



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

Autoria e complicità nel reato collettivo

Studio storico e comparato su un'integrazione
tra modelli di concorso

Relatore

Prof. Gabriele Fornasari

Dottoranda

Ilaria Campagna

anno accademico 2014-2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Ilaria Campagna

**Autoria e complicità nel reato
collettivo**
Studio storico e comparato su
un'integrazione tra modelli di
concorso

Relatore Prof. Gabriele Fornasari

Anno Accademico 2014-2015

**Indirizzo specialistico in:
Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

XXVIII ciclo

Esame finale: 17/03/2016

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Anna Maria Maugeri, Università di Catania

Prof. Fabio Basile, Università di Milano

Prof. Riccardo Borsari, Università di Padova

*Grazie al Professor Gabriele Fornasari per la fiducia, i preziosi consigli,
l'attenzione, la puntualità.*

Ai miei Genitori e a Camilla, per l'amore delicato, e per essere Casa.

*A Michele, Cioschi, Grazia, Elisa, Giovanni, Guia, Nando, Alessandro,
Agnese, Vito.*

*Loro stessi non sanno/
quanto portano nelle mani vuote.*

*A quei compagni dell'aula studio con cui non ho sorvolato su cani, gatti e
uccelli, cianfrusaglie del passato, amici e sogni.*

Ad Andrea #46: irgendwie muss es sein!

INDICE

ABSTRACT.....	5
---------------	---

CAPITOLO I

LA GENESI STORICA DELLE CATEGORIE DI AUTORIA E COMPLICITÀ.....	7
1. Breve introduzione all'indagine.	7
2. Premessa allo studio dell'evoluzione storica delle categorie.	8
3. Autoria e complicità: l'esempio del <i>furtum nec manifestum</i>	9
4. Il diritto medievale.	19
4.1. <i>Il diritto germanico e la questione della responsabilità collettiva</i>	19
4.2. <i>I primi tentativi di concettualizzazione nello ius commune. L'esempio del mandato a delinquere</i>	21
5. L'emersione del concetto di causa libera nella <i>Imputationslehre</i> di Samuel Pufendorf.	28
6. Le prime codificazioni e la questione della tipizzazione nel XX secolo. Il «fallimento» del modello differenziato del Codice Zanardelli.	31
7. Prime, brevi considerazioni.	38

CAPITOLO II

IL MODELLO UNITARIO DEL CODICE ROCCO	43
--	----

SEZIONE I

LA DISCIPLINA DEL CONCORSO DI PERSONE NEL CODICE ROCCO.

ELABORAZIONI DOTTRINALI	43
1. La scelta del modello unitario di tipizzazione.	43
2. La disposizione incriminatrice (art. 110 c.p.). Brevi note comparate.	47
3. Le circostanze: elementi di tipizzazione e riflessi applicativi.	51
4. L'autoria mediata.	60
5. La complicità: il concorso materiale.	63
6. (<i>segue</i>): Il concorso morale.	67

SEZIONE II

LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE NELLE ORGANIZZAZIONI GERARCHICAMENTE

STRUTTURATE: UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE	71
1. Premessa.	71
2. Il terrorismo alto-atesino degli anni '70.	74
3. Il terrorismo politico-eversivo degli anni '80.....	76
4. Gli interventi della Corte di Cassazione: la riaffermazione dei principii sulla compartecipazione criminosa.....	82
5. L'associazione per delinquere di stampo mafioso.....	87
6. La responsabilità dei vertici nelle organizzazioni «decite».	102
7. Il principio di personalità della responsabilità penale e i crimini di massa: il caso <i>Astiz</i>	111
8. Rilievi conclusivi.	114

CAPITOLO III

UN MODELLO DIFFERENZIATO DI PARTECIPAZIONE: LA DISCIPLINA TEDESCA

SEZIONE I

TÄTERSCHAFT E TEILNAHME NELLO STRAFGESETZBUCH.

IL DIBATTITO INTORNO ALLA DISTINZIONE	121
1. La scelta del modello differenziato di tipizzazione delle condotte	121
1.1. <i>Introduzione.</i>	121
1.2. <i>Le forme di autoria: il § 25 StGB.</i>	125
1.3. <i>I partecipi: l'istigatore e il complice. La questione della soglia minima della partecipazione.</i>	127
2. I dibattiti sul confine tra autoria e partecipazione.....	132
2.1. <i>Le teorie oggettive e soggettive.</i>	132
2.2. <i>Le Tatherrschaftslehren.</i>	138
2.3. <i>La teoria roxiniana del dominio sul fatto</i>	141
2.4. (segue): <i>l'Organisationsherrschaft.</i>	144

SEZIONE II

L' <i>ORGANISATIONSHERRSCHAFT</i> NELLA GIURISPRUDENZA DEL BGH.....	150
---	-----

1. Breve premessa.....	150
2. L'emergere della questione nel processo ad Adolf Eichmann.	151
3. Autoria e partecipazione nel cd. <i>NS-Unrecht</i> e nel caso <i>Staschynskij</i>	156
4. La prima applicazione della teoria della <i>Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate</i>	160
5. Le soluzioni alternative proposte dalla dottrina: la coautoria e l'istigazione.	166
6. I successivi sviluppi giurisprudenziali dell' <i>Organisationsherrschaft</i> : l'estensione alle organizzazioni lecite e la <i>mittelbare Täterschaft kraft automatischer Erfolgsherbeiführung</i>	170
7. Considerazioni conclusive. Cenni alla <i>functioneel daderschap</i>	180

CAPITOLO IV

LE RECIPROCHE INFLUENZE TRA MODELLI:

L'ESEMPIO DELL'ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER I CRIMINI CHE

COSTITUISCONO GRAVI VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI	189
1. Breve premessa.....	189
2. Il <i>dominio de la organización</i> nella giurisprudenza delle corti nazionali sudamericane.	191
2.1. <i>Il processo alle Giunte militari in Argentina</i>	191
2.2. <i>La condanna dei colonnelli Contreras ed Espinoza in Cile</i>	194
2.3. <i>Il caso dell'Uruguay</i>	197
2.4. <i>I criteri di imputazione della responsabilità in Colombia: il caso Machuca</i>	199
2.5. <i>La prima applicazione dell'Organisationsherrschaft in Perù: il processo ad Abimael Guzmán Reynoso</i>	202
2.6. <i>Il processo a carico del presidente peruviano Alberto Fujimori Fujimori</i> ...205	
2.7. <i>Il curioso caso «Mensalão»</i>	212
3. <i>L'indirect perpetration through organized structures of power</i> come nuovo criterio d'imputazione accolto dalla Corte penale internazionale.....	215
3.1. <i>La compartecipazione nello Statuto di Roma</i>	215
3.2. <i>Joint Criminal Enterprise e conspiracy nella giurisprudenza dei Tribunali ad</i>	

hoc.....	217
3.3. <i>L'accoglimento dell'Organisationsherrschaft da parte della Corte penale internazionale</i>	225
3.4. <i>La responsabilità del superiore. Brevi note conclusive.</i>	232

CAPITOLO V

UNA PROSPETTIVA DI INTEGRAZIONE. VERSO UN CONCETTO EUROPEO DI

PARTECIPAZIONE NEL REATO	237
1. I settori di intervento dell'Unione europea in materia di criminalità collettiva. ...	237
2. L'armonizzazione della parte generale.....	243
3. Verso un concetto europeo di partecipazione nel reato: una proposta.	248
 SINTESI E CONCLUSIONI	 261
 BIBLIOGRAFIA	 267

ABSTRACT

L'istituto del concorso di persone, nella sua funzione estensiva della punibilità, costituisce uno snodo fondamentale tra il principio di legalità – inteso nell'accezione più strettamente relativa a tassatività e determinatezza – e quello di necessaria personalità della responsabilità penale. La questione emerge con particolare evidenza nelle ipotesi di reati commessi nell'ambito di formazioni collettive connotate da strutture organizzative e gerarchiche, in cui appare particolarmente arduo stabilire i meccanismi di ascrizione della responsabilità in capo ai singoli in base alle regole classiche della compartecipazione.

