 ss.

<sup>63</sup> Cfr. A. HEGLER, *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, V, 1929, p. 307 s.

<sup>64</sup> Questo rilievo è di Eb. SCHMIDT, *Die mittelbare Täterschaft*, in *Frank-Festg.*, II, 1930, p. 121.

La teoria del dominio del fatto, in una certa misura anticipata da Lange<sup>65</sup>, venne per la prima volta sviluppata ampiamente da Hans Welzel il quale, sin dagli *Studien* del 1939, concepirà la "signoria finalistica sul fatto (doloso)" come elemento fondante del concetto di "autore".

Più in particolare, il concetto di autoria finale basata sul dominio del fatto si spiega compiutamente ricordando l'indiscusso legame genetico con la teoria finalistica dell'azione, secondo la quale – come noto – l'azione umana consiste nell'esercizio di un'attività orientata verso uno scopo<sup>66</sup>: conseguentemente, *dominus* del fatto è colui che lo realizza in funzione di uno scopo sulla base della sua risoluzione di volontà<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr. R. LANGE, *Der moderne Täterbegriffe und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlin, 1935, *passim*.

<sup>66</sup> Non è possibile, nell'economia di questo lavoro, ricostruire analiticamente la teoria finalistica dell'azione, né le ricadute che essa ebbe nella dogmatica tedesca. Per coglierne l'essenza, è tuttavia opportuno riportare le parole del suo primo e più importante assertore: «Die "Finalität" oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, daß der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann. [...] Finale Tätigkeit ist ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirken» (così testualmente H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin, 1989, p. 33). Dello stesso Autore, cfr.: H. WELZEL, *La posizione dommatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 1 ss.; ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31 ss. Per un inquadramento generale sulla dottrina finalistica, anche in rapporto alle altre teorie dell'azione, cfr. C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, Madrid, 1997, p. 199 ss. e p. 233 ss.

In estrema sintesi, può dirsi che la *finale Handlungslehre* poggiava sul postulato filosofico secondo cui nella realtà pregiuridica esistono strutture ontologiche vincolanti per il legislatore (sull'ontologismo welzeliano e le sue radici, cfr.: F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo: a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza del diritto penale.*, in E. Dolcini - C. E. Paliero (a cura di) *Scritti in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 1810 ss.; G. RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011, p. VIII, nota 2). Fra tali strutture vi sarebbe, per l'appunto, la condotta umana con la sua essenza finalistica: l'azione umana, cioè, conterrebbe in sé in modo indissolubile il fine particolare perseguito dall'agente. Applicando queste premesse alla teoria generale del reato, si finisce per attuare una progressiva soggettivizzazione dell'illecito penale, che culmina nell'assorbimento dell'elemento soggettivo all'interno del tipo: in altri termini, se la finalità è elemento costitutivo dell'azione, e dunque anche dell'azione delittuosa descritta nel tipo penale, il dolo non può che trovare collocazione *nel fatto tipico*. Questo assunto, ponendosi in netta rottura col passato, ha determinato un autentico sconvolgimento della sistematica del reato e rappresenta indubbiamente il tratto essenziale e caratterizzante della dottrina finalistica: «Welzel stesso, nonostante la sua tenace insistenza sul concetto "ontologico" di finalità, sosteneva che, in ultima analisi, deve considerarsi finalista chiunque attribuisca il dolo al tipo, ossia alla fattispecie»: così testualmente E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, p. 48; in termini analoghi si esprime G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 830: «È riconoscimento ormai generalizzato, al punto da apparire quasi rituale, che il finalismo welzeliano ha lasciato tracce durature nell'evoluzione della teoria generale del reato non certo in ordine ai sempre opinabili connotati "ontologici" di un ancor preteso concetto unitario di azione, ma piuttosto sul piano della distribuzione dei requisiti essenziali dell'illecito penale all'interno delle sue fondamentali categorie strutturali». Per una critica radicale al modello ontologico del finalismo e all'anticipazione del dolo nell'azione, cfr. per tutti G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, cit., p. 68 ss.

<sup>67</sup> Cfr. H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Z.Str.W.*, 1939 (58), p. 491 ss.

Fondamentalmente, dunque, la teoria del dominio del fatto tende ad interpretare la nozione di autore in maniera estensiva: sarebbe autore chiunque si trovi in una posizione che consente di dominare lo svolgersi dell'accadimento, la produzione del risultato e, quindi, la complessiva realizzazione dell'impresa criminosa.

La diretta derivazione tra teoria del dominio del fatto e dottrina finalistica dell'azione emerge anche sotto un altro profilo: così come la dottrina finalistica soleva distinguere la realizzazione finalistica del tipo doloso da un lato e, dall'altro, la causazione "cieca" del risultato nei tipi colposi, parallelamente sul terreno concorsuale si contrapponevano nettamente l'autoria dolosa e quella colposa. Non esisteva dunque nell'ottica welzeliana un concetto unitario di autore: l'autore di un fatto colposo è «semplicemente concausa del risultato prodotto»<sup>68</sup> e, posto che tutte le cause sono equivalenti, non è neppure possibile distinguere autoria e partecipazione nei tipi colposi.

L'impostazione welzeliana si prestava, tuttavia, ad una precisa critica, in quanto caratterizzata da una netta svalutazione dell'elemento obiettivo. Questo aspetto risultava particolarmente evidente allorché, trattando della coautoria, Welzel osservava che: «anche colui il quale compie un atto preparatorio o di agevolazione è co-portatore (*Mitträger*) del dominio del fatto qualora abbia preso parte alla decisione per l'esecuzione collettiva, sulla cui base la totalità dei contributi determina la realizzazione del fatto, concordato con ripartizione dei ruoli»<sup>69</sup>. In questo senso, dunque, il concetto di *Tatherrschaft* non faceva molti passi avanti rispetto alla teoria soggettiva giurisprudenziale e, in quanto ancorato alla medesima prospettiva, non offriva di fatto maggiori garanzie<sup>70</sup>.

Muovendo da premesse analoghe a quelle di Welzel, giungeva a conclusioni parzialmente differenti Maurach. Anche per Maurach la teoria del dominio del fatto si basava sul concetto di azione finalistica; e anche per Maurach, come per Welzel, il concetto di dominio del fatto poteva essere impiegato per determinare l'autoria solo nei delitti dolosi. Tuttavia, come si è accennato, i due studiosi proponevano soluzioni parzialmente difformi sul terreno della partecipazione.

A differenza di Welzel, per Maurach non era necessario un contributo all'esecuzione del fatto, essendo sufficiente il dominio su di esso esercitato e quest'ultimo sareb-

---

<sup>68</sup> Cfr. H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, cit., p. 538.

<sup>69</sup> Così H. WELZEL, *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, cit., c. 650.

<sup>70</sup> Per tutti, cfr. C. ROXIN, *Autoria y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 89-90. Nella dottrina italiana, simili rilievi sono formulati da M. PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 339-340 e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 122.



be appartenuto ad ogni concorrente in grado, secondo la sua volontà, di lasciare svolgere oppure interrompere la realizzazione del reato.

Così, nella determinazione della coautoria, mentre Welzel dava rilievo al carattere comune della risoluzione criminosa, e alla volontà incondizionata di realizzazione, per Maurach ciò non bastava: era invece fondamentale «il tenere dolosamente nelle mani il decorso del fatto tipico», persino a prescindere da qualsivoglia forma di cooperazione materiale<sup>71</sup> (così riconoscendo espressamente la possibilità di una coautoria "intellettuale"<sup>72</sup>).

Ancor più marcate le differenze in tema di autoria mediata, atteso che per Maurach l'*Hintermann* possedeva il dominio del fatto, e dunque sarebbe stato autore mediato, anche nel caso in cui l'esecutore diretto avesse agito dolosamente e quindi colpevolmente.

Neppure l'impostazione di Maurach, tuttavia, era immune da critiche, in quanto ritenuta troppo ampia, da un lato, e troppo ristretta dall'altro. Troppo ampia nel senso che estenderebbe eccessivamente la nozione di autore: anche un complice necessario – si afferma – può di fatto impedire la realizzazione del reato rifiutando il proprio contributo; anche l'istigatore può ottenere lo stesso risultato, influenzando sull'esecutore in modo da annullare l'effetto della precedente istigazione; e persino un estraneo può interrompere il decorso del fatto se, trovandosi casualmente sul luogo del delitto, decide di avvertire per tempo la polizia. Troppo ristretta in quanto, nella organizzazione della esecuzione del reato attraverso la divisione dei ruoli, il singolo concorrente non può mai da solo fare decorrere il fatto per mancanza di sufficiente capacità<sup>73</sup>.

Una formulazione assolutamente originale della teoria del dominio del fatto si deve invece a Gallas, il quale, operata una sintesi tra la teoria formale-obiettiva e la dottrina dell'azione finale, diede vita ad una costruzione che egli stesso definì "teoria obiettivo-finale"<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Così R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954, p. 504.

<sup>72</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 91.

<sup>73</sup> Tali critiche sono state mosse, per esempio, da G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, p. 612. Nella dottrina italiana v. M. PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, cit., p. 340 e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 124.

<sup>74</sup> Così W. GALLAS, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. 9. – 2. 10. 1957*, Sonderheft der *ZStW*, 1957, Bd. 69, p. 13. Dello stesso Autore v. anche ID., *Täterschaft und Teilnahme. Materialien zum Strafrechtsreform*, cit., p. 121 ss.

In particolare, Gallas, partendo dalla concezione restrittiva di autore come esecutore della condotta conforme al tipo, proponeva di cogliere il significato "umano" del disvalore dell'azione nel fatto che il processo causale non si svolge in modo cieco, bensì è posto in essere e guidato dalla volontà umana verso uno scopo programmato. Ciò consentiva di affermare che la conformità della condotta a quella descritta dal legislatore è data, non tanto dalla causazione dell'evento tipico, bensì dalla attuazione di un volere rivolto ad uno scopo attraverso l'apprestamento di mezzi adeguati. L'elemento di connotazione dell'autoria è ancora una volta la *Tatherrschaft*, e per individuarla «dovrà farsi ritorno alla fondamentale distinzione per cui autoria è realizzazione propria e complicità è agevolazione del fatto altrui. Procedendo da tale assunto, autoria significa un rapporto tra l'agente e il decorso del fatto – nonché l'evento di esso – tale da far apparire la vicenda come fatto "suo", l'evento come "sua" opera»<sup>75</sup>. Ma un tale rapporto sussiste solo allorché chi opera "ha in mano" (*in der Hand hat*) il fatto attraverso la predisposizione programmata di mezzi idonei (adeguati alla produzione dell'evento), "domina" (*beherrscht*) il decorso dell'avvenimento fino all'evento, sia direttamente in prima persona, sia servendosi di un terzo come mero suo strumento.

Anche questa impostazione, per quanto abbia cercato di oggettivizzare la *Tatherrschaft* richiedendo la idoneità dei mezzi rispetto alla produzione dell'evento programmato, prestava il fianco a critiche nei casi di coautoria, in cui nessuno dei correi ha il fatto nelle sue mani come se fosse suo: così, ad esempio, Gallas considerava coautore il capo della banda che non prende parte all'azione esecutiva, dunque solo sulla base della sua "funzione di guida"; ma in questo modo, come giustamente osservato, la qualifica di (co)autore finiva per fondarsi su elementi quali l'elemento psichico o la complessiva rilevanza della condotta fortemente legati alla logica del caso concreto<sup>76</sup>.

Di fronte alle difficoltà di applicazione delle tradizionali definizioni di dominio finalistico del fatto, la dottrina ha poi elaborato nuove costruzioni. La necessità di mantenere un saldo aggancio al dato normativo, ha indotto per esempio Roxin a negare validità ad un tipo di approccio unitario e ad articolare la *Tatherrschaft* secondo una tripartizione che rispecchia le tre forme di autoria attualmente previste nel § 25 StGB: nell'autore immediato si presenta come dominio sull'azione (*Handlungsherrschaft*),

---

<sup>75</sup> Così W. GALLAS, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, cit., p. 12.

<sup>76</sup> In questo senso, cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 125.

nell'autore mediato come dominio sulla volontà (*Willensherrschaft des Hintermannes*), nei coautori come dominio funzionale (*funktionelle Tatherrschaft*)<sup>77</sup>.

## **6. Il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: inadeguatezza delle teorie tradizionali**

Ai fini della presente indagine, costituirebbe un fuor d'opera un maggiore approfondimento delle costruzioni finora considerate. Occorre piuttosto soffermarsi sui rapporti intercorrenti tra le posizioni dottrinali esaminate e la dogmatica del reato proprio.

Per quanto riguarda la teoria formale-oggettiva, era soprattutto con la struttura del reato proprio che essa mostrava i maggiori limiti.

Come si è detto in precedenza, il criterio discretivo tra autoria e partecipazione promosso dai sostenitori di questa teoria era saldamente ancorato alla *tipicità* del fatto nella quale confluiscono, com'è ovvio, tanto la condotta quanto la qualità richieste dalla fattispecie incriminatrice.

Ebbene, mantenere fermo il criterio della tipicità della condotta significava aprire lacune di tutela tutte le volte in cui l'esecuzione concorsuale del reato avesse, di fatto, comportato una scissione tra condotta esecutiva e qualifica, ossia tutte le volte in cui la prima fosse posta in essere da un concorrente estraneo: in casi del genere, veniva infatti a mancare del tutto la tipicità del fatto principale.

Rispetto ai reati propri neppure le teorie materiali-oggettive si rivelavano capaci di superare i limiti palesati dall'applicazione del parametro formale-oggettivo: il fatto che l'autoria continuasse ad essere ancorata a criteri di tipo naturalistico – questa volta di tipo materiale – lasciava irrisolto, al pari della teoria formale, il nodo della conciliazione con il criterio, tutto normativo, delle qualifiche personali richieste dalla fattispecie incriminatrice.

Analogamente inadeguate si mostravano le teorie subiettive. Come già accennato esse si basavano sull'idea per cui è autore (*Täter*) solo colui che agisce con volontà di autore (*animus auctoris* o *Täterwillen*) e vuole il fatto come proprio (*als eigene Tat*); ma

---

<sup>77</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 151 ss.

una simile impostazione certo non spiega per quale motivo la volontà di autore non possa essere riconosciuta ad altri se non al soggetto titolare delle qualifiche richieste dalla legge.

Anzi, a ben guardare, non è affatto sicuro sicuro che solo l'*intraneus*, in quanto titolare della qualifica, possa volere il fatto come proprio: a tale conclusione si potrebbe pervenire solo interpretando in chiave soggettiva le stesse qualifiche personali, ossia come indizi di una particolare colpevolezza dell'*intraneus*, il che però appare difficilmente proponibile come criterio unitario di lettura dei reati propri<sup>78</sup>.

### 6.1. (in particolare) I limiti del parametro del dominio finalistico sul fatto: l'ipotesi del c.d. "qualifikationloses doloses Werkzeug"

Alla teoria formale-obiettiva, si rimproverava, tra l'altro, la sua inadeguatezza per i casi in cui l'*intraneus* non avesse partecipato personalmente all'esecuzione della condotta tipica<sup>79</sup>.

Sotto questo aspetto, tuttavia, non si è rivelata più soddisfacente la dottrina della *Tatherrschaft*, che ha sostanzialmente preteso di risolvere il problema attraverso una indebita dilatazione della nozione di autore mediato.

Tale figura era stata creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche per colmare le lacune di tutela determinate dalla combinazione di una concezione restrittiva di autore e dalla teoria dell'accessorietà nella sua formulazione estrema, in quanto consentiva di punire chi avesse determinato al reato un soggetto incapace, o tratto in inganno, o costretto alla commissione del fatto con violenza o minaccia<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Sulla possibilità di leggere le qualifiche soggettive come indici di tipizzazione del giudizio di colpevolezza, cfr. M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, p. 181 ss.

<sup>79</sup> V. *supra*, paragrafo 6.

<sup>80</sup> Sulle origini storiche della figura dell'autore mediato cfr.: R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 36 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 70 ss.; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, p. 13 ss.; M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 259; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, Milano, 2012, p. 162; G. SAMMARCO, *Il concetto di autore e partecipe del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1023 ss.; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 126 ss.; M. SINISCALCO, voce *Autore mediato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 445.

Tuttavia, anche a causa dell'assenza di criteri legali di determinazione dell'autoria mediata<sup>81</sup>, tale categoria è stata ben presto piegata ad altri scopi: segnatamente, per risolvere le difficoltà sollevate dal concorso di persone nel reato proprio. Su questo fronte, il nodo problematico era rappresentato dall'ipotesi di impiego del c.d. "strumento doloso non qualificato" (*qualifikationloses doloses Werkzeug*): si tratta del caso in cui l'autore immediato (*Vordermann*), ossia l'esecutore della condotta tipica, sia in dolo, ma privo della qualifica soggettiva richiesta dalla fattispecie incriminatrice.

A stretto rigore, in casi del genere la partecipazione colpevole dell'*extraneus* avrebbe dovuto precludere il ricorso alla categoria dell'autoria mediata; tuttavia, la conaturata flessibilità di tale figura "tappabuchi"<sup>82</sup>, ha consentito ben presto di estendere l'ambito di applicazione della stessa fino ad inglobare casi che non raggiungevano neppure il gradino iniziale dell'accessorietà: la tipicità<sup>83</sup>. In altri termini, la figura dell'autore mediato, concepita, ed inizialmente utilizzata, in funzione integrativa di un *deficit di colpevolezza*, ha finito per essere impiegata per colmare veri e propri *deficit di tipicità*, secondo finalità repressive ne hanno sconvolto l'originaria base concettuale.

La questione del c.d. "strumento doloso non qualificato" è appena accennata dai principali rappresentanti di questa teoria: un'analisi approfondita della problematica si incontra soltanto in Gallas<sup>84</sup>.

L'Autore, in un primo momento, ha affermato che: «L'*Hintermann* in questo caso non domina l'esecutore diretto, non si serve di lui come "strumento"»; piuttosto, lo induce (assumendo così di fatto un ruolo analogo a quello dell'istigatore)<sup>85</sup>. Ciò nonostante, Gallas è giunto comunque a riconoscere l'autoria mediata, osservando che – a differenza di quanto accade nei comuni casi di istigazione – l'*Hintermann* tiene nelle sue mani (*in der Hand hat*) il fatto, ossia domina il decorso dell'avvenimento fino alla produzione del risultato: «l'atto di induzione si converte così in esercizio del dominio del fatto, nell'equivalente dell'esecuzione di mano propria»<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> In proposito, v. le osservazioni di P. CRAMER, *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 258.

<sup>82</sup> Così notoriamente definita da T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., p. 18 ss.; negli stessi termini, v. anche ID., *La concezione finalistica dell'azione e concorso di persone nel reato*, cit., p. 398.

<sup>83</sup> In questi termini, v. M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 258.

<sup>84</sup> W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform*, cit., pp. 135-136.

<sup>85</sup> Così W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform*, cit., p. 135.

<sup>86</sup> V. ancora W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform*, cit., p. 136. Altri studiosi, come Wiener, pur rifiutando la concezione di Gallas, giungono ciò nonostante al medesimo risultato, giungendo ad affermare che il comportamento dell'*Hintermann* è «equivalente all'esecuzione

In sintesi, la posizione di Gallas, basandosi sull'argomento per cui l'*Hintermann*, in virtù della sua qualifica, tiene nelle sue mani la possibile realizzazione del delitto, suggerisce un concetto di dominio psichico *sui generis*: se l'*Hintermann* si rifiuta di partecipare, il delitto non si realizza e, pertanto, dipende da lui la sua configurazione.

Rispetto a tale costruzione, parte della dottrina ha sollevato e tuttora solleva diverse obiezioni.

In primo luogo – si afferma – Gallas dà per presupposto ciò che è da dimostrare. La questione è precisamente se, nella prospettiva della teoria del dominio del fatto, sia possibile fondare la punibilità dell'*Hintermann*: Gallas risponde affermativamente semplicemente sostenendo che dipende da quest'ultimo l'esistenza di un fatto punibile, e così incorrendo in una *petitio principii*<sup>87</sup>.

In secondo luogo, come ammesso dallo stesso Gallas, l'*Hintermann* non esercita alcun dominio sull'esecutore diretto, dalla cui libera decisione dipende, in ultima analisi, la possibilità che il fatto venga realizzato oppure no. È pur vero che, se l'*Hintermann* è l'unico concorrente a rivestire la qualifica richiesta dal reato proprio, la sua partecipazione è indispensabile poiché diversamente il reato non potrebbe configurarsi affatto; tuttavia, altro è possedere la qualifica richiesta dalla fattispecie astratta, altro è esercitare nel caso concreto la propria signoria sul successo dell'azione. Gallas, in altri termini, confonderebbe distinti aspetti di valutazione: il fatto che l'*Hintermann* infranga doveri speciali lo grava sicuramente di un disvalore specifico, ma non lo converte in figura centrale dell'azione, in *dominus* del fatto.

Lo stesso Gallas, peraltro, deve aver avvertito la problematicità della propria posizione: per giustificare l'autoria dell'*Hintermann* è giunto infine a sostenere che la sua partecipazione al reato proprio è assimilabile più alla coautoria che all'autoria mediata. Tuttavia, neppure questo argomento persuade: un'impostazione di questo tipo si espor-

---

personale dell'azione finale dell'autore» (v. W. WIENERS, *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord: Versuch eines Beitrages zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Bonn, 1958, p. 72.) Al contrario, altri studiosi sottolineano espressamente che la teoria del dominio del fatto non può dare debito conto del fenomeno dello strumento doloso: tra questi, va in particolare menzionato KAUN il quale rifiuta nettamente la punizione dell'*Hintermann* come autore mediato (cfr. sul punto C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 281).

<sup>87</sup> Nello stesso senso, W. WIENERS, *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord: Versuch eines Beitrages zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 72.

rebbe infatti alle medesime obiezioni già sollevate, posto che la coautoria presuppone comunque il codominio sull'accadimento<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Pur sempre muovendo dalla prospettiva teorica del dominio del fatto, un diverso tentativo di fondare la responsabilità del soggetto non qualificato si riscontra tuttora nella dottrina spagnola e sudamericana: ad esso è opportuno dedicare alcuni cenni. Occorre distinguere, in proposito, due diverse posizioni: la teoria individualizzante o della rottura del titolo di imputazione e la teoria unitaria o della unità del titolo di imputazione (su queste due teorie, le loro differenze e le rispettive ricadute pratiche, cfr.: M. A. ABANTO VASQUEZ, *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, in *Revista penal*, 2004, n. 14, p. 5 ss.; P. GARCÍA CAVERO, *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, in *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*, p. 116 ss.; ID., *Perspectiva dogmática de los delitos cometidos por Funcionarios Públicos (Transcripción de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Internacional de Actualización Penal, Octubre de 2009, Universidad Argentina John F. Kennedy)*, *passim*; R. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*, in *Gaceta penal y procesal penal*, t. 55, 2014, p. 131 ss.; J. VILLA STEIN, *El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica*, in *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2009, n. 5, p. 33 ss.; ID., *El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Una primera aproximación a las teorías y práctica*, in AA. VV., *Nuevos desafíos del derecho penal y procesal penal en la coyuntura actual del siglo XXI*, Cusco, 2014, p. 307 ss.).

Secondo la teoria della rottura del titolo di imputazione, autore del reato proprio può essere solo l'*intraneus*; pertanto, l'*extraneus* può essere considerato responsabile solo per il corrispondente reato comune. I sostenitori di tale teoria ritengono che essa abbia un appiglio normativo nella regola della "incomunicabilità delle circostanze personali" (art. 65 codice penale spagnolo, art. 26 codice penale peruviano), la quale esigerebbe che la qualifica personale dei reati propri non possa mai fondare la tipicità del fatto commesso dagli estranei, né, conseguentemente, la loro punibilità. Così, ad esempio, se un funzionario pubblico, *dominus* del fatto, aiutato da un privato si appropria del denaro che deve amministrare, il primo dovrà considerarsi autore di peculato, il secondo sarà responsabile di furto, in qualità di autore oppure complice, a seconda che eserciti il dominio del fatto congiuntamente al soggetto pubblico, ovvero non lo eserciti affatto. Al contrario, quando *dominus* del fatto è esclusivamente l'*extraneus*, mentre l'*intraneus* si è limitato a cooperare, il primo viene considerato autore di furto e il secondo partecipa nel reato di peculato. Infine, qualora sia stato commesso un reato proprio c.d. esclusivo, per quanto riguarda l'*extraneus* l'unica soluzione possibile è la sua irresponsabilità, salvo il caso in cui altre figure delittuose previste dal codice penale si prestino comunque ad abbracciare la sua condotta: per esempio nel caso del *cohecho pasivo propio* (art. 393 cod. pen. peruviano), il privato potrebbe essere considerato partecipe nel reato di *cohecho activo* (art. 398), oppure, nel caso dell'*enriquecimiento ilícito* (art. 401) il prestanome potrebbe essere considerato autore del delitto di *encubrimiento real* (art. 405) (cfr. sul punto M. A. ABANTO VASQUEZ, *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, cit., p. 5).

Contro questa teoria, militano tuttavia diversi argomenti. Innanzi tutto, essa infliggerebbe un grave *vulnus* al principio dell'accessorietà: infatti, nel caso in cui *dominus* del fatto sia stato l'*intraneus*, la punibilità del partecipe estraneo finisce per dipendere non già dal fatto principale punibile (il reato proprio), bensì da un altro reato (comune) che, in realtà, non è stato commesso; e, viceversa, nel caso in cui *dominus* sia stato l'*extraneus*, l'*intraneus* si vedrà punito come partecipe di un reato proprio che in realtà non è mai esistito, in quanto all'*extraneus* non può che essere attribuita la responsabilità per un reato comune. Infine, un ulteriore problema posto da questa teoria è l'impunità dell'*extraneus* nella maggior parte dei casi in cui venga commesso un reato c.d. proprio esclusivo, nonché, per accessorietà, l'impunità dell'*intraneus* nell'ipotesi in cui l'*extraneus* sia stato anche esecutore.

Secondo la teoria della unità del titolo di imputazione, l'*extraneus* può ben essere chiamato a rispondere del reato proprio commesso in concorso perché, sebbene non possa essere ritenuto autore, nulla impedisce di considerarlo partecipe o istigatore. Alla base di tale concezione vi è l'idea secondo cui il dovere di comportamento sottostante alla fattispecie penale di un reato proprio si dirigerebbe anche ai soggetti privi della qualifica: la tutela del bene giuridico creerebbe un dovere, indirizzato a tutti i consociati, di non attentare alla tutela stessa. Inoltre, i sostenitori di questa teoria rifiutano l'idea secondo cui la regola dell'incomunicabilità delle circostanze personali imporrebbe la rottura del titolo di imputazione; al contrario – si afferma – tale regola consacrerrebbe l'accessorietà della partecipazione rispetto all'autoria e, conseguentemente, l'impossibilità di punire l'*extraneus* come autore di un reato proprio.

## 7. La sistemazione dogmatica di Claus Roxin: rinvio

Dall'esposizione fin qui svolta è emersa con sufficiente chiarezza la difficoltà di fondare l'autoria del soggetto qualificato che impieghi, per la commissione del reato, il c.d. "strumento doloso non qualificato". E tale in difficoltà, come si è visto, si incorre tanto applicando le tradizionali teorie oggettive e soggettive, quanto ricorrendo al concetto di *Tatherrschaft*. È difatti logicamente impossibile sostenere che un soggetto domina l'accadimento concreto unicamente perché possiede la qualifica di autore o, all'opposto, che un soggetto non domina un processo unicamente perché mediante la sua azione non viola alcuno specifico dovere: dominio e dovere sono concetti reciprocamente irriducibili, in quanto il dominio sul fatto si riferisce all'accadimento reale, il dovere, viceversa, alla norma e, stante questa disomogeneità di piani, non appare possibile far dipendere l'uno dall'altro.

In questa problematica risiedono le ragioni che hanno spinto Claus Roxin a ideare una costruzione dogmatica totalmente innovativa che, senza abbandonare la prospettiva del dominio del fatto, consentisse comunque di superare le difficoltà manifestatesi.

Riservandoci di approfondire l'argomento nel successivo capitolo, si possono subito precisare quali siano le coordinate fondamentali della teoria dei *Pflichtdelikte*.

Muovendo dalla constatazione per cui, in un certo gruppo di casi, non è possibile fondare l'autoria in base alla *Tatherrschaftslehre*, Roxin non propone il rifiuto *tout court* del criterio del dominio del fatto, bensì l'accostamento ad esso di un altro criterio. L'Autore, cioè, suddivide gli illeciti penali in una duplice categoria: vi sono reati per i quali è sempre possibile riscontrare il requisito della *Tatherrschaft* in capo all'autore, e rispetto ai quali sarà dunque questo il requisito da ricercare ai fini dell'individuazione dei ruoli concorsuali e delle relative responsabilità (*Herrschaftdelikte*); vi sono poi delitti nei quali l'autore è portatore di determinati doveri (espressi, a livello di fattispecie incriminatrice, dalla qualifica soggettiva), e rispetto ai quali l'interprete dovrà prescindere totalmente dalla ricerca della *Tatherrschaft* e fondare l'autoria sulla violazione di quei particolari doveri richiamati dalla norma penale (*Pflichtdelikte*).

---

Coerentemente con queste premesse, la imputazione (unica) dell'autoria (sulla base della quale si costruirà la partecipazione) dipenderà in concreto da chi ha commesso il reato agendo come effettivo *dominus* del fatto: se *dominus* è l'*intraneus*, questi sarà autore del reato proprio, e l'*extraneus* sarà partecipe nel medesimo reato proprio; se, viceversa, *dominus* è l'*extraneus*, il reato contestato sarà il reato comune, rispetto al quale l'*extraneus* sarà autore e l'*intraneus* partecipe.



Per comprendere a pieno la sistemazione di Roxin occorre precisare che essa è maturata nell'ambito di un'ampia riflessione sulla dottrina del *Tatbestand*: in questo ambito, il criterio di distinzione tra le varie classi di reato deve consistere, secondo Roxin, nell'accertare il modo con cui le esigenze del principio di legalità sono state soddisfatte dal legislatore<sup>89</sup>. Tale verifica gli consente di ideare la bipartizione tra *Handlungsdelikte* e *Pflichtdelikte*: i primi sono quegli illeciti formulati attraverso la descrizione precisa della condotta<sup>90</sup>; nei secondi, il legislatore non ritiene essenziali le modalità della condotta, in quanto il fondamento della responsabilità risiede nella violazione dei doveri che la particolare qualifica rivestita impone ad un soggetto<sup>91</sup>. E tale bipartizione si riflette poi nel settore della partecipazione con la suddetta contrapposizione tra *Herrschaftdelikte* (nei quali autore è colui che domina l'azione tipica) e *Pflichtdelikte* (agisce in conformità alla fattispecie soltanto il soggetto che viola un certo obbligo richiamato dalla fattispecie stessa).

Tali categorie saranno oggetto di specifica analisi nel prossimo capitolo, quando se ne osserveranno le ricadute rispetto alla disciplina della partecipazione nell'ordinamento tedesco. Peraltro, la sistemazione di Roxin schiude prospettive totalmente nuove non solo sul terreno della partecipazione, ma anche su un altro versante: la problematica dell'equivalenza nei reati omissivi. Anche di questo aspetto si darà conto più approfonditamente nel prosieguo dell'indagine.

---

<sup>89</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 52.

<sup>90</sup> L'esempio proposto dall'Autore è la rapina: cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., pp. 52-53).

<sup>91</sup> «Nel caso del § 266 StGB, che minaccia con pena chi "viola il suo dovere di salvaguardare interessi patrimoniali altrui", è chiaramente indifferente la forma in cui l'autore realizza il fatto: basta che egli infranga il suo obbligo in modo da arrecare un pregiudizio prevalentemente patrimoniale»: così, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., p. 53.

## CAPITOLO II

### GENESI, SIGNIFICATO E RIFLESSI APPLICATIVI DELLA CATEGORIA DEI *PFLICHTDELIKTE* NEL SISTEMA DI APPARTENENZA

SOMMARIO: 1. La rottura del binomio "*Täterschaft-Tatherrschaft*": origine e criteri distintivi dei *Pflichtdelikte*. – 2. La tecnica di formulazione della fattispecie: in particolare, *Handlungsdelikte* vs. *Pflichtdelikte*. – 3. *Pflichtdelikte* e determinazione dei ruoli concorsuali. – 3.1. La coautoria nei *Pflichtdelikte*. – 3.2. L'autoria mediata: una soluzione al problema del *qualifikationloses doloses Werkzeug*. – 4. *Pflichtdelikte* e partecipazione nel fatto principale non doloso. – 4.1. La disputa intorno alla partecipazione nel fatto principale non doloso: obiezioni e controobiezioni. – 5. *Pflichtverletzung* e offesa al bene giuridico: quale fondamento per la punibilità dei reati d'obbligo? – 6. Una panoramica sui reati d'obbligo: i c.d. "casi facili". – 6.1. (segue): I c.d. "casi difficili": l'ingiuria come reato d'obbligo? – 6.2. Il rapporto tra reati d'obbligo e reati di mano propria. – 6.2.1. Sui reati di mano propria: gli aspetti generali della categoria e il ruolo svolto nella teorizzazione di Claus Roxin. – 6.2.2. I reati di mano propria in senso lato (ovvero, reati d'obbligo personalissimo). – 7. L'idealtipo di reato d'obbligo nell'esperienza tedesca: un breve *focus* sull'*Untreue*. – 7.1. L'*Untreue* come *Sonderdelikt*. – 7.2. La condotta tipica: la variante dell'abuso di potere (*Mißbrauchstatbestand*). – 7.3. (segue): la variante della violazione del dovere (*Treubruchstatbestand*). – 8. Brevi note sul recepimento della teoria dei *Pflichtdelikte* nella dottrina tedesca.

#### 1. La rottura del binomio "*Täterschaft–Tatherrschaft*": origine e criteri distintivi dei *Pflichtdelikte*

La riflessione di Roxin sui *Pflichtdelikte* muove dal seguente esempio: in base alla teoria del dominio del fatto, un privato che determina un funzionario a commettere il reato di tortura (§ 343 StGB)<sup>92</sup> può senza dubbio considerarsi *dominus* dell'accadimento

---

<sup>92</sup> Più precisamente, il termine "tortura" viene utilizzato nella traduzione spagnola dell'opera di Roxin, ma "*Estorsione di dichiarazioni*" è il *nomen iuris* della fattispecie in questione che, senza dubbio, rappresenta

e dovrebbe, dunque, essere punito come autore<sup>93</sup>. Tuttavia, questa soluzione è preclusa dalla lettera della legge, in quanto la fattispecie tipica impone che autore sia colui che riveste la qualifica soggettiva<sup>94</sup>.

Naturalmente, una simile conclusione potrebbe non apparire del tutto ovvia: per esempio – afferma Roxin – si potrebbe immaginare che basti la qualifica dell'esecutore per punire il privato come autore mediato (e, del resto, sarebbe questa la logica conseguenza dell'aver ritenuto in tutti i casi la *Tatherrschaft* criterio fondante dell'autoria). Ma adottare questa chiave di lettura equivarrebbe ad ammettere che le qualifiche soggettive non sono autonomi criteri di autoria, bensì elementi del tipo "ordinari" che, al pari di qualsiasi altra circostanza del fatto, non richiedono la realizzazione di propria mano da parte dell'autore diretto<sup>95</sup>.

Il rifiuto di tale posizione da parte di Roxin discende dalla dottrina del *Tatbestand* e dal significato ad essa attribuito per la determinazione dell'autoria: se i tipi penali descrivono condotta e soggetto attivo e, rispetto a tali elementi, i precetti sulla partecipazione si presentano come norme estensive dell'incriminazione, ciò significa che i requisiti soggettivi espressi nel tipo sono requisiti imprescindibili dell'autoria. Per certo, dunque, soltanto l'*intrausus* può essere autore di un reato proprio<sup>96</sup>.

Tuttavia, nei reati propri, non è la qualifica soggettiva ciò che fonda la *Täterschaft*, bensì l'infrazione del dovere che a quella qualifica è sotteso e che attribuisce al titolare una determinata posizione nei confronti del bene giuridico di riferimento; il soggetto che non è portatore di alcuno specifico dovere nei confronti del bene giuridico, anche se domina lo svolgimento del fatto, viene in considerazione solo come complice.

---

«nel diritto penale tedesco, la norma più adatta alla repressione della tortura» (così testualmente A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 77).

<sup>93</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 385.

<sup>94</sup> Si tratta, infatti, del reato proprio del titolare di una carica pubblica (*Amtsträger*), che può essere commesso solo nell'ambito di un procedimento penale, sanzionatorio o disciplinare, e la cui condotta può consistere nel maltrattamento fisico, nell'impiego o minaccia di violenza, o nel tormento psicologico al fine di costringere taluno a rendere o omettere dichiarazioni nei suddetti procedimenti. Giova riportare il testo normativo: «§ 343. *Aussageerpressung* – I. Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an

1. einem Strafverfahren, einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung,

2. einem Bußgeldverfahren oder

3. einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

II. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren».

<sup>95</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 385-386.

<sup>96</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 386.

Peraltro, un ulteriore profilo necessita di precisazioni: quello relativo al dovere, inteso come elemento fondante l'autoria.

Ebbene, quest'ultimo non è il dovere che sorge dalla norma penale: non si tratta, cioè, del dovere che si indirizza a tutti i consociati obbligandoli a rispettare il precetto penale e la cui inosservanza fa scattare la sanzione. Tale dovere è connaturato a tutti i delitti e, soprattutto, si estende anche a istigatori e complici non qualificati: se così non fosse, non si potrebbe infatti giustificare la loro punibilità<sup>97</sup>.

Piuttosto, l'elemento che fonda l'autoria è un dovere di natura extra-penale che incombe su un determinato soggetto, e soltanto su quel soggetto, in virtù del ruolo sociale da lui volontariamente assunto: in altri termini, ciò che contraddistingue il soggetto obbligato rispetto agli altri concorrenti è la sua speciale relazione con il contenuto dell'illecito e ciò spiega perché, pur essendo necessario alla realizzazione del tipo, il dovere in questione non si estende a tutti i soggetti implicati nella commissione del reato. Si tratta inoltre di un dovere anteposto sul piano logico alla norma penale e avente la propria fonte in altri rami dell'ordinamento; esempi di questo genere di dovere sono i doveri dei pubblici ufficiali (*rectius*, più in generale, dei soggetti pubblici), gli obblighi di segreto connessi a certe professioni, l'obbligo civile di prestare gli alimenti, ecc.

Roxin, definito questi tipo di reato *Pflichtdelikt* (reato d'obbligo)<sup>98</sup>, ne individua i tratti distintivi sotto i seguenti aspetti:

- a) sotto il profilo della **tecnica di formulazione della fattispecie**, i *Pflichtdelikte* si contrappongono agli *Handlungsdelikte* (ossia, reati di azione). Negli *Handlungsdelikte* la il principio del *nullum crimen* trova espressione nella precisa descrizione della condotta; nei *Pflichtdelikte*, invece, il legislatore non ritiene essenziali le modalità esteriori della condotta, dato che il fondamento della responsabilità sta nel fatto che il soggetto non adempie alle prestazioni che il ruolo sociale da lui assunto gli impone.