La presente indagine parte da questa constatazione, e si propone di affrontare il tema attraverso l'utilizzo della comparazione giurisprudenziale tra due ordinamenti che hanno optato per due modelli antitetici di disciplina: l'opzione unitaria del codice Rocco, e il *Beteiligungssystem* tedesco.

Inoltre, ci si propone di approfondire l'indagine comparata attraverso un riferimento all'evoluzione storica delle categorie di autoria e complicità, e altresì mediante un accenno allo sviluppo della materia in relazione a processi di grande rilevanza storico-politica, in particolare avendo riguardo alla notevole influenza che la teoria roxiniana dell'*Organisationsherrschaft* ha esercitato sulla giurisprudenza sudamericana e sulla Corte penale internazionale.

Proprio il dibattito scaturito dall'applicazione della disposizione dell'art. 25 dello Statuto di Roma, in tema di responsabilità individuale, sembra costituire un buono spunto per una discussione sull'auspicabilità di un concetto di partecipazione nel reato a livello europeo, in una prospettiva di armonizzazione.

Nell'espone una riflessione personale su tale questione, si cerca di prendere le mosse dagli esiti della comparazione diacronica, sincronica e dell'indagine sul piano sovranazionale, in modo da presentare una soluzione che possa essere al tempo stesso agile sul piano applicativo, espressiva degli elementi di convergenza tra i vari modelli esaminati, e rispettosa dei principi fondamentali che regolano l'imputazione penale.

CAPITOLO I

LA GENESI STORICA DELLE CATEGORIE DI AUTORIA E COMPLICITÀ

SOMMARIO: 1. Breve introduzione all'indagine. – 2. Premessa allo studio dell'evoluzione storica delle categorie. – 3. Autoria e complicità: l'esempio del *furtum nec manifestum*. – 4. Il diritto medievale. – 4.1. *Il diritto germanico e la questione della responsabilità collettiva*. – 4.2. *I primi tentativi di concettualizzazione nello ius commune. L'esempio del mandato a delinquere*. – 5. L'emersione del concetto di causa libera nella *Imputationslehre* di Samuel Pufendorf. – 6. Le prime codificazioni e la questione della tipizzazione nel XX secolo. Il «fallimento» del modello differenziato del Codice Zanardelli. – 7. Prime, brevi considerazioni.

1. Breve introduzione all'indagine.

Il presente lavoro prende le mosse dalla volontà di approfondire due constatazioni presenti in gran parte dei lavori in tema di concorso di persone.

In primo luogo, si afferma che la criminalità cd. sistemica, perpetrata nell'ambito di organizzazioni complesse, connotate da una struttura gerarchicamente organizzata, sarebbe difficilmente inquadrabile nelle regole che tradizionalmente disciplinano la compartecipazione criminosa.

In secondo luogo, si sostiene spesso che un modello differenziato di concorso sarebbe da preferire al modello unitario, in quanto portatore di maggiori garanzie in termini di tassatività, *fair labelling* e personalità della responsabilità penale.

Per testare la bontà di questi assunti, si è scelto di porre a confronto due differenti percorsi giurisprudenziali: da un lato, esaminando le sentenze in cui in Italia ci si è trovati a dover applicare la disciplina di cui agli artt. 110 e ss. c.p., in tema di terrorismo, criminalità organizzata e criminalità economica; d'altro lato, l'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in Germania in casi paragonabili.

L'indagine svela numerosi punti di convergenza, relativi all'espansione incontrollata e

alla normativizzazione del concetto di autoria in seno all'ordinamento tedesco; e il fenomeno appare ancora più evidente estendendo lo spettro della ricerca.

La reciproca influenza tra opzioni di disciplina e categorie dottrinali, e i tentativi di integrazione e compromesso tra modello unitario e differenziato, impongono un attento e approfondito esame che si tenterà di svolgere nel corso del presente lavoro.

Il percorso storico, lungi dal voler rappresentare un mero esercizio di erudizione, si propone di fare luce su alcuni equivoci sedimentati soprattutto in tema di concorso di persone, al fine di arricchire lo studio di strumenti che possano favorire una miglior comprensione del fenomeno in oggetto.

2. Premessa allo studio dell'evoluzione storica delle categorie.

Negli studi penalistici si concede spesso notevole spazio all'indagine storica. Tuttavia, nella dottrina meno risalente, quando ciò accade ci si limita perlopiù a risalire fino all'Illuminismo e all'epoca delle codificazioni. Ciò sembra avere una ragione ben precisa, e facilmente individuabile: il diritto penale sembra avere scarsa resistenza al tempo, e viene scardinato piuttosto velocemente dal mutamento e dalla evoluzione delle idee filosofiche e politiche su cui le scelte di criminalizzazione si poggiano e in base a cui queste si legittimano¹.

La ragione sottesa alla scelta di voler intraprendere un breve percorso di comparazione diacronica sta nel voler tentare di chiarire un equivoco sedimentato in parte della dottrina penalistica, riguardante la genesi storica della distinzione tra autoria e complicità, a partire dal diritto romano; dedicarsi a un approfondimento di questo tema, pur senza pretesa di esaustività e completezza, può significare rivalutare la portata della distinzione delle forme tipiche di partecipazione anche in chiave contemporanea.

¹ Relativamente a un tema affine a quello che qui interessa, v. ad esempio C. CASCIONE, *Nota minima sulla responsabilità dei «ministri» per «repetundae»*, in *Estudos em Homenagem a Luis Fabiano Corrêa*, São Paulo, 2014, 30.

Date le difficoltà già richiamate, è evidente che non sarebbe metodologicamente corretto applicare acriticamente le categorie concettuali contemporanee a sistemi concepiti in maniera radicalmente diversa; per questo si eviterà – per quanto possibile – di utilizzare locuzioni mutuata dal linguaggio penalistico contemporaneo, e in particolar modo riferimenti ai modelli unitario e differenziato. Si cercherà comunque, pur con i limiti appena accennati, di esporre qualche riflessione in merito alla questione del fenomeno concorsuale nel diritto romano e negli sviluppi successivi².

3. *Autoria e complicità: l'esempio del furtum nec manifestum.*

Nell'affrontare lo studio del diritto penale romano si impongono alcune rapidissime e sintetiche precisazioni preliminari, al fine di tentare di tratteggiare con maggior rigore metodologico le caratteristiche fondamentali della realtà storico-giuridica in oggetto.

Sin dalla legge delle XII Tavole (453-451 a.C.), e per tutto il diritto romano classico, l'odierna materia del diritto penale era nettamente divisa al suo interno tra *crimina publica* e *delicta privata*. I primi erano oggetto di pubblica incriminazione da parte di un magistrato appositamente investito; i secondi, invece, offendevano esclusivamente il privato, costituivano titolo idoneo a ottenere il riconoscimento del diritto alla composizione da parte degli organi investiti dalla *iurisdictio*, ed erano giudicati dal magistrato investito della giurisdizione civile³.

Più in particolare, e per ciò che qui rileva, i delitti privati individuati dalla legge delle XII Tavole (*furtum*, *rapina*, *iniuria* e *damnum iniuria datum*) facevano sorgere un'obbligazione di pena privata, originariamente intesa come composizione pecuniaria in

² Può capitare di leggere che il diritto romano conoscesse un modello unitario-funzionale di partecipazione, poiché i vari contributi, pur essendo tipizzati terminologicamente, non erano distinti sul piano del trattamento sanzionatorio; allo stesso modo, si è parlato di «epoca romana come culla “involontaria” del sistema differenziato» (v. M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 18 e ss.). Come verrà esposto in seguito, si ritiene che queste categorizzazioni possano risultare estremamente fuorvianti.

³ Tra gli altri, v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 56.

sostituzione della vendetta; questo spiega le caratteristiche delle azioni penali corrispondenti, soprattutto relativamente alla cumulabilità fra azioni penali e reipersecutorie⁴.

Il fenomeno della cooperazione al delitto riveste scarsa importanza in relazione ai delitti pubblici⁵; molto maggiore, al contrario, è l'attenzione ad essa tributata nella materia dei delitti privati⁶.

Com'è ampiamente noto, il metodo della giurisprudenza romana classica era topico e non assiomatico, rifuggiva quindi la cristallizzazione dei principii in formulazioni astratte⁷; dunque, naturalmente, nella trattazione non si potrà far ricorso alle generali categorie di autoria e complicità, ma solo alle previsioni per i singoli crimini o delitti⁸.

L'indagine dovrebbe, dunque, essere dilatata il più possibile per ricomprendere i dati ricavabili, ad esempio, attraverso le discipline dei vari *delicta* (utili all'analisi potrebbero essere, tra gli altri, i delitti di danneggiamento, *iniuria* e rapina)⁹. Tuttavia, i passi cui la dottrina maggioritaria – penalistica e romanistica – fa riferimento sono relativi al delitto di furto, che costituisce certamente la base più sicura e completa della ricerca¹⁰.

⁴ L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 1982, 684.

⁵ P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, 2 e ss., ricorda che il tema della complicità si imponeva spesso nelle leggi che regolavano alcuni crimini pubblici (ad esempio, la *lex Cornelia de falsis*, la *lex Cornelia de sicariis* e la *lex Pompeia de parricidiis*), senza che tuttavia si fosse prodotta una riflessione giuridica specifica sul punto.

⁶ Specifica C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976, 109, che la giurisprudenza romana ammise l'unicità del delitto ogniqualvolta le condotte dei singoli partecipi convergessero nel medesimo danno.

⁷ *Ex multis*, T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, 1974, 46 e ss. (anche nella trad. it. a cura di G. CRIFO, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1963).

⁸ W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1844, 185.

⁹ La materia del diritto penale privato è quella privilegiata per l'indagine, che si concentrerà primariamente sulle azioni concesse contro autori e partecipi; in materia di *crimina*, sia quando repressi dalle leggi, sia quando *extra ordinem*, la questione assume caratteri del tutto difforni, poiché le sanzioni erano pubbliche. In questi casi le pene pecuniarie non erano in alcun modo legate all'aspetto della riparazione: le somme venivano devolute al popolo o al fisco. Così, U. BRASIELLO, v. *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 562.

È da sottolineare altresì il carattere peculiare dell'*iniuria* in questa prospettiva. Si ritiene che il punto di partenza per la dottrina dell'*unum factum* possa reperirsi nell'editto del pretore «Si familia furtum fecisse dicatur» (D. 47, 6), poi esteso analogicamente dai giuristi romani ad altri delitti privati. Nell'*iniuria*, tuttavia, non potrebbe concepirsi l'unitarietà del fatto, poiché ognuno agirebbe per sé (il riferimento è a un passo di Gaio, D. 47, 10, 34: «Tot iniuriae sunt, quot et personae facientium»). Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, op. cit., 109 e ss.

¹⁰ Non si vuole certamente negare l'importanza dell'indagine relativa anche ad altre manifestazioni del

Le prime indicazioni relative al delitto di furto sono reperibili nella normazione delle XII Tavole¹¹; qui troviamo una prima fondamentale distinzione: quella tra *furtum manifestum* e *furtum nec manifestum* – corrispondenti pressappoco a ciò che oggi chiameremmo furto flagrante e non flagrante¹².

Nelle XII Tavole era designata una serie di condotte molto varie riconducibili alla nozione di *furtum nec manifestum*, che veniva così a connotarsi come categoria residuale rispetto alle diverse figure del *furtum manifestum*, o del *furtum conceptum* od *oblatum*: si trattava, pertanto, di casi assai eterogenei, accomunati dalla circostanza che chi esperiva l'azione avesse genericamente subito una perdita o uno svantaggio a seguito della condotta illecita dolosa del reo, tutti tutelati mediante l'*actio furti*¹³. Un ambito di applicazione, dunque, ben più ampio di quello del delitto di furto, così come attualmente inteso¹⁴.

Si può certamente constatare come in quest'ambito non venisse operata alcuna distinzione tra autoria e complicità; tuttavia, questa affermazione non può che essere messa in connessione con una più ampia considerazione, di rilevanza assolutamente centrale, relativa alla fisionomia del delitto di furto, e soprattutto del *furtum nec manifestum*, quantomeno fino alla fine dell'età repubblicana o alle prime fasi dell'età imperiale. Apparentemente, infatti, fino ad allora la nozione di furto non si appuntava né su un particolare atteggiamento soggettivo (*animus furandi* o *lucri faciendi*), né su una specifica condotta (*contrectatio*)¹⁵.

fenomeno concorsuale in diritto romano: anche dell'*iniuria*, come testimoniato da D. 47, 10, 11, pr. e §§ 3, 4, 5, 6 (a questo riguardo, si rimanda a G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR* 20, 1956, 630). Tuttavia, la scelta di limitare l'indagine al delitto di furto appare opportuna soprattutto alla luce della necessaria sinteticità dell'esposizione.

Imprescindibile, in tema di *furtum*, il contributo di M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio)*, in *Studi sopra il delitto di furto*, Torino, 1900, 3 e ss.

¹¹ M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum: genesi, sviluppi, vicende*, Torino, 2008, 6 e ss.

¹² M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, op. cit., 269 e ss., rimanda alle Istituzioni di Gaio per l'inquadramento del dibattito dei giuristi romani sui *genera furtorum* (Gai. 3, 183): Gaio aderisce alla concezione labeoniana della bipartizione, respingendo la possibilità di attribuire un *genus* autonomo al *furtum conceptum* e *oblatum*, rilevanti, per così dire, solo in una prospettiva di dosimetria sanzionatoria. Solo i ladri manifesti e non manifesti erano «autentici *fures*», a differenza di quanto previsto per le altre due ipotesi, per cui era in ogni caso prevista la possibilità di esperire l'*actio furti*.

¹³ Si rinvia a G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in *TR* 51, 1983, 271.

¹⁴ Sulla fisionomia del *furtum* e la sua evoluzione, cfr. I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006, 19 e ss.

¹⁵ Così, tra gli altri, J. A. C. THOMAS, *Contrectatio, Complicity and Furtum*, in *Iura* 13, 1962, 69 e ss., e

In altri termini, finché il delitto di furto non assunse dei caratteri – per così dire – «tipici» sufficientemente definiti, e in particolar modo fino al momento in cui la *contrectatio* non venne riconosciuta come elemento essenziale per la configurabilità del *furtum*, non esisteva alcun modo possibile per distinguere l'autore dal complice (né, per la verità, si poteva porre la questione)¹⁶.

Passando rapidamente a trattare più nello specifico la teoria della complicità, notiamo che la sua emersione, tradizionalmente, viene fatta risalire a una nota *sententia* labeoniana, citata dal giurista Paolo¹⁷.

La discussione ruota intorno al modo d'intendere la locuzione «ope consilio», presente nella formula edittale dell'*actio furti nec manifesti*¹⁸. Il giurista severiano asserisce che l'opinione più corretta sarebbe quella che formulò Labeone, secondo il quale le due parole andrebbero interpretate separatamente: diversa, infatti, è la posizione di chi compie il furto *ope* e di chi lo compie *consilio*, in quanto solo contro il primo si può agire tramite *condictio*¹⁹.

È proprio in questo contesto che sembrerebbe inserirsi un primo, embrionale tentativo

G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 618.

¹⁶ Il punto d'arrivo del processo di precisazione e restringimento della nozione di furto – sia sul piano oggettivo della condotta tipica, sia sul piano soggettivo del dolo specifico, caratteristico del furto – si ravvisa in una nota definizione di Paolo (D. 47, 2, 1, 3): «Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius»: L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, op. cit., 697. La centralità della *contrectatio* per lo sviluppo della teorica della complicità è limpidamente sottolineata da G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, op. cit., 272: «[C]omplicity can hardly have been distinguished from theft itself before recognition of *contrectatio* as a necessary element of the delict».