---

<sup>97</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 387. Roxin respinge dunque la tesi, sostenuta in particolare da Nagler (cfr. J. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903, pp. 113-114), secondo la quale queste particolari norme penali sarebbero indirizzate solo a soggetti qualificati: così opinando, infatti, per giustificare la partecipazione di un *extraneus* si rende necessario costruire a posteriori un «dovere di obbedienza secondario», rientrando comunque nell'ambito del precetto penale.

<sup>98</sup> Come noto, il vocabolo *das Delikt*, in quanto termine di genere, deve essere tradotto come "reato" e non come "delitto".

- b) Sotto il profilo della **determinazione dei ruoli concorsuali**, i *Pflichtdelikte* si contrappongono agli *Herrschaftdelikte* (reati di signoria): questi ultimi sono reati nei quali la distinzione tra autoria e partecipazione si fonda sul criterio del "dominio sul fatto" (*Tatherrschaft*); diversamente, nei *Pflichtdelikte* si prescinde del tutto da tale criterio e, ai fini della individuazione dell'autoria, viene in considerazione esclusivamente la particolare posizione di dovere del soggetto qualificato<sup>99</sup>.
- c) Quanto, invece, al **fondamento della punibilità**, i reati d'obbligo non si distinguono in alcun modo da altre classi di reato: la violazione del dovere costituisce semplicemente il criterio identificativo dell'autoria, ma di per sé non giustifica la punibilità del fatto. Nell'ambito dei *Pflichtdelikte*, come altrove, la *ratio puniendi* risiede nella *lesione del bene giuridico*; d'altra parte, se così non fosse, non si potrebbe neppure ipotizzare la partecipazione al fatto di un soggetto non qualificato (e pertanto non investito dal dovere-presupposto)<sup>100</sup>: «che senso avrebbe, infatti, – precisa Roxin – far dipendere la punibilità dell'individuo dal fatto che un altro soggetto abbia violato il dovere solo su di lui incombente?»<sup>101</sup>.

Occorre ora soffermarsi su ciascuno di questi indici identificativi, al fine di offrire una descrizione il più possibile precisa della categoria. Conducendo l'esame sul piano descrittivo, emergerà progressivamente anche una definizione del reato d'obbligo, ossia, più propriamente, si giungerà all'individuazione del suo profilo contenutistico e delle sue ricadute applicative.

---

<sup>99</sup> In realtà, dal punto di vista dei ruoli concorsuali, Roxin non elabora una bipartizione, bensì una tripartizione: *Herrschaftdelikte* - *Pflichtdelikte* - *eigenhändige Delikte*. Questi ultimi sono i reati di mano propria in senso stretto, nei quali il criterio identificativo dell'autoria non è dato né dal dominio del fatto, né dalla violazione del dovere antistante la norma penale, bensì dalla realizzazione personale della condotta esecutiva. In proposito v. *infra*, paragrafo 6.2.1. Tuttavia, questa categoria di reati sembra avere un ruolo piuttosto marginale nell'economia complessiva dell'opera di Roxin.

<sup>100</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 405.

<sup>101</sup> Così, testualmente, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 408.

## 2. La tecnica di formulazione delle fattispecie: in particolare, *Handlungsdelikte* vs. *Pflichtdelikte*.

Come anticipato, uno degli indici di riconoscimento dei *Pflichtdelikte* attiene alla **tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice** ed esso consente una prima bipartizione sistematica del *Tatbestand*: *Handlungsdelikte* (reati di azione) vs *Pflichtdelikte* (reati d'obbligo).

Negli *Handlungsdelikte* la fattispecie è costruita attraverso la descrizione quanto più possibile precisa della condotta; nei *Pflichtdelikte*, invece, il legislatore non ritiene essenziali le modalità esteriori del comportamento dell'autore, in quanto ciò che conta è la violazione del dovere antistante la norma penale e tale violazione può realizzarsi, in-differentemente, sia mediante un agire positivo sia mediante un omettere<sup>102</sup>.

Come esempio di *Handlungsdelikte*, Roxin propone la fattispecie di rapina (§ 249 StGB – *Raub*), costruita dal legislatore come «una descrizione di accadimenti materiali e processi interiori che congiuntamente ci mostrano un rapinatore in azione»<sup>103</sup>; se ne trae facilmente conferma leggendo la relativa disposizione, che incrimina «chiunque con violenza contro una persona o con minaccia di un pericolo imminente per la vita o per l'integrità fisica sottrae intenzionalmente una cosa mobile altrui, per arricchire ingiustamente sé o un terzo»<sup>104</sup>.

Esempio paradigmatico di *Pflichtdelikt* è rappresentato dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale (§ 266 StGB – *Untreue*<sup>105</sup>), segnatamente per quanto riguarda la seconda delle due modalità di condotta alternativamente contemplate: la norma in questione, infatti, punisce oltre al soggetto che abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui, anche colui che «viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui», dando così

---

<sup>102</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., pp. 52-53.

<sup>103</sup> Così, testualmente, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., pp. 52-53.

<sup>104</sup> Traduzione non ufficiale. La norma dispone: «§ 249. *Raub* – (1) Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren».

<sup>105</sup> Giova riportare il testo legislativo: «§ 266. *Untreue* – (1). Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2). § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend». Per un'analisi più dettagliata di tale fattispecie, v. *infra*, paragrafo 7 e ss.

espressione, nel testo normativo, alla *tesi della "violazione del dovere di fedeltà"* (c.d. *Treubruchstatbestand*)<sup>106</sup>. È del tutto evidente che per il legislatore non hanno alcuna rilevanza le modalità esteriori con cui l'autore realizza il fatto: viene infatti punito chi, titolare di un incarico di qualsiasi genere, violi qualsivoglia obbligo di curare interessi patrimoniali altrui, così arrecando un pregiudizio al titolare del patrimonio.

È agevole intuire che un primo problema sollevato dai *Pflichtdelikte* attiene al rispetto del principio di legalità (particolarmente, *sub specie* di determinatezza e precisione<sup>107</sup>), rispetto al quale non è infrequente osservare l'esistenza di una tensione.

---

<sup>106</sup> Si tratta di una delle due tesi sull'essenza dell'*Untreue* elaborate in Germania verso la fine del XIX secolo: *Mißbrauchstheorie*, risalente a Binding vs. *Treubruchstheorie*, ricollegabile alla concezione di Mayer. Per comprendere le origini della *querelle* tra i sostenitori dell'una e dell'altra impostazione, occorre ripercorrere brevemente l'evoluzione legislativa ed interpretativa della fattispecie in parola. Una prima compiuta definizione scientifica della norma in esame si deve a Feuerbach e venne recepita nel codice penale bavarese del 1813, attraverso un inquadramento geniale unitario: l'art. 398 puniva chiunque, vincolato ad un rapporto giuridico che lo obbligava ad una particolare fedeltà nei confronti di un altro soggetto, fosse dolosamente venuto meno ai propri obblighi (e sempre che tale condotta non rientrasse nell'ambito applicativo di altri reati contro il patrimonio). A tale formulazione unitaria, si sovrappose una formulazione esasperatamente casistica con il § 246 del codice penale prussiano del 1851. Successivamente, con la trasformazione del codice penale prussiano in codice del *Reich* tedesco, venne inserita una disposizione (il n. 2 della primigenia versione del § 266) indirizzata ai procuratori che avessero «intenzionalmente disposto dei beni o dei crediti del mandante a danno di quest'ultimo». Fu proprio quest'ultima formulazione a innescare la disputa tra i sostenitori della *Mißbrauchstheorie* e quelli della *Treubruchstheorie*. I primi ritenevano che elemento costitutivo del reato fosse l'abuso di un potere giuridico di rappresentanza regolarmente costituito, e che l'abuso dovesse concretizzarsi nel compimento di negozi giuridici aventi contenuto patrimoniale validi ed efficaci dal punto di vista del diritto civile, con la conseguenza di precludere l'operatività della norma in tutti gli altri casi. Per i sostenitori della *Treubruchstheorie*, invece, colui il quale veniva investito dell'incarico di amministrare un patrimonio altrui, si trovava in un così particolare rapporto fiduciario, che qualsiasi deviazione dell'amministrazione dai suoi fini sarebbe risultata meritevole di pena, indipendentemente dal fatto che si trattasse di un agire negoziale o meramente materiale. L'attuale versione del § 266 StGB ha accolto entrambe le formulazioni, nel chiaro intento di voler porre fine al dibattito in questione. Sul punto, cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, pp. 87-88; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, Milano, 1997, p. 242 ss.; P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 117 ss.

<sup>107</sup> Letteralmente Roxin parla di determinatezza ed è piuttosto frequente in dottrina l'impiego dei termini "determinatezza" o "precisione" per evocare concetti ritenuti equivalenti, in quanto entrambi attinenti alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie incriminatrice. Parte della dottrina preferisce invece prospettare una triplice distinzione tra principio di precisione, principio di determinatezza e principio di tassatività: il primo comporta l'obbligo per il legislatore di descrivere con massima chiarezza e precisione possibili il fatto di reato (eventualmente privilegiando la tecnica casistica e le definizioni legislative); il secondo impone al legislatore di incriminare soltanto fatti suscettibili di essere provati nel processo secondo criteri di scienza ed esperienza; il terzo vieta al legislatore la creazione di fattispecie ad analogia espressa (salvo alcune limitatissime eccezioni) e vieta altresì al giudice l'interpretazione e l'applicazione analogica delle norme penali (per questa tripartizione, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Vol. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 119 ss., nonché ID. - ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 67 ss.). In accordo con questa impostazione, nel corso della presente indagine, si preferisce intendere il concetto di determinatezza come riferibilità al mondo dell'esperienza e utilizzare, invece, il canone della precisione per misurare l'ampiezza dei doveri richiamati dai reati d'obbligo.

Tuttavia, per Roxin, tale tensione non è *in re ipsa*, non dipende automaticamente dalla struttura dei reati d'obbligo, ossia la mancata descrizione dell'azione e il rinvio che la norma fa a doveri posti fuori dall'ordinamento penale; e, dunque, non è un problema che coinvolge necessariamente e indistintamente tutti i reati d'obbligo. È piuttosto l'eventuale indeterminatezza dei doveri presupposti l'elemento che può portare ad un contrasto tra il principio di legalità e *alcune* delle fattispecie costruite come reati d'obbligo. Se i doveri cui la norma incriminatrice rinvia sono invece sufficientemente determinati, le istanze del principio del *nullum crimen* sono completamente soddisfatte da un rinvio che sostituisce la descrizione dell'azione<sup>108</sup>.

Così – e sempre rimanendo nell'ambito dell'ordinamento tedesco – fattispecie come la procurata evasione (§ 346 StGB<sup>109</sup>) e l'infedele patrocinio (§ 356 StGB - *Parteiverrat*<sup>110</sup>) non pongono alcun problema sotto il profilo della legalità, in quanto i doveri connessi al ruolo di carceriere e di avvocato sarebbero precisati in modo sufficientemente chiaro nella normativa di servizio e professionale. E, per converso, i problemi connessi alle interpretazioni latamente estensive dell'*Untreue* non dipenderebbero dalla mancata descrizione dell'azione, bensì dall'indeterminatezza dei doveri cui viene fatto riferimento<sup>111</sup>.

La contrapposizione finora illustrata tra *Handlungsdelikte* e *Pflichtdelikte* non attiene solo alla tecnica di redazione della fattispecie incriminatrice, ma può riproporsi anche per quanto concerne il rispettivo **settore dell'intervento penale**. Negli *Handlungsdelikte* l'agente irrompe dall'esterno, turbandone la pace, in ambiti che in via di diritto avrebbe dovuto lasciare inviolati (ad es. con omicidio, rapina, violazione di corrispondenza, ecc.). Invece, nei *Pflichtdelikte* il diritto penale apporta la propria regolamentazione in territori normativamente strutturati», interviene cioè in settori della vita che hanno *già* una loro configurazione giuridica (rapporti tra amministratore patrimo-

---

<sup>108</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., p. 53.

<sup>109</sup> Si tratta di norma ormai abrogata ma vigente nel momento in cui Roxin scriveva.

<sup>110</sup> La norma dispone: «§ 356. *Parteiverrat* – (1) Ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Handelt derselbe im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei, so tritt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren ein».

<sup>111</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., p. 53. Questo problema si affronterà più in dettaglio *infra*, v. paragrafo 7 ss. del presente capitolo.



niale e mandante, tra carceriere e detenuto, tra avvocato e cliente) al fine di tutelarne in maniera più penetrante la funzionalità<sup>112</sup>.

### 3. *Pflichtdelikte* e determinazione dei ruoli concorsuali

Come anticipato<sup>113</sup>, terreno di elezione per esaminare l'operatività della categoria dei *Pflichtdelikte* è quello del concorso di persone (segnatamente, l'ipotesi del concorso dell'*extraneus*).

In ambito concorsuale, l'aspetto fondamentale della costruzione dommatica di Roxin consiste nell'aver introdotto un *principium individuationis* dell'autoria del tutto inedito, ossia la violazione del dovere. Tale concetto ha rappresentato sin dall'inizio un fattore rivoluzionario e, come tale, ha imposto un radicale ripensamento dei criteri di determinazione e reciproca delimitazione dei ruoli concorsuali: in primissima approssimazione, può dirsi che, indipendentemente dalla *Tatherrschaft*, autore è il titolare del dovere extrapenale presupposto dalla norma incriminatrice e violato nella commissione del reato; partecipe è colui che coopera alla realizzazione del tipo senza vulnerare lo speciale dovere extrapenale che invece fonda l'autoria.

Naturalmente il fatto di costruire una determinata fattispecie come *Herrschaftdelikt* o come *Pflichtdelikt* è una scelta discrezionale del legislatore che si basa, essenzialmente, sulla rilevanza attribuita ad una determinata posizione di dovere rispetto alla lesione del bene giuridico: se la meritevolezza di pena discende essenzialmente dalla violazione del dovere, allora al centro della fattispecie vi è il soggetto obbligato e il legislatore, tendenzialmente, limiterà la possibilità di partecipazione degli *extranei*; diversamente, il legislatore opterà per la struttura dei delitti di dominio. In definitiva, la scelta tra *Herrschaftdelikte* e *Pflichtdelikte* non dipende tanto da ragioni logico-concettuali preesistenti alla fattispecie, quanto da valutazioni teleologiche<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., pp. 53-54.

<sup>113</sup> V. *supra*, cap. I, paragrafo 7.

<sup>114</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 420. Nella dottrina italiana, tale opinione sembra sostenuta anche da S. ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 61, per il quale nei *Pflichtdelikte* «la posizione di autore è contrassegnata da proprie e significative caratteristiche, teleologicamente determinate».

La portata innovativa della elaborazione di Roxin emerge poi, in modo particolarmente chiaro, se si riflette sulle categorie della coautoria e dell'autoria mediata, la cui differenza fondamentale può immediatamente precisarsi: nei casi di coautoria, cooperano per ottenere il risultato *più soggetti obbligati*, mentre, nelle ipotesi di autoria mediata, concorrono *intranei ed extranei*.

Con questi temi bisogna ora confrontarsi.

### 3.1. La coautoria nei *Pflichtdelikte*

L'analisi della coautoria nei *Pflichtdelikte* deve necessariamente muovere da un interrogativo preliminare. Infatti, una volta affermata l'irrilevanza della *Tatherrschaft* per quanto riguarda l'autoria nei reati d'obbligo, occorre chiedersi se lo stesso possa dirsi per la coautoria; ovvero, declinando il quesito: risulta necessario, unitamente alla violazione del dovere, il co-dominio del fatto da parte di tutti i concorrenti, oppure tale co-dominio può anche mancare?

Roxin opta per la seconda soluzione, formulando, in proposito, il seguente esempio: due soggetti, che hanno il compito di amministrare congiuntamente un patrimonio, decidono di appropriarsene; nell'esecuzione, tuttavia, la transazione decisiva viene portata a termine da uno solo dei due amministratori, mentre l'altro si limita ad agevolarlo (o si è limitato ad intervenire nella fase preparatoria)<sup>115</sup>.

In un'ipotesi del genere, non vi è una dipendenza funzionale nel senso richiesto dalla teoria del dominio del fatto: non si può cioè affermare che entrambi gli amministratori abbiano signoreggiato le condizioni produttive della lesione al bene giuridico. Ciò nonostante, entrambi debbono essere considerati coautori del reato di infedeltà, poiché anche colui che si limita ad agevolare l'altro infrange "il dovere di salvaguardare interessi patrimoniali altrui", infliggendo "così un pregiudizio al soggetto i cui interessi patrimoniali doveva curare"<sup>116</sup>. Essendo esclusivamente questo il dato che pone il sog-

---

<sup>115</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 388-389.

<sup>116</sup> Il delitto in questione è quello previsto dal § 266 StGB, rubricato *Untreue*; per il testo della disposizione v. *supra*, nel presente capitolo, nota 14.

getto al centro della realizzazione dell'illecito, non si comprende per quale ragione – afferma Roxin – debba richiedersi anche il dominio del fatto<sup>117</sup>.

La correttezza della soluzione proposta si basa, secondo Roxin, anche su una considerazione di ordine pratico.

Se per l'autoria si intendesse richiedere, unitamente alla violazione del dovere, anche il dominio del fatto, i concorrenti verrebbero divisi in due categorie: da un lato, soggetti con signoria sul fatto e dovere di fedeltà e, dall'altro, soggetti obbligati alla fedeltà ma senza dominio sul fatto. Tuttavia, una tale costruzione non solo inficerebbe l'unitarietà del concetto di partecipazione nei reati d'obbligo, ma condurrebbe alla intollerabile conseguenza di non avere autore nell'ipotesi in cui il *dominus* non sia tenuto ad osservare alcun dovere di lealtà e, viceversa, il soggetto obbligato sia rimasto in secondo piano. Per restare nell'ambito dell'esempio precedente, si può immaginare un amministratore che, trovandosi all'estero, chiede all'*extraneus* di appropriarsi del denaro di cui ha la gestione: quest'ultimo non potrebbe essere chiamato a rispondere perché privo di obblighi, e l'amministratore, a sua volta, non potrebbe essere chiamato a rispondere perché nel caso concreto non ha esercitato alcun dominio sul corso degli eventi, né avrebbe in alcun modo potuto farlo. Naturalmente, non può essere stata questa la volontà del legislatore. Piuttosto, la soluzione corretta è quella di punire l'amministratore come autore del delitto di infedeltà (§ 266 StGB) ma, per giungere a tale affermazione di responsabilità, occorre evidentemente prescindere del tutto dal criterio del dominio del fatto e accertare su quale dei concorrenti incomba il dovere extrapenale presupposto al tipo penale.

In conclusione, nei reati d'obbligo, la coautoria ha una struttura completamente differente rispetto a quella che presenta nei reati di signoria: ciò che produce il risultato lesivo non è l'intreccio dei contributi concretamente apportati al fatto nella fase esecutiva, bensì *la violazione di un comune dovere giuridico*.

Pertanto, vi è sempre coautoria laddove un determinato incarico sia stato affidato, congiuntamente, a più persone alla volta: così, ad esempio, secondo Roxin, il dovere di sorvegliare i detenuti all'interno di un carcere incombe su tutti coloro che vi svolgono l'incarico di agenti di polizia penitenziaria (§ 347 StGB, attualmente abrogato), oppure la custodia della corrispondenza è affidata ad una molteplicità di soggetti che ricoprono

---

<sup>117</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 389.

un determinato ufficio presso il servizio postale (§ 354 StGB, attualmente abrogato). In casi del genere, secondo Roxin, deve ravvisarsi la coautoria ogni qualvolta uno degli obbligati, d'accordo con gli altri, viola i propri doveri e, mediante una qualsiasi forma di contributo al fatto, concorre nella evasione di un carcerato o nella violazione della corrispondenza affidatagli<sup>118</sup>.

All'opposto, non può parlarsi di coautoria laddove il dovere, per sua natura, incombe su *uno solo dei concorrenti* né quando, pur riguardando più di un soggetto, sorge da *un'obbligazione personale e individuale*.

Un esempio del primo tipo si ha ipotizzando una partecipazione tra *intranei* ed *extranei*: nella commissione del delitto di cui al § 343 StGB, un privato che punta la pistola alla tempia della vittima ha senz'altro il co-dominio del fatto; ciò nonostante, gli interpreti non hanno dubbi nel punirlo come complice e, ben guardare, una simile soluzione non si spiega alla luce della *Tatherrschaftslehre*, bensì prescindendo del tutto da essa e focalizzandosi sulla posizione di dovere. Un'ipotesi di obbligazione personale si ha per i genitori tenuti a pagare gli alimenti al medesimo minore: se nessuno dei due dovesse adempiere, sarebbe preferibile ritenere ciascuno di essi, singolarmente considerato, autore del reato di cui al § 170 b StGB (attualmente § 170 Abs. 1 StGB)<sup>119</sup>.

### 3.2. *L'autoria mediata: una soluzione al problema del qualifikationloses doloses Werkzeug*

I principi affermati in tema di coautoria valgono naturalmente anche sul terreno dell'autoria mediata.

In proposito, Roxin ricorre nuovamente all'esempio dell'infedeltà patrimoniale, ipotizzando che un amministratore tedesco, mentre si trova in America, al fine di appropriarsi dei capitali che gli sono stati affidati e che sono rimasti in patria, chieda al com-

---

<sup>118</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 391. Secondo l'Autore, peraltro, una tale soluzione troverebbe conferma anche nella lettera della legge: nel § 347 StGB la condotta tipizzata non è solo quella che causa ("*bewirken*") un'evasione, ma anche quella che la favorisce ("*Beförderung*"); analoghe considerazioni vengono estese al § 354 StGB.

<sup>119</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 391.

plice *extraneus* di trasferirli dalla Germania<sup>120</sup>. In siffatta ipotesi, certamente l'amministratore non è *dominus* del fatto, atteso che, trovandosi in America, non può offrire alcun contributo materiale alla realizzazione dell'impresa criminosa: eventuali falsificazioni o raggiri necessari a portare a compimento la transazione sono infatti completamente rimessi all'*extraneus*. D'altro canto, quest'ultimo non può essere considerato autore: il criterio fondante l'autoria – ossia la violazione del dovere di lealtà – non è infatti riscontrabile in capo all'*extraneus*. È l'amministratore il soggetto investito del dovere di lealtà giuridico-civile la cui infrazione lo converte nella figura centrale del successo dell'azione, ossia l'autore, in questo caso mediato, del delitto di infedeltà patrimoniale.

L'esempio proposto conduce dunque alle seguenti conclusioni: nei delitti di dominio un soggetto è autore mediato se dirige, dominandolo, lo svolgersi dell'accadimento mediante coazione o inganno nei confronti di un altro soggetto, oppure nell'ambito di apparati di potere organizzati. Nei reati d'obbligo, invece, per l'autoria mediata non si richiede il dominio del fatto: è sufficiente che il soggetto titolare del dovere lasci ad altri l'esecuzione materiale del reato.

A conferma della soluzione proposta, ancora una volta si può utilizzare l'*argumentum a contrario*: se si pretendesse di fondare l'autoria sul criterio del dominio del fatto, si rischierebbe di lasciare impuniti entrambi i concorrenti (l'amministratore appunto per mancanza di dominio sugli accadimenti e l'estraneo perché mancherebbe una condotta principale tipica cui la sua può accedere); è chiaramente impossibile che la volontà del legislatore fosse orientata in questo senso, in quanto, per privare di efficacia il § 266 StGB, basterebbe che l'obbligato lasci il dominio sull'accadimento all'estraneo.

Indubbiamente, l'aspetto di maggior pregio della costruzione teorica di Roxin consiste nell'aver offerto una soluzione all'annoso problema del *qualifikationloses doloses Werkzeug*.

Ma vi sono ulteriori risvolti, sia per quanto concerne alcuni settori di parte speciale, sia relativamente a intere categorie di parte speciale (ad esempio, l'istigazione).

Sotto il primo aspetto, significativi sono gli effetti nell'ambito dei reati d'ufficio impropri (o *unechte Amtsdelikte*).

Se, per esempio, un funzionario determina un terzo estraneo a falsificare un documento al quale ha accesso in ragione del suo ufficio, il funzionario sarà autore media-

---

<sup>120</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 393.

to del delitto di cui al § 348 StGB, sebbene il terzo esecutore sia autore diretto del reato di cui al § 274.1 (occultamento o soppressione di documenti) o di cui al § 267 (contraffazione). Dunque, non appare necessario considerare il pubblico ufficiale semplice istigatore del reato comune: una soluzione di questo tipo si conformerebbe sicuramente alla teoria del dominio del fatto, ma non alla categoria dei reati d'obbligo, poiché il concetto di autore enucleato nello studio sui reati d'obbligo implica,, secondo Roxin, l'applicazione diretta della fattispecie propria<sup>121</sup>.

E la correttezza della soluzione proposta si può talora dedurre dalla stessa lettera della legge. Così, se un pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni, ma senza arrecare alcun contributo materiale, induce l'*extraneus* a maltrattare un cittadino, secondo la teoria dei *Pflichtdelikte* è da considerare autore mediato del delitto di cui al § 340 StGB (*Körperverletzung im Amt* – Lesioni nell'esercizio delle funzioni). Che non si tratti di istigazione è desumibile dal dettato normativo del § 340 StGB, atteso che la norma *ex professo* incrimina il pubblico ufficiale che arreca lesioni o lascia che altri le arrechino ("*begeht oder begehen läßt*"): in altri termini, il fatto di consentire che altri soggetti causino lesioni personali è espressamente considerato dal legislatore una forma di autorità che si affianca, su un piano di perfetta equivalenza, alla causazione di propria mano da parte del soggetto qualificato.

Peraltro, la particolare natura dell'autoria mediata nei casi di reato d'obbligo incide notevolmente anche sul concetto di istigazione: ciò emerge in maniera particolarmente evidente nell'esempio di partenza del presente capitolo<sup>122</sup>, ossia nell'ipotesi in cui l'estraneo induca il pubblico ufficiale, dati i requisiti del § 52 StGB (costrizione mediante violenza irresistibile o minaccia relativa alla vita o all'integrità fisica, propria o di persona prossima), a perpetrare una tortura (§ 343 StGB).

Già in precedenza si è affermato che l'*Hintermann* non può essere autore mediato del reato di tortura, in quanto privo della qualifica soggettiva; tale conclusione va senz'altro ribadita. Ma ciò non significa che resti impunito: pur avendo il dominio del fatto, risponde infatti come istigatore; questa è l'unica soluzione in grado di rispondere ad esigenze di giustizia sostanziale, ma trova giustificazione solo accettando l'esistenza della categoria dei *Pflichtdelikte*, mentre nella prospettiva della teoria del dominio del fatto sarebbe inspiegabile.

---

<sup>121</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 395-396.

<sup>122</sup> V. *supra*, paragrafo 1.

In altri termini, la soluzione proposta (nonché unanimamente condivisa) è quella secondo cui l'*extraneus* deve rispondere come istigatore del reato d'obbligo (§ 343 StGB). Ma una simile soluzione è possibile solo a condizione che si accettino due presupposti: *in primis*, in questo gruppo di delitti è unicamente la violazione del dovere il dato identificativo dell'autoria; in secondo luogo, la partecipazione, qui come altrove, ha natura accessoria e secondaria, e pertanto rispetto ai *Pflichtdelikte* non richiede nulla più che l'intervento senza violazione del dovere.

Dunque, con riferimento all'esempio del § 343 StGB, se l'interprete andasse alla ricerca del parametro del dominio del fatto, non potrebbe che riscontrarlo in capo all'*extraneus*, il quale, conseguentemente, già per definizione, non potrebbe mai essere istigatore; e d'altra parte, se anziché intendere la partecipazione come forma accessoria di realizzazione dell'illecito da definire *via negationis*, la si definisse invece in positivo come dipendenza rispetto al dominio del fatto altrui, non potrebbe parlarsi di partecipazione e coerentemente occorrerebbe lasciare impunito l'estraneo<sup>123</sup>.

La delimitazione tra istigazione e autoria mediata nell'ambito dei reati d'obbligo schiude, peraltro, un'ulteriore prospettiva: la piena rivalutazione del principio dell'accessorietà limitata, che proprio rispetto ai *Pflichtdelikte* acquista un significato pregnante.

Tale principio, nell'ambito della teoria del dominio sul fatto, conduce la sua esistenza all'ombra, in quanto – al di là di alcune limitatissime eccezioni – nei reati di signoria si ha autoria mediata quando l'esecutore opera senza dolo o senza consapevolezza dell'illecito, quando è un non imputabile, minore di età, è stato costretto o è in qualunque altro modo da ritenersi irresponsabile.

Nei *Pflichtdelikte*, invece, si dà autoria mediata anche quando il *Vordermann* riveste tutti i requisiti della colpevolezza (è dunque un soggetto imputabile, che agisce con dolo e in assenza di scusanti). Stando così le cose, in questo ambito limitare l'accessorietà diventa imprescindibile, in quanto l'accessorietà estrema lascerebbe sfuggire alle maglie della giustizia autentici casi di partecipazione punibile.

---

<sup>123</sup> C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 404.

#### 4. *Pflichtdelikte* e partecipazione nel fatto principale non doloso.

L'idea per cui, nei reati d'obbligo, la "figura centrale" debba essere riempita di contenuto mediante il ricorso a un criterio diverso da quello del dominio del fatto, come anticipato, getta nuova luce anche su uno dei temi più a lungo controversi della dogmatica penale tedesca: la questione della possibilità di concorrere in un fatto principale non doloso.

La dottrina tradizionale tedesca ha sempre negato tale possibilità e, a ben guardare, finché ci si muove nella prospettiva del dominio del fatto, tale rifiuto non può che condividersi: riconoscendo istigazione o complicità nei fatti principali non dolosi si contraddirebbero, infatti, le strutture logiche della partecipazione. A favore della necessità del fatto principale doloso, si sosteneva che «dalla questione se la persona interposta opera dolosamente o no, dipende chi domina la situazione»<sup>124</sup>. In altri termini, nella prospettiva della *Tatherrschaft*, un soggetto privo di dolo, quand'anche esegua per intero di propria mano la condotta tipica, per definizione non può essere autore, proprio perché non ha il dominio finalistico sullo svolgimento del fatto; e, d'altra parte, il concorrente che invece agisce dolosamente, e detiene dunque la signoria sul corso degli accadimenti, secondo i principi della *Tatherrschaft* non può considerarsi un semplice complice<sup>125</sup>.

Tale orientamento è condiviso anche da Roxin; tuttavia, secondo lo studioso, a conclusioni diverse deve giungersi qualora si abbandoni la prospettiva del dominio del fatto e degli *Herrschaftsdelikte* e si volga lo sguardo ai *Pflichtdelikte*. La ragione sta nella diversa struttura che l'autoria e la partecipazione presentano in questa classe di reati.

Anche nei *Pflichtdelikte* l'autore rappresenta la figura centrale del successo dell'azione ma, come più volte sottolineato, la nozione di autoria deve riempirsi di contenuto mediante criteri che nulla hanno a che fare con il dominio del fatto. A sua volta, il ruolo del partecipe si caratterizza non già come "cooperazione senza dominio del fatto", bensì come "intervento senza violazione del dovere speciale" e, pertanto, la sua struttura non si modifica in ragione del fatto che l'obbligato opera senza dolo. In altri termini, si produce un risultato violatore dell'obbligo extrapenale a prescindere dal dolo del soggetto

---

<sup>124</sup> Così G. STRATENWERTH, *Das Rechtstheoretische Problem des "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957, p. 15, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 401.

<sup>125</sup> Questa anche l'opinione di C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 399 ss.



vincolato all'osservanza dell'obbligo stesso, sicché l'accertamento del dolo, che decide in merito al dominio del fatto, nel contesto dei *Pflichtdelikte* si rivela del tutto irrilevante.

La correttezza della tesi di Roxin, secondo cui la soluzione del problema risiede nel distinto concetto di autore nei reati di dominio e in quelli d'obbligo, trova conferma specialmente nel fatto che le ipotesi critiche alle quali si riferiva il dibattito riguardavano, quasi senza eccezione, l'ambito dei reati d'obbligo.

Due, in particolare, i casi che hanno rappresentato nell'ordinamento tedesco il detonatore della controversia: in una prima vicenda, per la quale il *Bundesgerichtshof* riscontrò istigazione sebbene mancasse il dolo nel soggetto istigato, l'*extraneus* aveva determinato un medico a violare il suo segreto professionale, facendogli credere che si trattasse di una richiesta di informazioni da parte dell'ordine professionale di appartenenza<sup>126</sup>; il secondo caso, oggetto di una sentenza del tribunale di Stuttgart, riguardava un sinistro stradale, in occasione del quale una persona non implicata aveva istigato il conducente dell'autovettura coinvolta ad abbandonare il luogo dell'incidente, affermando falsamente che il soggetto lesionato aveva rinunciato ad eventuali accertamenti da parte delle forze dell'ordine (142 StGB)<sup>127</sup>. In entrambi i casi si trattava di reati d'obbligo: solo il medico con dovere di segreto professionale soddisfa i requisiti dell'autoria richiesti dal delitto di violazione di segreti e solo il soggetto implicato nell'incidente ha il dovere di aspettare e può quindi essere autore del delitto di allontanamento dal luogo dell'incidente di cui al § 142 StGB.

In entrambi i casi, i due estranei determinano il risultato senza violare il dovere speciale, soddisfacendo in tal modo il solo requisito che si esige da un complice nell'ambito dei *Pflichtdelikte*: pertanto ben potevano essere puniti come istigatori sebbene l'esecutore diretto avesse agito senza dolo.

---

<sup>126</sup> Cfr. BGHSt, 4, p. 355-360 (la sentenza è richiamata da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 402).

<sup>127</sup> Anche questa vicenda è ricordata da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 402.

#### 4.1. La disputa intorno alla partecipazione nel fatto principale non doloso: obiezioni e controobiezioni

La posizione di Roxin, in relazione alla possibilità di partecipare al fatto principale non doloso, non ha trovato unanime consenso e sono state elaborate molteplici considerazioni per confutarla. Di seguito, si illustreranno le principali perplessità espresse dalla dottrina tedesca e le relative controobiezioni di Claus Roxin.

##### a) Estensione contra legem dell'autoria ai soggetti non qualificati

Contro la possibilità di punire l'*extraneus* come partecipe, una prima critica viene mossa da Welzel. Secondo lo studioso, ammettendo la partecipazione al fatto non doloso di fatto si estenderebbe surrettiziamente, sotto il nome di "partecipazione", l'autoria ai soggetti non qualificati<sup>128</sup>.

Quanto alle lacune di tutela determinate dall'aver escluso la partecipazione in un fatto non doloso (e con esclusivo riferimento ai c.d. *echte Sonderdelikte*<sup>129</sup>), secondo Welzel la soluzione non va ricercata sul terreno dell'autoria e della partecipazione. Occorrerebbe, piuttosto, colmare le suddette lacune mediante l'ampliamento della responsabilità degli organi e, più in particolare, mediante l'inclusione del rappresentante nella

---

<sup>128</sup> Si legge testualmente in H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, cit., p. 114: «An Stelle des unvorsätzlich handelnden Qualifizierten, der nicht Täter sein kann, wird der nichtqualifizierte "Urheber" der Handlung bestraft, d.h. unter der Bezeichnung "Teilnahme" wird die Täterschaft auf Nicht-Qualifizierte ausgedehnt».

<sup>129</sup> Nella dottrina d'oltralpe, le fattispecie con soggetto attivo qualificato sono generalmente definite *Sonderverbrechen* e rappresentano il corrispettivo tedesco del nostro "reato proprio". Nell'ambito di questa categoria, sono poi state proposte diverse classificazioni, tutte aventi un comune presupposto in tema di partecipazione, ossia la distinzione tra partecipazione primaria (autoria) e partecipazione secondaria (partecipazione). Ebbene, una delle possibili classificazioni è quella che prevede di contrapporre *echte Sonderdelikte* (reati propri puri o esclusivi) e *unechte Sonderdelikte* (reati propri impuri o non esclusivi): nei primi la speciale qualifica fonda la punibilità dell'autore, nei secondi semplicemente la aggrava. Su questa bipartizione, cfr., per tutti, W. LANGER, *Das Sonderverbrechen: Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1972, p. 61. Con terminologia differente ma identità di significato, si parla talora di *Sonderdelikte im engeren Sinn* (reati propri in senso stretto) e *Sonderdelikte im weiteren Sinn* (reati propri in senso ampio): v. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1993, p. 176. Le implicazioni pratiche di questa distinzione, come si accennava, si riscontrano sul terreno della partecipazione criminosa, in quanto negli *echte Sonderdelikte* solo il soggetto qualificato può essere autore, coautore o autore mediato. Inoltre, la distinzione rileva anche dal punto di vista delle ripercussioni che, ai sensi del § 28 StGB, i c.d. elementi personali speciali (*besondere persönlichen Merkmale*) hanno sulla fattispecie penale applicabile (v. sul punto, C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 338): difatti, ai sensi del § 28 Abs. 1 StGB, negli *echte Sonderdelikte* la pena per il concorrente non qualificato viene semplicemente diminuita ex § 49 StGB; ai sensi del § 28 Abs. 2 StGB, negli *unechte Sonderdelikte* il concorrente non qualificato viene punito soltanto secondo la forma comune del reato (cfr. sul punto, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988, p. 240).

cerchia dei possibili autori dei reati propri in senso stretto<sup>130</sup>. Così, per esempio, nel caso oggetto dell'OLG Stuttgart, Welzel proponeva di elevare ad autore, in quanto "rappresentante volontario", il terzo che raggirava il soggetto implicato nell'incidente e lo induceva illecitamente a proseguire il suo cammino.

Tuttavia, per Roxin, il problema dell'estensione dell'autoria ai soggetti non qualificati si pone soltanto finché si rimanga sul piano della teoria del dominio del fatto; abbandonando quella prospettiva a favore della categoria dei *Pflichtdelikte*, come più volte precisato, ciò che caratterizza il partecipe in quanto tale è appunto il fatto di non trovarsi in relazione con lo speciale dovere extrapenale, e tale requisito può essere soddisfatto indipendentemente dalla sussistenza del dolo in capo all'autore qualificato.

Quanto alla proposta di ampliare la responsabilità degli organi, questa viene condivisibilmente rifiutata da Roxin, per l'oggettiva difficoltà (nell'ipotesi dell'OLG Stuttgart, ma non soltanto in quella) di attribuire all'*Hintermann* il ruolo di "rappresentante volontario".

#### b) Obiezioni derivanti dal principio di accessorialità

Un'ulteriore perplessità sollevata a proposito della partecipazione nel fatto non doloso discenderebbe dalla combinazione del principio di accessorialità con la teoria finalista o, per meglio dire, con il suo più importante corollario: l'inclusione del dolo nel tipo.

In particolare, in base al dogma dell'accessorialità dovrebbe escludersi una partecipazione che non acceda ad un fatto principale almeno tipico; e, se si ritiene che il dolo sia una componente del tipo, allora per fatto tipico dovrebbe gioco forza intendersi un fatto che sia anche doloso.

Tuttavia secondo Roxin siffatto argomento è agevolmente superabile, laddove si osservi che il principio di accessorialità non richiede nulla più che l'integrazione del tipo obiettivo: in altri termini, è sufficiente porre in essere una condotta che, nei suoi profili obiettivi, risulti conforme alla fattispecie incriminatrice perché si crei il presupposto minimo della partecipazione<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, cit., p. 114: «In Wahrheit handelt es sich bei den angeblichen "Lückenfallen" der echten Sonderdelikte um das Problem der sog. Organhaftung, um die Frage der Einbeziehung des Vertreters in den Täterkreis der echten Sonderdelikte [...]; es handelt sich also um ein Täterschafts-, keine Teilnahmeproblem!».