¹⁷ Il passo è in D. 50, 16, 53, 2 (Paul. 59 *ad edict.*): «Item dubitatum, illa verba “ope consilio” quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit».

¹⁸ Nel processo *per legis actiones*, secondo la testimonianza di Cicerone (Cic. De nat. deorum 3, 30, 74): «Inde illa actio: ope consilioque tuo furtum aio factum esse, inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae». V. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, 324 e V. M. AMAYA GARCÍA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid, 1993, 25 e ss. M. CONRAT (COHN), *Über das ope consilium der actio furti*, in *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, II, Berlin, 1880, 9, sottolinea che l'espressione dev'essere piuttosto risalente, probabilmente precedente all'epoca delle *legis actiones*.

¹⁹ L'estensore pare attribuire entrambe le preposizioni al pensiero di Labeone, e in questo senso si pronuncia la dottrina sinora richiamata; *contra*, W. PIKA, *Ex causa furtiva condictio im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, 101.

di affrontare la questione della responsabilità concorsuale²⁰.

La locuzione *ope consilio*, secondo l'opinione dei *veteres* richiamata da Paolo, sarebbe stata da interpretarsi congiuntamente, indicando, rispettivamente, l'elemento oggettivo e soggettivo del furto, entrambi necessari per la configurazione del delitto²¹; tale specificazione, secondo alcuni, si porrebbe su una linea di evoluzione rispetto alla codificazione decemvirale del *furtum*, che non conosceva una caratterizzazione soggettiva del delitto²².

Come già richiamato in precedenza, presso i *veteres* il *furtum* aveva un'accezione molto ampia, che ricomprendeva ipotesi che in seguito verranno distinte in attività proprie dell'autore (materiale) e in condotte di complicità²³.

In base a una fortunatissima ricostruzione, sarebbe stato dunque Labeone a suggerire di interpretare la locuzione *separatim*, delineando così per la prima volta un'embrionale teorica della complicità²⁴. Secondo questa prospettiva, già Labeone avrebbe distinto la complicità materiale (*ops*) da quella morale (*consilium*); la previsione dell'esperibilità della *condictio* solo nei confronti del soggetto che agisce *ope* sarebbe il frutto di un'interpolazione dei compilatori, volta a modellare la *sententia* in base all'evoluzione della dottrina in tema di complicità²⁵.

²⁰ Ciò è suggerito, innanzitutto, da M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto*, op. cit., 5 e ss. e 29 e ss., e poi da P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Roma, 1968 (rist. an. ed. Lyon-Paris, 1915), II, 400 e ss. *Contra*, su tutti, CONRAT (COHN), *Über das ope consilium der actio furti*, op. cit., 23 e ss., secondo cui la formula *ope consilio* è stata utilizzata per indicare la complicità solo in età giustiniana, mentre per Labeone continuava a designare l'elemento oggettivo e soggettivo del furto.

²¹ P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, op. cit., 397 e ss.

²² In tal senso, B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA* 23, 1953, 42, e G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 617.

²³ G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 615.

²⁴ P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, op. cit., 399 e ss. *Contra*, come già accennato, M. CONRAT (COHN), *Über das ope consilium der actio furti*, op. cit., 23 e ss.; per M. D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1991, 183 e ss., l'individuazione della categoria della complicità materiale sarebbe risalente a un periodo ancora precedente a Labeone.

²⁵ Così G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 616 e O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, op. cit., 327. *Contra*, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, op. cit., 400, il quale invece evidenzia con particolare intensità il carattere dinamico della locuzione attraverso l'evolversi della scienza giuridica romana, dagli *antiqui* all'età giustiniana.

È stato altresì sostenuto che la teoria della complicità sarebbe legata indissolubilmente allo sviluppo del concetto di elemento intenzionale: in quest'ottica, il termine *ope* conterrebbe in embrione la nozione stessa di *contrectatio*, mentre il *consilium* esprimerebbe ciò che dal II secolo sarebbe stato indicato come *animus furandi*. In tal senso v. A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain*

Stando a un'altra soluzione, prospettata più di recente, secondo il giurista augusteo *ops* indicherebbe la condotta tipica, mentre *consilium* ricomprenderebbe tutte le condotte «atipiche» di partecipazione²⁶.

La circostanza che la distinzione si intenderebbe intercorrere tra la condotta tipica, di autoria (*ops*) e quella atipica, di concorso (*consilium*) spiegherebbe, peraltro, perché in base alla seconda parte del passo – ritenuto genuino – si ammetterebbe l'esperibilità della *condictio* solo nei confronti di colui che commette il furto *ope*, ma non di chi lo compie *consilio*²⁷.

Si impone qui un rilievo fondamentale: in questa prospettiva, la *sententia separantium* di Labeone avrebbe offerto un significativo contributo nel processo di progressiva distinzione tra autoria e complicità; il giurista, separando il soggetto *qui ope furtum facit* da colui *qui consilio furtum facit*, avrebbe semplicemente previsto due possibili modalità di furto: autore è chi materialmente pone in essere una determinata condotta, ma anche chi agisce allo scopo di provocarla²⁸.

Può notarsi come nel processo formulare permanga l'espressione *ope consilio* per indicare autoria e complicità²⁹. La formula pare nuovamente suggerire che sia l'autore, sia il complice, possano essere convenuti tramite l'*actio furti*³⁰; inoltre, dall'analisi di alcuni passi attribuiti a Gaio è possibile sostenere che questi continuasse ad interpretare

classique, Paris, 1967, 65, e specificamente in riferimento al passo di Paolo qui citato, L. WINKEL, «*Sciens dolo malo*» et «*ope consiliove*»: *ancêtres des conceptions modernes?*, in *Mélanges Felix Wubbe*, 1993, 580.

²⁶ P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 43 e ss.

²⁷ P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 66 e ss. Una ricostruzione molto attenta, sebbene molto più schematica, è consultabile anche in ID., *Alle radici di un diritto penale europeo: da Gaio [D. 47, 2, 55 (54), 4] al Corpus Juris. Alcune considerazioni in materia di complicità*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Vol. XV*, 2001, 108 e ss.

²⁸ Così P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 55 e ss.

²⁹ Gaio riporta così l'*intentio* della formula per il furto non flagrante (Gai. 4, 37): «Si paret A^oA^o ope consiliove Nⁱ Nⁱ furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N^m N^m pro fure damnum decidere oportet».

³⁰ L'interpretazione del passo non è unanime: la dottrina, specialmente più risalente, era dell'opinione che Gaio si riferisse unicamente alla condotta del complice; ma ad esempio C. FERRINI, *Diritto penale romano*, op. cit., 123, pur ritenendo il passo alterato e non idoneo a fondare una solida argomentazione, sostiene che il giurista avrebbe indicato l'esperibilità della stessa *actio furti* nei confronti di autore e complice. Si rimanda a quanto più vastamente esposto in P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 75 e ss (nota 280).

la nozione alla maniera di Labeone³¹: in una descrizione riguardante un caso di complicità nel furto, il giurista antoniniano elenca una serie di condotte tipicamente riconducibili alla complicità materiale, salvo poi classificarle come ipotesi di *consilium*: segno, molto probabilmente, che per *consilium* si potesse intendere anche a quell'epoca l'insieme di condotte atipiche «accessorie» alla condotta principale³².

Tornando al noto passo di Paolo da cui si erano prese le mosse, non sembra potersi escludere che sia egli stesso, in epoca posteriore, e conformemente all'opinione dominante in età classica avanzata, ad attribuire a *ops* il significato di complicità materiale, e a considerare ricomprese nel *consilium* le condotte che oggi classificheremmo come contributi morali³³.

A conferma di un'evoluzione così delineata può soccorrere un passo delle Istituzioni di Giustiniano, il quale riprende quasi letteralmente la descrizione della condotta di complicità effettuata da Gaio nel Digesto³⁴. La sostanza del passo non cambia: si tratta sempre del caso di un comodato di arnesi e scale, unitamente alla consapevolezza del loro futuro utilizzo. Tuttavia viene introdotta una piccola modifica, probabilmente volta a recepire gli sviluppi giurisprudenziali della nozione successivi a Gaio, a partire da Paolo: il *consilium* gaiano viene sostituito da *ope consilio*. Pertanto, riassumendo, dall'età severiana fino all'epoca dei compilatori, *ops* cessa di essere sinonimo di «esecuzione materiale» – diremmo oggi –, venendo attratto nell'orbita della complicità, e più

³¹ L'esempio, piuttosto chiaro, è in D. 47, 2, 55 (54), 4 (Gai. 13 *ad edict. prov.*): «Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur».

³² In tal senso P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, op. cit., 116 ss.

³³ La soluzione è chiaramente e ampiamente argomentata in P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 43 e ss. Peraltro, pressappoco a quell'epoca, Ulpiano dava una definizione di *consilium* che pare lasciare adito a pochi dubbi rispetto alla sua collocazione nell'ambito della complicità morale (D. 50, 3): «Consilium dare videtur qui persuadet atque impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum».

³⁴ I. 4, 1, 11: «Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius *ope et consilio* furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debeat. *At ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio* eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit». Il corsivo indica le parti fondamentali aggiunte dai compilatori rispetto all'originale di Gaio.

precisamente passando a indicare la complicità materiale³⁵.

Le premesse effettuate sono necessarie a comprendere il fulcro del discorso che si vuole qui proporre: la distinzione tra autoria e complicità, lungi dall'appuntarsi su definizioni, o su una pretesa necessità di graduazione della responsabilità, era in principio concepita essenzialmente per questioni eminentemente pratiche, relative alle azioni esperibili. Oltre al passo di Paolo, già citato, vari testi documentano che chi avesse commesso il furto *ope consilio* potesse essere convenuto con l'*actio furti*, ma non con la *condictio ex causa furtiva*: un esempio è già presente nelle Istituzioni di Gaio³⁶, ma non mancano altre testimonianze nel Digesto, tra cui un passo di Ulpiano³⁷.

Il significato di ciò è di immediata evidenza e di importanza centrale. La tipicità del *furtum* è colorata dalla *contrectatio*, dunque – per così dire – dalla condotta di sottrazione (concetto che evidenzia il contatto materiale tra l'agente e la cosa). Complice, in quest'ottica, è colui che *non* pone in essere l'azione tipica, e non si è pertanto appropriato del bene: pertanto, il proprietario del bene sottratto non potrà far valere la sua pretesa reipersecutoria contro questi, ma esclusivamente contro l'autore.

Emerge limpidamente quanto già detto: la distinzione tra autoria e complicità non transita sul piano della definizione, ma rimane solamente sul piano dei rimedi: pertanto, si aggancia necessariamente all'esecuzione della condotta tipica³⁸.

³⁵ P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, op. cit., 119.

³⁶ Gai. 3, 202: «Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est». Questo passo sembra testimoniare che, a partire dall'età classica avanzata, *ope consilio* è la formula che indica l'azione di furto esperita contro il complice, correlativamente all'azione proponibile contro l'autore del delitto: così, G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 616.

³⁷ D. 13, 1, 6 (Ulp. 38 *ad edict.*): «Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, conditione non tenebitur, etsi furti tenetur». Accedendo alla ricostruzione appena proposta, Ulpiano, evidentemente, usa *ope consilio* alla maniera di Paolo, intendendovi ricompresa la complicità materiale e morale. Per una chiara e approfondita analisi sul carattere penale e/o reipersecutorio delle azioni nell'evoluzione del diritto romano, si rimanda a L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, op. cit., 686 e ss.

³⁸ Per una ricostruzione storicamente accuratissima e completa del fenomeno concorsuale nel diritto romano in base alle moderne categorie dogmatiche – in particolare sul tema dell'*ope consilio furtum factum* – si rimanda altresì a D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin, 2006, 51 e ss.
G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, op. cit., 290, proprio alla luce della centralità dell'individuazione della *contrectatio* come indispensabile elemento oggettivo del furto rispetto all'emersione della distinzione tra autoria e complicità, non situa il passaggio in contemporanea alla *sententia separantium* di Labeone, ma all'epoca di Giavoleno, Pedio e Celso: epoca in cui la tipicità del *furtum* iniziava ad assumere confini più definiti.

Per questo motivo, in questo specifico angolo visuale, può risultare equivoco riferirsi alla variegata terminologia utilizzata dai giuristi romani di epoche diverse per designare i partecipi nel reato³⁹. Certamente, non è raro trovare nei testi espressioni quali *minister*, *socius*, *particeps*, *consciis*; tuttavia, i termini non si specificano in nessuna definizione, né appaiono funzionali ad una graduazione della responsabilità nel senso in cui potremmo intenderlo oggi, se non, eventualmente, a partire dalla cognizione straordinaria⁴⁰.

Inoltre, è fondamentale sottolineare come nell'ambito del diritto penale privato non possa neppure parlarsi di una graduazione della responsabilità dei partecipi nel senso contemporaneo del termine: l'atto illecito, infatti, genera un'obbligazione *ex delicto*, e l'azione pecuniaria che da qui sorge vede i convenuti accomunati da una solidarietà di tipo cumulativo, per cui tutti vengono perseguiti e puniti in egual misura⁴¹.

Il principio di pari responsabilità dei partecipi, fino all'età classica, dunque, discende chiaramente da una precisa ragione processuale, che sta nella centralità del danno in tema di azioni penali private: danno cui la pena pecuniaria andava senz'altro raggugliata⁴². Specificamente per quanto riguarda il furto, peraltro, il complice ben poteva essere punito più gravemente del reo principale in alcuni casi, a esempio quando il reo fosse *fur non manifestus*, ma il complice fosse colto sul fatto, potendosi così configurare a suo carico un'ipotesi di *furtum manifestus*⁴³.

Si è scelto di non fare specifico riferimento alla disciplina dei *crimina publica* in questa sede; in tema di attribuzione della responsabilità tra concorrenti nel reato, tuttavia, è importante rilevare che anche per i crimini il principio della pari responsabilità poteva rinvenirsi in un motivo di ordine processuale: nel procedimento ordinario per *quaestiones*, infatti, la pena è rigida, fissa, poiché determinata dalle leggi e non graduabile dall'organo

³⁹ Una completa ricognizione a partire dall'analisi del Digesto è offerta da C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 111 e ss.

⁴⁰ U. BRASIELLO, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 563. Su questo aspetto ci si soffermerà più attentamente a breve.

⁴¹ Cfr. L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, op. cit., 684 e ss.: gli elementi menzionati deriverebbero dall'origine storica della pena pecuniaria come composizione della vendetta.

⁴² U. BRASIELLO, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 562. Per un'analisi più specifica sul punto, cfr. anche D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, op. cit., 211 e ss.

⁴³ Così ad es. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, op. cit., 123.

giudicante⁴⁴.

Per quanto riguarda il furto, pare che all'illecito privato si affiancò presto un *crimen extraordinarium*. Dato il carattere meramente penale della *condemnatio* formulare (come già visto, l'*actio furti* concorreva con la *condictio ex causa furtiva*, strettamente reipersecutoria), si ritenne che le due azioni potessero essere esperite alternativamente⁴⁵.

È proprio con la *cognitio extra ordinem* che si afferma la possibilità di punire con pene diverse gli autori e i vari partecipi al delitto, essendo le pene discrezionalmente graduabili dall'organo giudicante sulla base di direttive imperiali⁴⁶.

Neppure in questo contesto la citata discrezionalità giudiziale comportò necessariamente che al complice venisse inflitta una pena più mite di quella comminata all'autore. Tuttavia, è opinione comune che la previsione della pari responsabilità di autori e complici costituisse una speciale *lex severitatis* a scopo intimidatorio e deterrente⁴⁷.

A conclusione di questa rapida indagine sullo sviluppo della questione attraverso le varie fasi del diritto romano, sembra potersi affermare che lo stato della dottrina non offra punti fermi di orientamento né consenta di delineare, in funzione dei risultati del lavoro esegetico perseguito sui testi in materia, una teoria storico-dogmatica avente salda rispondenza nelle fonti: sembrerebbe essere mancata del tutto una veduta d'insieme⁴⁸.