<sup>131</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 406.

Una conferma in questo senso si troverebbe nello stesso codice penale: in primo luogo, occorre considerare che il legislatore considera il dolo come elemento della colpevolezza, non già come elemento del tipo; inoltre, il principio dell'accessorietà limitata accolto dal codice penale tedesco non richiede che il fatto tipico e antigiuridico sia anche colpevole, come desumibile dal § 29 StGB in base al quale la colpevolezza costituisce un requisito da valutarsi autonomamente in capo ad ogni concorrente senza riguardo a quella degli altri. Correttamente inteso, dunque, il principio dell'accessorietà non richiede che venga realizzato in ogni caso il tipo subiettivo e consente pienamente, pertanto, la soluzione sostenuta da Roxin per i reati d'obbligo: anzi, a ben guardare – afferma Roxin – precludere tale possibilità significherebbe frustrare la volontà del legislatore<sup>132</sup>.

*c) Deformazione della struttura tipica?*

Un terzo argomento speso per confutare la possibilità di partecipazione nel fatto principale non doloso attiene al principio di tipicità e alla funzione che questo è chiamata a svolgere per volontà del legislatore. Per rimanere sull'esempio relativo al § 142 StGB, la disposizione circoscrive la cerchia degli autori a coloro il cui "comportamento ha contribuito a causare l'incidente", e tale previsione non può che avere una funzione limitativa della punibilità rispetto a determinati soggetti; gli estranei possono aggiungersi al novero dei soggetti punibili a condizione che concorrano nel fatto degli obbligati. Diverso discorso va fatto nel caso in cui taluno, senza cooperare con il soggetto implicato nell'incidente, per esempio faccia sparire il veicolo e cancelli le tracce; sebbene una simile condotta frustri irrimediabilmente la possibilità di risarcimento per il danneggiato, l'autore non potrebbe in alcun modo risponderne *ex* § 142 StGB<sup>133</sup>.

Ebbene, una vicenda come quella decisa dall'OLG Stuttgart potrebbe facilmente essere assimilata a tale ultima ipotesi di frustrazione della pretesa al risarcimento, atteso che il soggetto obbligato ad aspettare, nella vicenda considerata, non agisce dolosamente ma è essenzialmente utilizzato come strumento cieco. Se tutto questo è vero – si afferma – ammettere la partecipazione al fatto principale non doloso obiettivamente apre

---

<sup>132</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 406.

<sup>133</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 407-408.

le porte alla possibilità di punire fatti diversi da quelli che avrebbero dovuto esserlo nelle intenzioni del legislatore<sup>134</sup>.

Roxin, pur riconoscendo a tali obiezioni una loro ragion d'essere, in definitiva non le ritiene decisive.

In primo luogo, la punibilità è limitata ai casi in cui il soggetto non obbligato consegue il suo fine *attraverso l'intraneus*, sia che quest'ultimo agisca dolosamente, sia in caso contrario; ma in nessun caso la norma consente di punire colui che agisce senza cooperare con il soggetto obbligato.

In secondo luogo, la differenza tra il delitto di abbandono del luogo dell'incidente (effettivamente previsto dal § 142 StGB) e un'ipotetica fattispecie in cui, realizzando altri tipi di comportamento, si frustra la pretesa risarcitoria, consiste infatti, ancora una volta, nella violazione del dovere di cui è titolare l'*intraneus*<sup>135</sup>. In altri termini, ciò che il legislatore pretende di impedire attraverso la comminatoria di pena di cui al § 142 StGB non è la mera frustrazione della pretesa risarcitoria in qualsiasi modo realizzata, bensì la condotta del soggetto coinvolto che, infrangendo il dovere di trattenersi sul luogo dell'incidente, se ne è illecitamente allontanato: in quest'ottica, il fatto che un estraneo consegua il risultato mediante persuasione o inganno è assolutamente indifferente e, di conseguenza, è indifferente che si tratti di una istigazione a un fatto doloso o non doloso.

Peraltro, una simile soluzione trova giustificazione anche nel diverso contenuto di disvalore delle due ipotesi: nel caso di partecipazione al fatto non doloso, l'*extraneus* strumentalizza il titolare del dovere ricorrendo, sostanzialmente, ad un raggiro: pone in essere, quindi, una condotta più riprovevole rispetto alla ipotesi di mera frustrazione della pretesa risarcitoria.

#### d) Obiezioni derivanti dal diritto positivo?

Ulteriori riserve espresse rispetto alla possibilità di partecipazione nel fatto principale non doloso discendono dall'esistenza, nell'ordinamento penale tedesco, di talune

---

<sup>134</sup> Sembra essere questa la posizione di H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, cit., p. 114.

<sup>135</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 407.

fattispecie in cui il legislatore incrimina autonomamente l'istigazione al compimento di certi delitti, anche se non commessi in forma dolosa<sup>136</sup>.

Tuttavia, secondo Roxin, l'idea della partecipazione nel fatto principale non doloso, come soluzione possibile e persino auspicabile nei reati d'obbligo, non contrasta con il fatto che il legislatore abbia configurato tali ipotesi in forma autonoma. Manca pertanto di solidità la ricorrente invocazione di un delitto come la subornazione del testimone di cui al § 160 StGB<sup>137</sup>: difatti, non può dirsi che tale fattispecie fosse necessaria perché senza di essa sarebbe stata inconcepibile un'istigazione al fatto non doloso, quanto piuttosto perché essa consente di inquadrare tipicamente il contenuto di un illecito che, nei casi gravi, trascende la istigazione alla falsa testimonianza.

Roxin formula in proposito un altro esempio: colui che, mediante inganno, determina un soggetto a realizzare una disposizione patrimoniale pregiudizievole per altri non risponde di istigazione all'abuso di fiducia non doloso, ma solo di frode: il che dipende dall'elemento dell'inganno, nel quale risiede un disvalore che il legislatore ha tipizzato nel § 263 StGB (*Betrug*)<sup>138</sup>. Tuttavia, supponendo ipoteticamente che i pregiu-

---

<sup>136</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 411 ss.

<sup>137</sup> «§ 160. *Verleitung zur Falsch aussage* – (1) Wer einen anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; wer einen anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eides Statt oder einer falschen uneidlichen Aussage verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar».

<sup>138</sup> «§ 263. *Betrug* – (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat,

2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen,

3. eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt,

4. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht oder

5. einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

(4) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248a gelten entsprechend. (5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht. (6) Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1). (7) Die §§ 43a und 73d sind anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt».

dizi patrimoniali determinati dall'inganno non fossero soggetti ad una fattispecie autonoma – cioè, sopprimendo mentalmente il § 263 StGB – sarebbe assolutamente ragionevole la partecipazione nel reato di cui al § 266 StGB.

In definitiva, per Roxin, la disciplina esistente ha indubbiamente una sua ragione d'essere, che però non comporta alcuna preclusione alla possibilità di punire la partecipazione nel fatto non doloso.

## **5. *Pflichtverletzung* e offesa al bene giuridico: quale fondamento per la punibilità dei reati d'obbligo?**

Più volte, nel corso del suo studio sui reati d'obbligo, Roxin ha cura di precisare che la *ratio puniendi*, in queste fattispecie come in tutte le altre, è rappresentata dalla lesione di un bene giuridico, mentre la violazione del dovere è semplicemente criterio identificativo dell'autoria.

La precisazione si rende quanto mai opportuna, atteso il rischio che, in queste fattispecie, la violazione del dovere assorba il disvalore complessivo dell'illecito<sup>139</sup>, finendo così per svilire il ruolo del bene giuridico<sup>140</sup>. Il dubbio fondamentale che pongono i *Pflichtdelikte* è dunque la loro compatibilità con un sistema penale fondato sull'offesa del bene giuridico: vediamone le ragioni.

Preliminarmente, va precisato che il reato d'obbligo, nella sua essenza, altro non è che un reato proprio e, al tempo stesso, un'ipotesi di infedeltà, in quanto – come più volte ripetuto – presuppone l'esistenza di un dovere extrapenale che incombe sul soggetto qualificato e rispetto al quale costui, per l'appunto, si rende infedele. Esiste, infatti, una parziale identità tra reato d'obbligo e reato proprio, nel senso che, sebbene non tutti i

---

<sup>139</sup> Questo aspetto è talvolta prospettato non già come un rischio, bensì come un dato tipico di struttura nei delitti di infedeltà; cfr. per questa posizione G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 241: «Il delitto di infedeltà è delitto di condotta: ed anche quando si richiede, da parte della norma, che un evento derivi dalla condotta (si pensi agli artt. 317, 380 c.p.), il disvalore del mezzo sovrasta pur sempre il disvalore del risultato, sicché il disvalore del fatto gravita sulla malizia del mezzo e non sull'ingiustizia intrinseca dell'evento».

<sup>140</sup> Cfr.: G. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, Sassari, 2002, p. 79 e ID., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 885. Un'importante analisi dei rapporti tra bene giuridico e qualifiche soggettive, può leggersi in A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 193 ss.

reati propri siano reati d'obbligo, d'altra parte tutti i reati d'obbligo sono necessariamente reati "a soggettività ristretta", in quanto la cerchia dei possibili autori risulta delimitata *ex lege* solo ai titolari dell'obbligo in questione<sup>141</sup>. Esiste, inoltre, una relazione biunivoca tra la condotta infedele e il dovere, che rappresenta una costante nelle norme penali costruite attorno ad uno di questi due concetti: per usare le parole di un autorevole studioso dei delitti di infedeltà, «il dovere è il punto di riferimento al cui contatto la (nozione di) infedeltà si integra e trova compiuto significato; la nozione di infedeltà, correlativamente, gravita in maniera essenziale attorno all'idea del dovere, nel senso che in esso trova il suo termine dialettico e raggiunge la sua compiuta definizione»<sup>142</sup>.

Può dunque riproporsi per i reati d'obbligo lo spinoso problema dei rapporti tra violazione del dovere e offesa al bene giuridico, già affrontato sul piano dogmatico con riguardo al reato proprio e ai delitti di infedeltà e già emerso in taluni contesti storici.

È infatti in linea di principio possibile, ma anche storicamente dato, che un sistema penale, al fine di costruire il reato non più sul fatto ma sull'autore, non più sull'offesa ma sull'infedeltà, finisca per ripudiare il sistema dei beni giuridici e l'intera dogmatica su di esso sviluppata: tale processo si è di fatto concretizzato con l'ideologia totalitaria del nazionalsocialismo nella Germania del XX secolo. Pur senza indugiare sulla ricostruzione dell'idea nazionalsocialista di diritto penale, è sufficiente qui richiamare i *Nationalsozialistischen Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht*, documento di natura politica redatto a cura dell'ufficio giuridico del partito nazionalsocialista tedesco, che enuncia i principi direttivi della nuova legislazione<sup>143</sup>, nel quale si afferma *expressis*

---

<sup>141</sup> Difatti, se per "reato proprio" si intende, genericamente, un reato "a soggettività ristretta", ossia un reato che non può essere indifferentemente commesso da chiunque, in tale categoria ben potrebbero rientrare anche i reati di mano propria, i quali, però, non coincidono con i reati d'obbligo, in quanto non presuppongono alcun dovere in capo al soggetto agente.

<sup>142</sup> Così, G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 41.

<sup>143</sup> In estrema sintesi, i fondamenti della ideologia giuridica nazionalsocialista che emergono dal documento in questione sono i seguenti: superamento della distinzione tra morale e diritto; diritto concepito come patrimonio etico del popolo; dovere di fedeltà come più elevato dovere etico del popolo e, dunque, dovere giuridico; rifiuto di una concezione formale dell'illecito e conseguente ancoraggio della punibilità al semplice manifestarsi della volontà criminosa. Particolarmente espressiva dei nuovi principi è l'introduzione del documento in questione, scritta da Hans Frank, *Reichsleiter* del partito: «Riconosciuta l'importanza di predisporre un diritto penale semplice, vicino al popolo, che mostri all'intero popolo come nello Stato nazionalsocialista il delinquente debba tremare di fronte all'inflessibile rigore etico del popolo, l'intero lavoro è stato guidato dall'idea che l'effettiva tutela contro delitti e delinquenti non sta nelle singole norme penali, pur sostenute da ancora valide teorie, ma piuttosto nel risveglio, nel cuore di tutti i membri del popolo, del pensiero tedesco di fedeltà e nella loro educazione all'adempimento del dovere» (così H. FRANK, *Geleitwort*, in *Nationalsozialistischen Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht. I. Teil*, a cura di Frank, Berlin, 1935, p. 6).



*verbis* che «Il diritto penale nazionalsocialista deve essere costruito sul dovere di fedeltà del popolo»<sup>144</sup>.

Consegnata alla storia l'idea nazionalsocialista di un diritto penale fondato sulla nozione di reato non come offesa di beni giuridici ma come violazione di doveri, e assunto il principio di offensività a caposaldo degli odierni sistemi penali, il problema attuale consiste nell'analizzare i rapporti tra contrarietà al dovere e necessaria offensività, ossia nello stabilire quale ruolo assuma l'infedeltà in un contesto giuridico saldamente ancorato all'offesa del bene giuridico.

Ebbene, dalla prospettiva della dogmatica del reato proprio, i più autorevoli studiosi della materia hanno escluso che la violazione del dovere possa costituirne l'oggetto giuridico<sup>145</sup>. In primo luogo, si osserva che la violazione di un generico dovere di fedeltà non può esaurire il disvalore insito nelle fattispecie qualificate, poiché, anche quando la realizzazione del reato implica l'infedeltà ai doveri ricompresi nella situazione subiettiva dell'autore, «si è pur sempre in presenza di una condotta antitetica ad uno *specifico* dovere che costituisce l'aggancio tra la situazione medesima e la precettività della norma stessa»<sup>146</sup>. In secondo luogo, se tutti i reati propri presentassero un'oggettività giuridica riconducibile ad un comune denominatore, basterebbe un'unica fattispecie a raggrupparli tutti, senza che in questo ambito si possa più operare distinzione alcuna; ma una tale possibilità è evidentemente smentita dall'osservazione del diritto positivo, in quanto i beni tutelati dalle norme penali a soggettività ristretta sono i più disparati (la personalità dello Stato, la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, la famiglia, ecc.)<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Così H. FRANK, *Leitsätze zum nationalsozialistischen Strafrecht*, in *Nationalsozialistischen Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht*, cit., p. 12 ss.

<sup>145</sup> Si vedano, in particolare: G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966, p. 428 ss.; G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, 1965, pp. 96-97. Nella dottrina più recente, cfr.: A. GULLO, *Il reato proprio. Dalle problematiche "tradizionali" alle nuove dinamiche di impresa*, Milano, 2005, p. 53; con specifico riferimento ai *Pflichtdelikte*, v. G. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, cit., p. 81 e ID., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 886: «O la violazione del dovere si identificherebbe con l'offesa del bene giuridico (nei reati di condotta o di omissione propria), perdendo autonomia concettuale e funzionale, oppure la violazione del dovere sarebbe qualcosa di diverso dall'offesa del bene giuridico, e allora potrebbe avere rilievo penale solo in aggiunta a quest'ultima (nei reati di evento); sarebbe però impossibile che la violazione del dovere si sostituisca all'offesa del bene giuridico, nel caso che tale offesa non sia ricavabile come contenuto esplicito o implicito di una fattispecie penale (evenienza ritenuta comunque estranea all'ordinamento vigente)».

<sup>146</sup> Così G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 96.

<sup>147</sup> Cfr. in proposito le osservazioni di G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, cit., p. 430: «qualora si volesse considerare la lesione del dovere d'ufficio quale oggetto giuridico dei reati propri (sia pure solo di quelli che postulano come soggetto attivo un pubblico ufficiale) si verrebbe a rinunciare

In definitiva, si ritiene opportuno evitare qualsiasi confusione tra violazione del dovere e offesa del bene giuridico<sup>148</sup>: e ciò vale tanto per i reati di evento, nei quali è generalmente più agevole individuare una lesione che si affianca alla violazione dei doveri, quanto per i reati di mera condotta, nei quali «è necessario invece chiarire che il c.d. dovere non è mai fine a sé stesso, ma sempre posto in vista della tutela di un bene giuridico retrostante»<sup>149</sup> che spetterà all'interprete individuare.

Assodato che del bene giuridico non si può prescindere in nessuna categoria criminosa e, quindi, neppure nelle ipotesi di infedeltà, l'interrogativo di fondo diventa il seguente: se la fedeltà sia da intendersi *anche* come oggetto della tutela penale, ossia se possa concepirsi la fedeltà in sé come bene giuridico<sup>150</sup>.

Sembra possa trarsi un'indicazione di segno affermativo dalla lettera della legge se si prende in considerazione il Codice penale militare di pace: il Libro II ("Dei reati militari in particolare"), si apre infatti con il Titolo I che tratta "Dei reati contro *la fedeltà e la difesa militare*". La dizione accolta nell'intitolato lascerebbe dunque supporre che, quanto meno nell'ambito della legislazione militare, la fedeltà sia stata assunta quale bene giuridico protetto dalle singole norme incriminatrici raggruppate il quel particolare settore.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina, tale opzione interpretativa è da respingere per l'essenziale ragione che la fedeltà non è una vera e propria entità reale, autonomamente esistente nella realtà obiettiva. Piuttosto, la fedeltà è un attributo della condotta e una nozione relazionale: in altri termini, se – come poc'anzi precisato – il concetto di fedeltà presuppone l'esistenza di un dovere, allora la fedeltà è semplicemente la qualificazione che una condotta riceve allorché viene riferita al dovere e confrontata con esso; e se il dovere, a sua volta, è una situazione giuridica che sorge soltanto in relazione a (e a tutela di) un interesse comune o altrui, ne discende che la fedeltà altro non è che un concetto relazionale, nel senso che si determina esclusivamente in relazione ad

---

alla possibilità di distinguere fra di loro i vari reati propri alla stregua del particolare interesse leso aggredito dall'attività delittuosa. Basterebbe invece un'unica fattispecie a raggruppare tutti i reati propri, senza che nell'ambito degli stessi si potessero stabilire delle categorie distinte».

<sup>148</sup> In questo senso cfr. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. I. *Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale*, Sassari, 1980, p. 111: «In un sistema fondato sul principio di offesa di beni giuridici la violazione del dovere può avere cittadinanza non come fondamento della responsabilità ma come ulteriore requisito in aggiunta all'offesa del bene giuridico».

<sup>149</sup> Così G. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, cit., p. 81 e ID., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 886.

<sup>150</sup> Per questa impostazione, cfr. G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 242.

un interesse comune o altrui. Diversamente deve dirsi per il bene giuridico, in quanto, «comunque si voglia concepirlo, è pur sempre un fenomeno sociale, un'entità che esiste nella realtà obiettiva al di fuori ed a prescindere da ogni riferimento ad un contegno altrui»<sup>151</sup>.

Sempre con riferimento ai reati militari contro la fedeltà e la difesa si osserva inoltre l'irragionevolezza della relativa dizione sotto un altro profilo: quando si realizzano fatti lesivi della difesa militare, a ben guardare, si compiono allo stesso tempo i più significativi atti di infedeltà, sicché apparirebbe poco coerente considerare infedele l'alto tradimento (art. 77 c.p.m.p.) o il vilipendio della bandiera nazionale (art. 83 c.p.m.p.) e non anche la condotta del militare che, nell'interesse di uno Stato estero, rivela notizie concernenti la difesa militare dello Stato che dovrebbero rimanere segrete (art. 86 c.p.m.p.)<sup>152</sup>.

In definitiva, anche laddove (come nel codice penale militare) la fedeltà è accostata *per tabulas* ad un bene giuridico, così da lasciar presumere che si tratti di entità omogenee, una simile conclusione deve essere rifiutata e lasciare spazio ad una più attenta considerazione della fedeltà come elemento di struttura della condotta, che trova il suo momento di concretizzazione e di specificazione nel concetto di dovere<sup>153</sup>.

Escluso dunque che il dovere di fedeltà assurga al rango di bene giuridico nei reati militari, resta da stabilire se lo stesso possa dirsi di altri settori del diritto penale, rispetto ai quali è stata la dottrina ad avanzare l'ipotesi che la fedeltà ne costituisca l'oggetto di tutela. Il pensiero corre immediatamente ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e, segnatamente, ai delitti dei pubblici ufficiali: in questo ambito più volte la dottrina ha ritenuto di identificare il bene giuridico con il dovere di fedeltà<sup>154</sup>. Ma lo stesso po-

---

<sup>151</sup> Cfr. G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 169.

<sup>152</sup> Cfr. G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., pp. 169-170.

<sup>153</sup> Queste le conclusioni di G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 170. L'Autore tuttavia precisa anche che, sebbene poco lineare, la scelta legislativa di accostare la fedeltà al bene giuridico "difesa militare", è comunque spiegabile: «In considerazione del ruolo particolarmente significativo che l'obbligo in generale e quello di fedeltà in particolare assumono nella vita del militare, il legislatore ha ritenuto più adeguato e conveniente alla materia di ribadire che le figure di reato proprie del militare, concernenti direttamente gli interessi più essenziali alla vita dello Stato, implicano, per struttura della fattispecie, la violazione del dovere di fedeltà ed ha ritenuto di raggrupparle all'insegna di questo».

<sup>154</sup> Cfr. A. DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, p. 564 ss. (in particolare, v. p. 565: «se la tutela dei doveri di fedeltà alla p.a. è lo scopo generico delle fattispecie criminose raccolte sotto il titolo suddetto, ciascuna di esse mira anche alla tutela di un particolare aspetto o rapporto in cui questo dovere si concreta, sì che accanto ad uno scopo generico che regge come *ratio* comune tutte le norme vi è, per ciascuna, uno scopo specifico che la regge come *ratio* specifica; accanto, od entro, il cerchio più vasto di un bene giuridico che il complesso delle norme difende (la fedeltà alla p.a.), s'inscrive, per ciascuna, un altro bene giuridico, nel quale il primo si specifica, assume di volta in

trebbe dirsi di altre fattispecie presenti nel nostro ordinamento inequivocabilmente costruite come reati d'obbligo: esempi lampanti sono l'infedele patrocínio (art. 380 c.p.) e l'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Il quesito posto – e cioè se il dovere di fedeltà possa assurgere a oggetto di tutela – può peraltro trovare risposta prescindendo dalla analisi delle singole figure delittuose: si tratta infatti di un problema di teoria generale, che dunque va affrontato alla luce dei principi generali.

Ebbene, la soluzione unanimemente offerta dalla dottrina è quella che esclude una identificazione del bene giuridico con l'idea della fedeltà al dovere, ossia, specularmente, esclude che la violazione del dovere costituisca la *ratio puniendi* delle ipotesi delittuose imperniate sull'infedeltà.

Le ragioni del rifiuto sono facilmente intuibili, in quanto si tratta delle medesime spinte che, a partire dal secondo dopoguerra, hanno condotto a rigettare l'idea di un diritto penale della volontà e della *Gesinnung* (*Willens- und Gesinnungsstrafrecht*)<sup>155</sup>. Se al reato come offesa di un bene si sostituisce, o anche semplicemente si affianca l'idea del reato come violazione di un dovere di obbedienza, ne discende che il reato può avere qualsiasi contenuto, al limite persino identificarsi con il contegno interiore infedele, con la mera volontà di disobbedire: si tratta di un'impostazione dogmatica congeniale al totalitarismo nazista – e, difatti, fu propugnata dalla Scuola di Kiel<sup>156</sup> – che tuttavia, com'è noto, spalanca le porte ad un diritto penale del tipo d'autore e, in ultima analisi, alle più arbitrarie e illiberali scelte di intervento penale<sup>157</sup>.

Infine, la dottrina più recente ha frequentemente sottolineato l'eterogeneità delle nozioni di "dovere" e "bene", e la conseguente necessità di riconoscere a ciascuna di es-

---

volta la sua peculiare fisionomia, circoscrive ed individua l'oggetto ed il modo in cui l'obbligo della fedeltà viene infranto»). Alla fedeltà (unitamente all'imparzialità) si riferisce anche F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970, p. 76, per spiegare la corruzione propria.

<sup>155</sup> Cfr. G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 209 ss. e pp. 244-245.

<sup>156</sup> Tra i principali esponenti di questa Scuola, e del *Tätertypenstrafrecht*, basti ricordare Schaffstein e Dahm. In particolare cfr.: F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung in der Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, in G. Dahm - E. R. Huber - K. Larenz - K. Michaelis - F. Schaffstein - W. Siebert, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 108 ss. e G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, in G. Dahm - E. R. Huber - K. Larenz - K. Michaelis - F. Schaffstein - W. Siebert, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 62 ss.

<sup>157</sup> Così, autorevolmente, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 337: «Il modello del reato come offesa ai beni giuridici – opponendosi a modelli illiberali, come quelli propri del moralistico diritto penale della volontà o dell'atteggiamento, o dell'autoritario diritto penale dell'infedeltà allo Stato o alla comunità, o del vago e terroristico diritto penale delle personalità pericolose – assicura pertanto alla legislazione penale la forma caratteristica di un diritto penale liberale».

se una propria autonomia concettuale e funzionale; in questo senso, è particolarmente significativo l'insegnamento offerto da Pagliaro: «Dovere di ufficio e dovere di fedeltà, proprio in quanto "doveri", non sono "beni": essi sono, piuttosto, "doveri" posti a presidio di taluni "beni"»<sup>158</sup>.

## 6. Una panoramica sui reati d'obbligo: i c.d. "casi facili"

Dopo aver descritto la genesi della categoria dei *Pflichtdelikte*, i loro aspetti strutturali e le implicazioni che ne discendono nel settore della partecipazione, giunti a questo punto dell'indagine, occorre tentare una perimetrazione della categoria in esame; di seguito si individueranno i reati che nell'ordinamento tedesco, e secondo la prospettiva di Roxin, possono essere ricondotti sotto la comune etichetta di "reato d'obbligo".

In proposito, è opportuna una precisazione preliminare: mentre alcune fattispecie appaiono immediatamente riconducibili alla categoria in esame, per altre tale operazione classificatoria è meno agevole.

Iniziando da quelle figure di reato che già *prima facie* palesano la loro appartenenza al novero dei reati d'obbligo, si devono menzionare: i *Beamtenstrafataten* (reati dei pubblici ufficiali), sia propri (o puri) che impropri (o impuri); gli *Standesdelikte* (espressione traducibile come "reati di posizione o di *status*"); l'*Untreue* (§ 266 StGB); l'appropriazione indebita di cui al § 246 StGB. In gran parte, non pongono particolari problemi interpretativi le fattispecie costruite sulla violazione di obblighi inerenti ai rapporti familiari (§ 170-171-172 StGB), né le fattispecie incentrate sulla violazione di obblighi di cura e assistenza (per esempio le violenze sessuali commesse a danno di minori e abusando di una posizione di fiducia/affidamento, di cui al § 174 StGB); e neppure, infine, la già citata fattispecie di allontanamento dal luogo dell'incidente (§ 142 StGB).

Mentre in tutti gli esempi citati è agevole cogliere la pre-esistenza di un dovere fondante l'autoria, in altri casi occorre un'analisi più approfondita: uno di questi casi si

---

<sup>158</sup> A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 175. L'osservazione, sebbene formulata con riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione (in particolare, la corruzione) può a ragion veduta estendersi a tutte le fattispecie incentrate sulla violazione di doveri e, difatti, è stata ripresa a proposito dell'art. 2634 c.c. (v. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 117).

riscontra nel § 288 StGB (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*), che punisce «chiunque, nel momento in cui è imminente una procedura esecutiva e con l'intento di ostacolare la soddisfazione del creditore vende o disperde parti del suo patrimonio». In questa fattispecie non è possibile delimitare autoria e partecipazione sulla base del criterio del dominio del fatto, poiché colui che disperde il patrimonio può anche essere persona diversa dall'autore: il che, tipicamente, accade quando il patrimonio in questione appartiene ad un altro soggetto sul quale, per l'appunto, incombe l'imminente esecuzione. D'altra parte non è pensabile lasciare impunito il debitore, per esempio latitante, che dall'estero abbia chiesto al suo complice di occultare i suoi beni, esclusivamente sulla base del fatto che il debitore stesso non ha dominato l'azione tipica. Pertanto deve bastare la semplice determinazione all'occultamento dei beni per qualificare il debitore come autore e l'altro soggetto come complice.

A prima vista, una tale soluzione potrebbe spiegarsi ricorrendo alla nozione di *Ab-sichtslos doloses Werkzeug* (strumento doloso privo di intenzione): tale figura ricorre nelle ipotesi in cui il dolo specifico, richiesto per l'esistenza del reato, sussiste non in capo all'esecutore materiale, bensì ad un altro concorrente<sup>159</sup>. Tuttavia – precisa Roxin<sup>160</sup> – questa spiegazione è da escludere, in quanto nei fatti può accadere che anche l'esecutore diretto persegua la specifica finalità di impedire la soddisfazione dei creditori.

L'interpretazione corretta, pertanto, è quella che riconduce anche la fattispecie di cui al § 288 StGB alla classe dei *Pflichtdelikte* e che presuppone un dovere antistante la norma penale, che incombe esclusivamente sul debitore e gli impone di preservare il suo patrimonio in vista del soddisfacimento dei creditori.

### 6.1. (segue): *I c.d. "casi difficili": l'ingiuria come reato d'obbligo?*

Un caso concreto molto discusso è quello relativo alla fattispecie di ingiuria e ad alcuni delitti affini. Riprendendo un esempio proposto inizialmente da Rosenfeld, Roxin

---

<sup>159</sup> Per i rapporti tra tale figura e la teoria del dominio del fatto, cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 371 ss.

<sup>160</sup> Così C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 420.

ipotizza che il soggetto A scriva una lettera offensiva nei confronti di Z; B, che per puro caso fa visita ad A, legge la lettera ed A chiede allora a B di spedirla; B asseconda la richiesta, sicché la lettera ingiuriosa arriva a Z, che la legge<sup>161</sup>. Le possibili soluzioni di un caso del genere sono tre; infatti, si potrebbe alternativamente ritenere:

- a) A autore e B complice;
- b) B autore e A istigatore;
- c) A e B coautori.

Poiché l'ingiuria è un delitto di espressione, la condotta tipica, che consente di superare la fase meramente preparatoria, consiste nell'esteriorizzare l'offesa e portarla a conoscenza del destinatario: il che, nell'esempio riportato, accade precisamente quando la lettera viene data a B affinché la spedisca. Perciò, tanto dal punto di vista della teoria del dominio del fatto, quanto dal punto di vista della teoria formale-oggettiva – che peraltro è quella sostenuta da Rosenfeld – B che ha inviato la lettera dovrebbe essere considerato autore, mentre A istigatore.

Tuttavia, lo stesso Rosenfeld rifiuta una simile soluzione, propendendo invece per la soluzione *sub a)* sulla base dell'argomento per cui l'ingiuria, in quanto fattispecie soggettivamente pregnante, è costruita sull'intenzione dell'autore di arrecare un'offesa all'onore della vittima<sup>162</sup>: pertanto, si dovrà considerare autore il soggetto che pone in essere la condotta sorretta da questa precipua intenzione.

Pervenivano al medesimo risultato, ma per altre vie, studiosi quali Wuttig, Flegelheimer e Kern: il primo ricorreva alla figura dello "strumento doloso non intenzionale" e dunque qualificava A come autore mediato e B come complice doloso; il secondo riteneva che il reato si consumasse per opera di A nel momento in cui questi portava a conoscenza di B la lettera ingiuriosa, sicché la successiva condotta di B (consistente

---

<sup>161</sup> E. H. ROSENFELD, *Mittäterschaft un Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung*, in *Festgabe für Rehinard v. Frank zum 70. Geburtstag am 16 August 1930*, Tübingen, 1930, t. II, pp. 161-187, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 423.

<sup>162</sup> Una concezione analoga si ritrova anche nella dottrina italiana più risalente: secondo la *teoria psicologica dei delitti contro l'onore* del Florian, l'essenza dei delitti contro l'onore andrebbe individuata nell'antisocialità del movente dell'azione, al quale si ricollega l'elemento soggettivo consistente nell'*animus iniuriandi* o *diffamandi*; tale *animus* andrebbe invece escluso in presenza di moventi (*animus corrigendi*, *consulendi*, *iocandi*, *narrandi*, *defendendi*) non recanti tale presupposto negativo; cfr. E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, Torino, 1927 e ID., *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939. Si tratta, in realtà, di una teoria datata e col tempo superata tanto nella dottrina, quanto nella prassi, sebbene sia possibile rintracciarne un'eco anche in talune pronunce relativamente recenti: v. Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2005 (dep. 20 maggio 2005), n. 19378 in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 01, p. 59 con nota di M. BELLINA, *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del "marocchino"*, *ibidem*, p. 60 ss.

nella spedizione della lettera) serviva semplicemente a perpetuare e approfondire l'offesa già realizzata da A; il terzo, infine, sosteneva che in tutti i reati di espressione autore è colui della cui esternazione di idee si tratta<sup>163</sup>.

Roxin in realtà, pur proponendo la medesima soluzione, vi giunge per altre vie e rifiuta tutte le suddette spiegazioni teoriche.

Quella di Rosenfeld viene considerata eccessivamente "psicologista", cioè sbilanciata sul momento soggettivo e, per di più, facilmente confutabile laddove si osservi che, anche laddove manchi un intento propriamente oltraggioso, comunque l'offesa permane se il soggetto attivo è cosciente di vulnerare mediante l'esternazione della sua idea la pretesa al rispetto sociale della vittima; e, d'altra parte, B, essendosi limitato solo a trasmettere la missiva, non può che essere mero complice, quand'anche, per ipotesi, condivide le idee espresse da A.

Quanto alla possibilità di ricorrere alla figura dello "strumento doloso non intenzionale", suggerita da Wuttig, Roxin solleva obiezioni analoghe a quelle espresse nei riguardi di Rosenfeld, in quanto la fattispecie di ingiuria non richiede in capo all'autore un dolo specifico.

La questione si pone in modo diverso rispetto a Flegenheimer: vero è che, secondo la legge tedesca, per la consumazione del delitto di ingiuria è sufficiente che l'espressione lesiva dell'altrui onore sia portata a conoscenza di un terzo (che non deve necessariamente essere il destinatario dell'offesa); ma il terzo in questione non può essere, al tempo stesso, complice nel reato.

Infine, quanto alla posizione di Kern, secondo Roxin essa è condivisibile nella misura in cui la si riferisce esclusivamente all'ingiuria, ma non può automaticamente estendersi a tutti i delitti di espressione: tra questi rientra per esempio anche la truffa e – ad avviso di Roxin – non si comprende perché, qualora quest'ultima sia realizzata da più soggetti che agiscono secondo una articolata distribuzione di ruoli, possa essere autore solo colui che appare come l'ideatore della manifestazione di pensiero ingannevole<sup>164</sup>.

Ad avviso di Roxin, l'unica spiegazione possibile va, ancora una volta, rintracciata sul terreno del reato d'obbligo. Nell'ingiuria – spiega l'Autore – la lesione del bene giu-

---

<sup>163</sup> Cfr., rispettivamente: E. WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 40, Breslau, 1902, p. 52; E. FLEGENHEIMER, *Das Problem des dolosen Werkzeugs*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 164, Breslau, 1913, p. 62 ss.; E. KERN, *Die Äußerungsdelikte*, Tübingen, 1919, pp. 49-50 (citati da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 423-424).

<sup>164</sup> Per tutte queste obiezioni, cfr. ancora C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 424.



ridico non può dirsi slegata dalla persona dell'autore (come invece avviene in quelle fattispecie in cui non viene in rilievo la relazione interpersonale tra soggetto attivo e passivo): nell'ingiuria, solo una persona determinata può manifestare disprezzo per un'altra persona determinata. La dottrina dominante dà debito conto di questo aspetto, nel momento in cui definisce l'ingiuria la "lesione della pretesa al rispetto sociale": il concetto di "pretesa" presuppone infatti la relazione tra due o più soggetti, uno dei quali ne è titolare, nel senso che è legittimato a vantare tale pretesa e ad invocarne la tutela, mentre sugli altri incombe il dovere di rispettarla. Ne discende, secondo Roxin, che anche l'ingiuria va annoverata tra i reati d'obbligo. Così, anche quando la comunicazione (o trasmissione) dell'offesa sia affidata ad un altro soggetto, diverso da quello che per primo l'ha esternata, ma che domina in concreto le possibilità di successo dell'azione, autore è comunque colui che ha violato la pretesa al rispetto sociale dell'individuo cui si dirige l'espressione oltraggiosa.

Quanto sostenuto è avvalorato, secondo Roxin, dalla seguente considerazione: «la pretesa al rispetto sociale non è qualcosa di fittizio, una entelechia, bensì una realtà sociale; tuttavia non è percepibile attraverso i sensi, né ha forma corporea. Perciò non è vulnerabile mediante un'aggressione esteriore nel modo in cui lo è, per esempio, una cosa altrui per mezzo di un colpo d'accetta; piuttosto, dato che la sua esistenza si limita alla sfera dei significati sociali, può essere lesa soltanto mediante azioni che rappresentino la negazione di tale pretesa. E dunque, non è l'azione come processo fisico ciò che determina il risultato (le ingiurie), bensì il significato inerente ad essa, suscettibile non di percezione sensoriale ma di comprensione intellettuale»<sup>165</sup>.

Dalle precedenti considerazioni si desume che solo A, quale soggetto che ha elaborato ed esternato per primo le espressioni di contenuto oltraggioso, può essere autore, in quanto è sua la condotta che infligge un *vulnus* alla legittima pretesa di Z al rispetto sociale; la condotta di B che, spedendo la missiva, si è limitato a fare da tramite tra A e Z, non ha obiettivamente lo stesso significato offensivo e, pertanto, non può che essere una forma di cooperazione. E si desume anche, in ultima analisi, che l'ingiuria deve essere ascritta al novero dei reati d'obbligo.

---

<sup>165</sup> Così, testualmente, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 425.

## 6.2. Il rapporto tra reati d'obbligo e reati di mano propria

Alla categoria dei *Pflichtdelikte*, Roxin riconduce anche i c.d. *unechte eigenhändige Delikte* (reati di mano propria in senso lato) o, con altra denominazione, *höchstpersönlichen Pflichtdelikte* (reati d'obbligo personalissimo)<sup>166</sup>.

Prima di addentrarsi nell'esame di questi tipi penali, è necessario svolgere alcune precisazioni. La denominazione utilizzata da Roxin lascia immediatamente supporre che essa costituiscono una *species* del più ampio *genus* degli *eigenhändige Delikte* (reati di mano propria): preliminarmente, è quindi necessario soffermarsi su questi ultimi.

### 6.2.1. Sui reati di mano propria: gli aspetti generali della categoria e il ruolo svolto nella teorizzazione di Claus Roxin

Con la denominazione "reati di mano propria" si allude ad una classe di reati conosciuta anche nella letteratura italiana, ma la cui identificazione si deve alla dottrina tedesca<sup>167</sup>, per i quali la legge richiede la partecipazione personalissima di un soggetto, del suo corpo e della sua persona: in altri termini, e secondo una definizione comunemente accettata, sono «illeciti in cui è necessario, per potersi integrare l'offesa tipica, che il soggetto attivo esegua personalmente la fattispecie»<sup>168</sup>.