⁴⁴ G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, 1982, 726.

⁴⁵ Il giudice criminale, anche qui, godeva di una certa discrezionalità: poteva infatti reintegrare il patrimonio dell'offeso in misura equivalente a quella conseguibile mediante azione privata: L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, op. cit., 698. Per un'indagine completa relativa all'attrazione delle varie ipotesi di furto nella sfera della repressione pubblica, e delle conseguenze di ciò sul piano delle azioni esperibili, si rimanda a M. BALZARINI, *In tema di repressione «extra ordinem» del furto nel diritto classico*, *BIDR* 72, 1969, 205 e ss. (220).

⁴⁶ G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, op. cit., 759.

⁴⁷ U. BRASIELLO, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 563: a questo proposito viene citata a mo' di esempio una costituzione di Valentiniano e Marciano sulle pene per chi celebra sacrifici proibiti (C. 1, 11, 7, 2).

⁴⁸ L'osservazione è di G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 611 ss.

4. Il diritto medievale.

4.1. Il diritto germanico e la questione della responsabilità collettiva.

È appena il caso di precisare che l'epoca germanica cui si vuol fare qui riferimento è quella che gli storici tedeschi denominano «diritto penale dei Franchi»⁴⁹. Il diritto germanico non conosceva un'elaborazione dottrinale autonoma; fu poi l'influsso della riscoperta del diritto romano e la giurisprudenza italiana di epoca medievale a colmare questa lacuna⁵⁰.

Per comprendere la sostanza dell'evoluzione della disciplina della compartecipazione criminosa in quest'epoca, è necessario richiamare due circostanze fondamentali. Innanzitutto, questo diritto conosceva un indissolubile legame tra danno e pena: se non vi era stato danno, non poteva esservi pena⁵¹.

In secondo luogo, l'accrescimento dell'affermazione dell'autorità pubblica portò a circoscrivere progressivamente la vendetta del sangue: il potere centrale tese gradualmente ad avocare a sé la punizione, lasciando ai privati esclusivamente la possibilità di ottenere una sorta di risarcimento del danno⁵².

Il ruolo centrale della composizione è essenziale per comprendere uno dei principii sottesi al trattamento del partecipe: se il baricentro della sanzione è interamente spostato

⁴⁹ Si tratta dell'epoca che ebbe inizio attorno al 500 d.C. e che proseguì fino agli albori dell'età dei Comuni. Cfr. C. R. KÖSTLIN, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß*, Tübingen, 1859, 83 ss.; per una un'ampissima e completa contestualizzazione storica, cfr. anche F. C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*, Firenze, 1844, 88 e ss.

⁵⁰ K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1902, 27.

⁵¹ Ciò ha rilievo essenziale, ad esempio, per la mancanza di punibilità del tentativo. M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 21, riporta che la conseguenza di ciò era l'assoluta indifferenza del diritto germanico rispetto all'elemento soggettivo del reato; questo è da ritenersi vero soprattutto avendo riguardo al primo periodo: il diritto germanico più evoluto conobbe la distinzione tra fatti dolosi e non, e per alcuni tipi di reati – come l'incendio – era previsto un trattamento sanzionatorio differente a seconda che il fatto fosse stato compiuto dolosamente o per negligenza. A tal proposito, v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, op. cit., 61 e ss.

⁵² W. E. WILDA, *Geschichte des deutschen Strafrechts. Erster Band: Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, 314 e ss. Per un'interessantissima e illuminante riflessione sul tema si rimanda anche a M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 5 e ss.

sull'aspetto della riparazione del danno subito della vittima, è evidente che residua poco spazio per la possibilità di una graduazione della responsabilità dei concorrenti. Ciò è espresso in una singolare disposizione dell'Editto di Rotari, la quale prevede che, nel caso di un omicidio o di un furto commesso da più soggetti, questi avessero la facoltà di riunirsi per pagare unitamente la composizione⁵³.

Anche le Leggi Visigote esprimevano il principio dell'equiparazione sanzionatoria di tutti i compartecipi, in una previsione relativa al furto⁵⁴: si opera qui una distinzione tra chi commette materialmente il furto e chi fu semplice *consciis* (complice), riservando però a entrambi i soggetti il medesimo trattamento penale.

Se si è scelto di dedicare un rapido accenno al diritto germanico, tuttavia, è poiché in questo contesto pare emergere, seppure in forma ancora piuttosto embrionale, il problema della responsabilità propriamente collettiva: cioè, la questione della punibilità dei soggetti che agiscono all'interno di un gruppo. Un esempio interessante è quello fornito dall'Editto di Rotari, che riporta il caso del delitto commesso dal *contubernium*, ovvero da una turba di almeno quattro uomini: si detta qui una regola che impone di punire molto più severamente il capo rispetto agli altri partecipi⁵⁵.

Dunque, si potrebbe avanzare l'ipotesi che nel diritto germanico più avanzato si iniziasse a operare una distinzione tra autori e complici materiali o morali – diremmo oggi –, e persino tra complici più o meno prossimi⁵⁶; curiosamente, sia la questione della definizione concettuale e terminologica, sia la distinzione sul piano del trattamento sanzionatorio, sembrano nascere in relazione all'emergere dei delitti realizzati da bande armate⁵⁷. Questo aspetto continuerà a essere presente nello sviluppo del dibattito giuridico italiano di epoca medievale, il quale non mancherà di influenzare la stessa evoluzione del

⁵³ «Adunandi licentia ut in unum component»: l'esempio è di S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, Torino, 1894, 29.

⁵⁴ Il passo è riportato da S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 28: (*L. Visigote*, hb. 7, t. 2, legge 5): «Non solum ille qui furtum fecit, sed etiam quicumque conscius fuerit, vel potius ablata sciens susciperit, in numero furantium habeatur et simili vindictae subjaceat».

⁵⁵ La pena stabilita è di 800 soldi per il capo, e di 80 per i concorrenti; l'esempio è ancora di S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 28.

⁵⁶ Così, W. E. WILDA, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, op. cit., 611 e ss. («nachsten →» e «fernern Gehülffen»).

⁵⁷ V. anche M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 23.

diritto germanico di epoca tarda, e porrà le radici della sistematizzazione della materia nell'intera Europa continentale⁵⁸.

4.2. I primi tentativi di concettualizzazione nello ius commune. L'esempio del mandato a delinquere.

La materia inizia a conoscere una prima sistematizzazione quando i requisiti indicati dalla duplice espressione *ops* e *consilium* per indicare la complicità transitarono, attraverso il diritto giustiniano, nel diritto intermedio, ricorrendo nelle opere di glossatori e commentatori. Anche in questa sede, è importante ricordare che, in particolare nella prima fase dello *ius commune*, le riflessioni dei giuristi raramente avevano carattere generale, ma più spesso si appuntavano su specifiche fattispecie delittuose⁵⁹.

L'indagine storica sinora effettuata riguardo al diritto romano si è incentrata sul delitto di furto, poiché, come già accennato, questo è tradizionalmente l'ambito privilegiato per i discorsi in tema di partecipazione criminosa e complicità, per via della maggior complessità e completezza del dibattito sviluppatosi intorno alle fonti. Non si può trascurare, però, che la questione della responsabilità concorsuale fosse sporadicamente trattata anche in riferimento a un gran numero di altri delitti: ciò rendeva il diritto romano assai contraddittorio agli occhi dei pratici medievali, i quali, pur non propriamente mossi dalla necessità di arrivare a una soluzione unitaria del problema, tentarono quantomeno di ordinare la materia⁶⁰.

⁵⁸ Su tutti, v. W. A. ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, Leipzig, 1913, 394 e ss.