Secondo un'opinione largamente accreditata tanto nella dottrina tedesca, quanto in quella italiana, si tratterebbe di una categoria autonoma di reati, distinguibile dai *Sonderdelikte* (reati propri) per il fatto che nei primi vi è una necessaria (*in rerum natura*) delimitazione della cerchia dei possibili autori, mentre nei secondi tale limitazione è voluta dal legislatore<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Per tali definizioni, cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., rispettivamente p. 427 e p. 520.

<sup>167</sup> In particolare, per una prima individuazione, bisogna risalire a Binding: cfr. K. BINDING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe*, in *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, München-Leipzig, 1915, I, p. 257 ss. e ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1919, p. 595 ss.

<sup>168</sup> Così, E. VENAFARO, voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 340.

<sup>169</sup> Cfr. G. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, cit., p. 29 e ID., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., p. 856 e i richiami *ivi* contenuti alla dottrina di R. MAURACH - H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, 1987, p. 284.

Inoltre, i reati di mano propria sono illeciti di mera condotta, incentrati soprattutto sul disvalore dell'azione, nei quali sono le particolari modalità della condotta che "qualificano" l'autore. Viceversa, secondo una parte della dottrina, nei reati propri accadrebbe esattamente l'inverso: è l'autore che, in ragione della sua posizione soggettiva, qualifica la condotta e conferisce ad essa un particolare disvalore<sup>170</sup>.

La reciproca autonomia delle due categorie si evidenzia anche osservando che reati propri e reati di mano propria possono solo occasionalmente coincidere: in altri termini, una sovrapposibilità tra le due categorie è un fatto possibile, ma tutt'altro che necessitato. Da un lato, le ipotesi di reato di mano propria non sono necessariamente subordinate alla presenza di un soggetto qualificato: così ad esempio, nel reato di violenza sessuale è indispensabile l'esecuzione personale della condotta da parte del soggetto attivo, al quale però non si richiede alcuna qualifica particolare; dall'altro, non tutte le ipotesi di reato proprio sono anche di mano propria: ad esempio, il reato di peculato può essere realizzato anche mediante un'esecuzione frazionata tra soggetti qualificati e non qualificati<sup>171</sup>.

Ciò premesso, una delle impostazioni teoriche di maggior impatto sui reati di mano propria si deve proprio a Roxin che, in primo luogo, esamina e mette in discussione le tre soluzioni tradizionalmente proposte dalla dottrina tedesca per spiegare il fondamento giuridico-penale di questa categoria: la teoria del tenore letterale, la teoria del movimento corporale e la teoria dell'intensità.

Secondo la prima, ricorre un reato di mano propria ogni qualvolta, avuto riguardo al significato letterale della disposizione incriminatrice, debba assolutamente escludersi che un estraneo possa eseguire l'azione tipica. Tale impostazione rinuncia dunque a ricercare un criterio materiale comune a tutti i reati di mano propria e converte la questione in un problema di interpretazione delle singole fattispecie. Per esempio, nel caso in cui un medico faccia in modo che l'infermiera, che nulla sospetta, pratichi un'iniezione letale, non vi è alcuna difficoltà a sostenere che il medico in questione ha ucciso il paziente; viceversa, non può dirsi lo stesso di colui che, ricorrendo le condizioni per l'au-

---

<sup>170</sup> Cfr. G. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, cit., p. 30 e ID., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., pp. 856-857.

<sup>171</sup> Cfr. E. VENAFFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 340.

toria mediata, abbia occasionato un fatto di violenza sessuale commesso da un altro soggetto<sup>172</sup>.

La seconda impostazione si fonda sulla tradizionale distinzione tra reati di mera condotta e reati di evento e muove dal presupposto secondo cui, nei casi in cui il legislatore riconnette la pena ad un mero fare, può essere autore unicamente colui che realizza personalmente il comportamento incriminato; su queste premesse, si afferma che un reato di mano propria si esaurisce in un mero movimento corporeo e si caratterizzerebbe per l'assenza di un evento nella struttura obiettiva della fattispecie<sup>173</sup>.

La terza teoria affiora per la prima volta in una sentenza del *Reichsgericht*, che qualificò come reato di mano propria il furto con scasso, basandosi sull'argomento per cui, se così non fosse, il soggetto agente «non [realizzerebbe] da sé quella volontà fortemente anti-giuridica la cui manifestazione è richiesta dalla legge». In sostanza, secondo questa sentenza e la teoria su di essa basata, l'effrazione costituirebbe il sintomo obiettivo di una colpevolezza particolarmente accentuata, denotando una energia volitiva di tipo criminale che fonda l'autoria e che risiede soltanto nel soggetto che realizza l'elemento attraverso la sua propria persona<sup>174</sup>.

Ebbene, secondo Roxin, nessuna di queste teorizzazioni risulterebbe appagante. Non la prima, atteso che le possibilità linguistiche di espressione sono innumerevoli e gli usi linguistici variabili: pertanto, non ci si può basare esclusivamente sull'interpretazione letterale per delimitare i ruoli concorsuali. In sostanza, questa prima teoria, fondandosi sul dato meramente letterale, non è in grado di cogliere le ragioni politico-criminali che stanno dietro l'incriminazione<sup>175</sup>.

La seconda non terrebbe conto del fatto che il legislatore, con l'incriminazione di una determinata condotta, mira comunque ad evitare uno specifico evento di danno o di pericolo. Ma soprattutto, la teoria del movimento corporeo trascurerebbe un dato: non solo i risultati, ma anche le azioni umane sono dominabili da un terzo, come dimostra la possibilità di ravvisare l'autoria mediata in caso di coazione; quindi affermare che nei reati di mera condotta il contenuto di disvalore risiede nell'azione, ancora non dimostra

---

<sup>172</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 438-439.

<sup>173</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 441.

<sup>174</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 445-446.

<sup>175</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 439 ss.

che autore può essere solo colui il quale compie fisicamente l'azione e non anche colui che dirige, dominandolo, il movimento corporale di un altro soggetto<sup>176</sup>.

Si intuisce facilmente, infine, l'obiezione cui si presta l'ultima delle impostazioni ricordate: l'autoria non rappresenta una forma di "colpevolezza accentuata", ben potendo riscontrarsi in capo a soggetti non colpevoli e, per converso, ben potendo accadere che l'intensità della volontà criminosa risulti superiore nell'istigatore o nel complice piuttosto che nell'autore. In definitiva, l'intensità della risoluzione criminosa, così come la pericolosità o la meritevolezza di pena, non sono criteri idonei per la delimitazione delle forme di partecipazione<sup>177</sup>.

Esaurito l'esame e la confutazione delle tradizionali teorie, Roxin procede all'enucleazione di due categorie di riferimento:

- (i) i reati di mano propria in senso stretto (*echte eigenhändige Delikte*), che a loro volta comprendono i c.d. *täterschaftrechtliche Delikte* in cui si punisce, fondamentalmente un tipo di personalità (*Persönlichkeitstyp*), un modo di essere del soggetto (così, ad esempio, nello sfruttamento della prostituzione)<sup>178</sup>, nonché i c.d. *Verhaltensgebundene Delikte ohne Rechtsgüterverletzung* in cui ad essere sanzionato è un comportamento ben delineato, ma in sé non offensivo di beni giuridici (ad esempio, l'incesto)<sup>179</sup>;
- (ii) i reati di mano propria in senso lato (*unechte eigenhändige Delikte*), che presuppongono l'esistenza di un dovere antistante la norma penale e l'agire personale del soggetto obbligato (per esempio, la falsa testimonianza).

Per quanto riguarda gli *echte eigenhändige Delikte*, vi è la descrizione di un comportamento che non soggiace al tradizionale criterio della *Tatherrschaft*, né può intendersi come violazione di un dovere. Sicché, dal punto di vista dell'autoria, la realizzazione di propria mano si affianca ai criteri del dominio del fatto e della violazione del dovere, contribuendo così ad identificare un terzo, distinto gruppo di reati.

Per quanto concerne gli *unechte eigenhändige Delikte*, già la sintetica definizione riportata lascia intuire la loro caratteristica essenziale: si tratta di una categoria ibrida, che presenta aspetti tipici sia dei reati di mano propria, sia dei reati d'obbligo. Su questa categoria occorre ora appuntare l'attenzione.

---

<sup>176</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 442.

<sup>177</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 446.

<sup>178</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 446 ss.

<sup>179</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 448 ss.

### 6.2.2. I reati di mano propria in senso lato (ovvero, reati d'obbligo personalissimo)

Nell'analisi dei reati di mano propria, come anticipato, Roxin individua un particolare gruppo di illeciti che definisce *unechte eigenhändige Delikte* (ossia, reati di mano propria in senso lato) o, con diversa denominazione, *höchstpersönlichen Pflichtdelikte* (reati d'obbligo personalissimo). Secondo la definizione datane da Roxin, «si tratta di reati nei quali il dovere fondante l'autoria è di indole tale che può essere violato soltanto ponendo in essere l'azione tipica in maniera direttamente personale»<sup>180</sup>.

Data questa caratteristica e atteso che, come per tutti i casi di reato di mano propria, anche qui l'autoria mediata è sostanzialmente impossibile, non è errato classificare tali illeciti tra i c.d. "reati di mano propria" (*eigenhändige Delikte*). Tuttavia, in questo gruppo di reati, l'elemento decisivo per determinare l'autoria è la violazione di un particolare dovere extra-penale, e non la realizzazione di un comportamento determinato. Perciò, per prevenire una possibile confusione tra la generalità dei c.d. reati di mano propria e le fattispecie in questione, Roxin denomina queste ultime "reati di mano propria in senso lato" (*unechte eigenhändige Delikte*).

Un esempio particolarmente chiaro è rappresentato dalla diserzione. Tale fattispecie seguita ad essere citata, quasi sempre, come esempio paradigmatico di reato di mano propria da che Binding pose l'accento sul fatto che il disertore deve fuggire "con le sue gambe"<sup>181</sup>. Secondo la costruzione di Roxin, invece, si tratta di un *Pflichtdelikt* in quanto, dal punto di vista dell'autoria, tale fattispecie è perfettamente spiegabile prescindendo dalla categoria dell'attuazione personale. Tale posizione troverebbe conferma anche in altri Autori, per i quali, nella diserzione, autore è solo colui che «allontanandosi dal suo incarico, rompe un vincolo doveroso che ad esso lo lega, ma non colui che senza essere soggetto a tale vincolo giuridico, o senza infrangerlo, determina un altro a disertare»<sup>182</sup>: in altri termini, ciò che fonda l'autoria non è il fatto esteriore dell'abbandonare l'incarico, bensì la violazione del dovere ad esso sotteso.

---

<sup>180</sup> Così, testualmente, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 427-428.

<sup>181</sup> Così, K. BINDING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe*, cit., p. 266.

<sup>182</sup> EB. SCHMIDT, *Militärstrafrecht*, Berlin, 1936, p. 41, citato da C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., 428.

Analoghe considerazioni si possono sviluppare per altri reati, comunemente ricondotti alla classe dei reati di mano propria, che invece Roxin ascrive a quella dei *Pflichtdelikte*. Tali sono l'allontanamento dal luogo dell'incidente (§ 142 StGB), la falsa testimonianza (§ 153 StGB), lo spergiuro (§ 154 StGB), le false dichiarazioni giurate (§ 156 StGB), l'offesa al sentimento religioso (§ 166 StGB).

A titolo esemplificativo, ci si può soffermare sullo spergiuro o sulla falsa testimonianza. L'autore di tali reati ha indubbiamente un dovere processuale (di affermare il vero) che non incombe sull'*extraneus*; chiunque, in altro modo, concorra nell'indurre in errore l'autorità giudiziaria, per esempio fornendo allo spergiuro i documenti falsificati, non può infrangere il dovere personale di prestare una testimonianza veritiera e, pertanto, neppure può essere autore della relativa fattispecie. In questo modo si spiega anche la ragione per cui l'imputato in un processo penale non possa mai essere coautore quando prepara, insieme al testimone, un falso alibi. Tale possibilità va esclusa quantunque si dia un tipico caso di dominio del fatto congiunto e sebbene l'imputato infligga all'Amministrazione della giustizia un pregiudizio pari a quello inflitto dal testimone. E la ragione di ciò sta nel fatto che sull'imputato non incombe il dovere processuale di testimoniare (e di dire il vero) sanzionato dalla norma penale.

Una delle caratteristiche più importanti di questi reati è data altresì dal fatto che essi, in caso di realizzazione plurisoggettiva, non ammettono l'autoria per omissione<sup>183</sup>.

L'autoria si fonda, come già segnalato, sulla violazione di un dovere che può essere realizzata soltanto attraverso un comportamento posto in essere direttamente e personalmente dal soggetto attivo.

È ben possibile che tali reati, nella forma monosoggettiva, siano realizzati mediante omissione: si può commettere spergiuro tacendo aspetti essenziali della dichiarazione che si è chiamati a fare; o ancora, si può disertare semplicemente omettendo di seguire il battaglione. Sotto questo profilo, si osserva lo stesso fenomeno già segnalato a proposito della generalità dei reati d'obbligo: la condotta è indifferenziata, ovvero può essere realizzata indifferentemente in forma commissiva od omissiva<sup>184</sup>.

Non è tuttavia possibile ipotizzare rispetto a tali reati un concorso mediante omissione: non può cioè aversi una realizzazione plurisoggettiva dell'illecito nella quale il soggetto attivo rivesta anche la posizione di garante di un obbligo altrui. Così, per torna-

---

<sup>183</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 520-521.

<sup>184</sup> V. *supra*, paragrafo 2.

re ai già citati esempi dello spergiuro e della diserzione, non è possibile incriminare un soggetto per non aver evitato lo spergiuro o la diserzione da parte di un terzo, non potendosi configurare a suo carico l'obbligo giuridico di impedire il reato altrui.

## **7. L'idealtipo di reato d'obbligo nell'esperienza tedesca: un breve *focus* sull'*Untreue*.**

Alla luce di quanto finora esposto in tema di *Pflichtdelikte*, può essere utile ed interessante passare ad osservare più da vicino un reato che ne incarna alla perfezione gli aspetti strutturali: il pensiero corre spontaneamente all'*Untreue*, fattispecie più volte richiamata nel corso del presente lavoro ed utilizzata dallo stesso Roxin per enucleare le caratteristiche essenziali dei *Pflichtdelikte*, dei quali rappresenta indubbiamente l'idealtipo.

La fattispecie in questione è un'ipotesi di *Vergehen*, in quanto è comminata una pena nel minimo inferiore ad un anno<sup>185</sup>, ed è prevista dal § 266 StGB, che dispone quanto segue: «(1) *Chi abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. (2) Si applicano in quanto conformi i §§ 243 Abs. 2, 247, 248a e 263 Abs. 3*»<sup>186</sup>.

L'*Untreue* è dunque costruita come fattispecie unitaria a condotta alternativa, configurabile sia nel caso in cui il soggetto attivo abusi del potere di disporre del patrimonio altrui, sia nel caso in cui violi il dovere di curare interessi patrimoniali altrui<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Ai sensi del § 12 StGB, nel diritto penale tedesco i reati si distinguono in *Verbrechen* (crimini) e *Vergehen* (delitti): i primi sono puniti con pena detentiva non inferiore nel minimo a un anno, i secondi con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o con pena pecuniaria. Giova ricordare che le contravvenzioni (*Übertretungen*) sono state depenalizzate in blocco nella Repubblica Federale con la riforma entrata in vigore nel 1975.

<sup>186</sup> La traduzione italiana del testo può leggersi in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

<sup>187</sup> Sulle ragioni per cui la norma incrimina entrambe le ipotesi, v. *supra*, nel presente capitolo, nota 16.



Con la prima variante (*Mißbrauchstatbestand*), che dà rilievo preminente al potere di disposizione, il legislatore ha inteso tutelare il titolare del patrimonio dai pericoli che derivano dall'attribuzione a terzi di un potere negoziale nei *rapporti esterni*; con la seconda (*Treubruchstatbestand*), si è voluto tutelare il patrimonio altrui nell'ambito dei *rapporti interni* tra gerente e gerito<sup>188</sup>.

Parte della dottrina ravvisa tra le due sotto-fattispecie un rapporto di genere a specie: in particolare, la variante d'abuso costituirebbe una specificazione della più generale infedeltà e su quest'ultima prevarrebbe, in quanto *lex specialis*, nella ipotesi del concorso: più precisamente, può ritenersi che il rapporto tra le due sotto-fattispecie si risolve in una *priorità logica*, sicché l'interprete, in fase di sussunzione, può procedere alla previa verifica degli elementi dell'abuso i quali, ove integrati, lo esimono dal provare la sussistenza di quelli attinenti alla slealtà.

Al riconoscimento di un rapporto di specialità fa seguito, automaticamente, l'estensione anche alla fattispecie abusiva dell'elemento dell'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui: conseguentemente, per ritenere integrata l'ipotesi dell'abuso bisognerà verificare, oltre agli elementi costitutivi suoi propri, altresì la sussistenza di un obbligo di cura.

A sostegno di questa posizione, si segnala come l'evento di danno sia posto, nella formulazione della norma, in relazione "a colui del quale [il soggetto attivo] deve curare gli interessi patrimoniali" e una simile opzione è suscettibile di due sole interpretazioni: o la violazione del dovere di cura sul patrimonio altrui, come richiamato dal danno, non si estende alla fattispecie di abuso e questa costituisce un reato autonomo di pura condotta, oppure l'abuso deve potersi ricondurre alla violazione di uno speciale obbligo di cura che regola il potere di disposizione di cui il soggetto attivo, per l'appunto, abusa. La seconda opzione pare preferibile in quanto contribuisce a specificare la fattispecie abusiva così conferendole maggiore determinatezza<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr.: C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., pp. 87-88; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 249.

<sup>189</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit. pp. 251-252. L'Autore fa notare, inoltre, che la giurisprudenza ha escluso dall'ambito di applicabilità della norma quelle condotte poste in essere da chi non abbia, sul patrimonio del danneggiato, alcuno speciale obbligo di cura: è il caso, ad esempio delle ipotesi di abuso di carta di credito o libretto di assegni. La lacuna di tutela così determinatasi è stata poi colmata dal legislatore con l'introduzione nel codice penale di una nuova fattispecie incriminatrice, specificamente ritagliata sull'abuso di carte assegni e carte di credito (§ 266b StGB – *Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten*).

Parimenti comune alle due varianti è, dunque, anche l'evento di danno, consistente nel cagionare un pregiudizio alla persona i cui interessi patrimoniali si devono curare.

### 7.1. L'Untreue come Sonderdelikt

Il primo elemento che viene in considerazione, per classificare l'*Untreue* come *Pflichtdelikt*, è la limitazione della cerchia dei possibili autori: la fattispecie in esame costituisce, tanto nella variante abusiva come in quella di violazione del dovere di cura, un *Sonderdelikt* in quanto il soggetto attivo deve esser parte di uno specifico rapporto obbligatorio avente ad oggetto il patrimonio altrui<sup>190</sup>. Più in particolare, possibili autori<sup>191</sup> del reato di *Untreue* possono essere solo gli affidatari del patrimonio, ossia quanti, al momento della commissione del reato, risultavano titolari di uno specifico obbligo di tutela sul patrimonio stesso (*Vermögensbetreuungspflicht* o *Treupflicht*). Coloro che invece, pur avendo concorso al fatto, non risultavano titolari di detto obbligo, possono essere qualificati solo come partecipi (a seconda dei casi, istigatori o complici).

Con specifico riguardo a quest'ultima categoria, ai sensi del § 28 Abs. 1 StGB, gli istigatori ovvero gli ausiliatori che manchino degli speciali requisiti soggettivi da cui dipende la punibilità, hanno diritto ad una diminuzione di pena *ex* § 49 Abs. 1 StGB.

Si è a lungo discusso circa la possibilità che il beneficio in parola venga cumulado ovvero assorbito in quello che automaticamente spetta *ex* § 27 Abs. 2 StGB al *Gehilfe* in quanto tale, ossia al soggetto che viene riconosciuto come mero partecipe in base ai tradizionali criteri relativi alla *Tatherrschaft*

Il *Bundesgerichtshof*, in una celebre sentenza, ha stabilito che ove al *Teilnehmer* (mero partecipante) la qualità di *Gehilfe* derivi esclusivamente dal fatto che non possiede le qualifiche personali richieste (senza riguardo, dunque, al criterio del dominio del fatto), la diminuzione del § 28 Abs. 1 StGB è da ritenersi assorbita nella più generale

---

<sup>190</sup> Cfr. W. MITSCH, *Strafrecht. Besonderer Teil, 2, Vermögensdelikte*, Berlin - Heidelberg, 2015, p. 385. Nella dottrina italiana, invece, la fattispecie in esame è talora definita "un reato comune"; in questo senso, si vedano: M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 85; R. FEBBRAI, *Infedeltà patrimoniale*, in L. D. Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2009, p. 535; M. NADDEO, *Reati societari*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, p. 336.

<sup>191</sup> Il termine "autore" è qui utilizzato come comprensivo delle tre forme equipollenti previste dal § 25 StGB: *Täter, Mittäter e mittelbarer Täter*.

del § 27 Abs. 2 StGB<sup>192</sup>. Ma, nella stessa sentenza, si dà atto della possibilità di procedere ad un cumulo delle attenuanti, laddove si ricollegli il ruolo di *Gehilfe* sia all'assenza della qualifica soggettiva richiesta dalla fattispecie astratta, sia alla mancanza di dominio sul fatto<sup>193</sup>.

È chiaro che un'applicazione della teoria dei *Pflichtdelikte* all'ipotesi in questione può dunque condizionare la soluzione del dilemma.

Difatti, se si classifica l'*Untreue* tra i *Pflichtdelikte*, giocoforza deve escludersi qualsiasi riferimento all'idea del dominio del fatto: tanto l'autoria quanto la partecipazione prescindono, come sappiamo, dalla natura determinante o solo accessoria del contributo apportato. Conseguentemente, e concludendo sul punto, i soggetti non obbligati dovranno considerarsi meri partecipi senza riguardo alcuno al *quantum* di partecipazione soggettiva: il distinguo operato dal *Bundesgerichtshof* nella citata sentenza non ha cioè ragion d'essere rispetto ai reati d'obbligo e, pertanto, ai complici ben potrà riconoscersi una doppia diminuzione della pena, tanto ai sensi del § 27 StGB quanto del § 28 StGB.

## 7.2. La condotta tipica: la variante dell'abuso di potere (Mißbrauchstatbestand).

La fattispecie di abuso presuppone che l'autore, su cui incombe un obbligo fiduciario, abusi del potere di disporre del patrimonio altrui, che gli sia stato conferito, a scopo di tutela del patrimonio stesso, in forza di una legge, di un ordine dell'autorità ovvero di un negozio giuridico.

La condotta tipizzata consiste dunque nel porre in essere un atto giuridico perfettamente valido ed efficace all'esterno, che, però, da una prospettiva *interna* al rapporto

---

<sup>192</sup> Si veda, in giurisprudenza BGH, Beschl. v. 08.01.1975, Az.: 2 StR 567/74, in *www.jurion.de*: «Führt allein das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals dazu, daß der Tatbeteiligte nur als Gehilfe verurteilt werden darf, so kann ihm die sowohl in § 27 Abs. 2 wie in § 28 Abs.1 StGB vorgeschriebene Milderung der Strafe nach § 49 Abs.1 StGB nur einmal zugute kommen».

<sup>193</sup> BGH, Beschl. v. 08.01.1975, Az.: 2 StR 567/74, cit.: «Der Senat neigt jedoch dazu, eine Doppelverwertung auch im Verhältnis von § 27 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 StGB n.F. immer dann als möglich und geboten anzusehen, wenn die Gehilfenschaft sich neben dem Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals auch aus anderen Tatsachen, etwa aus dem nur mit Gehilfenwillen geleisteten geringen Tatbeitrag ergibt».

fiduciario risulti contrario agli obblighi assunti<sup>194</sup>; in altri termini, l'abuso si colloca nello spazio di sottrazione tra potere giuridico astrattamente (e validamente) spendibile all'esterno (*rechtliches Können*) e quello concesso dal titolare del patrimonio gestito che si ha il permesso di esercitare (*Dürfen*).

Per quanto concerne la fonte del potere, esso può essere di derivazione legale, negoziale o amministrativa.

Nel primo caso si tratta di facoltà che non presuppongono uno specifico atto di attribuzione, bensì discendono *ipso iure* dal possesso di un determinato *status* o posizione (si pensi agli *status* regolati dal diritto di famiglia). Per quanto attiene, invece, al potere conferito in forza di un negozio giuridico, si tratta, tipicamente, di quei negozi con i quali una parte attribuisce all'altra un potere di rappresentanza, come ad esempio la procura. Quanto ai poteri che sorgono ordine dell'autorità, per esemplificare ci si può riferire ad un impiego assunto presso un pubblico ufficio cui sia connesso un potere di rappresentanza.

Per quanto riguarda l'atto che conferisce i poteri, questo deve risultare, secondo le norme vigenti all'epoca del reato, valido ed efficace: *nulla quaestio*, naturalmente, per i poteri che per legge discendono dal possesso di un particolare *status*; invece andrà verificata la validità del negozio giuridico che conferisce la rappresentanza sul patrimonio altrui o che autorizza il compimento di un atto di disposizione; ovvero la validità dell'atto di nomina (o dell'atto comunque denominato) che investe l'autore del particolare ruolo cui è connesso un potere di rappresentanza.

Il giudizio di condanna dunque presupporrà sempre un confronto concreto tra il *quantum* di potere esercitato all'esterno e l'estensione della legittimazione dal punto di vista interno. A tal riguardo, è bene inoltre distinguere i due parametri di cui dovrà tener conto l'interprete in fase di sussunzione: il primo, di tipo materiale, empiricamente rilevabile, coincide con l'azione o l'omissione realizzata<sup>195</sup>; il secondo fattore, avente natura esclusivamente normativa consiste nella situazione di contrarietà della condotta agli obblighi contenuti nell'atto che conferiva i poteri esercitati (*Pflichtwidrigkeit*).

---

<sup>194</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 249 (in particolare, nota 53).

<sup>195</sup> Anche l'omissione può infatti integrare la variante di abuso, laddove, ad esempio, l'inattività integri un comportamento concludente suscettibile di produrre determinati effetti negoziali (ci si può immaginare il mancato confezionamento di una lettera di conferma in un affare commerciale); sul punto, si veda L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 250, in particolare nota 56 e dottrina *ivi* richiamata.

Sebbene, dunque, soltanto la seconda sotto-fattispecie (*Treubruchstatbestand*) risulti espressamente incentrata sull'infedeltà, anche nella variante in esame si può, in realtà, riscontrare il dato caratterizzante dei reati d'obbligo: la sussistenza di un dovere preesistente alla fattispecie penale, la cui infrazione funge da presupposto per l'incriminazione.

### 7.3. (segue): la variante della violazione del dovere (*Treubruchstatbestand*)

Nella sua seconda modalità di realizzazione, la fattispecie prevede che l'autore violi l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali altrui, cui è tenuto in forza di legge, ordine dell'autorità, negozio giuridico, ovvero in connessione con un rapporto fiduciario.

È immediatamente percepibile la vaghezza della formulazione impiegata, condivisibilmente definita «una sorta di clausola generale indeterminata»<sup>196</sup>; e difatti, è sulla variante in questione che si sono principalmente concentrati gli sforzi di dottrina e giurisprudenza nella direzione di una costante lettura restrittiva che restituisca al dettato normativo la dovuta aderenza al principio di determinatezza *ex art 103 GG*<sup>197</sup>.

Si coglie subito, inoltre, la differenza rispetto alla prima variante che, a ben guardare, copre solo una frazione delle possibili condotte dirette a pregiudicare i patrimoni costituiti in affidamento, in quanto presuppone necessariamente un agire negoziale con efficacia reale od obbligatoria<sup>198</sup>. La violazione del dovere ha, invece, un ambito applicativo ben più ampio: svolge cioè una funzione “residuale” e sussidiaria, raccogliendo nel suo alveo tutte le più rilevanti ipotesi escluse dalle prima variante, vale a dire i casi in cui:

- l'autore esercita sul patrimonio un potere di mero fatto, essendogli preclusa la possibilità di concludere negozi giuridici sullo stesso
- l'autore è titolare di un generico obbligo di controllo (ad esempio, i membri del collegio sindacale di una società per azioni);

---

<sup>196</sup> Così, testualmente, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 245.

<sup>197</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 248.

<sup>198</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 249.

- l'autore pone in essere condotte omissive;
- l'autore realizza una condotta che sarebbe astrattamente riconducibile ad altra norma incriminatrice (in particolare, l'appropriazione indebita di cosa affidata) tuttavia con conseguente appesantimento del trattamento sanzionatorio<sup>199</sup>.

Sembra, dunque, che il legislatore del 1933, con la formulazione della prima variante, abbia inteso indicare la direzione della tutela, segnalando le condotte e i destinatari privilegiati del precetto; con la seconda, invece, sembra abbia preferito assicurarsi che non sfuggissero alle maglie della repressione quelle condotte che, pur dotate di pari disvalore, non rientravano nella sfera applicativa della prima variante, per esempio per questioni dipendenti dal diritto civile, ovvero per mezzo di insidiose strategie elusive della norma (come nel caso di collusione tra rappresentante e terzo contraente)<sup>200</sup>.

Per quanto riguarda le fonti del suddetto obbligo, non diversamente da quanto previsto nella prima parte della norma, queste possono consistere in una legge, un ordine dell'autorità, o un negozio giuridico.

Vi è però un elemento ulteriore, rappresentato dal richiamo ad un "rapporto fiduciario" (*Treueverhältnis*), rispetto al quale due sono le possibili interpretazioni. Da un lato, potrebbe ritenersi che il rapporto fiduciario sorga in forza di una legge, di un ordine dell'autorità o di un negozio giuridico. Dall'altro, però, una siffatta interpretazione, oltre a risultare sostanzialmente abrogativa dello stesso *Treueverhältnis* (rapporto fiduciario), è anche smentita dalla lettera della legge, che accosta quest'ultima fonte alle altre per mezzo della congiunzione disgiuntiva "o" (*oder*). Stando così le cose, è preferibile considerare il rapporto fiduciario come un'ulteriore fonte dell'obbligo e conferirgli autonomia rileggendolo come rapporto fiduciario di fatto<sup>201</sup>.

Se si assumono come referente le posizioni fiduciarie fattuali, la norma giunge a ricomprendere un numero ancora maggiore di ipotesi: si può pensare al caso in cui gli obblighi di tutela derivino da un negozio giuridico nullo e dunque improduttivo di effetti; i casi in cui il rapporto giuridico, validamente costituito, sia giunto a termine, ma "di fatto" l'autore prosegua nell'esercizio dei suoi compiti; ecc. La formulazione della se-

---

<sup>199</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., pp. 249-250.

<sup>200</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., pp. 250-251.

<sup>201</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 125.

conda variante, come anticipato, risulta quindi particolarmente ampia, e perciò votata ad un'interpretazione incontinentemente estensiva<sup>202</sup>.

A questo rischio, come già accennato, ha cercato di porre rimedio la giurisprudenza del *Reichsgericht*, che sin dalla prime pronunce emanate all'indomani dell'entrata in vigore della norma<sup>203</sup>, ha affermato l'esigenza di una interpretazione restrittiva della stessa, in particolare delineando una fattispecie in cui l'obbligo di cura deve costituire il contenuto tipico ed essenziale del rapporto di fiducia, ossia una obbligazione *principale* e non secondaria del rapporto gestorio<sup>204</sup>: in tal modo, si escludono dall'ambito applicativo dell'*Untreue* gli occasionali incarichi esecutivi e i meri inadempimenti contrattuali, nonché, più in generale, qualsiasi obbligo risulti marginale rispetto alla tutela del patrimonio (c.d. *Nebenpflicht*).

D'altra parte l'importanza di tale opera interpretativa non va sopravvalutata: il suo valore si coglie soprattutto per la funzione di riaffermazione dei principi dello Stato di diritto e di rifiuto dell'idea di un diritto penale della fedeltà, che non per la sua capacità di restituire al precetto dei contorni definiti<sup>205</sup>.

## 8. Brevi note sul recepimento della teoria dei *Pflichtdelikte* nella dottrina tedesca.

A conclusione di questa prima parte del lavoro, finalizzata ad indagare le ragioni che hanno portato ad enucleare la figura del reato d'obbligo, nonché ad esaminare le caratteristiche strutturali di questo "nuovo" tipo penale e le possibili ricadute applicative, sembra opportuno dare conto delle reazioni provocate dalla teoria dei *Pflichtdelikte* nell'ordinamento tedesco. Per quanto concerne, invece, l'interesse destato presso la dottrina italiana e le relative elaborazioni in materia, di ciò si darà conto nella seconda parte del lavoro.

---

<sup>202</sup> Cfr. C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 88.

<sup>203</sup> Si ricordi che l'attuale versione dell'*Untreue* corrisponde quasi integralmente a quella entrata in vigore con la novella del 26 maggio 1933.

<sup>204</sup> Cfr.: C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 88; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., pp. 246-247 che richiama, in proposito, la celebre sentenza del 14 dicembre 1934 del *Reichsgericht*.

<sup>205</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., p. 247.

Ebbene, per iniziare, va segnalato che la teoria dei *Pflichtdelikte* solo in tempi più recenti ha incontrato un certo favore, ma all'indomani della pubblicazione dell'opera *Täterschaft und Tatherrschaft*, al contrario, suscitò reazioni fortemente critiche.

In particolare, la partizione ideata da Roxin (*Herrschaftsdelikte vs. Pflichtdelikte*), con la netta separazione tra autoria caratterizzata dal dominio sul fatto e autoria impronata sulla violazione del dovere si esponeva ad una precisa obiezione: la duplicazione del concetto di autore, che infrange l'unità sistematica tedesca sul tema dell'autoria.

Tuttavia, Roxin non ha mancato di replicare a tale obiezione, mostrandone i limiti sotto tre differenti profili<sup>206</sup>:

- In primo luogo, è la concezione stessa dell'autore come figura centrale del successo dell'azione, alla quale sottostanno in ugual misura sia l'idea della *Tatherrschaft* che quella della violazione del dovere, a garantire comunque l'unità sistematica della nozione. E, sebbene Roxin riconosca l'intrinseca astrattezza dell'idea di autore come "figura centrale dell'azione", afferma che tale astrattezza è in definitiva comune a tutti i concetti sistematici fondamentali e, pertanto, non pone problemi particolari. Piuttosto, tale concetto soddisfa una duplice, basilare, esigenza: da un lato, funge da elemento fondante, in quanto consente di individuare le proprietà comuni a tutti i tipi di autore; dall'altro, svolge una funzione limitatrice, in quanto consente di scartare immediatamente le impostazioni teoriche con esso incompatibili.
- In secondo luogo, la contrapposizione tra dominio del fatto e dovere non crea un'artificiale distinzione dottrinale, bensì nasce dalla constatazione di una differenza strutturale situata nei tipi penali effettivamente esistenti, elabora tale differenza e la organizza sistematicamente mediante sussunzione sotto un macro-concetto comune. Il che corrisponde all'idea generale secondo cui il sistema non impone dall'esterno la materia oggetto di regolazione, bensì ha semplicemente la funzione di organizzare razionalmente i fenomeni concretamente dati e evidenziare le grandi relazioni strutturali ad essi sottostanti.

---

<sup>206</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 431-432.



- In terzo luogo, osserva Roxin, la posizione speciale attribuita ai reati d'obbligo non complica la sistemazione della materia; piuttosto, i reati d'obbligo, da sempre esistenti ma mai riconosciuti nella loro autonomia concettuale, hanno sempre rappresentato un corpo estraneo che necessitava di integrazione dogmatica. Procedere a dar loro una collocazione nel sistema significa, quindi, contribuire a ridare ordine alla dottrina dell'autoria e, conseguentemente, a risolvere taluni problemi concreti sul terreno della partecipazione.

Al di là di questa specifica obiezione, va detto che gli Autori che hanno rifiutato la teoria dei *Pflichtdelikte*, in generale, non negano che in questo particolare gruppo di illeciti l'autoria presupponga la violazione di un dovere specifico; ciò nonostante, alla necessità di tale violazione affiancano anche la necessità che l'autore sia *dominus* del fatto.

Si è già visto in precedenza come una simile impostazione risulti, in definitiva, una strada senza uscita nel caso dello strumento doloso non qualificato, laddove l'*Hintermann*, che riveste la qualifica soggettiva, agisca senza esercitare alcun dominio sul fatto; va ora precisato che le medesime difficoltà si incontrerebbero anche rispetto ai reati omissivi, dove per principio – afferma Roxin – non possibile concepire l'idea di dominio sul fatto<sup>207</sup>. Non a caso, i reati omissivi vengono assimilati dallo stesso Roxin ai reati d'obbligo, in quanto la violazione del dovere extrapenale da parte del soggetto in posizione di garanzia basta da sé a convertire l'omittente in autore<sup>208</sup>.

E proprio il tema dell'omissione ha dato luogo ad una dei più importanti sviluppi della teorizzazione di Roxin: si allude all'elaborazione di Jakobs<sup>209</sup>. Così come Roxin, anche Jakobs ritiene che nei reati d'obbligo il garante che omette l'azione doverosa è punibile come autore. Tuttavia egli non riconduce tutti i reati omissivi impropri alla categoria dei reati d'obbligo, bensì trasferisce, sul terreno dell'omissione, la distinzione tra *Herrschaftsdelikte* e *Pflichtdelikte* elaborata da Roxin rispetto alle fattispecie commissive.

Più in particolare Jakobs distingue:

- (i) *Pflichten kraft Organisationszuständigkeit* (obblighi derivanti da responsabilità per organizzazione): esempi di questa categoria sono gli obblighi

<sup>207</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 745.

<sup>208</sup> Cfr. C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 497 ss.

<sup>209</sup> Cfr. in particolare, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., *passim* e in particolare p. 802 ss. e p. 820 ss.

di sicurezza nel traffico, l'ingerenza, l'assunzione di doveri o, più in generale, obblighi presupposti a fattispecie di pericolo. Si tratta di garantire nel settore di organizzazione di riferimento che nessuno venga danneggiato o esposto a pericolo, ed è irrilevante che la condotta consista in azioni od omissioni. Quanto ai ruoli concorsuali, occorre determinarli tenendo conto del *quantum* di contributo di ciascun concorrente.

(ii) *Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit* (obblighi derivanti da responsabilità istituzionali): esempi di questa seconda categoria sono i doveri nascenti da relazioni familiari, da rapporti fiduciari, o i doveri d'ufficio basilari. I reati omissivi basati sull'infrazione di questi doveri sono riconducibili alla categoria dei *Pflichtdelikte* e pertanto il garante-omittente risponde sempre come autore.

Oltre a Jakobs è necessario ricordare un altro Autore che alla tematica dei reati d'obbligo ha dedicato un'importante lavoro monografico: Sánchez-Vera, che ha indagato la categoria dei *Pflichtdelikte* così come elaborata da Roxin e successivamente sviluppata da Jakobs, soprattutto dall'angolo visuale della partecipazione criminosa<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> Cfr. J. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikte und Beteiligung*, Berlin, 1999.

## CAPITOLO III

### LA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO: UN *EXCURSUS* SUI REATI D'OBBLIGO PREVISTI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricostruzione dogmatica del reato d'obbligo nella dottrina italiana. – 2.1. I nuclei di disvalore del reato d'obbligo. – 3. Una rassegna delle fattispecie d'obbligo previste nel codice penale. – 3.1. L'archetipo normativo del reato d'obbligo: il patrocínio infedele. – 3.1.1. Le altre ipotesi di prevaricazione. – 3.2. L'infedeltà in affari di Stato. – 3.3. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. – 3.3.1. Le fattispecie incentrate sull'abuso di potere. – 3.4. L'art. 640-*quinquies* c.p. – 4. Il diritto penale economico: cenni.

#### 1. Premessa

L'indagine ricognitiva sulla teoria dei *Pflichtdelikte*, la sua genesi e la sua incidenza nell'ordinamento tedesco ha impegnato la prima parte della ricerca e può, a questo punto, considerarsi conclusa. Occorre ora volgere lo sguardo all'ordinamento italiano, per saggiare le possibilità di circolazione della categoria in esame.

Volendo ripercorrere la strada tracciata da Roxin nella sua monografia, sarebbero due, in particolare, le direttrici da seguire: si tratta di accertare se la categoria del reato d'obbligo possa adempiere, anche nell'ordinamento italiano, da un lato una *funzione classificatoria* e, dall'altro, una *funzione di disciplina*; la prima, senza la seconda, potrebbe risultare, infatti, fine a sé stessa e si esporrebbe facilmente ad un prevedibile giudizio di concettualismo.

Sul piano di un inquadramento preliminare della questione, va precisato che la circolazione del modello in esame, finora, è avvenuta soprattutto ad opera di giuristi impegnati nello studio della tematica della partecipazione eventuale. D'altronde, questa tendenza non può stupire: come si evince dalla prima parte dell'indagine, la funzione essenziale dei *Pflichtdelikte* e, prima ancora, la ragione stessa della loro ideazione vanno

ricercate nella necessità di individuare le figure del coautore e dell'autore mediato in taluni casi di realizzazione plurisoggettiva del reato proprio.

Pertanto – giova anticiparlo – anche nell'ambito di questa indagine sarà proprio il settore della partecipazione ad offrire un campo di osservazione privilegiato per lo studio dei reati d'obbligo<sup>211</sup>.

D'altra parte, non mancano nell'ordinamento italiano approcci differenti, caratterizzati dall'adozione di una prospettiva grandangolare che prescinde da problematiche inerenti al concorso di persone e si propone, invece, di enucleare le caratteristiche strutturali del reato d'obbligo nell'ambito di indagini di ampio respiro sul *Tatbestand*.

Conviene prendere le mosse proprio da questi studi ed impiegarne le acquisizioni, al fine di individuare le specifiche ipotesi di reato d'obbligo presenti nella legislazione italiana ed offrire di esse una rassegna esemplificativa.

## **2. La ricostruzione dogmatica del reato d'obbligo nella dottrina italiana**

Uno dei pochi studiosi italiani che ha affrontato lo studio del reato d'obbligo prescindendo dalla tematica del concorso di persone è Paliero: nelle sue *Lezioni*, infatti, la categoria del reato d'obbligo è indagata nel quadro di una più ampia analisi del *Tatbestand* e delle varie tipologie di tipi penali<sup>212</sup>. Più in particolare, consegnato alla tradizione il "dogma dell'azione", ossia l'idea per cui non possa esservi reato senza un'azione (da intendersi, ovviamente, come comprensiva di condotte sia attive che omissive)<sup>213</sup>, l'Autore formula una più moderna impostazione, che consente di classificare i tipi penali a seconda del fatto che essi abbiano come elemento caratterizzante: il comportamento umano; il dovere; lo *status*. Ne discende la seguente tripartizione di modelli penali:

- (i) il reato di comportamento o d'azione;
- (ii) il reato d'obbligo;
- (iii) il reato di *status* o di possesso.

---

<sup>211</sup> V. *infra*, capitolo IV.

<sup>212</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 48 ss.

<sup>213</sup> Su questo tema è d'obbligo il rinvio a G. MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, cit.

La tripartizione proposta, come si vede, pur mutuando la nozione di reato d'obbligo dalla teoria di Roxin, presenta rispetto ad essa un elemento di indubbia originalità: l'enucleazione dei reati *status* o di possesso. Una sia pur breve analisi dei modelli *sub (i)* e *(iii)* esulerebbe, tuttavia, dall'economia del presente lavoro: occorre, pertanto, soffermarsi direttamente sul reato d'obbligo.

Conformemente a quanto sostenuto da Roxin, anche per Paliero nel reato d'obbligo «l'incriminazione ruota attorno a un obbligo giuridico di fedeltà gravante sul soggetto attivo del reato, che è sempre un soggetto qualificato dalla *funzione*»<sup>214</sup>; e, così come sostenuto da Roxin, anche Paliero osserva che la condotta può essere indifferentemente realizzata in forma commissiva o omissiva, sicché non occorre, per l'integrazione della fattispecie, il ricorso a norme estensive della punibilità (*in primis*, l'art. 40 comma 2 c.p.)<sup>215</sup>.

Un elemento differenziale tra le due costruzioni dogmatiche è dato dalla necessità, postulata nella costruzione teorica italiana ma non in quella d'oltralpe, che nei reati d'obbligo sia sempre presente un evento, normalmente di lesione (si consideri il delitto di *Patrocinio o consulenza infedele* di cui all'art. 380 c.p. con il quale si punisce il patrocinatore o il consulente tecnico «che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, *arrecava nocumento* agli interessi della parte») o almeno di pericolo (si pensi al delitto di *Infedeltà in affari di Stato* di cui all'art. 264 c.p. che punisce chi si rende infedele al mandato ricevuto dal Governo italiano «*se dal fatto possa derivare nocumento* all'interesse nazionale»). La necessaria presenza dell'evento si spiega con l'esigenza di controbilanciare in chiave oggettivistica una certa propensione del reato d'obbligo a fughe soggettivistiche, in quanto fattispecie incentrata, in ultima analisi, sulla *Pflichtverletzung*: l'evento, costituendo la manifestazione fenomenica della lesione del bene giuridico, serve appunto ad evitare che il reato d'obbligo sia interpretato come ipotesi di mera infedeltà.

Secondo le regole generali (art. 40 c.p.), alla indefettibile presenza di un evento nello schema descrittivo della fattispecie segue, come corollario, la necessità di accertare la sussistenza del nesso di causalità nel caso concreto.

---

<sup>214</sup> Così C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 51.

<sup>215</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., pp. 51-52.

## 2.1. I nuclei di disvalore nel reato d'obbligo

Un aspetto particolarmente interessante della costruzione teorica di Paliero è la messa a fuoco dei nuclei di disvalore del reato d'obbligo.

Muovendo dal presupposto secondo cui la norma penale sia fondamentalmente norma di valutazione, nel senso che qualifica in termini di disvalore ciò che incrimina, l'Autore individua all'interno del reato (beninteso, di qualsiasi reato) quattro nuclei di disvalore, tre dei quali orientati sul fatto ed uno solo sull'autore. Si tratta, in dettaglio, del disvalore di condotta, del disvalore di evento, del disvalore di personalità e del disvalore di intenzione<sup>216</sup>.

Quanto al primo, va detto che esso è sempre rintracciabile nei reati d'obbligo, sebbene non risulti particolarmente pregnante: in una comparazione ideale con i reati di comportamento, il disvalore di condotta del reato d'obbligo presenterebbe un'intensità intermedia, superiore rispetto a quella dei reati a forma libera in cui il disvalore di condotta risiede sostanzialmente nell'efficacia causale della condotta stessa (es. l'*Omicidio*), ma inferiore rispetto a quello dei reati a forma vincolata, in cui il disvalore di condotta risiede nel mezzo prescelto dal soggetto attivo (es. la *Truffa*)<sup>217</sup>.

Questo aspetto rivela, *prima facie*, una somiglianza con il reato d'evento doloso a forma libera. Ma, a ben guardare, si tratta di una somiglianza soltanto parziale: vediamone le ragioni.

*In primis* può osservarsi che il reato doloso d'evento a forma libera è per definizione un reato causale puro, in cui l'unico elemento tipizzato è l'evento, mentre la condotta è del tutto svincolata da note modali e, dunque, realmente indifferente ai fini dell'incriminazione. Nel reato d'obbligo, invece, la condotta può dirsi indifferenziata, ma non indifferente, in quanto non si presenta completamente libera da vincoli modali: in altri termini, sebbene la condotta non sia direttamente tipizzata nella norma incriminatrice ma vada ricercata *aliunde*, e sebbene essa sia realizzabile in forma sia commis-

---

<sup>216</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., pp. 53-54.

<sup>217</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 69.

siva che omissiva, comunque deve sostanziarsi in un comportamento violatore del particolare dovere di cui il soggetto è investito<sup>218</sup>.

Da questa differenza ne consegue una seconda, relativa al ruolo della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.: a tale clausola deve ricorrersi solo per il reato d'evento a forma libera, ma non per il reato d'obbligo, la cui condotta indifferenziata già racchiude in sé la variante omissiva<sup>219</sup>.

Ancora, un'ulteriore differenza può osservarsi dal punto di vista causale: in tutti i casi, la condotta rappresenta un antecedente dell'evento ma, mentre nei reati causali puri si tratta di un antecedente naturalistico, nei reati d'obbligo si tratta di un antecedente normativizzato, ossia individuato solo normativamente come antecedente tipico dell'evento<sup>220</sup>.

Venendo poi al disvalore di evento, si tratta anche in questo caso di una componente essenziale del reato d'obbligo, attesa la – già segnalata – necessità di un evento nello schema descrittivo della fattispecie.

Infine, un ruolo essenziale nel reato d'obbligo è giocato dal disvalore di personalità, in quanto il soggetto attivo è portatore di una qualifica che ne esprime l'appartenenza ad un'istituzione e la prossimità al bene giuridico tutelato: il fatto dunque si connota per la presenza di un disvalore di personalità particolarmente pregnante in quanto a ledere il bene giuridico è proprio la persona deputata a difenderlo<sup>221</sup>.

### **3. Una rassegna delle fattispecie d'obbligo previste nel codice penale**

Individuate le caratteristiche strutturali del reato d'obbligo, è ora possibile procedere ad un'indagine sistematica che consenta di identificare le fattispecie effettivamente presenti nel nostro ordinamento.

---

<sup>218</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 89.

<sup>219</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 67 e p. 89.

<sup>220</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 67.

<sup>221</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 66.

Limitando inizialmente il campo dell'indagine alle disposizioni presenti nel codice penale vengono in considerazione, innanzi tutto, gli artt. 264, 380 e 381 c.p., in quanto norme che *ex professo* contemplano il requisito dell'infedeltà. Tuttavia, non mancano esempi di reati d'obbligo anche nel settore della tutela della Pubblica Amministrazione, o nell'ambito dei delitti contro il patrimonio.

### 3.1. L'archetipo normativo del reato d'obbligo: il patrocinio infedele

Esempio paradigmatico di reato d'obbligo è rinvenibile nell'art. 380 c.p. (*Patrocinio o consulenza infedele*), in quanto disposizione che racchiude tutti gli elementi strutturali tipici dei *Pflichtdelikte*: si tratta di una norma che può letteralmente assumersi come "cartamodello" dei tipi penali in esame, sicché è opportuno osservarne da vicino il funzionamento.

Quanto all'autoria, l'art. 380 c.p. è un reato proprio, in quanto soggetto attivo può essere soltanto il patrocinatore o il consulente tecnico.

L'espressa menzione di queste due figure professionali, peraltro, ha la funzione di limitare l'applicabilità della fattispecie non soltanto in termini soggettivi, ma anche in termini oggettivi. Difatti, si ritiene che, per la configurabilità del reato, sia necessario un effettivo rapporto di rappresentanza, difesa o assistenza in un procedimento giudiziario pendente (il che presuppone, dunque, che sia intervenuta una regolare nomina ma è indifferente che essa sia elettiva o di ufficio e che l'attività del patrocinatore sia retribuita o meno)<sup>222</sup>. Il richiamo alla figura del "patrocinatore" avrebbe dunque la funzione di

---

<sup>222</sup> Cfr.: AA. VV., *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera - L. Zilletti, Milano, 2009, p. 17; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, pp. 417-418; M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 421; R. PANNAIN, voce *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 809; P. PISA, *Infedeltà del patrocinatore*, in AA. VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola-Zagrebelsky, Torino, II ed., pp. 490-491; R. VENDITTI, voce *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 426. In giurisprudenza si vedano: Cass. pen., Sez. II, 29-1-2008, n. 6382; Cass. pen., Sez. II, 7-11-2007, n. 45992; Cass. pen., Sez. V, 08-02-2005, n. 11951; Cass. pen., Sez. VI, 21-10-2004, n. 7384; Cass. pen., Sez. VI, 19-05-1998, n. 9758; Cass. pen., Sez. VI, 08-07-1997, n. 8420; Cass. pen., Sez. VI, 28-3-1995, n. 4668.

Un orientamento minoritario, muovendo dall'esigenza di tutelare le aspettative della parte, giunge a soluzioni opposte riconoscendo la rilevanza penale del rapporto professionale e di un'attività che, pur in assenza dell'attuale pendenza di un procedimento, sia anche solo destinata alla sua instaurazione, secondo il mandato, la volontà, l'aspettativa della parte. Una conclusione non ostacolata dal tenore letterale della



circoscrivere l'ambito di applicabilità della norma alle sole condotte poste in essere dopo l'instaurazione di un procedimento innanzi all'autorità giudiziaria<sup>223</sup>, ovvero nell'ambito di un procedimento (sebbene possano non concretarsi in atti o comportamenti processuali); e, per converso, non integrano il reato di infedele patrocinio le condotte del patrocinatore, contrarie ai suoi doveri professionali, estrinsecatesi al di fuori di un procedimento<sup>224</sup>, oppure realizzate prima dell'instaurazione del processo vero e proprio e rispetto ad esso prodromiche<sup>225</sup>.

---

legge: la formulazione dell'art. 380 c.p. ed il suo raffronto sistematico con la fattispecie di cui all'art. 381 c.p., in cui, senza ombra di dubbio, è richiesta l'attualità della pendenza del procedimento (si usa infatti l'espressione "nel corso di un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria") non impediscono di interpretare in senso ampio la disposizione di cui all'art. 380 c.p. Sembra orientato in questo senso A. CALAMANTI, *Presupposti ed oggettività giuridica del reato di infedele patrocinio*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 265.

La giurisprudenza riflette il contrasto esistente in dottrina e il diverso peso dei due diversi orientamenti, sicché le pronunce conformi alla posizione minoritaria sono scarsissime: Cass. pen., Sez. VI, 14-12-2004, n. 856; Cass. pen., Sez. VI, 19-11-1998, n. 1410; Cass. pen., Sez. III, 10-01-1961 in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1962, p. 812.

<sup>223</sup> Si veda, in proposito, Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 41370, con nota di M. LEPERA, *La pendenza del procedimento quale presupposto del reato di infedele patrocinio*, in *La Giust. pen.*, 2007. Nella specie, il reato era stato ritenuto nei confronti di un avvocato, patrocinatore dell'attore in una causa promossa con azione revocatoria, il quale, rendendosi infedele ai propri doveri professionali, aveva avuto rapporti societari, aventi a oggetto l'acquisto e il trasferimento di immobili, con la parte avversa, in tal modo arrecando nocumento agli interessi patrimoniali della parte assistita, consistito nell'avergli fatto perdere le garanzie sul patrimonio della controparte e comunque nell'aver reso più difficoltosa l'azione sui beni patrimoniali di quest'ultima. Nella decisione della Suprema Corte, si legge che (pur essendo il reato prescritto) «la condotta contestata rientra appieno nel paradigma dell'art. 380 c.p. Non è qui in discussione il consolidato, e comunque prevalente, orientamento giurisprudenziale e dottrinale per il quale la fattispecie di cui all'art. 380 c.p. configura un reato proprio, nel senso che soggetto attivo deve essere il "patrocinatore", qualità inscindibile dallo svolgimento di attività processuali, sicché, ai fini della integrazione del reato in esame, non è sufficiente che un avvocato non adempia ai doveri scaturenti dall'accettazione di un qualsiasi incarico di natura legale, essendo necessaria, quale elemento costitutivo del reato, la pendenza di un procedimento nell'ambito del quale deve realizzarsi la violazione degli obblighi assunti con il mandato, poiché l'attività del patrono infedele è assunta per scelta del legislatore come lesiva dell'interesse tutelato solo nel momento dell'esercizio effettivo della giurisdizione. Militano in tal senso diversi argomenti: in primo luogo, la lettera della norma, secondo la cui condotta tipica è presa in considerazione in quanto si realizzi attraverso una assistenza o rappresentanza "dinanzi all'Autorità giudiziaria"; in secondo luogo, la nozione di patrocinatore – necessario soggetto attivo del reato – che non può assumere formale riconoscimento se non nell'ambito di una procedura giudiziaria; in terzo luogo, il bene tutelato dalla norma, che va individuato nell'interesse al regolare funzionamento della amministrazione della giustizia (che sarebbe pregiudicato da comportamenti sleali da parte dei patrocinatori), e solo accessoriamente (o, se si vuole, contestualmente) nell'interesse del cliente [...]. Ciò non significa, peraltro, che la condotta infedele del patrocinatore debba concretarsi necessariamente attraverso atti o comportamenti processuali, perché ciò non è richiesto dalla lettera della norma, che si riferisce solo al fatto del patrocinatore che si rende "infedele ai suoi doveri professionali", e quindi a una condotta libera. Ne è riprova la fattispecie aggravata considerata dal n. 1 del comma secondo, perfettamente attagliantesi al caso di specie (ma singolarmente non contestata in imputazione), che prevede che il fatto sia commesso "colludendo con la parte avversaria". Il patrocinatore che realizzi, a latere del processo, le condizioni di fatto perché il suo assistito non ottenga il risultato processuale auspicato è non meno colpevole di chi ometta volontariamente di svolgere le opportune iniziative processuali a sostegno delle ragioni del cliente».

<sup>224</sup> Per l'esclusione delle attività poste in essere al di fuori di un procedimento, cfr. Cass. pen., sez. VI, 17-03-2009, n. 21160, secondo cui non poteva ravvisarsi il delitto di cui all'art. 380 c.p. nel comportamento

L'elemento oggettivo del reato consiste in una condotta che, mediante l'infedeltà ai doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte; la condotta tipica può realizzarsi mediante azione od omissione<sup>226</sup>, anche eventualmente costituente reato (ed in questa ipotesi vi sarà concorso con l'eventuale altro reato)<sup>227</sup>. Come esempi di realizzazione commissiva si pensi alla soppressione o alterazione dei mezzi di prova, all'accordo doloso con la controparte, ecc.; come ipotesi di realizzazione omissiva la dolosa trascuratezza circa la scadenza dei termini, l'omissione della produzione di documenti, l'omissione dolosa della difesa, ecc.<sup>228</sup>

Il legislatore non tipicizza le modalità della condotta, (che risultano quindi indifferenti ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 380 c.p., salvo che integrino una delle aggravanti previste o la fattispecie contemplata dall'art. 381 c.p.<sup>229</sup>) e pertanto la dottrina dominante ha sinora classificato l'infedele patrocinio tra i reati a forma libera<sup>230</sup>. Vi è, tuttavia, anche chi classifica l'infedele patrocinio tra i reati a forma vincolata, ritenendo che la condotta possa realizzarsi soltanto attraverso precise modalità (la violazione dei doveri professionali di fedeltà)<sup>231</sup>. Sotto questo specifico profilo, dunque, si registra un'incertezza, che probabilmente riflette la mancata ascrizione del reato in esame alla classe dei reati d'obbligo e l'assenza di un diffuso impiego della categoria in esame.

Tuttavia, della classificazione dell'infedele patrocinio come reato d'obbligo, non può dubitarsi: l'infedeltà è un concetto normativo e va rapportata ai doveri professiona-

---

del legale che indebitamente si appropriava della somma di denaro liquidata da una compagnia di assicurazioni in favore del suo assistito a titolo di risarcimento dei danni subiti a seguito di incidente stradale e che aveva «solo falsamente assicurato ai propri assistiti che il giudizio per il risarcimento del danno era pendente, allo scopo di dissimulare l'avvenuto pagamento dell'ingente somma [...] della quale indebitamente si appropriava».

<sup>225</sup> Per l'esclusione delle attività prodromiche, si consideri Cass. pen., sez. II, 16-03-2005, n. 13489. Nel caso di specie la Cassazione negava che si potesse ravvisare il reato di cui all'art. 380 c.p. nel comportamento del legale che si fosse indebitamente appropriato di somme di denaro consegnate dal cliente per l'iscrizione di una causa di esecuzione e per provvedere alla registrazione tardiva di un contratto di locazione in vista di una procedura di sfratto, «atteso che – si legge nella decisione – non vi era pendenza di un procedimento davanti all'autorità giudiziaria ma le somme, versate dalla parte offesa all'avvocato, dovevano servire al compimento di attività prodromiche all'instauranda attività processuale». L'imputato veniva perciò condannato per il solo reato di appropriazione indebita.

<sup>226</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 419.

<sup>227</sup> Cfr. R. PANNAIN, voce *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 811.

<sup>228</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 419.

<sup>229</sup> Cfr. M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 422.

<sup>230</sup> Cfr.: M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, p. 171; M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 422; R. PANNAIN, voce *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 811.

<sup>231</sup> S. TENTORI MONTALTO, *Le infedeltà del patrocinatore e del consulente tecnico*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 156.

li; non deve, cioè, essere valutata solo in relazione all'incarico ricevuto, bensì in base alle norme che compongono la deontologia professionale, riguardanti il patrocinatore o la professione esercitata dal consulente tecnico<sup>232</sup>.

Per quanto concerne il patrocinatore, si è soliti far riferimento ad alcune norme che richiamano il concetto di fedeltà: l'art. 88 c.p.c. secondo il quale «Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità»<sup>233</sup>; il r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, recante le norme sulla professione di avvocato, che all'art. 12 dispone: «Gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia»<sup>234</sup>; infine, il Codice deontologico forense (approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014) che, oltre ad affermare i concetti di probità, lealtà e fedeltà (artt. 9 e 10), enunciati o sottesi anche nella formula di giuramento, si dedica una specifica parte (il titolo II) ai rapporti tra l'avvocato e la parte assistita. Queste regole, unitamente alle norme processuali, sicuramente costituiscono un parametro decisivo al quale rapportare la condotta del patrocinatore, per stabilire se possa qualificarsi come condotta infedele.

Da quanto detto, risulta chiara la difficoltà di individuare in astratto ed *a priori* il possibile contenuto di una condotta infedele; perciò la ricostruzione concreta del dovere di fedeltà, e delle possibili condotte che violano tale dovere, presuppone un rinvio non solo alle norme di legge o ai codici deontologici fissati dalle associazioni professionali, ma anche «alle particolarità dei casi concreti»<sup>235</sup>. Emerge chiaramente, sotto questo profilo, l'appartenenza della fattispecie in esame al novero dei tipi aperti<sup>236</sup>.

Nonostante la produzione giurisprudenziale sia in proposito tutt'altro che copiosa, scorrendo le pronunce emerge chiaramente come le tipologie di condotta infedele siano

---

<sup>232</sup> Cfr. M. C. DEL RE, *Patrocinio o consulenza infedele e le altre infedeltà del patrocinatore*, in AA. VV., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996, p. 475; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., pp. 418-419; M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 420; R. VENDITTI, voce *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico*, cit., p. 427.

<sup>233</sup> Cfr.: L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966, p. 49; M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., pp. 422-423.

<sup>234</sup> A. CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, Milano, 1987, p. 60; L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, cit., p. 37.

<sup>235</sup> Così, testualmente, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 419.

<sup>236</sup> In argomento, cfr. C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin, 1970.

innumerevoli: vi sono casi relativi alla comunicazione di notizie false e fuorvianti<sup>237</sup>; casi di accordo doloso con la controparte e rilevanza penale dell'attività extra-processuale<sup>238</sup>; mancata consegna di somme ricevute in via transattiva<sup>239</sup>; casi di dolosa astensione dall'attività professionale<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 19-12-1995, n. 2689. L'avvocato F.A., a seguito di denuncia della sua cliente L.C., era stato rinviato a giudizio per rispondere (oltre che di truffa pluriaggravata e di furto pluriaggravato) di patrocinio infedele perché, quale difensore in una causa civile della C. (che aveva riportato uno sfregio al viso in un incidente stradale), secondo l'assunto della cliente, aveva alla stessa tenuto nascosto che la provvisionale accordata dal giudice istruttore per l'intervento di chirurgia plastica che aveva chiesto di effettuare in Brasile ammontasse a lire 100 milioni ed anzi le aveva fatto credere che fosse di lire 50 milioni e che spettasse a lui la gestione di questa somma per disposizione del giudice. Il pretore, avendo escluso che la C. potesse non essere consapevole fin dall'inizio dell'esatto ammontare della provvisionale, aveva assolto l'imputato; la Corte di Appello aveva confermato la pronuncia del primo giudice.

Avverso tale decisione proponeva ricorso per Cassazione il Procuratore Generale, sottolineando che la sussistenza del delitto di infedele patrocinio era da verificare anche in relazione alla gestione della provvisionale di cui l'imputato si era arrogata l'esclusiva millantando investiture del giudice civile e sostenendo che la sentenza impugnata non aveva tenuto in autonoma considerazione questo profilo della condotta.

La Cassazione, riteneva fondata la censura ed evidenziava come la condotta illecita potesse consistere anche nella comunicazione di notizie false e fuorvianti nel corso del processo; conseguentemente, affermando che il giudice di merito doveva pronunciarsi sulla suddetta circostanza, annullava con rinvio la sentenza impugnata limitatamente a tale parte.

<sup>238</sup> Cfr.: Cass. pen., Sez. VI, 09-11-2006, n. 41370. Nel caso deciso con la citata pronuncia, la condotta infedele si era concretizzata nell'aver il patrocinatore dell'attore, in una causa revocatoria di un terreno, trasferito, d'intesa con la controparte, lo stesso terreno ad una società facente capo al predetto patrocinatore. La Corte riteneva evidente come tale condotta avesse arrecato un pregiudizio al regolare funzionamento della giustizia e agli interessi della parte assistita, sebbene non avesse avuto ad oggetto un comportamento processuale, essendo stata realizzata a *latere* del processo, colludendo con la parte avversaria. Dalla lettura della decisione emerge che la condotta tipica può concretizzarsi in un'attività processuale, ma anche in attività extra-processuali; infatti la necessità della pendenza del procedimento non comporta che "la condotta infedele del patrocinatore debba concretarsi necessariamente attraverso atti o comportamenti processuali... Ne è la riprova la fattispecie aggravata considerata dal n° 1 del comma secondo, perfettamente attagliantesi al caso di specie... che prevede che il fatto sia commesso colludendo con la parte avversaria". Nel caso di specie, come si è detto, il trasferimento aveva riguardato il bene oggetto della garanzia patrimoniale su cui si fondava l'azione di revocazione *ex art.* 2901 c.c., con conseguente perdita immediata, anche se non irrimediabile, della garanzia, posto che "anche se l'alienazione del bene non era di norma efficace nei confronti dell'attore che avesse trascritto la domanda giudiziale (artt. 2901 comma 4 e 2652 n. 5 c.c.), essa comunque comportava per lui l'onere dell'esperienza di un nuovo giudizio, dall'esito incerto, nei confronti dell'alienante e dell'acquirente, con connesse spese legali e disagi morali"

<sup>239</sup> Cass. pen., Sez. V, n. 11951, 08-02-2005. L'imputato F.A. aveva assistito M.T. come parte civile insieme ai suoi quattro figli superstiti nel procedimento penale per l'omicidio colposo del figlio O.N. Dopo la sentenza penale di primo grado, dichiarativa della responsabilità di L.C. per l'omicidio colposo, F.A. aveva ottenuto in via transattiva dalla compagnia di assicurazione la somma di 55 milioni di lire a liquidazione complessiva del danno lamentato dalle parti civili da lui assistite. Di tale somma aveva consegnato 32 milioni ai quattro fratelli della vittima, in conformità a quanto loro liquidato dal giudice penale e solo 10 milioni di lire ad M.T., il cui danno non era stato liquidato dal giudice penale, ma era stato rimesso al giudice civile. Sicché, in pendenza del giudizio penale d'appello, F.A. si era appropriato di 13 milioni di lire spettanti a M.T. e nel procedimento instaurato a suo carico, veniva considerato responsabile del delitto di cui all'art. 380 c.p.

La Corte di Appello aveva dichiarato non doversi procedere per estinzione del reato per prescrizione ma, in ragione del convincimento sulla colpevolezza di F.A. (espresso con il riconoscimento degli elementi

Ai fini della completa integrazione del reato, è necessario, infine, che la condotta infedele produca l'evento lesivo costituito dal nocumento agli interessi della parte.

La qualificazione del "nocumento agli interessi della parte" come evento tipico del reato (causato dall'azione od omissione del patrocinatore o consulente tecnico), è largamente condivisa dalla dottrina<sup>241</sup>, mentre sono rimaste isolate le posizioni di Manzini e Pannain: il primo ritiene il nocumento condizione obiettiva di punibilità<sup>242</sup>; il secondo, «una conseguenza dell'azione criminosa» che va a fondersi con l'evento, rappresentato, in realtà, dall'offesa ad un interesse all'Amministrazione della giustizia<sup>243</sup>.

A fronte dello scarso approfondimento della dottrina sul requisito in parola, in giurisprudenza si registrano diverse pronunce in cui il nocumento è oggetto di analisi: è sufficiente un breve *excursus* a dimostrare che l'orientamento giurisprudenziale attualmente consolidato qualifica l'infedele patrocinio come reato di evento.

Secondo la giurisprudenza più risalente, il nocumento sarebbe implicito nel concetto di violazione dei doveri professionali e non costituirebbe un elemento di danno ul-

---

oggettivi e soggettivi del delitto contestatogli), aveva confermato le statuizioni civili della sentenza di primo grado.

F.A. proponeva ricorso per Cassazione evidenziando, nei motivi di gravame, che M.T. non aveva comunque dimostrato di aver subito un danno patrimoniale dalla morte del figlio e che il delitto contestatogli non sussisteva perché l'art. 380 c.p. presuppone la pendenza del giudizio, che nel caso in esame era stato definito con la transazione.

Nella decisione la Suprema Corte, in primo luogo evidenziava come, essendo stati liquidati separatamente i suoi onorari di difensore, F.A. non aveva alcuna ragione per trattenere 23 milioni dei 55 ottenuti in via transattiva e spettanti ad M.T.; in secondo luogo applicava il principio secondo cui "l'evento può essere rappresentato anche dal mancato conseguimento di vantaggi formanti oggetto di decisioni assunte dal giudice nelle fasi intermedie o incidentali della procedura"; in terzo luogo riteneva indiscutibile che l'appropriazione fosse stata commessa quando era ancora pendente in grado d'appello il giudizio penale nel quale la persona offesa era costituita parte civile con il patrocinio di F.A., perché "la transazione (atto stragiudiziale di definizione della lite) non incide direttamente sul processo, determinandone l'estinzione, bensì sul diritto sostanziale che ne forma oggetto, comportando la cessazione della materia del contendere". Per queste ragioni la Corte riteneva sussistere tutti gli estremi del delitto di infedele patrocinio e rigettava il ricorso.

<sup>240</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 1410, 19-11-1998. In una pronuncia di alcuni anni fa la Suprema Corte riteneva che correttamente fosse stata affermata la sussistenza del reato nel caso di un legale il quale, incaricato da un istituto di istruzione di agire per il recupero delle somme dovute da allievi morosi nel pagamento delle rette, aveva tralasciato consapevolmente di curare le pratiche affidategli, omettendo ogni attività diretta a dare impulso alle procedure di recupero dei crediti del cliente e rendendo così infruttuoso il successivo recupero delle somme stesse.

<sup>241</sup> Cfr.: A. CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, cit., p. 65; A. FERRARO, *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 211; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 419; M. B. MIRRI, voce *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 424; P. PISA, *Infedeltà del patrocinatore*, cit., p. 491; R. VENDITTI, voce *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico*, cit., p. 427.

<sup>242</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, a cura di G. D. Pisapia - P. Nuvolone, Torino, 1981, p. 1018 (sebbene, altrove, lo definisca "evento" del reato: v. p. 1016).

<sup>243</sup> Cfr. R. PANNAIN, voce *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, cit., p. 811, nota 1.

teriore a carico della parte da accertarsi autonomamente: pertanto, secondo questa impostazione, per la sussistenza del reato non si richiede che il patrocinator subisca un danno ulteriore rispetto al mancato raggiungimento del fine cui il procedimento è preordinato<sup>244</sup>.

In tempi meno remoti (precisamente a partire dagli anni '90) la giurisprudenza ha mutato indirizzo: infatti il nocumento agli interessi della parte è stato identificato con l'evento tipico<sup>245</sup>, essenziale per il perfezionamento del reato in esame<sup>246</sup>.

### 3.1.1. Le altre ipotesi di prevaricazione

Malgrado il *nomen iuris* (*Altre infedeltà del patrocinator o del consulente tecnico*), non sembra propriamente riconducibile alla classe dei reati d'obbligo il delitto di cui all'art. 381 c.p., in quanto la norma diverge rispetto al paradigma generale sotto due profili: la condotta non può ritenersi indifferenziata, bensì è direttamente tipizzata dal legislatore e può realizzarsi soltanto in forma commissiva; in secondo luogo, manca la previsione di un evento.

L'art. 381 c.p., al comma 1, incrimina, qualora il fatto non costituisca più grave reato, «il patrocinator o il consulente tecnico che, in un procedimento dinanzi

---

<sup>244</sup> Cass. pen., Sez. III, 19-12-1978, in *Cass. pen.* 1981, p. 207.

<sup>245</sup> Cass. pen., Sez. VI, 02-03-1992, in *Cass. pen.* 1993, p. 1131.

<sup>246</sup> Cass. pen., Sez. VI, 19-12-1995, n. 2689. Questi principi sono stati riaffermati anche dalla giurisprudenza più recente. In Cass. pen., sez. II, 20 maggio 2008, n. 22702 si legge: «La giurisprudenza di questa Corte (Cass. pen., Sez. VI, n. 2689 del 19-12-1995) ha statuito che: "il delitto di cui all'art. 380 c.p., comma 1°, è un reato che richiede per il suo perfezionamento...un evento che arrechi un nocumento agli interessi di quest'ultimo – la parte assistita –, inteso questo non necessariamente in senso civilistico di danno patrimoniale, ma anche nel senso di mancato conseguimento dei beni giuridici o dei benefici di ordine anche solo morale che alla stessa parte sarebbero potuti derivare dal corretto e leale esercizio del patrocinio legale...L'evento può essere rappresentato dal mancato conseguimento di vantaggi formanti oggetto di decisione assunta dal Giudice nelle fasi intermedie o incidentali di una procedura"». Da queste premesse, la Corte ha ritenuto correttamente ravvisato il reato in una fattispecie nella quale la condotta dell'imputato si era sostanziata nella comunicazione di una notizia falsa circa l'esito di un procedimento civile di rilevante importo economico, condotta apprezzata come idonea a creare una falsa aspettativa nella parte assistita, inducendola a comportamenti imprudenti e quindi pregiudizievoli; con la precisazione, peraltro, che l'evento di danno non doveva essere inteso in senso civilistico, non occorrendo, quindi, in proposito, l'individuazione di un preciso pregiudizio patrimoniale. Una pronuncia ancor più recente, richiamando principi affermati già in precedenza dalla Suprema Corte, puntualizza che: «Il delitto di patrocinio o consulenza infedele non è integrato dalla sola infedeltà ai doveri professionali, occorrendo la verifica di un nocumento agli interessi della parte che, quale conseguenza della violazione dei doveri professionali, rappresenta l'evento del reato» (così, Cass. pen., sez. II, 25 marzo 2009, n. 20066).

all’Autorità giudiziaria, presta contemporaneamente, anche per interposta persona, il suo patrocinio o la sua consulenza a favore di parti contrarie».

Il comma 2 punisce il patrocinatore o il consulente che, «dopo aver difeso, assistito o rappresentato una parte, assume senza il consenso di questa, nello stesso procedimento, il patrocinio o la consulenza della parte avversaria».

La norma in esame prevede dunque due diverse figure di reato a forma vincolata<sup>247</sup>, il patrocinio contemporaneo di parti contrarie (comma 1) e il patrocinio successivo di parti avversarie (comma 2); si tratta di ipotesi specifiche di patrocinio infedele, disciplinate in modo autonomo, in quanto costituiscono illeciti meno gravi rispetto a quello contemplato dall’art. 380 c.p. Anche i reati in questione sono reati propri, poiché possono essere commessi unicamente del patrocinatore o dal consulente tecnico che difende, assiste o rappresenta una parte processuale. Tuttavia, da un punto di vista strutturale, si differenziano dalla fattispecie di patrocinio o consulenza infedele in quanto integrano illeciti di pura condotta, per il configurarsi dei quali non è richiesto il nocumento agli interessi della parte difesa, assistita, o rappresentata.

### 3.2. *L'infedeltà in affari di Stato*

L’art. 264 c.p., rubricato *Infedeltà in affari di Stato*, prevede che «chiunque, incaricato dal Governo italiano di trattare all'estero affari di Stato, si rende infedele al mandato è punito, se dal fatto possa derivare nocumento all'interesse nazionale».

La riconducibilità allo schema dei *Pflichtdelikte* non sembra potersi revocare in dubbio. Si tratta, infatti, di un reato proprio: nonostante la lettera della legge si indirizzi a "chiunque", soggetto attivo può essere solo colui che è stato incaricato dal Governo di trattare all'estero particolari affari di Stato (e può trattarsi di un pubblico funzionario, di un diplomatico, ma anche di un soggetto estraneo all'amministrazione e persino uno straniero)<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, cit., p. 173: «L’art. 381 prevede ai commi 1 e 2 due distinte fattispecie di reato, che, diversamente da quella dell’art. 380, sono di pura condotta e a forma vincolata».

<sup>248</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 129.

Quanto alla condotta, come tipicamente avviene per i reati d'obbligo, è costruita mediante il rinvio a norme poste *aliunde* (in questo particolare caso, le prescrizioni contenute nel mandato conferito dal Governo) ed è descritta in termini talmente ampi che, ben prima della elaborazione della nozione di reato d'obbligo, la dottrina più avveduta riteneva di potervi ricondurre anche le condotte omissive. In sostanza, deve trattarsi di una condotta violatrice dell'obbligo di fedele esecuzione del mandato ricevuto e il concetto di infedeltà può essere ricostruito in due differenti modi: o in via naturalistica, facendo riferimento al comportamento contrario alle direttive ricevute<sup>249</sup>; oppure in via valutativa, arricchendo gli estremi dell'infedeltà con la componente soggettiva dello scopo che l'agente intende perseguire<sup>250</sup> e tale criterio viene ritenuto particolarmente pregnante in presenza di direttive elastiche o in totale assenza di direttive<sup>251</sup>. Quanto al mandato, trattasi di incarico di natura pubblicistica a forma libera<sup>252</sup>.

Quanto al potenziale nocimento dell'interesse nazionale, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere si tratti dell'evento del reato (sebbene taluni studiosi ritengano si possa trattare, invece, di una condizione obiettiva di punibilità<sup>253</sup>).

### 3.3. I reati contro la Pubblica Amministrazione.

Il settore caratteristico di reati incentrati sulla violazione di un rapporto giuridico di fedeltà è dato dai delitti contro la Pubblica Amministrazione<sup>254</sup>.