⁵⁹ V. P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, op. cit., 119. Per la verità, l'istituto del concorso di persone conobbe un inserimento assai tardivo in quella che oggi chiameremmo la parte generale del diritto penale: Tiberio Deciani, nel suo *Tractatus Criminalis* (XVI secolo), in linea con la tradizione penalistica medievale, lo tratta solamente in relazione ai delitti contro la persona, di cui l'omicidio è la fattispecie presa a modello: M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Milano, 2006, 212. Per una riflessione più ampia e completa su questo aspetto, cfr. anche M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, op. cit., 232 e ss.

⁶⁰ A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 564. L'Autore prende ad esempio due passi che sembrano affermare due principii opposti: in D. 9, 2, 51 si leggerebbe che tra più feritori non dovrebbe essere punito più gravemente colui che ha

L'indagine, seppure a grandi linee, dell'evoluzione del pensiero di *ius commune* nel tema in oggetto svela che è in questo periodo storico che sembra essere collocata una prima riflessione compiuta sulla necessità di un trattamento più mite per il complice: il discrimine tra condotte da punire con sanzione piena e condotte connotate da un minor carico di disvalore – per usare una terminologia contemporanea – sembra correre sul filo della causalità del contributo.

Il primo giurista cui si attribuisce un passo decisivo in tema di sistematizzazione della materia è un epigono della scuola dei Glossatori, Dino da Mugello⁶¹. In un suo consiglio (noto come «Parere di Bologna»), questi si occupò di delineare alcuni confini fondamentali all'interno della materia della partecipazione: il passaggio è fondamentale, poiché esplicò notevoli influenze fino alle codificazioni di epoca contemporanea.

Infatti, qui si inizia a suggerire la possibilità di graduare la sanzione per le varie figure di partecipi; in particolare, la distinzione non correva tra autoria e complicità *tout court*, ma veniva individuata una tipologia peculiare di complice (*auxiliator*): colui che prestava un contributo – diremmo oggi – privo di efficacia causale rispetto all'evento realizzato (*quod causam delicto non dedit*)⁶².

Nel suo *consilium*, Dino da Mugello si occupa specificamente dell'ipotesi del concorso nel delitto di omicidio (parificando a questa ipotesi tutte le fattispecie eventualmente affini): solo i complici *qui dederunt causam mortis seu causam homicidii* vengono puniti *come se* fossero autori. In ogni altro caso, per il mero partecipe è imposto un trattamento più mite⁶³.

inferto la ferita mortale; in D. 48, 8, 17 (in tema di *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), si imporrebbe di distinguere i rissanti in base alla responsabilità di ciascuno.

M. BIANCHI, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013, 8 e ss., esalta forse eccessivamente la contraddittorietà del diritto romano in materia, accennando ai due esempi del furto e della rissa. Come già richiamato, pare potersi dire che, in assenza di principii astratti e generali, la disciplina della compartecipazione non potesse che essere modellata sul delitto in questione; d'altra parte, una simile evenienza poteva stupire il giurista di *ius commune* meno di quanto possa sorprendere il giurista contemporaneo: la formulazione di regole generali, infatti, compare gradualmente e piuttosto tardivamente nel diritto penale, soprattutto nella materia del concorso di persone.

⁶¹ Così W. A. ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens*, op. cit., 160 e ss. V. anche A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 564.

⁶² A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 564 e M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 26.

⁶³ Così riferisce M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 26.

Tale riflessione appare intimamente connessa con la speculazione relativa al mandato⁶⁴. Il concetto di mandato sembrava distinguersi sia dalla vera e propria autoria, sia dal mero *consilium*, inteso come partecipazione psichica al fatto altrui: il mandante pareva porsi come «causa mediata» del fatto, dunque in una posizione assimilabile a quella dell'autore, meno affine a un'ipotesi di semplice complicità⁶⁵.

Dunque, la distinzione tra *reus principalis* e *auxiliator* conobbe una prima sistematizzazione concettuale, che tuttavia non si ripercuoteva normalmente sul piano delle sanzioni. Il trattamento più favorevole doveva riguardare esclusivamente il partecipe *quod causam delicto non dedit*: la causalità, così, più che porsi come discriminante definitorio tra categorie di partecipi, tracciava il confine tra le condotte punibili *a titolo di* autoria e condotte ausiliarie, meritevoli di trattamento mitigato⁶⁶.

A questo proposito, si suole richiamare il fondamentale contributo di Alberto Gandino. Il suo *Libellus super maleficiis*, strutturato come collana di *quaestiones*, è fortemente influenzato anche dalle riflessioni di Dino da Mugello⁶⁷. L'opera di Gandino ha il pregio e la peculiarità di rielaborare il diritto romano, tentando una sorta di sistematizzazione e delineando principi legittimati da argomenti retorici e forgiati sulla pratica⁶⁸.

Alberto da Gandino accoglie la distinzione tra partecipe *quod causam dedit delicto* e

⁶⁴ La vita medievale appare nell'immaginario del moderno come costellata di misfatti compiuti per istigazione, mandato, ordine o consiglio altrui; forse non a caso, la riflessione dei giuristi per il tema della partecipazione morale al delitto si fa più intensa a partire da quest'epoca. V. A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 564.

⁶⁵ Si rimanda qui alle originali riflessioni di S. POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El «autor detrás del autor». De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, 1237.

⁶⁶ Tra gli altri, M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, in A. KAUFMANN et al. (a cura di), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, 345.

⁶⁷ L'opera risale al 1286/1287, ma l'edizione più diffusa è la seconda, del 1299 (cfr. D. BOCK, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römisch-rechtlicher Grundlage*, in *ZIS*, 2006, 11). La denominazione *Tractatus*, comunemente utilizzata, parrebbe per certi versi fuorviante: i prodotti della letteratura processualistica duecentesca, infatti, venivano più correttamente indicati come *libelli*. Questa peculiarità del *De Maleficiis*, peraltro, sarebbe evidentemente connessa con la qualità di giurista pratico del Gandino: così D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, 53 e ss.

⁶⁸ Cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, op. cit., 82, ma anche L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in L. GAROFALO (a cura di), *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 97 e ss.

complice *quod causam non dedit delicto*, anche sul piano sanzionatorio, e anch'egli riferendola in particolare al delitto di omicidio⁶⁹; il suo contributo, pertanto, approfondisce e consolida la tendenza dei criminalisti medievali a distinguere le figure di partecipazione sulla base della loro efficacia causale⁷⁰.

Il *De Maleficiis* è spesso ricordato per le importanti riflessioni intorno al mandato⁷¹: queste ebbero una grande eco nello sviluppo del pensiero giuridico; in particolare, come si vedrà in seguito, sono state assai sovente richiamate dai giuristi tedeschi, anche di epoca contemporanea⁷². Dino da Mugello aveva suggerito l'equiparazione tra mandante dell'omicidio ed esecutore, considerando il mandato come una sorta di cooperazione necessaria; Alberto da Gandino svolge un'ulteriore considerazione di grande impatto per la dottrina criminalistica dei secoli successivi. Secondo il giurista, il mandante non dovrebbe essere considerato alla stregua dell'esecutore materiale, bensì «doppiamente» autore: egli, infatti, non solo causa l'evento, ma determina altresì un altro soggetto a commettere il *maleficium*⁷³.

In quest'epoca, dunque, si delinea già piuttosto chiaramente la distinzione tra autoria, mandato e istigazione; il ruolo marginale dell'istigatore, per Gandino, dipendeva unicamente dall'eventuale qualità di *omnimodo facturus* dell'istigato⁷⁴. Il passaggio

⁶⁹ Inoltre, generalmente viene ricordato per aver proposto la tripartizione tra *auxilium ante, post e in ipso delicto*: W. A. ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens*, op. cit., 161 e ss.

⁷⁰ M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 345.

⁷¹ L'istituto penalistico del mandato affonda chiaramente le radici nella figura del contratto di *mandatum*, di origine romana. La definizione di mandato non è uniforme: per Bartolo da Sassoferrato, mandante è chi dà ordine a un mandatario di commettere un delitto, per un interesse proprio e dietro alcun corrispettivo; i canonisti, ad esempio, vi ricomprendono altresì l'ipotesi del mandatario prezzolato e quella dell'ordine del superiore. In ogni caso, si può notare la ricorrenza di due requisiti indefettibili: la commissione di un fatto in favore del mandante, e l'accettazione da parte del mandatario. Per un approfondimento su questo aspetto, con particolare attenzione alla canonistica medievale, si rimanda a L. A. ELTZ, *Cooperation in Crime. An Historical Conspectus and Commentary*, Washington D. C., 1942, 105 e ss.