Viene in considerazione in primo luogo l'abuso d'ufficio<sup>255</sup>. Due importanti interventi di riforma, realizzati rispettivamente nel 1990 e nel 1997, hanno radicalmente mutato, dal punto di vista strutturale, l'originaria previsione del codice Rocco<sup>256</sup>: tuttavia, sin dai tempi in cui la norma era in vigore nella sua prima formulazione, essa veniva ri-

---

<sup>249</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 72.

<sup>250</sup> G. NEPPI MODONA, voce *Infedeltà in affari di Stato*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 434.

<sup>251</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 130.

<sup>252</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 130.

<sup>253</sup> Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Vol. I*, Torino, 2012, p. 661; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 130.

<sup>254</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 72.

<sup>255</sup> Tale fattispecie viene espressamente qualificata come reato d'obbligo da C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 52.

<sup>256</sup> L'ultimo intervento, attuato con la l. 6 novembre 2012 n. 190, si è limitato ad innalzare i limiti edittali.



compresa tra le ipotesi di infedeltà, sebbene la condotta fosse incentrata esclusivamente sull'«abuso dei poteri inerenti alle funzioni» e mancasse la previsione di un evento<sup>257</sup>.

Considerando l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., *a fortiori* può ascriversi il delitto in questione alla categoria dell'infedeltà, ovvero, più in particolare, dei reati d'obbligo. In alternativa alla violazione di un obbligo di astensione, la condotta si radica infatti sulla generica «violazione di norme di legge o di regolamento»: l'espressione si presta evidentemente ad inglobare sia condotte attive che omissive, in linea con il paradigma generale dei reati d'obbligo; di tale paradigma, l'attuale art. 323 c.p. condivide anche la soggettività ristretta alle figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, nonché la previsione (introdotta solo nel 1997) di un evento (l'aver procurato «a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale», ovvero l'aver arrecato «ad altri un danno ingiusto»), che contribuisce a rafforzare la struttura oggettiva della fattispecie, meglio evidenziandone il disvalore.

Un'ipotesi di cui si può vagliare la riconducibilità alla classe dei reati d'obbligo è la *Malversazione a danno dello Stato*, di cui all'art. 316-bis c.p.: tale norma, secondo una parte della dottrina, esprimerebbe la struttura tipica di un delitto di infedeltà personale<sup>258</sup>, costruito sulla violazione di un dovere riconducibile ad un rapporto fiduciario di diritto pubblico, instauratosi successivamente all'erogazione di risorse pubbliche, tra il beneficiario delle stesse e la pubblica amministrazione.

Ciò premesso, l'appartenenza di tale delitto alla famiglia dei reati d'obbligo appare quanto meno opinabile, per due ragioni. Un primo ostacolo potrebbe ravvisarsi nella soggettività attiva, estesa *ex professo* a «chiunque»: tuttavia, a tal riguardo, va segnalato che una parte della dottrina ha comunque ritenuto di ravvisare nel delitto in questione un'ipotesi di reato proprio, affermando che la norma limiterebbe la soggettività richiedendo la sussistenza, in capo al soggetto attivo, di due requisiti, uno negativo ed uno positivo: deve trattarsi di un soggetto estraneo alla P.A. e deve aver ricevuto lecitamente un finanziamento pubblico<sup>259</sup>. Un ulteriore elemento di divergenza rispetto al paradigma tradizionale del reato d'obbligo è dato dal fatto che la *Malversazione* è reato di mera condotta. Ciò nonostante, deve riconoscersi che, sebbene non esplicitato nell'impianto descrittivo della fattispecie, un pregiudizio (anche patrimoniale) alla pubblica ammini-

---

<sup>257</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., p. 82 ss.

<sup>258</sup> Questa la posizione di A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 110 ss.

<sup>259</sup> Cfr. G. SALCUNI, *Malversazione a danno dello Stato*, in *www.treccani.it*.

strazione può ritenersi sussistente *in re ipsa*, in quanto il soggetto fruitore, attraverso la mancata destinazione delle risorse alle attività cui erano destinate, frustra le finalità di interesse pubblicistico che avrebbe dovuto soddisfare.

### 3.3.1. *Le fattispecie incentrate sull'abuso di potere*

Più complessa appare la riconducibilità alla classe dei reati d'obbligo di quelle fattispecie (quali la concussione e l'indebita induzione) incentrate sull'abuso (di qualità o di poteri), anziché sulla violazione di doveri. Rispetto a questo problema, appare pregiudiziale la possibilità di intendere l'abuso come una delle possibili manifestazioni della violazione del dovere: è evidente che laddove si ammetta la possibilità che l'abuso concretizzi una violazione di doveri, anche le fattispecie su di esso imperniate potranno essere ricondotte alla categoria oggetto di questo studio; viceversa, se si ritiene che l'abuso sia un *aliud* rispetto alla violazione dei doveri, la riconducibilità alla categoria dei reati d'obbligo dovrà essere esclusa.

Occorre dunque svolgere una riflessione sul rapporto tra abuso di potere e violazione di doveri<sup>260</sup>.

Secondo le indicazioni offerte dalla dottrina tradizionale, l'abuso di potere consiste nell'esercizio distorto delle attribuzioni dell'ufficio, ossia si configura allorché il soggetto pubblico eserciti poteri di cui è realmente investito, ma *in modo non conforme al diritto*<sup>261</sup>.

Tuttavia, affermare che l'abuso del potere ricorre ogniqualvolta il soggetto pubblico non si adegua al diritto è espressione quanto mai lata e tanto varrebbe parlare di difformità, negazione o violazione del dovere: così opinando, d'altro canto, sembrerebbe negarsi rilievo ad una distinzione per converso espressamente stabilita dal legislatore nell'art. 61 n. 9 c.p., in cui si prevede come circostanza aggravante comune l'aver

---

<sup>260</sup> In argomento, sia consentito il rinvio a D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 245 ss.

<sup>261</sup> Cfr.: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008, p. 335; G. CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, in ID., *Scritti 1964 - 2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma - Bari, 2002, p. 512; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 213; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 140; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Artt. 314-335 bis cod. pen., Milano, 2006, p. 96 ss.

commesso il fatto «con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione».

La notazione riporta alla tematica, particolarmente complessa, del tipo di relazione che intercorre tra i concetti “abuso del potere” e “violazione del dovere”, avviando così l’interprete ad una possibile puntualizzazione in merito a tale contrapposizione, sempre che di contrapposizione si possa parlare e non, invece, più semplicemente, di una distinzione utile a chiarire il senso e la portata di nozioni tra loro non contrastanti.

L’osservazione più immediata, dalla quale conviene partire, è che la violazione dei doveri può sostanziarsi sia in un’attività positiva, sia in una mera inattività: in altri termini, potendo i doveri essere espressi sia in forma positiva (comandi) sia in forma negativa (divieti), il comportamento di violazione degli stessi può esplicarsi sia attraverso il mero inadempimento di un’attività doverosa, sia attraverso l’attuazione di un’attività vietata.

Per quanto riguarda l’abuso di potere, invece, la questione è più complessa. Non vi sono difficoltà a riconoscere un abuso nella esplicazione di attività positivamente difforme dal diritto, ossia, secondo una formula largamente utilizzata, quando il soggetto pubblico *fa uso* dei suoi poteri *fuori dei casi o oltre i limiti imposti dalla legge*<sup>262</sup>, ovvero *senza le forme prescritte*<sup>263</sup>: casi del genere, secondo autorevole dottrina, integrerebbero la forma più evidente e tipica di abuso<sup>264</sup> (il che, peraltro, sembrerebbe trovare conferma nella circostanza che la definizione ricordata ha frequenti riscontri nel linguaggio del legislatore penale).

È molto più dibattuta, invece, la possibilità di ammettere un *abuso in forma omisiva*<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Giova precisare che il termine "legge", anche alla stregua delle definizioni tracciate dalla dottrina amministrativistica, va intesa in senso ampio, cioè come comprensiva di tutti i casi in cui sia violata una norma che disciplina il corretto esercizio del potere, indipendentemente dal fatto che essa sia contenuta in una legge in senso formale, ovvero in altra fonte. Si veda M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 99, secondo il quale l’atto abusivo può risultare contrario, indifferentemente, a prescrizioni di leggi, regolamenti o ad istruzioni legittimamente impartite.

<sup>263</sup> Cfr.: G. CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, cit., p. 512; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 213. Osserva F. INFANTINI che tali ipotesi darebbero luogo ad una violazione di legge (cfr. ID., *L’abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, p. 35). *Contra*, G. CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, cit., p. 512, secondo il quale «tutti i casi di “eccesso di potere” in senso tecnico [...] rientrano in questa ipotesi».

<sup>264</sup> Cfr.: G. CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, cit., p. 512; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 213.

<sup>265</sup> Gli argomenti addotti a sostegno della soluzione negativa fanno leva sull’art. 328 c.p. (che considera l’omissione di atti di ufficio come un *quid* diverso rispetto all’abuso di ufficio di cui all’art. 323 c.p.) e

Ritenere che l'abuso postuli necessariamente il riferimento ad un'attività positiva significa escludere dal concetto di abuso di potere i casi in cui il soggetto pubblico si limita a non adempiere ai doveri del proprio ufficio; casi del genere, secondo questa prospettiva, andrebbero ascritti alla categoria della "violazione dei doveri", concettualmente opposta a quella degli abusi<sup>266</sup>. Conseguentemente, ogni qualvolta il soggetto pubblico si limiti a proporre al privato l'omissione di un atto doveroso in cambio di retribuzione, non potendosi ascrivere la sua condotta alla categoria degli "abusi", si dovrebbe concludere per la sussistenza della corruzione.

Alcuni Autori, muovendo dalla premessa che il mancato esercizio di un potere possa risultare illegittimo e capace di ingenerare lo stato di soggezione nel privato tanto quanto può esserlo la sua effettiva esplicazione, ammettono invece che l'abuso possa consistere anche nel mancato adempimento di un dovere funzionale<sup>267</sup>.

L'obiezione che potrebbe sollevarsi rispetto a quest'orientamento attiene alla posizione del problema: potrebbe affermarsi, cioè, che qualificare come atto abusivo il mancato esercizio di un potere, quando lo si assuma invece doveroso nella situazione data, significa assumere come oggetto dell'indagine quelle particolari situazioni giuridiche soggettive che la dottrina designa con la formula «potere-dovere», anziché far riferimento ad un "semplice" dovere funzionale rimasto inadempito<sup>268</sup>.

Senonché, anche a tal riguardo, bisogna essere molto cauti e domandarsi se, obiettivamente, sia dato ipotizzare che un soggetto, titolare di certi poteri, e correlativamente di determinati doveri, venga meno ad uno di questi ultimi senza con ciò coinvolgere i poteri che ha.

In realtà, nell'ambito della pubblica funzione esiste una stretta correlazione tra potere e dovere, atteso che i poteri pubblici non sono mai poteri assoluti ma sono sempre collegati a specifici doveri che ne limitano e disciplinano l'esercizio: il soggetto titolare

---

sull'art. 61 n. 9 c.p. (in cui si distingue l'abuso dei poteri dalla violazione dei doveri, la quale ultima comprenderebbe il non uso del potere). Per una puntuale critica di questi argomenti cfr. A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., pp. 141-142.

<sup>266</sup> Cfr. G. CONTENUTO, *La concussione*, Bari, 1970, p. 45 ss. Secondo l'Autore la distinzione tra abuso dei poteri e violazione dei doveri operata dal legislatore nell'art. 61 n. 9 c.p., indicherebbe inequivocabilmente che «vi può essere [...] violazione dei propri doveri che non equivalga ad abuso della funzione, e che, viceversa, l'abuso di questa dev'essere riguardato senza alcun riferimento all'inseparabile violazione del dovere generico di correttezza che vi si accompagna immancabilmente, ma in una più ristretta e concreta configurazione». Da tale rilievo si deduce che, ogniqualvolta il pubblico ufficiale si limiti a non adempiere ai doveri del proprio ufficio, non si può affermare che egli abbia abusato dei propri poteri, dovendosi riscontrare piuttosto una mera inosservanza dei doveri funzionali.

<sup>267</sup> Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 97.

<sup>268</sup> Cfr. G. CONTENUTO, *La concussione*, cit., p. 46.

di un potere non ha la libera facoltà di usarlo, bensì l'obbligo di impiegarlo al ricorrere di determinati presupposti o, quanto meno, l'obbligo di esercitarlo correttamente e secondo criteri di imparzialità. L'affermazione – giova precisarlo – vale anche con riferimento ai c.d. atti discrezionali, posto che l'azione amministrativa, anche quando non si profili come attività propriamente vincolata, non può mai coincidere con l'arbitrio del soggetto pubblico<sup>269</sup>.

Risulta chiaro, a questo punto, che *l'abuso concretizza una possibile manifestazione della violazione del dovere*, espressione generica con cui indicare la condotta attraverso la quale il soggetto pubblico fa malgoverno di un potere che l'ordinamento gli riconosce o di una situazione nella quale legittimamente può interferire: *qualsiasi azione od omissione*, purché tale da costituire una *deviazione oggettiva dalle regole che disciplinano l'esercizio del potere e idonea a porre un soggetto privato in una condizione di soggezione psicologica*, può fornire contenuto e struttura alla suddetta condotta<sup>270</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, si può dunque concludere nel senso della riconducibilità alla categoria dei reati d'obbligo anche delle ipotesi di concussione, e di indebita induzione, in quanto la locuzione "abuso della qualità o dei poteri", in esse contenuta, integra sostanzialmente la violazione di uno o più doveri incombenti sul soggetto pubblico.

### 3.4. L'art. 640-quinquies c.p.

Anche nel settore dei delitti contro il patrimonio, si possono annoverare ipotesi di infedeltà.

---

<sup>269</sup> Il punto è assolutamente pacifico nella dottrina amministrativistica. Cfr., per tutti, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 1009-1010: «La dottrina tradizionale definisce la discrezionalità come *facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato*». Dalla definizione offerta si desume agevolmente che l'attività discrezionale non è attività completamente libera, ma incontra limiti negativi (volti a circoscriverla in quelli di liceità) e limiti positivi (o funzionali, riferibili cioè ai fini da perseguire).

<sup>270</sup> Cfr. A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 142: «L'abuso di potere è una violazione di dovere particolarmente qualificata; e una violazione di dovere può specificarsi tanto nella forma di abuso commissivo, quanto nella forma di abuso omissivo del potere».

La dottrina tradizionale considerava tale, per esempio, l'appropriazione indebita: si sosteneva, cioè, che l'essenza del reato fosse un abuso/violazione della fiducia, sebbene, successivamente, tale tesi sia stata superata a favore di un'interpretazione diversa, incentrata sull'inversione del titolo del possesso, in base alla considerazione per cui la tutela della fedeltà è meramente eventuale<sup>271</sup>.

Un'ipotesi di infedeltà è stata invece introdotta dalla legislazione più recente: si tratterebbe del delitto previsto dall'art. 640-*quinquies* c.p. (*Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica*), inserito nel nostro codice dalla legge attuativa della Convenzione di Budapest sul *cybercrime* (l. 18 marzo 2008 n. 48)<sup>272</sup>.

Recenti studi hanno infatti riscontrato nello schema descrittivo della fattispecie due dei classici indici distintivi del reato d'obbligo: la restrizione della soggettività e la condotta incentrata sulla violazione di determinati obblighi. Si tratta, infatti, di una fattispecie di reato propria dei certificatori, normativamente definiti dall'art. 1, comma 1, lett. g) del codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) quali soggetti che prestano «servizi di certificazione delle firme elettroniche o che forniscono altri servizi connessi con queste ultime», con l'ulteriore limitazione a quei certificatori che sono «abilitati al rilascio di un certificato qualificato» (ossia i certificatori "qualificati" *ex art. 27 c.a.d.* e quelli "accreditati" *ex art. 29 c.a.d.*)<sup>273</sup>.

La condotta si sostanzia nella violazione di «obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato»: tipicità eterointegrata, dunque, mediante il rinvio alle norme poste dall'ordinamento di appartenenza del soggetto attivo; nell'ipotesi in questione, si dovrà fare riferimento alla normativa in materia di firma elettronica e di certificato qualificato, e cioè alla direttiva europea 1999/93/CE, oggi trasfusa nel Codice dell'amministrazione digitale<sup>274</sup> e, in particolare, agli obblighi fissati nell'art. 32, comma 3, c.a.d., che abbracciano tutte le fasi della procedura di rilascio del certificato qualificato e di generazione della firma elettronica).

---

<sup>271</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, cit., pp. 92-93.

<sup>272</sup> Si veda M. SCOLETTA, *Il nuovo regime penale delle falsità informatiche*, in L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano, 2009, p. 29 ss.

<sup>273</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, vol. II, t. II, I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2014, p. 152.

<sup>274</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, vol. II, t. II, I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 153.

Vale la pena notare che la fattispecie in esame si discosta, almeno in parte, dal paradigma generale dei reati d'obbligo, in quanto non prevede, nel suo schema descrittivo, alcun evento che possa esprimerne e materializzare l'idoneità offensiva. L'espressione dell'offesa si ritiene quindi affidata alla previsione del dolo specifico alternativo di danno o di profitto, con l'avvertenza, tuttavia, che quest'ultimo può giocare un ruolo selettivo dei fatti rilevanti piuttosto limitato; sicché, si rende necessario un recupero di offensività, da attuarsi accertando la concreta rilevanza della violazione dell'obbligo rispetto al bene giuridico tutelato<sup>275</sup>.

#### 4. Il diritto penale economico: cenni.

A chiusura di questa indagine sistematica, va sottolineato un crescente impiego del modello in esame nel settore del diritto penale economico: tale settore, attualmente in costante espansione, può a giusta ragione definirsi terreno privilegiato per la sperimentazione delle fattispecie in esame<sup>276</sup>; spesso anche in risposta alle sollecitazioni provenienti dalla dimensione sovranazionale, il legislatore italiano ha optato per un progressivo abbandono del paradigma classico della fattispecie chiusa e per un sempre più frequente ricorso agli *offene Tatbestände*<sup>277</sup>.

Data la vastità del settore, non è possibile una completa disamina di tutti gli illeciti modellati sullo schema del reato d'obbligo: si offrirà qui, pertanto, una rassegna puramente esemplificativa.

Iniziando dalle fattispecie codicistiche, va menzionata l'*Infedeltà patrimoniale*

---

<sup>275</sup> Cfr. M. SCOLETTA, *Il nuovo regime penale delle falsità informatiche*, cit., p. 30.

<sup>276</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del GOLEM. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 484: «Nel settore economico [...] prevalgono i reati modellati sul pericolo astratto e i reati d'obbligo».

<sup>277</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del GOLEM. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, cit., p. 479, il quale già in passato notava come tale modello di illecito fosse «penetrato nei vari ordinamenti anche attraverso le disposizioni sanzionatorie direttamente predisposte dalla CEE a generale tutela dei propri interessi finanziari ed organizzativi». Analogamente, in tempi più recenti, v. ID., *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. M. Stile - S. Manacorda - V. Mongillo, Napoli, 2015, p. 37. Sul carattere del reato d'obbligo come forma paradigmatica di “tipo aperto” C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 112 e 113.

(art. 2634 c.c.)<sup>278</sup>, fattispecie strutturata su quattro elementi: l'esistenza di un conflitto di interessi tra il soggetto attivo e la società; il compimento di un atto di disposizione dei beni sociali da parte dell'agente; la causazione di un danno patrimoniale per la società; il dolo specifico di ingiusto arricchimento.

Viene poi in considerazione una macro-area del diritto penale economico, vale a dire il settore della responsabilità degli enti. Secondo la dottrina che più approfonditamente si è occupata della materia, è infatti possibile ricondurre allo schema del reato d'obbligo l'impianto normativo che sancisce la responsabilità della *societas*: in particolare, il congegno imputativo delineato dall'art. 7 d.lgs. 231/2001 può essere interpretato (anche) secondo un paradigma strutturalmente 'aperto' (che ricorda almeno in parte il paradigma dei 'reati d'obbligo'), integrante una figura *sui generis* di agevolazione colposa<sup>279</sup>.

Esempio paradigmatico di reato d'obbligo è poi offerto dalle fattispecie di aggiotaggio<sup>280</sup>. Nell'art. 185 T.u.f. (*Manipolazione del mercato*) convivono tre sotto-fattispecie: le prime due, consistendo nella "*diffusione di notizie false*" e nel "*compimento di operazioni simulate*", appaiono nettamente riconducibili ad un modello, tipologico e selettivo di tutela penale, ben radicato nella tradizione penale in quanto costituente un illecito a forma vincolata. La terza sotto-fattispecie, consistendo nel compimento di "*altri artifici*", configura invece un tipo aperto, la cui condotta si fonda su un obbligo penalmente sanzionato che non si limita ad integrare la fattispecie, ma la esaurisce *in toto*. In altri termini, la condotta vietata, anziché essere tipizzata *ex ante* direttamente dal legislatore, diviene tipica in quanto viola un obbligo posto *aliunde*: saranno pertanto la Consob e, prima ancora, il CESR (*Committee of European Security Regulators*) le autorità preposte ad individuare, mediante atti regolamentari di carattere generale, le condotte che – solo *ex post* – un giudice dichiarerà *tipiche*<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., *passim*; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., *passim*; C. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale. Profili sistematici e di politica criminale*, Napoli, 2013, *passim*.

<sup>279</sup> C. E. PALIERO, "*Universitas Delinquere Scit*". *Paradigmi ascrittivi della responsabilità "penale" degli enti nell'ordinamento italiano*, p. 30 del dattiloscritto (ora pubblicato in *Dogmatica penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, coordinato da Ávalos Rodríguez - Constante Carlos, Lima, 2008).

<sup>280</sup> Per questa lettura rinvio a C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*. Atti del Convegno (Courmayeur, 25-26 settembre 2009), Milano, 2010, p. 51 ss. (in particolare v. p. 62 ss.).

<sup>281</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, cit., p. 64: «Autorità amministrative e autorità giurisdizionali raccolgono così entro questo modulo della norma penale [...] quella costellazione



Appaiono poi riconducibili al paradigma dei reati d'obbligo taluni delitti dei revisori contabili (in particolare, la *Corruzione dei revisori*, prevista dall'art. 28 d.lgs. 39/2010<sup>282</sup>), talune ipotesi di comparaggio (in particolare, quella prevista dall'art. 147, comma 5, d.lgs. 219/2006)<sup>283</sup>, la fattispecie prevista dall'art. 136 T.u.b. che, al ricorrere di determinate condizioni, sancisce la responsabilità degli esponenti bancari che contraggono obbligazioni con la banca amministrata, diretta o controllata<sup>284</sup>.

*De lege ferenda*, indicazioni particolarmente importanti riguardano la materia della limitazione e del controllo della circolazione del danaro, spesso oggetto di una attività legislativa a dir poco caotica; in questo settore, in cui il modello del *Pflichtdelikt* già ha trovato cittadinanza, è stata da tempo sottolineata l'importanza di effettuare interventi di perfezionamento dello schema del reato d'obbligo, predisponendo una più razionale e precisa normativa extra-penale di rinvio che responsabilizzi i soggetti intranei<sup>285</sup>.

---

magmatica, in continua palingenesi, di tutte le forme di manipolazione *non riconducibili* alla "diffusione di falsità" o alle condotte (tipiche) di "simulazione" o di artificio *in senso stretto* [...] confezionando "su misura" le fattispecie penali di cui la "fenomenologia del controllo" fornisce, giorno dopo giorno, i "cartamodelli". Si veda anche C. E. PALIERO, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. M. Stile - S. Manacorda - V. Mongillo, cit., pp. 38-39. Su tale illecito e la possibilità di interpretarlo come fattispecie ad analogia esplicita, cfr. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, p. 209 ss.

<sup>282</sup> Cfr.: F. CONSULICH, *Corruzioni private e pubblico risparmio. Riflessioni teoriche sullo statuto penale del revisore contabile*, in *Giur. comm.*, 2009, 790 ss.; L. TROYER - A. INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d. lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, fasc. 3, p. 610.

<sup>283</sup> Cfr. F. CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2008, p. 18.

<sup>284</sup> Cfr. F. CONSULICH, *L'"infedeltà condivisa": il concorso in reato proprio tra ruolo, fatto e dolo dell'intraneo*, in *Le Società*, 2010, 6, p. 741 ss. Dalla natura di *Pflichtdelikt* del reato in questione, l'Autore ne deduce che, in caso di realizzazione plurisoggettiva, vi è spazio per una partecipazione penalmente rilevante a condizione che l'intraneo sia escutore doloso della condotta tipica. Sul tema del dolo dell'intraneo si tornerà *infra*, v. cap. IV.

<sup>285</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 747 ss.. In senso analogo si era espresso anche E. PALOMBI, *La normativa antiriciclaggio*, in *Riv. pen. ec.*, 1995, p. 331 ss.

## IV CAPITOLO

### IL RUOLO DEL REATO D'OBBLIGO NELLA DOGMATICA DEL CONCORSO DI PERSONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pregiudiziale teoretica dell'indagine: le diverse concezioni sul fondamento del concorso di persone. – 2.1. La concezione causale o estensiva di autore. – 2.2. La teoria dell'accessorietà e i suoi (supposti) limiti. – 2.3. La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. – 3. Il superamento delle obiezioni sollevate rispetto alla teoria dell'accessorietà. – 3.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto al concorso dell'*extraneus* nel reato proprio. – 4. La partecipazione al fatto principale non doloso. – 4.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto alla partecipazione nel fatto non doloso dell'*intraneus*.

#### 1. Premessa

L'indagine sistematica condotta nel precedente capitolo ha dimostrato come il modello del *Pflichtdelikt* possa senz'altro svolgere una funzione classificatoria anche nel sistema penale italiano, in quanto contraddistinto da talune peculiari caratteristiche che si replicano in un ampio numero di fattispecie rinvenibili nel nostro diritto positivo. Individuate le suddette caratteristiche, è stato infatti possibile procedere ad una "mappatura" degli illeciti riconducibili all'archetipo in esame.

Come anticipato, tuttavia, una ricerca che si arrestasse alla ricognizione sistematica dei reati d'obbligo presenti nell'ordinamento, non avrebbe ancora pienamente dimostrato l'utilità della categoria: occorre piuttosto valutare se il modello del reato d'obbligo possa assolvere, oltre la suddetta funzione classificatoria, anche una funzione di disciplina. E, naturalmente, anche nell'ordinamento italiano la portata applicativa del reato d'obbligo deve testarsi principalmente nell'ambito del concorso di persone: segnatamente, viene in considerazione il tema del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio.

Secondo quanto illustrato nella prima parte dell'indagine, nell'ordinamento tedesco i maggiori problemi si ponevano nel caso in cui l'intraneo partecipasse alla commissione del reato senza realizzare personalmente la condotta tipica, bensì avvalendosi di

un complice che avesse tutti i requisiti della colpevolezza: in casi del genere, come si è già visto, risultava problematico ricorrere alla categoria della reità mediata, a meno di non estenderne la portata sino a farle abbandonare del tutto il suo alveo naturale.

*Mutatis mutandis*, analoghe incertezze si ripropongono nel nostro ordinamento; prima di osservarle da vicino, è comunque opportuno svolgere alcune brevissime premesse sulla configurabilità del concorso dell'estraneo nel reato proprio.

In generale, deve dirsi che, nell'attuale contesto dottrinale e giurisprudenziale italiano, nessuno dubita più della possibilità che un terzo possa concorrere alla commissione di un reato proprio<sup>286</sup>. Ma, se si guarda al passato, si possono scorgere talune risalenti concezioni del reato proprio che recavano con sé il rischio di escludere tale possibilità: per una parte della dottrina più antica, infatti, l'estraneo non avrebbe mai potuto rispondere del reato proprio neppure a titolo di concorso<sup>287</sup>. Si allude, in particolare, a quelle teorie che identificavano l'essenza del reato proprio con la violazione di un dovere di fedeltà e non occorre ripetere quanto detto in precedenza circa la strumentalità di tali posizioni, finalizzate ad accentuare la dimensione personalistica dell'illecito e, in ultima analisi, ad edificare un diritto penale di stampo soggettivistico<sup>288</sup>. Tuttavia, al fine di sgomberare il campo da ogni possibile dubbio, è bene svolgere alcune considerazioni sul punto.

In primo luogo, ritenere che sia coesistente al reato proprio la violazione di un dovere di fedeltà genericamente inteso non è ancora una premessa da cui si possa o si debba coerentemente desumere l'impossibilità di una partecipazione dell'estraneo: una volta riconosciuto che il reato proprio impone un particolare dovere all'intraneo, tutto

---

<sup>286</sup> Cfr.: AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petri - P. Pisa, Milano, 2013, p. 532; G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 674 ss.; G. P. DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, cit., p. 194; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545; I. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, 2015, p. 144; A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, cit., p. 239; G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 449; G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 33 e p. 302 ss., nota 42; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 550; A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, Milano, 2009, p. 46; M. PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneo e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, cit., p. 329; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 444; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 268; E. VENAFA, voce *Reato proprio*, cit., p. 343.

<sup>287</sup> Cfr. F. GRISPIGNI, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato (Appunti di critica giuridica)*, in *La Scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale*, I, 1911, p. 14 ove si esclude, in particolare, che il soggetto privo della qualifica possa assumere il ruolo di autore mediato.

<sup>288</sup> V. *supra*, capitolo II, paragrafo 5.

ciò che è lecito dedurne è che l'estraneo non può autonomamente violare quel dovere, ma ciò non esclude che possa farlo per il tramite di colui sul quale il dovere incombe<sup>289</sup>.

La partecipazione dell'estraneo potrebbe essere preclusa, per contro, qualora si ritenesse che la violazione del dovere di fedeltà imposto all'intraneo esaurisca in sé il disvalore dell'illecito: in una simile prospettiva, la violazione rileverebbe penalmente in quanto tradimento della fiducia, difficilmente riferibile a chi, non essendo depositario della fiducia, vi sia concorso<sup>290</sup>.

Sono state già illustrate le ragioni per cui una simile impostazione non può trovare accoglimento in un ordinamento, quale il nostro, fondato sulla necessaria offensività. A quelle considerazioni, se ne possono ora affiancare delle altre, in quanto se, per ipotesi, si volesse ritenere che la violazione del dovere esaurisca *in toto* il disvalore dell'illecito e, per questa via, si giungesse ad escludere la possibile partecipazione di un estraneo, non si potrebbero comunque ignorare le conseguenze di una simile opzione. Da un lato, infatti, è incontestabile il fatto che, limitando la responsabilità ai soli soggetti qualificati, si aprirebbero gravi lacune di tutela<sup>291</sup>; dall'altro, si introdurrebbe nel nostro ordinamento un grave *vulnus* al principio della posizione paritetica di tutti i concorrenti sancito dall'art. 110 c.p.

A ben guardare, proprio l'ampia precettività di questa norma non consente di escludere il concorso dell'estraneo nel reato proprio: la responsabilità dell'estraneo sarebbe, dunque, un ovvio corollario della disciplina sul concorso di persone e, in quanto

---

<sup>289</sup> In questo senso, cfr. anche G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 302 ss., nota 42: «se [...] si considera tale dovere come strumento di garanzia generico, come mezzo tecnico di tutela di beni o interessi considerati meritevoli, nella loro totalità, della particolare protezione penalistica, la sua violazione – in quanto strumento tipico di attacco e di lesione – non è logicamente incompatibile con la posizione di estraneità del concorrente non qualificato che può rendersi causa efficiente della lesione vietata avvalendosi di quello strumento lesivo tipico e generale, per il tramite di colui che del dovere di fedeltà è diretto titolare. Si avrà, in altri termini, una pratica limitazione delle possibili forme di concorso, ma non un ostacolo assoluto che releghi aprioristicamente l'atto concausale dell'estraneo sul piano dell'indifferente giuridico» (così, pp. 303-304).

<sup>290</sup> Questa l'opinione di G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., pp. 303-304. Considerazioni analoghe sono svolte anche da C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 15-16: «se la posizione dell'agente riflette un particolare rapporto col bene giuridico, che può essere attaccato direttamente solo da chi appartenga a una cerchia determinata, il concorso dell'estraneo non presenta un problema a sé [...]. Se invece, al di là del danno o del pericolo, è un dovere di fedeltà che si viola, una fiducia che si tradisce, siamo su di un piano al quale l'estraneo non può accedere»; tuttavia l'illustre studioso non arriva, neppure in questa seconda ipotesi, ad escludere la responsabilità dell'estraneo: «Non che la sua collaborazione risulti senz'altro lecita: – prosegue Pedrazzi – quello che dall'interno è un rapporto di fedeltà fra il funzionario e lo Stato, rappresenta, come presupposto di una buona amministrazione, un bene di grande valore sociale, che viene leso da chi attenti alla fedeltà del funzionario».

<sup>291</sup> In questo senso, cfr. M. PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneo e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, cit., p. 329.

tale, secondo una parte della dottrina, non necessiterebbe di enunciazioni espresse da parte del legislatore<sup>292</sup>.

Se ciò non fosse sufficiente, basterebbe comunque allargare lo sguardo al di là dell'art. 110 c.p., ad altre disposizioni presenti nel panorama normativo italiano, per trovare ulteriori conferme: naturalmente, viene in considerazione in primo luogo l'art. 117 c.p. che disciplina la particolare ipotesi in cui l'*extraneus* concorra nel reato proprio differenziato (o non esclusivo) senza avere conoscenza della qualifica soggettiva dell'altro concorrente<sup>293</sup>; in secondo luogo, l'art. 1081 del codice della navigazione che pure sancisce la responsabilità dell'*extraneus* nel reato proprio, richiedendo però che, al di fuori dei casi disciplinati dall'art. 117 c.p., questi abbia conoscenza della qualifica soggettiva dell'*intraneus*<sup>294</sup>.

Tutto ciò premesso, e data per acquisita la possibilità di partecipazione dell'estraneo nel reato proprio, occorre ora soffermarsi sui nodi interpretativi inerenti all'ipotesi in questione, per poi verificare se, e in che misura, la costruzione dommatica di Roxin possa in qualche modo contribuire a scioglierli. Due sono i principali problemi che si pongono all'interprete:

- (i) la determinazione e reciproca delimitazione dei ruoli che *intraneus* ed *extraneus* possono assumere nella realizzazione comune di un reato proprio;
- (ii) la possibilità di affermare la responsabilità dell'*extraneus* nel reato proprio quando l'*intraneus* agisca incolpevolmente.

---

<sup>292</sup> Questa l'opinione di I. M. GALLO, *Diritto penale italiano: appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 144: «Il problema generale della partecipazione di un estraneo ad un reato che costituisce la violazione di una norma, destinatario della quale può ritenersi solo chi possieda determinate qualifiche [...] si risolve [...] in base ai principi e senza bisogno di ricorrere a specifiche disposizioni». *Contra*, A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, cit., p. 46: «Una lacuna del codice vigente riguarda la possibilità del concorso dell'estraneo nel reato proprio. È vero che tale possibilità è comunemente ammessa, sia in dottrina che in giurisprudenza, in quanto viene derivata dai principi generali del concorso di persone; tuttavia, una previsione esplicita non è superflua».

<sup>293</sup> L'art. 117 c.p., rubricato «*Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti*», prevede: «Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena».

<sup>294</sup> Giova riportare anche il dettato dell'art. 1081 codice della navigazione: «*Concorso di estranei in un reato previsto dal presente codice.* – [1] Fuori del caso regolato nell'articolo 117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che, senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza della qualità personale inerente al colpevole. [2] Tuttavia il giudice può diminuire la pena rispetto a coloro per i quali non sussiste la predetta qualità».

## 2. La pregiudiziale teoretica dell'indagine: le diverse concezioni sul fondamento del concorso di persone

Per quanto attiene al primo dei problemi posti, sono emerse nella dottrina e nella giurisprudenza italiana diverse posizioni.

Tuttavia, l'analisi della tematica del concorso nel reato proprio, e il connesso problema del tipo di contributo che si richiede all'*intraneus*, implica un inevitabile confronto con le teorie elaborate per spiegare il fondamento tecnico-giuridico del concorso di persone ovvero, in altri termini, il fondamento della punibilità delle condotte atipiche. E la relazione tra le due tematiche si può ritenere, a ben guardare, bidirezionale: da un lato, infatti, l'adesione all'una o all'altra teoria condiziona la soluzione che si offre al problema del ruolo del soggetto qualificato; dall'altro, la questione del ruolo richiesto all'*intraneus* rappresenta un efficace banco di prova sul quale misurare l'efficacia delle teorie sul fondamento del concorso criminoso e la loro capacità di giustificare l'intervento penale rispetto a fatti obiettivamente meritevoli di punizione.

Schematicamente, tali teorie possono ricondursi ad alcuni filoni fondamentali: la concezione causale o estensiva di autore; la teoria dell'accessorietà; la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

### 2.1. La concezione causale o estensiva di autore

La prima, risalente spiegazione veniva fornita dalla c.d. concezione causale o estensiva di autore. Secondo tale impostazione, già ogni singola fattispecie di parte speciale sarebbe in grado di incriminare il comportamento di tutti i compartecipi<sup>295</sup>; più in particolare, fondamento della partecipazione sarebbe la teoria della causalità, sicché «la partecipazione non è altro che causazione del fatto antigiuridico»<sup>296</sup>. Come corollario necessario di tale premessa, si affermava dunque che autore del reato fosse chiunque

---

<sup>295</sup> Una vasta esposizione del dibattito, svoltosi soprattutto nella dottrina tedesca, in merito a questa concezione può leggersi in M. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato». Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958, p. 110 ss.

<sup>296</sup> Così, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 283. Tra gli studiosi italiani, Antolisei appare il più vicino a tale concezione; tuttavia, non manca di rilevarne i punti deboli.

avesse posto una condizione per la lesione del bene tutelato e che, pertanto, nessuna distinzione fosse possibile tra i vari concorrenti<sup>297</sup>.

Sono molte, tuttavia, le obiezioni che è possibile sollevare rispetto a tale concezione: l'equivalenza delle condizioni da essa postulata è discutibile e, soprattutto, indimostrabile in quanto, il più delle volte, non si può accertare il contributo che ciascun antecedente apporta al risultato complessivo; in secondo luogo, non è esatto dire che il nostro diritto positivo considera del tutto equivalenti le azioni dei vari concorrenti, in considerazione del sistema di aggravanti e attenuanti predisposto anche in rapporto alla diversa rilevanza causale dei contributi; infine, tale teoria non getta alcuna luce sul momento soggettivo del concorso criminoso, sicché, sotto questo profilo, si rivela poco proficua<sup>298</sup>. Alla concezione causale, infine, può facilmente obiettarsi che essa contrasta con il principio di tipicità, «trasformando le fattispecie da ipotesi di lesioni tipizzate di interessi, in lesioni di interessi tipici e trascurando così la necessità che si realizzino in ogni fattispecie le note oggettive e soggettive specificamente tipizzate»<sup>299</sup>.

Ad ogni modo, tale impostazione può considerarsi attualmente del tutto superata dalle altre teorie poco sopra menzionate: la teoria dell'accessorietà e quella della fattispecie plurisoggettiva eventuale hanno infatti avuto molta più fortuna e tuttora, nel panorama dottrinale italiano, si contendono il campo quali possibili modelli di spiegazione del concorso di persone.

## 2.2. *La teoria dell'accessorietà e i suoi (supposti) limiti.*

La teoria dell'accessorietà, come noto, si basa sull'idea per cui le condotte atipiche (come quelle di istigazione e agevolazione) non hanno rilevanza penale autonoma, ma l'acquistano nella misura in cui accedono ad una condotta principale o tipica: in altri termini, le condotte atipiche di partecipazione ripeterebbero il fondamento della loro

---

<sup>297</sup> È evidente la diretta derivazione di questa impostazione dalla teoria dell'equivalenza delle condizioni del von Buri, già illustrata *supra*: v. cap. I, paragrafo 4.1.

<sup>298</sup> Questi rilievi critici sono di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 553.

<sup>299</sup> Così M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 145. Analoghe perplessità sono espresse da S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 282.

punibilità soltanto da altre condotte pienamente conformi alla fattispecie astratta di parte speciale, rispetto alle quali quelle atipiche sarebbero avvinte da una relazione di dipendenza<sup>300</sup>. Così, ad esempio, non è punibile il partecipe che si limita a fornire l'arma finché l'esecutore materiale non commette effettivamente il delitto.

L'appiglio normativo di questa teoria viene comunemente individuato nell'art. 115 c.p.<sup>301</sup>, secondo il quale l'accordo per (o l'istigazione a) commettere un reato non sono punibili se il reato non viene poi effettivamente commesso<sup>302</sup>.

Un primo punto è di palmare evidenza: dall'art. 115 deriva, inequivocabilmente, la non punibilità di quegli atti che, pur essendo la manifestazione esterna di un proposito criminoso, non sono seguiti dalla commissione di un reato e non sembrano sussumibili sotto la previsione di alcuna disposizione incriminatrice<sup>303</sup>.

Ma non basta. I sostenitori del modello accessorio del concorso ne traggono anche una conferma rispetto all'accessorietà: «se si vuole negare carattere di accessorietà alla partecipazione, – sostengono Bettiol e Pedrazzi – bisogna essere logici fino in fondo e non fermarsi a mezza strada, quasi timorosi delle conseguenze: bisogna cioè ammettere che qualsiasi atto di partecipazione sia punibile di per sé stesso e sia perfetto nello stesso momento in cui si estrinseca»<sup>304</sup>: così, un'istigazione dovrebbe poter essere punita indipendentemente dal verificarsi del fatto principale. Ma un tale esito è evidentemente precluso dall'art. 115 c.p., sicché – ne conclude Pedrazzi – *de lege lata* non è lecito dubitare del principio dell'accessorietà, né sarebbe auspicabile metterlo in discussione *de lege ferenda*<sup>305</sup>.

---

<sup>300</sup> Tra i sostenitori dell'accessorietà si possono annoverare G. BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, cit., p. 1 ss.; ID. - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 656 ss.; A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 67 ss. (nell'ambito di una ricostruzione finalistica della nozione di fatto); G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 420-421; E. MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 415 ss.; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 22 ss. e pp. 86-87; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 435; S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, p. 174; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 298-299.

<sup>301</sup> Cfr. G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 659 ss.

<sup>302</sup> Fatta salva l'applicazione della misura di sicurezza, ai sensi dell'art. 229 n. 2 c.p., qualora di tratti di accordo per (o istigazione a) commettere un delitto (art. 115, commi 2 e 4 c.p.).

<sup>303</sup> Si tratta di un'acquisizione pacifica, sostenuta anche da quegli autori che non condividono la teoria dell'accessorietà (v., ad esempio, I. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 111.).

<sup>304</sup> Così, testualmente, G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 657-658; nello stesso senso, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 30.

<sup>305</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 30.



Larga parte della dottrina ritiene, tuttavia, che una tale affermazione provi troppo: dall'art. 115 c.p. si può dedurre che la responsabilità concorsuale è subordinata alla realizzazione di un'offesa tipica, che raggiunga almeno lo stadio del tentativo; ma qualunque altra conclusione si pretenda di desumerne, sarebbe eccessiva rispetto alla premessa<sup>306</sup>.

Oltre a confutare la rilevanza dell'art. 115 c.p., vengono evidenziati ulteriori (supposti) limiti alla teoria in esame, essenzialmente riconducibili a tre profili essenziali: le possibili lacune di tutela; la determinazione dei requisiti minimi della partecipazione penalmente rilevante; le ipotesi in cui non si riscontri una vera e propria condotta "principale" a cui quella atipica dovrebbe accedere.

Iniziando dal primo dei problemi cui si è fatto cenno, va detto che secondo una parte della dottrina la teoria dell'accessorietà, nella sua variante "estrema", apre vaste lacune nella punibilità (per esempio, il concorso nel fatto del non imputabile non sarebbe punibile), cui si dovrebbe cercare di porre rimedio attraverso la figura dell'autore mediato<sup>307</sup>: non occorre, tuttavia, indugiare su questo particolare aspetto, in quanto estraneo al sistema italiano che riposa, invece, su un modello di accessorietà "minima"<sup>308</sup>.

In secondo luogo, si ritiene che esso non chiarisca quale sia il nesso di dipendenza "reale" tra la condotta accessoria e quella principale; il che, in un sistema quale quello italiano, basato su un modello indifferenziato di responsabilità concorsuale e sulla clausola generale di cui all'art. 110 c.p., induce a ravvisare nel dogma dell'accessorietà i limiti di un'inevitabile vaghezza e di un certo tautologismo: postulare l'accessorietà delle condotte atipiche nulla dice, ancora, sul contenuto specifico di quelle condotte, su cosa sia effettivamente "accessorio", sicché si finisce per considerare come accessorio il fatto stesso di concorrere nel reato<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. sul punto AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, cit., p. 507; I. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 115; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 456; A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, p. 183; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 146.

<sup>307</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 290.

<sup>308</sup> Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 420-421.

<sup>309</sup> Tali critiche sono svolte da T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 291, il quale espressamente definisce il principio dell'accessorietà «elusivo e tautologico: elusivo perché non consente di stabilire alcun limite reale alla rilevanza della condotta concorsuale (postularne l'accessorietà crea solo il problema di stabilire che cosa sia "accessorio"); tautologico, perché la condotta concorsuale si definisce come accessoria, e la

Venendo alle ulteriori obiezioni alla teoria accessoria – che, peraltro, sono quelle che più propriamente interessano ai fini della presente indagine –, esse riguardano le ipotesi di concorso dell'estraneo nel reato proprio e le ipotesi di esecuzione frazionata.

Quanto alle prime, si è da più parti osservata l'inadeguatezza della teoria accessoria a spiegare la responsabilità concorsuale nei casi in cui la condotta esecutiva sia posta in essere dall'estraneo, mentre il soggetto qualificato fornisce un contributo atipico<sup>310</sup>. La difficoltà sta nel fatto che nessuno dei concorrenti realizza un fatto che possa considerarsi tipico ai sensi della fattispecie incriminatrice di parte speciale: non l'*intraeus* che pone in essere una condotta atipica, né l'*extraneus* che difetta della qualifica soggettiva richiesta; in sostanza, manca il fatto principale al quale, secondo il dogma dell'accessorietà, l'altro contributo deve appoggiarsi. Si tratta con tutta evidenza della problematica emersa nell'ordinamento tedesco, in relazione sia alla teoria formale-obiettiva sia alla teoria del dominio del fatto, e alla quale Roxin, appunto con la teoria dei *Pflichtdelikte*, ha offerto una originale soluzione.

Analoghe considerazioni si possono svolgere per l'ipotesi dell'esecuzione frazionata, nelle quali nessuno dei concorrenti commette per intero l'illecito penale, bensì ciascuno realizza una componente, una frazione del tipo delineato dalla norma incriminatrice (l'esempio tradizionalmente addotto è quello della rapina commessa in concorso da due soggetti, uno dei quali usa violenza sulla vittima, mentre l'altro si impossessa della cosa mobile di quest'ultima)<sup>311</sup>.

---

condotta accessoria è peraltro... quella concorsuale». Le medesime perplessità sono espresse da: G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Torino, 2013, p. 119.

<sup>310</sup> Cfr. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 146.

<sup>311</sup> Anche questa è un'obiezione comune nella dottrina italiana; cfr.: R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, *passim*. I. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 100: «Ci basta notare come la combinazione atto atipico-atto tipico, non sia la sola che integri gli estremi di una fattispecie di concorso la quale assolva una funzione incriminatrice *ex novo*. Occorre fare i conti anche con l'ipotesi in cui nessuna delle condotte imputabili a più soggetti sia di per sé tipica, contribuendo, ciò nonostante, tutte assieme, a porre in essere un'offesa tipica. Ipotesi di fronte alla quale [...] non si spiega e giustifica più l'accessorietà».

### 2.3. La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale

Secondo larga parte della dottrina, proprio le ipotesi dell'esecuzione frazionata proverebbero inconfutabilmente le insufficienze del modello accessorio. Come autorevolmente osservato, «mancando nell'ipotesi in questione una condotta *autonomamente tipica* non può certo parlarsi d'una *qualifica penale* che dalla condotta in parola si trasmetta alle condotte *non autonomamente tipiche*»; piuttosto, la qualifica penale delle condotte in sé atipiche discende dalla loro convergenza nella realizzazione della fattispecie concorsuale unitaria che viene ad esistenza<sup>312</sup>: in ciò risiede l'essenza della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale<sup>313</sup>, elaborata a metà del secolo scorso da Dell'Andro e da allora dominante nella dottrina italiana<sup>314</sup>.

Più in particolare, si ritiene che dall'incontro delle norme di parte speciale con le norme sul concorso sorga una fattispecie unitaria nuova (per l'appunto, la fattispecie

---

<sup>312</sup> Si veda, per tutti, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 84: «Le ipotesi d'esecuzione, frazionata tra i concorrenti, della fattispecie monosoggettiva necessaria rivela, e nella maniera più chiara, che le singole condotte, autonomamente atipiche, ricevono la propria qualificazione dal *tutto* (unitario) nel quale s'inseriscono».

<sup>313</sup> Si parla di fattispecie plurisoggettiva eventuale perché la pluralità dei concorrenti costituisce soltanto una modalità eventuale di realizzazione del reato, che può essere commesso anche in forma monosoggettiva.

<sup>314</sup> Esprimono netto favore per questa teoria, tra gli altri: G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari - Roma, 2008, pp. 377-378; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 518; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 291; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 147 ss. Appare meno netta la posizione di L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, p. 33, il quale, da un lato, riconosce alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale il merito di riuscire a superare le aporie nelle quali incorre la teoria dell'accessorietà; dall'altro, tuttavia, contesta che essa sia in grado di risolvere il problema della distinzione tra le varie forme di partecipazione e, ancor prima, quello della determinazione della rilevanza penale delle condotte concorsuali. Simile posizione è manifestata anche da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 519, secondo i quali, rispetto all'idea dell'accessorietà «la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale spiega meglio, sul piano logico-formale, il fenomeno della punibilità delle condotte atipiche»; ma, per l'appunto, *solo* su un piano logico-formale, in quanto «resta [...] insoluto il problema dei criteri idonei a determinare la rilevanza delle semplici condotte di partecipazione nei confronti della fattispecie eventuale come fattispecie autonoma e diversa rispetto alla fattispecie monosoggettiva»: in definitiva, secondo gli autori, il problema fondamentale in tema di concorso resta quello relativo alla fissazione dei requisiti minimi di una partecipazione penalmente rilevante, ma tale problema non viene risolto neppure dalla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. In termini problematici, cfr. anche AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, cit., 508: «Si è però obiettato che tale modello risulta troppo astratto perché non indica i requisiti della fattispecie plurisoggettiva eventuale». Anche secondo questa prospettiva, dunque, il problema fondamentale resta quello di stabilire a quali condizioni quelle che sono condotte atipiche rispetto alla fattispecie monosoggettiva diventano penalmente rilevanti se rapportate alla fattispecie plurisoggettiva: «In effetti, – concludono gli autori – sul punto tale teoria è deficitaria, ma va anche aggiunto che ciò non dipende dalla sua incapacità di offrire un valido fondamento dogmatico al concorso di persone, quanto piuttosto dall'assoluta indeterminatezza dell'art. 110 c.p. sui requisiti strutturali del concorso di persone: è del tutto tautologico affermare che si ha concorso di persone "quando più persone concorrono nel medesimo reato". Questo limite sta, dunque, nella legge ed interessa qualsiasi modello teorico del concorso di persone».

plurisoggettiva eventuale), nella quale convergono i contributi di tutti i concorrenti<sup>315</sup>. La rilevanza penale di condotte atipiche rispetto alle singole norme incriminatrici di parte speciale discende non più da un rapporto di dipendenza dal fatto principale, bensì da un *nuovo concetto di tipicità*, rapportato questa volta all'intero fatto realizzato in concorso: in altri termini, il giudizio di conformità al tipo non è più effettuato sulla base della tipicità monosoggettiva, bensì sulla base della tipicità concorsuale risultante dalla reciproca integrazione delle disposizioni di parte speciale con l'art. 110 c.p.<sup>316</sup>.

Un ulteriore modello dogmatico di spiegazione del concorso è stato elaborato da Pagliaro ed è conosciuto come teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate: in realtà, più che una teorizzazione a sé stante, è considerata una particolare articolazione della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, poiché da quest'ultima prende le mosse, per poi apportarvi dei correttivi<sup>317</sup>. In sostanza, secondo questa posizione, dall'incontro tra le norme di parte speciale e quelle sul concorso di persone nascerebbe non già una sola fattispecie plurisoggettiva eventuale, bensì tante fattispecie plurisoggettive quanti sono i concorrenti, che avrebbero in comune il medesimo nucleo di accadimento materiale, ma si distinguerebbero tra loro per l'elemento soggettivo in capo a ciascuno<sup>318</sup>.

Questa teoria è finalizzata a spiegare le ragioni per cui ciascuna condotta concorsuale può essere sorretta da un diverso elemento soggettivo, ed accompagnata da diverse cause di esclusione della pena e diverse circostanze; inoltre, essa dà il giusto risalto

---

<sup>315</sup> Cfr. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 81: «La sintesi tra l'art. 110 c.p. ed una delle disposizioni anche (autonomamente incriminatrici) di Parte speciale non soltanto qualifica penalmente condotte irrilevanti ai sensi delle singole disposizioni di Parte speciale ma *ben prima* crea un'entità nuova, una forma (unitaria) nuova, nella quale le singole condotte perdono la loro autonomia per divenire parti d'un tutto, d'un nuovo tutto».

<sup>316</sup> Cfr., ancora, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 81: «Due o più condotte, non interessa se autonomamente tipiche o non, acquistano una nuova forma, una tipicità, in virtù appunto dell'unificazione nella fattispecie plurisoggettiva eventuale, fattispecie che lede lo stesso bene giuridico tutelato attraverso l'incriminazione della fattispecie necessaria integrata».

<sup>317</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, cit., p. 538: «Noi crediamo che il concetto di fattispecie plurisoggettiva sia un'indubbia conquista sulla strada che conduce a intendere il concorso di persone. Tuttavia, la distinzione concettuale tra soggetto del fatto e soggetto dell'illecito impone di riconoscere che il moltiplicarsi dei soggetti del fatto non implica di necessità che sia imputato a tutti i soggetti, come illecito, un unico fatto plurisoggettivo. La linearità della situazione dogmatica non viene alterata, quando si ammette la possibilità di attribuire, come illecito, a uno dei soggetti un certo fatto plurisoggettivo e agli altri soggetti un diverso fatto plurisoggettivo».

<sup>318</sup> A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano 1966, p. 24 ss. (v., in particolare, p. 26: «Poiché l'illecito penale si costruisce con l'attribuzione di un fatto, come illecito, a un soggetto determinato, il moltiplicarsi dei soggetti cui un fatto è attribuito determina, per necessità concettuale, il moltiplicarsi degli illeciti»).

alla possibilità che i concorrenti rispondano di reati diversi<sup>319</sup>. D'altra parte, si ritiene che tale teoria, moltiplicando le fattispecie plurisoggettive sulla base delle caratteristiche dello specifico accadimento da sussumere nel modello legale, finisca sostanzialmente per confondere il piano del fatto concreto con quello della fattispecie astratta<sup>320</sup>.

Ritornando dunque alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale così come formulata da Dell'Andro, le va riconosciuto il merito di superare le obiezioni mosse alla teoria dell'accessorietà: nei casi di esecuzione frazionata, le condotte parzialmente tipiche entrano a comporre la fattispecie plurisoggettiva eventuale. Analogamente, nel concorso in un reato proprio, non è necessario che sia l'intraneo a realizzare la condotta tipica: è sufficiente che un concorrente contribuisca con la qualifica e l'altro con al realizzazione della condotta esecutiva, in modo che la convergenza degli apporti realizzi tutti gli elementi della fattispecie<sup>321</sup>.

Tuttavia, neppure tale costruzione dommatica è esente da critiche, in quanto se anche risolve i problemi posti dalla teoria accessoria, tuttavia ne pone altri.

Un primo punto appare di immediata evidenza: ragionando con gli schemi della fattispecie plurisoggettiva eventuale è del tutto inutile, se non errato, pensare ad una tipizzazione normativa delle condotte concorsuali, pure da più parti auspicata.

In secondo luogo, da più parti si è sostenuto che essa pecchi di concettualismo<sup>322</sup> e che conduca ad una eccessiva frammentazione delle ipotesi (tanto nella sua versione unitaria, quanto, *a fortiori*, in quella differenziata) che finisce per collidere con il principio di tipicità e le esigenze di certezza del diritto<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> Cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., p. 33, secondo il quale, con la teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate, «possono perdere di anomalia i casi di responsabilità a titolo diverso (di responsabilità e di reato) nella partecipazione ad un singolo fatto».

<sup>320</sup> Cfr. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., pp. 148-149.

<sup>321</sup> Alla teoria della fattispecie eventuale viene riconosciuto tale merito anche da chi, in definitiva, propende comunque per la teoria dell'accessorietà (cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 288) ovvero per la teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate (cfr. A. PAGLIARO, *Il reato*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C. F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2007, p. 404 ss.).

<sup>322</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Il contributo concorsuale fra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 1629, il quale sottolinea l'inidoneità della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale a costituire il fondamento teorico della partecipazione «in un contesto di disciplina, quale quello del codice Rocco, che non offre elementi sufficienti all'individuazione del fatto concorsuale»; più in particolare, secondo Pelissero, da tale teoria «non sembra [...] che ai fini della determinazione degli elementi costitutivi del contributo concorsuale possano essere tratti elementi idonei a vincolare la disciplina concorsuale al rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio».

<sup>323</sup> Per quest'ultima critica, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 552-553.

Infine, si ritiene che renda indeterminata la pena, perché prescinde dalla condotta che il singolo concorrente ha tenuto. Per correggere tale ultimo difetto, come si accennava, è stata elaborata la variante della tipicità plurisoggettiva differenziata, per cui la combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale darebbe vita a tante fattispecie plurisoggettive quanto sono i concorrenti, ma detta costruzione si pone in tensione con la formulazione letterale dell'art. 110 c.p.

### **3. Il superamento delle obiezioni sollevate rispetto alla teoria dell'accessorietà**

All'esito di questo *excursus*, vale la pena chiedersi se non sia il caso di ritornare alla teoria dell'accessorietà, per tentare di risolvere i problemi da essa posti anche alla luce della categoria del reato d'obbligo e sgombrare così il campo da dubbi relativi alla sua tenuta.

Ebbene, come si diceva, i casi rispetto ai quali la teoria dell'accessorietà sembrerebbe rivelare delle debolezze sono l'esecuzione frazionata e il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio.

Per esigenze di chiarezza, è preferibile distinguere due possibili ipotesi di esecuzione frazionata del reato: quella in cui i comportamenti dei coesecutori, isolatamente considerati, non integrino di per sé l'intero reato e, all'opposto, l'ipotesi in cui ciascun contributo, di per sé solo, esaurisca il tipo di illecito commesso in comune. Mentre quest'ultima non pone particolari problemi, in quanto ciascun apporto è tipico rispetto alla fattispecie di parte speciale, la prima ipotesi è invece più controversa.

La più autorevole dottrina ne ha già offerto una spiegazione alla luce del concetto di "accessorietà reciproca", che occorre ora illustrare brevemente. L'accessorietà consente non solo di attribuire rilevanza penale a condotte che, in sé considerate, non ne avrebbero, ma anche di ricondurre ad unità tali condotte<sup>324</sup>; sicché, è corretto desumere che «l'accessorietà è, in queste ipotesi di coesecuzione, reciproca: ciascun contributo, per acquistare rilievo giuridico, ha bisogno di venire accostato ad un altro complementa-

---

<sup>324</sup> Per usare le parole di C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 96: «L'accessorietà ci permette non solo di qualificare le condotte atipiche o fornite di qualifica insufficiente, ma anche di ricomporre l'esecuzione del tipo, al completo dei connotati richiesti, quando si presenti suddivisa in frammenti realizzati da persone diverse, senza che nessun contributo corrisponda da solo al modello».

re; al tempo stesso, nell'incontro, non si limita a ricevere, ma conferisce gli elementi del tipo che all'altro fanno difetto»<sup>325</sup>.

Com'era prevedibile, i sostenitori della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale si sono confrontati con questa costruzione e con l'idea dell'"accessorietà reciproca" e hanno ritenuto di confutarla affermando che, sostanzialmente, svuoterebbe di contenuto il concetto stesso di accessorietà, ovvero si risolverebbe in un artificio teorico inappagante<sup>326</sup>. In particolare, si ritiene che parlare di "accessorietà reciproca" sia soltanto un espediente lessicale che, facendo leva sul concetto di complementarità per spiegare l'accessorietà, ovvero su concetti che non appartengono alla medesima realtà logica, finisce per offrire una soluzione soltanto apparente: viceversa, i concetti di accessorietà e di complementarità sarebbero eterogenei e reciprocamente irriducibili, in quanto l'accessorietà si fonda su una relazione di dipendenza di un dato rispetto all'altro, mentre il concetto di complementarità non stabilisce alcuna relazione gerarchica tra le componenti che si integrano reciprocamente<sup>327</sup>.

Tuttavia tali obiezioni non persuadono. In realtà, anche soltanto la definizione linguistica dell'aggettivo «accessorio» potrebbe bastare a smentire le suddette argomentazioni: dal punto di vista del lessico «accessorio» può significare «secondario», ma può anche essere utilizzato come sinonimo di «complementare, aggiuntivo»; già sotto l'a-

---

<sup>325</sup> Così, ancora, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 96.

<sup>326</sup> Si vedano *in primis* le considerazioni di R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 135, nota 18: «Anche il PEDRAZZI [...] afferma che l'estraneo non può fungere mai da *esecutore* nel reato proprio pur potendo eseguire *parzialmente*, accanto ad un soggetto qualificato, la *fattispecie*. Ma, ci domandiamo noi, quale *fattispecie* può eseguire *parzialmente* l'estraneo? Non la monosoggettiva necessaria, giacché in questa è prevista solo la condotta dell'intraneo, bensì la plurisoggettiva eventuale. Siamo pienamente d'accordo con il PEDRAZZI [...] quando sostiene che, in generale, nelle ipotesi d'esecuzione, frazionata tra i concorrenti, dei requisiti formali d'una delle figure necessarie, dall'insieme dei contributi dei concorrenti si ricostituisce in interezza il tipo. Ma le conclusioni del PEDRAZZI non equivalgono a negare l'*accessorietà* del concorso eventuale? Se per qualificare penalmente le condotte *atipiche* occorre accostare le medesime a condotte *tipiche* (e ciò è ripetutamente affermato dal Pedrazzi) allorché nessuna delle condotte sia autonomamente *tipica* non dovrebbe aversi concorso eventuale. Ridotta ad essere integrazione reciproca di condotte (tutte autonomamente atipiche), l'accessorietà è puntualmente, quanto nella maniera più manifesta ed efficace, superata. Quale *significato penale*, quale *nomen iuris*, una condotta, per sé atipica, possa conferire ad altra condotta ugualmente atipica è davvero problematico stabilire». Cfr., inoltre: AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, cit. p. 506: «[...] né convince affermare che in questi casi l'accessorietà è reciproca (le condotte parzialmente tipiche sono accessorie l'una rispetto all'altra), perché si tratterebbe di un artificio teorico finalizzato ad adattare a casi specifici una teoria che ad essi mal si adatta»; M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 280, nota 98: «[...] si è inteso mantenere fedeltà al principio accessorio, postulando un'accessorietà reciproca (Pedrazzi), che appare piuttosto la negazione di quel principio che la sua riaffermazione»; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 146.

<sup>327</sup> S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009, pp. 19-20.

spetto puramente linguistico, dunque, non sorgono difficoltà ad intendere l'accessorietà tra le condotte di partecipazione anche nel senso della loro complementarità.

Peraltro, volendo andare oltre il dato letterale, deve riconoscersi che se il principio fondamentale dell'accessorietà consiste nel riportare al partecipe anche quegli elementi (tutti o una parte) che siano conformi al tipo, ma non siano stati posti in essere da lui, non si vede perché tale principio debba operare solo in senso unidirezionale: in realtà, anzi, il modo più intuitivo di intenderlo è proprio di considerarlo come un principio bidirezionale, o biunivoco, che procede dal concorrente A al concorrente B e viceversa.

Che l'esecuzione frazionata non rappresenti affatto uno sbarramento invalicabile all'accessorietà si desume anche dall'osservazione comparatistica.

Come rilevato nella prima parte dell'indagine, il sistema tedesco è saldamente ancorato ad una ricostruzione accessoria del concorso di persone, ma non incontra alcuna difficoltà ad inquadrare sistematicamente le ipotesi di esecuzione frazionata, attraverso il ricorso alla categoria della correatità (o coautoria). E lo stesso può dirsi del sistema spagnolo, atteso che l'art. 28 *Código penal*, palesemente modellato sul § 25 StGB, contempla ed equipara tre forme di reità: l'autoria, la coautoria e l'autoria mediata<sup>328</sup>. Ebbene, in entrambi gli ordinamenti tra le tipologie di coautoria si annoverano senza difficoltà i casi in cui:

- (i) ciascun contribuuto, anche isolatamente considerato, realizza *in toto* il fatto tipico (si pensi a due assassini che, nello stesso contesto spazio-temporale, aggrediscono la vittima infliggendole coltellate);
- (ii) ciascun contribuuto, isolatamente considerato, realizza solo *parzialmente* il fatto tipico, in quanto corrisponde ad una "porzione" della condotta descritta dalla norma incriminatrice (l'esempio di scuola, come si accennava, è dato dalla rapina in cui un soggetto trattiene fisicamente la vittima mentre l'altro le sottrae la cosa mobile);
- (iii) infine, persino il contribuuto che, in sé, non rappresenta neppure una porzione di condotta tipica, sempre che si possa riscontrare in capo all'autore

---

<sup>328</sup> Per l'esattezza, l'art. 28 del codice penale spagnolo equipara all'autore, ma solo *quoad poenam*, anche l'istigatore e il complice necessario, ovvero colui che — pur essendo privo del dominio del fatto — coopera all'esecuzione del reato con un atto indispensabile alla sua realizzazione e la cui condotta sia quindi un'autentica *condicio sine qua non* del reato. La norma dispone: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».



un dominio funzionale sul fatto (valga l'esempio, citato all'inizio della presente indagine, del soggetto A che distrae la vittima dal cattivo sapore del pasto avvelenato dal soggetto B, ovvero del soggetto che trattiene fisicamente la vittima mentre altri compie l'azione omicida)<sup>329</sup>.

Tutto ciò premesso, appare chiaro allora che le ipotesi di esecuzione frazionata non rappresentano affatto un limite intrinseco all'accoglimento della teoria dell'accessorietà: l'esecuzione frazionata, in tutte le sue varianti, può perfettamente spiegarsi anche in un sistema basato sul modello accessorio, a condizione che venga inquadrata nella categoria della correatità<sup>330</sup>.

Tale conclusione può essere avvalorata anche da una notazione finale, relativa alla meritevolezza di pena. Ritenerne – come normalmente fanno i sostenitori della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale – che nelle ipotesi di esecuzione frazionata manchi una condotta principale, e dunque un autore, condurrebbe ad una valutazione assolutamente sperequata dei contributi concorsuali: chi esegue una frazione della condotta tipica realizza un fatto oggettivamente più grave di chi si limita a fornire un contributo del tutto atipico e, pertanto, non sarebbe conforme a giustizia equipararlo alla figura del

---

<sup>329</sup> Cfr. J. CEREZO MIR, *Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995*, cit., p. 554: «In den Begriff der Mittäterschaft nach dem neuen spanischen Strafgesetzbuch kann man meines Erachtens auch diejenigen einschließen, die, obwohl sie kein Tatbestandsmerkmal erfüllen, die funktionale Tatherrschaft haben».

<sup>330</sup> Cfr. L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 282 ss.; v. in particolare p. 303: «Pare allora sempre più chiaro come il problema dei reati ad esecuzione frazionata, ritenuti ostacolo insormontabile all'accoglimento della teoria dell'accessorietà all'interno del sistema penale italiano, non rappresenti affatto un limite intrinseco della suddetta teoria, ma una vera e propria lacuna legislativa del nostro codice penale, certo determinata dalla rozza formulazione dell'art. 110 c.p.». In senso parzialmente conforme, cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 272, secondo il quale della necessità di una previsione della coautoria in riferimento ai casi di esecuzione frazionata «non può invero dubitarsi poiché, nella tipologia dei comportamenti concorsuali, essa non può ritenersi ricompresa all'interno né dell'autoria né della complicità»; tuttavia, pur sostenendo la necessità di ricorrere al concetto di coautoria per i casi di esecuzione frazionata, reputa questi ultimi comunque estranei allo schema dell'accessorietà: «Per quanto concerne l'ipotesi dell'esecuzione frazionata – che certamente deve essere inquadrata fuori dagli schemi dell'accessorietà, anche attraverso gli elementi della contestualità in senso normativo-sociale delle condotte e della loro tipicità parziale –, può aggiungersi che comunque i problemi da essa discendenti verrebbero in larga parte risolti con l'inserimento, in sede di descrizione delle condotte di partecipazione, della figura del coautore, che appunto varrebbe a regolare le situazioni in cui ciascun concorrente realizza una condotta solo parzialmente conforme alla fattispecie incriminatrice» (così, p. 299). *Contra*, I. M. GALLO, *Diritto penale italiano: appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 116, il quale, pur riconoscendo che la categoria della correatità sarebbe idonea a ricomprendere le ipotesi di esecuzione frazionata, ritiene tuttavia che essa non possa giustificarsi alla luce del nostro diritto positivo: quest'ultimo – si afferma – «non prevede che un comportamento possa essere incriminato altrimenti che in virtù di una disposizione che configura un illecito, consumato o tentato, ovvero di quella che contempla una condotta a titolo di concorso. Insomma, tertium non datur».

complice, né sul piano concettuale (per gli ordinamenti basati su un modello indifferenziato di concorso), né tanto meno *quoad poenam* (per quegli ordinamenti che invece prevedono delle differenziazioni sanzionatorie)<sup>331</sup>.

### 3.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto al concorso dell'*extraneus* nel reato proprio

Esaurito l'esame dei reati ad esecuzione frazionata, occorre ora confrontarsi con quella che da sempre è stata ritenuta l'altra obiezione "forte" all'accoglimento della teoria dell'accessorietà e che attiene al concorso dell'*extraneus* nel reato proprio.

Per giustificare l'inquadramento negli schemi dell'accessorietà, la dottrina ha sempre ritenuto indefettibile un dato: l'esecuzione personale della condotta tipica da parte dell'*intraneus*. In altri termini, si ritiene che il soggetto qualificato debba sempre agire in qualità di autore, svolgendo anche in caso di concorso lo stesso ruolo che svolgerebbe in caso di esecuzione monosoggettiva dell'illecito<sup>332</sup>.

Benché si tratti senza dubbio di una posizione pienamente rispettosa del principio di legalità, e dunque formalmente inattaccabile, non va sottaciuto il problema che essa comporta e che, alla luce dell'analisi finora svolta, facilmente si intuisce: ci si riferisce, chiaramente, alle lacune di tutela che si aprono nel caso in cui qualifica e condotta esecutiva siano riferibili a concorrenti diversi.

---

<sup>331</sup> Cfr. L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, cit., p. 303: «Pare del resto contraddittorio affermare, come sostenuto per lungo tempo in dottrina, che nei reati ad esecuzione frazionata manchi una condotta principale e, di conseguenza, non vi sia (nemmeno) un autore. Chi esegue parzialmente la condotta tipica realizza un fatto oggettivamente più grave di chi si limita a fornire un contributo del tutto atipico. Se dunque chi agisce in condizioni di esecuzione frazionata non è (completamente) autore, non è nemmeno complice nel senso classico del termine».

<sup>332</sup> Questa posizione è sostenuta da G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, cit. p. 446: «È pur sempre, a nostro avviso, il criterio dell'attività tipica ad entrare primieramente in considerazione, per cui si è autorizzati ad affermare che è autore di un reato proprio quel soggetto il quale, trovandosi con un interesse protetto nella posizione voluta e qualificata dalla legge, realizza colpevolmente l'atto tipico e viene così a violare il dovere particolare di astenersi dalla perpetrazione del fatto delittuoso». Conformemente, v.: G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 430-431; A. MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, in *Giur. it.*, vol. C, 1948, parte IV, c. 32; G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, 1979, p. 136.

Ma non è questa l'unica difficoltà. Una parte della dottrina osserva che l'art. 117 c.p. non contiene espressamente una tale limitazione, e introdurla equivarrebbe a trasformare surrettiziamente tutti i reati propri in reati di mano propria<sup>333</sup>: sicché, al di fuori dell'ipotesi in cui sia appunto la struttura della fattispecie ad imporre la realizzazione di un'attività insostituibilmente personale del soggetto qualificato (ossia, al di fuori dei casi di reato di mano propria)<sup>334</sup>, si deve riconoscere la responsabilità concorsuale anche quando l'*extraneus* esegua la condotta tipica e l'*intraneus* si limiti ad istigarlo o agevolarlo<sup>335</sup>.

Due esempi particolarmente significativi possono contribuire a chiarire l'affermazione. Si può considerare il caso in cui Tizio istighi Caio ad intrattenere una relazione amorosa con Mevia, sorella dell'istigatore Tizio. Non può revocarsi in dubbio l'irresponsabilità di Caio, in quanto la separazione tra la qualifica soggettiva (fratello della partner) e la condotta tipica (atti sessuali) priva del tutto il fatto commesso del disvalore tipico dell'incesto: e, conseguentemente, neppure Tizio potrà essere chiamato a rispondere come istigatore di un fatto penalmente irrilevante<sup>336</sup>.

A diverse conclusioni deve giungersi nel caso in cui Tizio, titolare di un ufficio postale, lasci aperto l'ufficio affinché Caio – d'intesa con lui – possa farvi ingresso e distruggere della corrispondenza compromettente. In un caso del genere, nonostante la scissione tra la qualifica soggettiva di titolare dell'ufficio postale (in capo a Tizio) e la condotta tipica di distruzione della corrispondenza (tenuta da Caio), i due soggetti hanno realizzato in concorso il reato proprio di cui all'art. 619 c.p.: la condotta di Caio ha potuto realizzarsi proprio grazie all'abuso della posizione d'ufficio che fonda lo specifi-

---

<sup>333</sup> Questi rilievi sono svolti da M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., pp. 62-63 e p. 281; S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, cit., p. 170.

<sup>334</sup> Cfr. G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, cit., p. 410: «Non sempre [...] potrà essere posta in essere dall'estraneo l'azione esecutiva tipica prevista dalla fattispecie che prevede il reato proprio se, per la sua speciale natura, questa sia tale da esigere l'*attivarsi personale dell'estraneo*».

<sup>335</sup> Cfr.: AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, cit., p. 533; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 516; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 269; F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, pp. 506-507.

<sup>336</sup> L'esempio è tratto da F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507, il quale precisa anche che nel caso opposto, qualora sia Caio ad istigare Tizio ad avere rapporti sessuali con la sorella Mevia, Caio risponderà di concorso nel delitto di incesto (sempre che, beninteso, fosse a conoscenza della qualifica soggettiva di Tizio).

co disvalore del delitto in questione e, pertanto, entrambi risponderanno di concorso nel suddetto reato proprio<sup>337</sup>.

Per tutte le ragioni esposte, una soluzione del genere appare indubbiamente condivisibile e, quindi, preferibile rispetto alla necessità di richiedere sempre la qualifica in capo a colui che esegue la condotta tipica. Resta tuttavia il problema di conciliare la soluzione qui sostenuta in riferimento al contributo dell'*intraneus* con la teoria accessoria.

Ed è esattamente rispetto a questo problema che la teoria dei *Pflichtdelikte* può trovare spazio anche nell'ordinamento italiano ed acquisire quella funzione di disciplina che finora non le è stata riconosciuta.

Infatti, se rispetto alle fattispecie d'obbligo previste nel nostro ordinamento, si prescindesse dalla supposta indefettibilità del connubio "qualifica soggettiva-condotta esecutiva", e si ricostruisse l'autoria attorno alla violazione del dovere, si supererebbe definitivamente una delle obiezioni "forti" tradizionalmente sollevate rispetto alla teoria dell'accessorietà.

La trasposizione del modello elaborato da Roxin consente infatti di conciliare la ricostruzione accessoria del concorso di persone con le esigenze pratiche di repressione penale. E verrebbe anche coerentemente mantenuta una differenziazione, in punto di trattamento sanzionatorio, tra il concorso dell'estraneo nel reato proprio da un lato, o nel reato di mano propria, dall'altro. Né pare si possa ritenere disatteso il principio di tipicità, atteso che la centralità della *Pflichtverletzung* è comunque un dato che emerge dal tipo penale così come costruito dal legislatore.

Per convincersi della validità dell'opzione qui proposta, è senz'altro utile valutare le possibili alternative.

Una prima possibilità sarebbe, come è facile intuire, il rifiuto *tout court* della teoria accessoria e l'adesione incondizionata a quella della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Ma una simile opzione non convince in quanto, come si è avuto modo di vedere, neppure la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale è esente da critiche, né nella sua versione originaria elaborata da Dell'Andro, né nella versione successiva rivisitata da Pagliaro (teoria della fattispecie plurisoggettiva differenziata).

---

<sup>337</sup> Anche questo esempio è di F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507; secondo l'Autore, in un'ipotesi del genere, l'*extraneus* risponde a titolo di concorso nel reato proprio sia che conoscesse la qualifica soggettiva del titolare dell'ufficio postale, sia in caso contrario.

Una seconda possibilità è stata suggerita in tempi remoti da Latagliata il quale, a ben guardare, è stato tra i primi studiosi italiani a confrontarsi con la categoria dei reati d'obbligo e la possibilità di un loro impiego rispetto alla disciplina italiana del concorso di persone: la sua monografia sul concorso di persone venne data alle stampe un anno dopo la pubblicazione della fondamentale opera roxiniana "*Täterschaft und Tatherrschaft*".

Nella sua indagine, Latagliata affronta il tema del dominio finalistico come criterio indicativo della reità e, a tal proposito, richiama la costruzione teorica di Roxin; tuttavia la definisce infondata sotto un duplice profilo e obietta «in primo luogo che nei c.d. Pflichtdelikte la situazione di obbligo in cui si trova un determinato soggetto non basta di per sé a stabilire la qualità di autore del reato commesso in concorso da più persone; in secondo luogo, che il ruolo di (co)autore del fatto collettivo può essere svolto anche da concorrenti non qualificati dalla particolare situazione di obbligo (c.d. estranei), quando questi dividano con l'intraneo il dominio finalistico del fatto»<sup>338</sup>.

Le due obiezioni, a ben guardare, sono le due facce della stessa medaglia e discendono entrambe dalla volontà di non abbandonare la prospettiva del dominio del fatto, neppure con riferimento ai reati propri.

Latagliata muove dal presupposto secondo cui per la responsabilità nel titolo nel reato proprio non basta la mera presenza, tra i concorrenti, di un soggetto qualificato; occorre anche che tale soggetto sia *dominus* degli accadimenti<sup>339</sup>.

A tal proposito lo studioso propone il tradizionale esempio del tesoriere di una pubblica amministrazione che induce un amico in difficoltà finanziarie a sottrarre furtivamente il denaro custodito nella cassa dell'ufficio e, al limite, per agevolarlo nell'impresa, lascia aperta intenzionalmente la cassaforte. Ebbene, il solo fatto di aver partecipato con un'attività di istigazione o agevolazione alla sottrazione del denaro pubblico ancora non è sufficiente ad inquadrare l'impresa collettiva nello schema del concorso in peculato: e ciò in quanto *dominus* della situazione è comunque l'estraneo, al quale soltanto spetta la decisione ultima di realizzare o no la sottrazione. Ne consegue che, in un'ipotesi del genere, in cui il soggetto qualificato ha agito da mero partecipe seconda-

---

<sup>338</sup> Così A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 280-281.

<sup>339</sup> Cfr. A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 281 ss. e, nella dottrina più recente, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp. 547-548.

rio, il mutamento del titolo del reato andrà escluso e si configurerà un semplice concorso in furto.

A diverse conclusioni dovrebbe giungersi qualora l'intraneo decida insieme al suo complice di compiere l'azione tipica, qualora cioè l'azione di sottrazione dipenda congiuntamente dalla volontà di entrambi: il che significa che l'intraneo mantiene il controllo effettivo del fatto, mentre l'estraneo si limita a prelevare il denaro dalla cassaforte. In una simile ipotesi, intraneo ed estraneo si assumono insieme il dominio finalistico del fatto, sono cioè coautori, ed è pertanto ben possibile configurare un concorso in peculato.

Tuttavia, tale posizione presta il fianco a diverse critiche, in quanto non dà debito conto delle argomentazioni spese da Roxin per spiegare la coautoria dei reati d'obbligo<sup>340</sup>.

In primo luogo, si trascura il presupposto da cui muove Roxin, ossia la possibilità di configurare la coautoria limitatamente ai casi di partecipazione tra *intranei*. Per Roxin, così come l'autoria, così anche la coautoria presenta una struttura diversa nei reati di signoria e nei reati d'obbligo: mentre nei primi essa si presenta come l'intreccio dei contributi concretamente apportati al fatto nella fase esecutiva, nei secondi la coautoria coincide semplicemente con la violazione di un dovere comune. Diversamente, se il dovere incombe su uno solo dei concorrenti, e dunque si stia parlando di una partecipazione tra intranei ed estranei, ricorrerà sempre un'ipotesi di autoria mediata.

In secondo luogo, anche volendo discostarsi da tale presupposto, resterebbero comunque alcune perplessità rispetto alla posizione di Latagliata, per le potenziali strumentalizzazioni cui essa si presterebbe. Tale impostazione, infatti, non pone particolari problemi finché ci si confronta con il concorso in un reato proprio c.d. non esclusivo: in questo ambito, infatti, quand'anche si escluda l'autoria del soggetto qualificato, è pur sempre possibile il mutamento del titolo di reato, sicché nessuno dei concorrenti sfuggirà del tutto alle maglie della repressione penale: al limite, si porrà un problema di quantificazione della pena (ed eventualmente di mancata applicazione delle pene accessorie per il soggetto qualificato). Diverse, e ben più gravi, sarebbero le conseguenze se intraneo ed estraneo concorressero in un reato proprio c.d. esclusivo, in quanto in questa ipotesi l'autoria del soggetto qualificato non decide più del *quantum*, bensì dell'*an* della pu-

---

<sup>340</sup> V. *supra*, capitolo II, paragrafo 3.1.

nibilità: ed è fin troppo evidente che all'*intraneus* basterebbe rimanere nelle retroguardie per privare totalmente di operatività la norma incriminatrice<sup>341</sup>.

#### 4. La partecipazione al fatto principale non doloso

L'altra questione da sempre controversa in tema di concorso dell'estraneo nel reato proprio riguarda, come si accennava, la possibilità di affermare la responsabilità dell'*extraneus* quando l'*intraneus* agisca incolpevolmente.

È stata già illustrata nel corso della presente indagine la soluzione in proposito formulata da Roxin. Basti qui ricordare, in breve, che secondo l'Autore la partecipazione in un *Pflichtdelikt* non esige il dolo dell'intraneo e la ragione sta nella differente struttura che autoria e partecipazione presentano in questa categoria di reati: la nozione di autoria deve riempirsi di contenuto mediante il riferimento alla violazione del dovere e, specularmente, il ruolo del partecipe si caratterizza come cooperazione che da tale violazione prescinde; se si accettano queste premesse, si deve conseguentemente dedurre che la struttura della partecipazione non si modifica a seconda del fatto che l'obbligato opera con o senza dolo. In altri termini, si produce un risultato violatore dell'obbligo extrapenale a prescindere dal dolo del soggetto vincolato all'osservanza dell'obbligo stesso, sicché l'accertamento del dolo nel contesto dei *Pflichtdelikte* si rivela del tutto irrilevante.

Occorre ora esaminare le posizioni espresse al riguardo dalla dottrina italiana.

Preliminarmente, sono opportune due precisazioni.

In primo luogo, il problema della partecipazione dolosa dell'intraneo in esame non investe soltanto la consapevolezza della titolarità della propria qualifica, bensì il dolo nel suo complesso, come rappresentazione e volizione dell'intero fatto di reato.

In secondo luogo, va detto che la questione che qui occupa non riguarda la responsabilità penale dell'intraneo, essendo ben chiaro che l'assenza del dolo la esclude. Il

---

<sup>341</sup> Questo punto di vista sembra sostenuto anche da M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 261: «La necessità che sia l'autore a rivestire la qualifica, in quanto lo impone la fattispecie tipica, conduce ad aprire falle di tutela che sono tanto più ampie quanto più si arricchisce l'autoria dell'elemento aggiuntivo di dominio sul fatto e quanto più quest'ultimo viene inteso in termini di effettiva incidenza sullo sviluppo dell'accadimento».

punto da chiarire è un altro: e cioè se, in ragione della centralità della figura dell'intraneo nei reati propri, sia corretto scindere il piano oggettivo dell'interesse offeso da quello soggettivo della colpevolezza.

In sostanza, si tratta di stabilire se, in caso di realizzazione plurisoggettiva del reato, questo si configuri anche quando l'intraneo agisce per costrizione fisica, errore o incapacità da altri determinata.

Al riguardo, nel panorama dottrinale e giurisprudenziale italiano non vi è unanimità di vedute.

Una prima, risalente impostazione, negava la configurabilità del reato proprio nel caso in cui l'estraneo si fosse servito dell'intraneo incapace o comunque incolpevole<sup>342</sup>.

Questa posizione, nella sua nettezza, può considerarsi superata, in quanto, secondo un indirizzo largamente condiviso attualmente, le ipotesi in cui il soggetto qualificato agisce senza colpevolezza andrebbero regolate alla luce dei principi ricavabili dagli artt. 111, 112 ultimo comma e 119 comma 2 c.p. dai quali si desume chiaramente che il concorso non viene meno per l'assenza di dolo o imputabilità in capo ad uno dei concorrenti. In altri termini, stando ai principi generali, la colpevolezza è assoggettata ad un'imputazione strettamente personale e, ai fini della responsabilità concorsuale, è sufficiente che sia in dolo uno solo dei concorrenti<sup>343</sup>.

Si tratta, evidentemente, di una soluzione estensiva della responsabilità penale che rispecchia il modello teorico della fattispecie plurisoggettiva eventuale, in quanto consente di frazionare la tipicità (questa volta, la tipicità soggettiva) tra i vari contributi: l'intraneo realizzerebbe tutti i requisiti formali previsti dalla fattispecie monosoggettiva, mentre l'estraneo, con la sua condotta dolosa e concausale, viene ad integrare (sul piano dell'elemento psicologico) la fattispecie plurisoggettiva eventuale del reato proprio<sup>344</sup>. In quest'ottica, dunque, malgrado la partecipazione non dolosa dell'*intraneus*, gli altri concorrenti rispondono comunque del reato proprio, a condizione che siano consapevoli di partecipare alla commissione di un fatto costitutivo di reato in concorso con il titolare

---

<sup>342</sup> Cfr. F. GRISPIGNI, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato* (Appunti di critica giuridica), cit., p. 14 ss.

<sup>343</sup> Per questa posizione, cfr.: R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 136; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., p. 270.

<sup>344</sup> Si veda, in proposito, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 136: «Per parte nostra non troviamo alcuna difficoltà nell'intravedere la figura del concorso in fattispecie plurisoggettiva eventuale nelle ipotesi d'estraneo che "si serve" dell'intraneo incapace o non colpevole al fine di realizzare la lesione dell'interesse tutelato».



della qualifica richiesta dalla fattispecie incriminatrice (e sempre che non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 117 c.p.)<sup>345</sup>.

A tale teoria, taluni studiosi ritengono di dover apportare una deroga. Da più parti, infatti, si sostiene che non sia possibile approdare ad una soluzione unitaria per il problema in esame, ma sia necessario valutare, caso per caso, l'incidenza che l'atteggiamento soggettivo dell'autore avrebbe sul bene tutelato. Difatti, vi sono fattispecie connotate da un particolare disvalore di condotta, per la cui realizzazione è strettamente necessario il dolo dell'intraneo e, conseguentemente, qualora quest'ultimo manchi non sarebbe possibile configurare un concorso dell'estraneo nel reato proprio<sup>346</sup>.

Una posizione del tutto particolare è quella espressa da Seminara, il quale pure ritiene non sia possibile giungere ad una soluzione unitaria, estensibile alla generalità dei reati propri, ritenendo che tale categoria sia troppo vasta e diversificata per poter procedere ad un'analisi indifferenziata della nozione di autore e delle questioni ad essa connesse<sup>347</sup>. L'autore delimita invece il proprio campo d'indagine, e analizza in primo luogo i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. In questo settore, si sostiene che la lesività delle ipotesi di cui agli artt. 314, 315 (attualmente abrogato) e 316 c.p. non si esaurisce nel danno all'erario, ma postula necessariamente un disvalore di condotta, consistente nell'abuso commesso dal soggetto pubblico che sfrutta la propria posizione e trasgredisce un dovere di probità: conseguentemente, laddove l'estraneo, mediante induzione in errore, ottenga che il pubblico ufficiale gli consegni il denaro di cui è in possesso in ragione del suo ufficio, la qualificazione giuridica appropriata non sarà quella di peculato, bensì di truffa eventualmente aggravata *ex art. 61 n. 10 c.p.* Analogamente, secondo Seminara, va ricercato un disvalore di condotta per le ipotesi disciplinate dagli artt. 317-320, 324 (attualmente abrogato), 328 e 329 c.p.: una conferma in questo senso si trarrebbe pensando al caso in cui le condotte illecite ivi descritte vengano realizzate da un pubblico ufficiale solo apparente, ricorrendo in questi casi non già la fattispecie propria bensì il delitto di usurpazione *ex art. 347 c.p.* E per finire, viene in considerazione l'art. 323 c.p., che tipizza una condotta fortemente caratterizzata dalla

---

<sup>345</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 297.

<sup>346</sup> La necessità di una simile deroga è invocata da: AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Pettrini - P. Pisa, cit., p. 533; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 136; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, p. 159; I. M. GALLO, *Diritto penale italiano: appunti di parte generale*, vol. II, cit., p. 129; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 493; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, cit., pp. 270-271.

<sup>347</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 400 ss.

direzione finalistica della volontà e dal cosciente atteggiamento con cui l'agente si pone rispetto ai pubblici interessi. In conclusione, secondo Seminara, nei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione non sarebbe configurabile una partecipazione dell'estraneo in assenza di autoria dolosa dell'intraneo: «la lesione del bene tutelato non può prescindere dall'elemento personalistico apportato dalla condotta cosciente e volontaria del soggetto qualificato»<sup>348</sup>.

A diverse conclusioni Seminara giunge per altre fattispecie, vale a dire *in primis*, i reati di mano propria, ma anche altri reati nei quali l'Autore ravvisa un disvalore di evento che può essere realizzato indifferentemente con dolo o a seguito di induzione in errore: quest'ultimo caso ricorre per i delitti previsti dagli artt. 371, 372 e 373 c.p. (che, sostanzialmente, coincidono con le fattispecie che Roxin classifica come *unechte eigenhändige Delikte*), per taluni reati economici (come la bancarotta fraudolenta) e per il delitto di falso ideologico (art. 479 c.p.)<sup>349</sup>. In questo secondo gruppo di ipotesi, pur potendosi affermare una partecipazione del privato al fatto non doloso dell'intraneo, non sarebbe corretto invece riscontrare una responsabilità del privato in base all'art. 48 e alla fattispecie propria che viene in questione di volta in volta, in quanto ciò implicherebbe il dover qualificare il privato come "autore mediato" del reato proprio<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Così, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 407.

<sup>349</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 417 ss.

<sup>350</sup> In questo senso S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 390, che si riferisce espressamente all'ipotesi del falso ideologico. In proposito, si veda anche R. BARTOLI, *Il falso per omissione e il falso c.d. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 523: «si deve ricordare la tendenza molto diffusa a punire a titolo di falsità ideologica per induzione comportamenti mendaci di privati che senza dubbio inducono il pubblico ufficiale in errore, ma che non possono essere puniti ai sensi dell'art. 479 c.p., in quanto non solo la dichiarazione del pubblico ufficiale è dispositiva, come tale insuscettibile di falsità, ma anche perché manca il dolo dell'*intraneus* necessario per integrare la fattispecie di concorso e, prima ancora, rispetto alle dichiarazioni (descrittive) false dei privati, il pubblico ufficiale non compie alcuna "autonoma" attività di attestazione, concernente cioè l'intrinseca veridicità delle stesse, limitandosi invece a "trasfonderle" materialmente nel documento, con la conseguenza che il comportamento mendace del privato rappresenta più un artificio riconducibile alla truffa, che una falsità per induzione punibile ai sensi degli artt. 479 e 48 c.p.».

4.1. (segue): il ruolo della teoria di Roxin rispetto alla partecipazione nel fatto non doloso dell'intraneus

L'esame delle posizioni espresse in dottrina e giurisprudenza sul problema del dolo dell'intraneus mostra l'esistenza di una congerie di teorie sostanzialmente irriducibile ad unità. Occorre chiedersi, a questo punto, se la soluzione proposta da Roxin su questi temi, possa in qualche modo contribuire a far chiarezza.

La fondatezza della sua posizione che, rispetto ai reati d'obbligo, pacificamente riconosce la possibilità di partecipazione nel fatto principale non doloso, va vagliata attentamente, in quanto, per espressa previsione legislativa, in questo tipo di illeciti i concorrenti non si trovano su uno stesso piano rispetto al bene giuridico: è infatti innegabile che l'intraneus assume rispetto ad esso una posizione di maggiore prossimità e che ciò gli conferisce un rilievo preminente.

La questione tuttavia è meno complessa di quanto *prima facie* non appaia.

Difatti, nelle ipotesi di partecipazione al fatto non doloso del soggetto qualificato, l'estraneo sostanzialmente si avvale di uno dei mezzi descritti negli artt. 46, 48, 54 comma 3, o 86 c.p. per costringere o indurre l'intraneus a realizzare la fattispecie di un reato proprio<sup>351</sup>. In altri termini, la punibilità del soggetto determinatore discende direttamente dall'applicazione delle disposizioni citate, che trasferiscono su questo soggetto la responsabilità per il fatto commesso dalla persona costretta, ingannata o resa incapace: e se si tratta di un reato proprio non vi è ragione per derogare a tale regola<sup>352</sup>.

Tuttavia tale opinione non è pacifica. Secondo alcuni studiosi, le ipotesi in questione fissano un principio che, stando alla lettera della legge, risulterebbe inderogabile, ma che, in realtà, si rivela inidoneo a trovare applicazione rispetto a determinati casi<sup>353</sup>: ogni qualvolta il pubblico ufficiale viene indotto in errore sarebbe, quindi, necessario procedere all'interpretazione delle singole norme incriminatrici per accertare se il bene tutelato appaia suscettibile di un'offesa anche da parte di soggetti non qualificati.

Così impostata la questione, parrebbe che anche rispetto a questo specifico problema sia auspicabile un impiego della categoria del reato d'obbligo, al fine di replicare nell'ordinamento italiano le soluzioni sanzionatorie suggerite da Roxin.

---

<sup>351</sup> *Nulla quaestio* rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 51 comma 2 c.p., che non rientra nel tema qui trattato in quanto il superiore che impartisce l'ordine è per definizione un soggetto pubblico.

<sup>352</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso del reato*, cit., pp. 208-209.

<sup>353</sup> Questa la posizione di S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 395.

Ma, a ben guardare, in questo caso l'operazione si rivelerebbe superflua: in proposito, vanno evidenziate le differenze tra il sistema italiano e quello tedesco.

In seguito alla riforma del 1975, nell'ordinamento tedesco, la partecipazione richiede la presenza di un fatto antiggiuridico e doloso (*vorsatzlich begangene rechtswidrige Tat*) a cui accedere: si tratta del principio dell'accessorietà estrema, desumibile dagli §§ 26 e 27 StGB. Detto questo, si comprendono facilmente le implicazioni di una simile scelta legislativa rispetto alla partecipazione nei reati propri: se l'intraneo non è in dolo, l'estraneo non può essere *Teilnehmer* perché manca un fatto principale doloso cui accedere; al tempo stesso non può essere autore mediato, in quanto privo della qualifica soggettiva richiesta per l'autoria. Ne consegue una lacuna di tutela che non può essere colmata se non ricorrendo alla teoria dei *Pflichtdelikte* e alla nozione di partecipazione che essa postula: cooperazione senza violazione del dovere.

Tutto ciò premesso, appare chiaro che i limiti evidenziati dipendono dallo specifico modello di accessorietà accolto nell'ordinamento tedesco, che esige il dolo in capo all'intraneo. Ed è la necessità di superare quegli specifici limiti che ha suggerito a Roxin l'opportunità di ricorrere al reato d'obbligo anche per disciplinare i casi di partecipazione al fatto principale non doloso.

In altri termini, qualora l'estraneo sfrutti un intraneo inconsapevole, la necessità di impiegare la teoria dei *Pflichtdelikte* in funzione repressiva sta e cade con l'adesione ad un modello estremo di accessorietà. Laddove (come nell'ordinamento italiano) si accolga la teoria dell'accessorietà nella sua accezione "minima"<sup>354</sup>, evidentemente non si porranno gli stessi problemi: in definitiva, rispetto alla questione di cui trattasi, l'elaborazione teorica di Roxin ha scarsa utilità pratica stante la possibilità, praticabile nel nostro sistema, di approdare agli stessi risultati in ragione dell'adesione al modello dell'accessorietà minima<sup>355</sup>.

---

<sup>354</sup> Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 420-421.

<sup>355</sup> Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 420-421.

## CONCLUSIONI

All'esito dell'indagine sui *Pflichtdelikte*, emerge una categoria dogmatica di sicuro interesse per il penalista italiano che tuttavia appare, per certi aspetti, ancora "in cerca d'autore".

Nonostante la sua indubbia originalità e ricchezza di contenuti, per lungo tempo, la costruzione dogmatica proposta da Roxin non ha conosciuto, nel nostro Paese, alcun approfondimento dottrinale. All'indomani della sua elaborazione, la teoria dei *Pflichtdelikte* è stata per lo più trascurata, ovvero, anche laddove assunta ad oggetto di analisi, ha suscitato reazioni di netto rifiuto<sup>356</sup>. Bisognerà attendere la fine degli anni '80 e gli anni '90 per poter osservare un primo vero avvicinamento della dottrina italiana alla categoria in esame, essenzialmente ad opera di quegli studiosi che si sono confrontati con temi ad essa limitrofi, quali il concorso di persone, o la dogmatica del reato proprio<sup>357</sup>.

Ma è soltanto in tempi davvero recenti che si è potuto registrare un più diffuso interesse per la categoria da parte del formante dottrinale e, parallelamente, un crescente impiego del modello ad opera del formante legislativo; si tratta di un *trend* che – almeno in parte – sicuramente dipende dalla costante espansione del diritto penale economico, terreno privilegiato per la sperimentazione delle fattispecie in esame: in questo settore, infatti, anche in risposta alle sollecitazioni provenienti dalla dimensione sovranazionale, il legislatore italiano ha optato per un progressivo abbandono del paradigma classico della fattispecie chiusa e per un sempre più frequente ricorso agli *offene Tatbestände*<sup>358</sup>.

Già l'esistenza di questo *trend* rappresenta un incentivo ad approfondire lo studio del reato d'obbligo e a perfezionarne gli schemi. Così, ad esempio, è già stata evidenziata l'opportunità di intervenire nei settori in cui, da tempo, il modello del *Pflichtdelikt* ha trovato cittadinanza (per esempio, quello bancario e finanziario): si tratta cioè di predi-

---

<sup>356</sup> Come si è avuto modo di vedere, tale è stata la reazione di A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 280 ss.

<sup>357</sup> Ci si riferisce ai lavori monografici, più volte citati nel corso di questa indagine, di Seminara e Pelissero, per quanto riguarda il tema della partecipazione eventuale, e a quelli di Demuro e Gullo per quanto attiene al reato proprio.

<sup>358</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. M. Stile - S. Manacorda - V. Mongillo, cit., p. 37.

sporre una razionale e precisa normativa extra-penale di rinvio, nonché, contestualmente, di responsabilizzare i soggetti intranei a quei settori<sup>359</sup>.

Ma non basta. Una indagine sulle specificità del reato d'obbligo si giustifica anche per altre ragioni, che conviene conclusivamente riepilogare.

Il primo dato emerso dalla presente indagine sul reato d'obbligo è che la relativa nozione è di specifica elaborazione dottrinale, ma non trova alcun riscontro espresso nei dati normativi, né nel nostro ordinamento, né in quello tedesco in cui, pure, è germinata. Tuttavia, tale assenza di riferimenti nella disciplina positiva non implica che si tratti di una nozione puramente concettuale, priva di riflessi sul piano applicativo.

Si è ampiamente illustrato come la funzione essenziale dei *Pflichtdelikte* e, prima ancora, la ragione stessa della loro ideazione vadano ricercate nella necessità di offrire all'interprete un sicuro criterio di individuazione dei ruoli concorsuali nel caso in cui l'impresa criminosa coinvolga un soggetto qualificato che, tuttavia, non opera quale esecutore: si tratta, evidentemente, di una funzione di primaria importanza in un ordinamento basato sulla rigida previsione di determinate figure di concorrenti, ciascuna destinataria di un particolare trattamento punitivo.

Le cose sono in parte diverse in un ordinamento, quale quello italiano, che viceversa adotta un modello unitario-causale (o indifferenziato) di partecipazione criminosa, ossia un modello che rinuncia a tipizzare le diverse figure di concorrenti e prevede, invece, il principio della loro pari responsabilità (art. 110 c.p.), affidando al sistema di aggravanti e attenuanti il compito di commisurare la pena alla pericolosità sociale e al peso specifico di ciascuno nell'economia complessiva dell'impresa criminosa.

Ma sarebbe errato sopravvalutare la differenza tra i due sistemi, fino al punto di negare un qualsiasi spazio di operatività del reato d'obbligo negli ordinamenti che accolgono un modello indifferenziato di disciplina del concorso. Anche in questi sistemi, infatti, la categoria del reato d'obbligo può guidare l'interprete nell'attribuzione della responsabilità qualora, nella realizzazione dell'impresa criminosa, si verifichi una scissione tra qualifica soggettiva ed azione esecutiva. Tale ipotesi, come si è avuto modo di vedere, ha sempre rappresentato un'*impasse* insuperabile per l'interprete che volesse muoversi nella logica di una ricostruzione accessoria del concorso: in quella prospettiva, infatti, parcellizzare gli elementi tipici della fattispecie (qualifica e condotta) signifi-

---

<sup>359</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p. 747 ss.

ca polverizzare la tipicità stessa, ossia il primo e indefettibile appiglio cui la condotta di partecipazione deve potersi agganciare per acquisire rilevanza penale. In sostanza, di fronte a queste ipotesi, finora l'interprete si è sempre trovato di fronte ad un'alternativa secca: rinunciare a punire fatti pur meritevoli di punizione, accettando così soluzioni stridenti con il comune senso di giustizia; ovvero abbandonare la prospettiva dell'accessorietà a favore della teoria plurisoggettiva eventuale. Eppure, grazie all'impiego della categoria del reato d'obbligo, *tertium datur*: quand'anche il soggetto gravato dall'obbligo non ponga in essere la condotta esecutiva, la posizione di dovere rivestita comunque gli assicura il ruolo di *zentrale Gestalt* dell'accadimento ed esaurisce *in toto* la necessaria tipicità del suo apporto.

Questa la soluzione proposta da Roxin, suscettibile, ad avviso di chi scrive, di importazione nell'ordinamento italiano, in ragione di una sua duplice potenzialità.

*In primis*, l'impiego del reato d'obbligo mostra una indubbia capacità di condizionare l'*an* o il *quomodo* della punibilità (a seconda del fatto che la qualifica soggettiva abbia un effetto costitutivo della responsabilità o, semplicemente, modificativo), anche in un sistema indifferenziato di disciplina concorsuale, in quanto, in ogni sistema penale che rispetti il crisma della legalità, la tipicità della fattispecie monosoggettiva influisce sulla tipicità della corrispondente fattispecie plurisoggettiva: in altri termini, esigere che il soggetto qualificato non si limiti ad un qualsiasi apporto, ma realizzi proprio la condotta tipica, o viceversa prescindere da questo specifico contributo, produce effetti anche in questi sistemi.

In secondo luogo, e per le ragioni già esposte, il ricorso alla teoria dei *Pflichtdelikte* consente di corroborare la ricostruzione accessoria del concorso, indebolendo una delle obiezioni rispetto ad essa tradizionalmente sollevate; gli esiti pratici di una simile opzione possono apparire discutibili ma, quanto meno, impongono un onere di confutazione a chi volesse continuare a considerare il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio come un ostacolo all'accettazione della teoria dell'accessorietà.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera - L. Zilletti, Milano, 2009.
- AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) C. F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, Milano, 2013.
- AA. VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007.
- ABANTO VASQUEZ M. A., *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, in *Revista penal*, 2004, n. 14.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico. I. Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale*, Sassari, 1980.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2008.
- ARDIZZONE S., *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- BARTOLI R., *Il falso per omissione e il falso c.d. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.
- BELING E., *Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre*, in *GS*, t. 101, 1932.
- BELING E., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1928.
- BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.
- BELLINA M., *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del "marocchino"*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 1.
- BENUSSI C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.
- BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Torino, 2015.
- BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986.



- BETTIOL G., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940.
- BETTIOL G., *Sul reato proprio*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966.
- BETTIOL G., *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966.
- BIANCHI M., *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013.
- BINDING K., *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe*, in *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, München-Leipzig, 1915, I.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1919.
- BIRKMAYER K., *Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts*, Berlin, 1890.
- BIRKMAYER K., *Teilnahme am Verbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, II, Berlin, 1908.
- BOCKELMANN P., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1979.
- BOCKELMANN P., *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957.
- BOLDOVA PASAMAR M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.
- BOSCARELLI M., *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato». Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013.
- CALAMANTI A., *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, Milano, 1987.
- CALAMANTI A., *Presupposti ed oggettività giuridica del reato di infedele patrocinio*, in *Ind. pen.*, 2000.
- CAMAIONI S., *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009.
- CAMPISI N., *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico. I*, Milano, 1982.
- CEREZO MIR J., *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, in G. STRATENWERTH (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974.

CEREZO MIR J., *Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995*, in B. SCHÜNEMANN - C. ROXIN (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001.

CHAUVEAU A. - HÉLIE F., *Teorica del codice penale* (trad. italiana diretta da E. Pessina), vol. I, parte I, Napoli, 1895.

CIVOLI C., *Trattato di diritto penale. I. Parte generale*, Milano, 1911.

CONSULICH F., *Corruzioni private e pubblico risparmio. Riflessioni teoriche sullo statuto penale del revisore contabile*, in *Giur. comm.*, 2009.

CONSULICH F., *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2008.

CONSULICH F., *L'"infedeltà condivisa": il concorso in reato proprio tra ruolo, fatto e dolo dell'intraneo*, in *Le Società*, 2010, 6.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010.

CONTENTO G., *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, in ID., *Scritti 1964 - 2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma - Bari, 2002.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari - Roma, 2008.

CONTENTO G., *La concussione*, Bari, 1970.

CORNACCHIA L., *Ein unausrottbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 1.

CRAMER P., *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979.

CRIVELLARI G., *Il codice penale per il Regno d'Italia (Approvato dal R. Decreto 30 giugno 1889) interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Torino, IV, 1892.

DAHM G., *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs: ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau, 1927.

DAHM G., *Verbrechen und Tatbestand*, in G. Dahm - E. R. Huber - K. Larenz - K. Michaelis - F. Schaffstein - W. Siebert, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Torino, 2013.

- DE MARSICO A., *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale. Vol. I*, Torino, 2012.
- DE VERO G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 830.
- DEL RE M. C., *Patrocinio o consulenza infedele e le altre infedeltà del patrocinator*, in AA. VV., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino, 1996.
- DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- DEMURO G., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
- DEMURO G., *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, Sassari, 2002.
- DERSCH G., *Begünstigung, Hehlerei und unterlassene Verbrechensanzeige in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin bis zum Erlaß des Reichsstrafgesetzbuchs*, Göttingen-Zurich, 1980.
- DURIGATO L., *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966.
- EMANUEL S. L., *Criminal Law*, New York, 2007.
- ENGELMANN W., *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, vol. II, Leipzig, 1911 (Neudruck 1974).
- ESER A., *Strafrecht*, II, München, 1980.
- FEBBRAI R., *Infedeltà patrimoniale*, in L. D. Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2009.
- FERRARO A., *Il nocumento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1981.
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, vol. II, t. II, I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2014.
- FIGLIANO C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.

- FIGLIO C., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.
- FIGLIO A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985.
- FLEGENHEIMER E., *Das Problem des dolosen Werkzeugs*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 164, Breslau, 1913.
- FLORIAN E., *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939.
- FLORIAN E., *La teoria psicologica della diffamazione*, Torino, 1927.
- FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, Milano, 1997.
- FRANK H., *Geleitwort*, in *Nationalsozialistischen Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht. I. Teil*, a cura di Frank, Berlin, 1935.
- FRANK H., *Leitsätze zum nationalsozialistischen Strafrecht*, in *Nationalsozialistischen Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht. I. Teil*, a cura di Frank, Berlin, 1935.
- FRANK R., *ante § 47*, in *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1931.
- FREUND G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Strafrechtslehre*, Berlin-Heidelberg–New York, 1998.
- FUCHS C., *Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, in *GA*, t. 29, 1881.
- GALLAS W., *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. 9. – 2. 10. 1957*, Sonderheft der *ZStW*, 1957, Bd. 69.
- GALLAS W., *Täterschaft und Teilnahme. Materialien zum Strafrechtsreform*, Bd. 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954.
- GALLO I. M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, 2015.
- GALLO I. M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati*, 1948-1950.
- GALLO I. M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GARCÍA CAVERO P., *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, in

*La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009.*

GARCÍA CAVERO P., *Perspectiva dogmática de los delitos cometidos por Funcionarios Públicos (Transcripción de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Internacional de Actualización Penal, Octubre de 2009, Universidad Argentina John F. Kennedy).*

GEIB G., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. II. System: Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862, p. 318

GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970.

GIMBERNAT ORDEIG E., *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966.

GRISPIGNI F., *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato (Appunti di critica giuridica)*, in *La Scuola positiva*, 1911.

GRISPIGNI F., *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Scuola Positiva*, 1950.

GROPP W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg, 2015.

GRÜNHUT M., *Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme*, in *JW*, 1932.

GULLO A., *Il reato proprio. Dalle problematiche "tradizionali" alle nuove dinamiche di impresa*, Milano, 2005.

HALL D. E., *Criminal Law and Procedure*, Stamford, 2015.

HARTUNG F., *Der "Badewannenfall"*, in *JZ*, 1954.

HEGLER A., *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Z.Str.W.*, 1915, 36.

HEGLER A., *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, V, 1929.

HEIMBERGER J., *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, Freiburg i. B. - Leipzig, 1896.

HELPER M., *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario*, Torino, 2013.

HENKE E., *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin, 1823.

HERZBERG R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1976.

HORN A., *Kausalitäts- und Wirkensbegriff dessen empirische Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung*, in *GS*, 54, 1897.

INFANTINI F., *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974.

INSOLERA G., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988.

JACOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin - New York, 1993.

JESCHECK H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988.

KERN E., *Die Äußerungsdelikte*, Tübingen, 1919.

KÖSTLIN R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.

KÜHL K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2005.

LANGE R., *Der moderne Täterbegriffe und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlin, 1935.

LANGER W., *Das Sonderverbrechen: Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1972.

LATAGLIATA A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

LATAGLIATA A. R., *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Ind. pen.*, 1991.

LEPERA M., *La pendenza del procedimento quale presupposto del reato di infedele patrocinio*, in *La Giust. pen.*, 2007.

LONGOBARDO C., *L'infedeltà patrimoniale. Profili sistematici e di politica criminale*, Napoli, 2013.

MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2013.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. II. Delitti contro il patrimonio*, Cedam, Padova, 2009.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, a cura di G. D. Pisapia - P. Nuvolone, Torino, 1981.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Vol. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.

MARONGIU A., voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961.

MAURACH R. - ZIPF H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, Heidelberg, 1987.

MAURACH R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954.

MAYER M. E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg, 1923.

MIRRI M. B., voce *Infedeltà del patrocinatoro o consulente tecnico*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992.

MITSCH W., *Strafrecht. Besonderer Teil, 2, Vermögensdelikte*, Berlin - Heidelberg, 2015.

MOCCIA S., *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995.

MORO A., *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, in *Giur. it.*, vol. C, 1948, parte IV.

MORSELLI E., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989.

MORSELLI E., *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.

MORSELLI E., *Un breve bilancio fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

NADDEO M., *Reati societari*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013.

NAGLER J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903.

NEPPI MODONA G., voce *Infedeltà in affari di Stato*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

- NISCO A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012.
- NOCITO P., *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, vol. V, Milano, 1904.
- NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.
- P. PISA, *Infedeltà del patrocinatore*, in AA. VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola-Zagrebelsky, Torino, II ed.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012.
- PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.
- PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008.
- PAGLIARO A., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, Milano, 2009.
- PAGLIARO A., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. IV, *Altri scritti-II*, Giuffrè, Milano, 2009.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C. F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2007.
- PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO A., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968.
- PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016.
- PALIERO C. E., "Universitas Delinquere Scit". *Paradigmi ascrittivi della responsabilità "penale" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, coordinato da Ávalos Rodríguez - Constante Carlos, Lima, 2008.
- PALIERO C. E., *La fabbrica del GOLEM. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- PALIERO C. E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni. Atti del Convegno (Courmayeur, 25-26 settembre 2009)*, Milano, 2010.



PALIERO C. E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. Perini - F. Consulich, Milano, 2006.

PALIERO C. E., *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. M. Stile - S. Manacorda - V. Mongillo, Napoli, 2015.

PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012.

PALOMBI E., *La normativa antiriciclaggio*, in *Riv. pen. ec.*, 1995.

PANNAIN R., voce *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966.

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.

PELISSERO M., *Il contributo concorsuale fra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006.

PERTEN P., *Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 198, Breslau, 1918.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2011.

RANIERI S., *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949.

RISICATO L., *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.

ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale. II*, Milano, 2012.

ROMANO M., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Artt. 314-335 bis cod. pen.*, Milano, 2006.

ROSENFELD E. H., *Mittäterschaft un Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung*, in *Festgabe für Rehinard v. Frank zum 70. Geburtstag am 16 August 1930*, Tübingen, 1930, t. II.

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 2006.

ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000 (traduzione dell'edizione del 1999 a cura di Joaquín Cuello Contreras e José Louis Serrano Gonzáles de Murillo).

ROXIN C., *Derecho penal. Parte general. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997.

ROXIN C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin, 1970.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.

RUGGIERO G., *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiusuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011.

SALCUNI G., *Malversazione a danno dello Stato*, in *www. treccani.it*.

SALINAS SICCHA R., *Delitos contra la administracion pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*, in *Gaceta penal y procesal penal*, t. 55, 2014.

SAMMARCO G., *Il concetto di autore e partecipe del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.

SAMMARCO G., *Le condotte di partecipazione al reato*, 1979.

SÁNCHEZ-VERA J., *Pflichtdelikte und Beteiligung*, Berlin, 1999.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung in der Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, in G. Dahm - E. R. Huber - K. Larenz - K. Michaelis - F. Schaffstein - W. Siebert, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935.

SCHIAFFO F., *Il diritto penale tra scienza e scientismo: a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza del diritto penale.*, in E. Dolcini - C. E. Paliero (a cura di) *Scritti in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006.

SCHMIDT Eb., *Militärstrafrecht*, Berlin, 1936.

SCHMIDT Eb., *Die mittelbare Täterschaft*, in *Frank-Festg.*, II, 1930.

SCHMIDT R., *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1931.

SCOLETTA M., *Il nuovo regime penale delle falsità informatiche*, in L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano, 2009.

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

SESSA A., *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006.

SINISCALCO M., voce *Autore mediato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.

STRATENWERTH G., *Das Rechtstheoretische Problem des "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957.

TARANTINO D., *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.

TENTORI MONTALTO S., *Le infedeltà del patrocinator e del consulente tecnico*, in *Riv. pen.*, 1993.

TROYER L. - INGRASSIA A., *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del d. lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, fasc. 3.

VENAFRO E., voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996.

VENDITTI R., voce *Infedeltà del patrocinator o del consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

VILLA STEIN J., *El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica*, in *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2009, n. 5.

VILLA STEIN J., *El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Una primera aproximación a las teorías y práctica*, in AA. VV., *Nuevos desafíos del derecho penal y procesal penal en la coyuntura actual del siglo XXI*, Cusco, 2014.

VINCIGUERRA S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

VON BAR L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907.

VON BURI M., *Abhandlungen aus dem Strafrecht: 1) Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Concurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen. 2) Das Complot ist keine besondere Schuldform*, Gießen, 1862.

VON BURI M., *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885.

VON BURI M., *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.

VON BURI M., *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Giessen, 1860.

VON LISTZ F., *Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887. I. Buch Allgemeiner Teil.*, Freiburg, 1888.

VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900.

VON WÄCHTER C. G., *Lehrbuch des römisch-teutschen strafrechts: th. Enthaltend die einleitung und den allgemeinen Theil, I*, Stuttgart, 1825.

WEGNER A., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Göttingen, 1951.

WEIBER B., *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Tübingen, 2011.

WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin, 1989.

WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952.

WELZEL H., *La posizione dommatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951.

WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, in *Z.Str.W.*, 1939 (58).

WELZEL H., *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, in *SJZ*, 1947.

WIENERS W., *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord: Versuch eines Beitrages zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Bonn, 1958.

WUTTIG E., *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 40, Breslau, 1902.

ZANCHETTI M., voce *Ricettazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Utet, Torino, 1997.

ZUCCALÀ G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.