⁷² A questo proposito, si vedano ad esempio K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1902, 28, e F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin, 1965, 18.

⁷³ D. BOCK, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, op. cit., 11, richiama a tal proposito un passaggio fondamentale (*De poenis reorum* n. 12, *De Maleficiis*): «Dominus Odofredus notat, quod mandans maleficium fieri videatur illud propria manu fecisse [...]. Unde uterque puniendus est, tam mandans quam maleficium committens, ut [...]. Sed quis eorum magis peccat? Dic: mandans, quia auctor est peccati, quia peccat in se et alium peccare facit, unde acerbius puniri debet, quam si propriis manibus occidisset, ut [...]».

⁷⁴ Così in *De poenis reorum* n. 36, *De Maleficiis*, «Item pone, quod ego tibi dedi consilium, quod tu homicidium, furtum vel aliud committeres maleficium, quod quidem tu fecisti. Queritur, numquid ego

appare di importanza fondamentale, poiché è proprio in questo momento storico che sembrano formarsi le vere basi dogmatiche della figura dell'autore mediato come figura distinta dall'istigatore⁷⁵. Com'è naturale, Gandino formula le sue osservazioni poggiandosi su un passo del Digesto, riguardante nello specifico l'ipotesi del mandato nell'*iniuria*⁷⁶; il giurista medievale, nel rielaborare il principio, lo depura dal puntuale riferimento al delitto privato in oggetto, estendendo lo spettro applicativo e generalizzandolo⁷⁷.

Sarà Bartolo da Sassoferrato, nel pieno del XIV secolo, ad appuntare le sue considerazioni su due possibili ipotesi di mandato: la prima, ravvisabile nel caso in cui il mandatario agisca come mero strumento nelle mani del mandante, poiché inimputabile o sottoposto alla coazione di un ordine vincolante; la seconda, distinta, relativa a colui che determina il soggetto pienamente responsabile⁷⁸. Nella prima ipotesi, il mandante è in tutto e per tutto equiparato a un autore, poiché il mandatario altro non sarebbe se non uno strumento nelle sue mani. Nella seconda ipotesi, invece, entrambi i soggetti sono da punire, poiché entrambi pienamente responsabili: il fondamento della sanzionabilità del mandante nasce da una *fictio*, che permette di estendere in via interpretativa la punibilità del fatto, che si considerava commesso, per la verità, solo dall'autore immediato⁷⁹.

puniar ex hoc? Distingue breviter secundum dominum Dynum, quia aut non eras alias facturus idem maleficium, aut sic. Primo casu, quando non eras alias facturus, teneor, ...». Si rimanda ancora a D. BOCK, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, op. cit., 11. Si può altresì notare come la riflessione inizi gradualmente ad assumere caratteri più generali, non essendo limitata a un solo delitto: il passo richiama, ad esempio, l'istigazione al furto, all'omicidio o ad altro delitto.

⁷⁵ V. F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 18.

⁷⁶ V. G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, op. cit., 630. Il passo menzionato è D. 47, 10, 11: «§3. Si mandatu meo facta sit alicui iniuria, plerique ait tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri. §4. Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum iniuriarum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria. §5. Idemque ait si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat. §6. Aticilinus autem ait et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad iniuriam faciendum oboediret, posse iniuriarum mecum agi». Il delitto di *iniuria* costituisce una base poco indicativa per ravvisare elementi utili all'indagine relativa al concorso di persone nel reato: da un lato, stanno le difficoltà relative alla possibilità di identificare un fatto unico di *iniuria*, a cui più persone possano prendere parte. Per quanto riguarda più specificamente il mandato, la casistica più ricorrente si riferisce al delitto del padrone commesso attraverso lo schiavo, o componenti della famiglia privi di capacità giuridica: queste circostanze rendono pertanto la comparazione piuttosto ardua.

⁷⁷ D. BOCK, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, op. cit., 11 e ss.

⁷⁸ Per una spiegazione chiara e articolata riguardanti le considerazioni sugli aspetti del mandato qui richiamati, proprie non solo di Bartolo, ma attribuibili a gran parte dei giuristi italiani dell'epoca, si rimanda a E. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1990, 49 e ss.

⁷⁹ Cfr. S. POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer» y «hacer cometer», op. cit., 1237.

In questo caso, dunque, l'assenza di un nesso causale costringe il giurista a ridescrivere il fatto, operando una finzione in via interpretativa per giustificare la punibilità del soggetto che *non* agisce, ma porta su di sé una responsabilità *paragonabile* a quella di un autore⁸⁰.

È notevole come le considerazioni sin qui riportate siano affini al dibattito più recente in tema di autoria e complicità; ciò che sembra evidente, e in parte ovvio, è come l'emersione delle categorie giuridiche sia sempre indissolubilmente legata alle necessità di volta in volta preponderanti sul piano storico. La maggior parte delle questioni più discusse relative alla compartecipazione criminosa, infatti, videro la luce in peculiari condizioni storico-politiche. L'interesse per il mandato costituisce senza dubbio un buon esempio di quanto detto: lo sforzo dei giuristi medievali nell'individuazione di un argomento che permettesse di giustificare la parificazione del *mandans* al *faciens*, altro non era che il riflesso di quelle istanze repressive, di quell'interesse pubblico alla punizione dei «veri» responsabili dei crimini, degli ideatori nascosti e occulti che si servivano di sicari, aggirando le regole ed eludendo la giustizia⁸¹.

⁸⁰ Questa soluzione di Bartolo diventa un *topos* comune anche tra i giuristi di epoca successiva, ed è pertanto richiamata, tra gli altri, dal Deciani e da Giulio Claro («Mandans enim non dicitur proprie facere, sed interpretative, secundum Bartolus [...] cum quo est communis opinio fere omnium scribentium»): ciò è ampiamente documentato in M. PIFFERI, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Finzioni argomentative e logiche punitive*, in *Historia et ius* [www.historiaetius.eu], 2012, 7 e ss.

⁸¹ In tal senso, M. PIFFERI, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, op. cit., 11. Un'ulteriore e connessa ipotesi di studio è quella della delinquenza collettiva e di massa: non a caso, è dopo la nascita dei Comuni che nascono le prime, più compiute riflessioni intorno all'argomento: v. G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 448, che riferendosi soprattutto al periodo della nascita dei Comuni, parla di «assai frequenti delitti rurali»; di «lotte tra comuni generatrici di rapine, lesioni, omicidi», di «spogli e violenze per mantenere il possesso di una terra; episodi di ribellione all'autorità dell'imperatore o del pontefice»; di «delitti di eresia o di violazione della libertà ecclesiastica; simonia; delitti degli amministratori di enti ecclesiastici». In particolare, a questo proposito, emerge con chiarezza l'evidente predisposizione canonistica a dare risalto all'elemento soggettivo, per via dell'inscindibile rapporto tra reato e peccato: un buon esempio ci è fornito da Pietro Cantore nella sua *Summa* («Quod peccatum unius redundat in universos [...] Totum unusquisque qui potest debet resistere et contradicere vel impedire. Ille vero qui se excusat et excipit a peccato multitudinis vel delicto et per multitudinem vel etiam per prelatum se credit, similis est Pilato, qui immundam habens conscientiam manus suas lavit»: non sono solo i capi di una comunità, investiti della responsabilità delle decisioni, a peccare. Nella moltitudine tutti peccano, poiché ogni membro ha la possibilità di resistere e di opporsi al male): v. P. CLARKE, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford, 2007, 35, nota 75. Una posizione per certi versi simile è quella di Giovanni Teutonico, che nella sua glossa alla decretale *Dilectus filius* di Innocenzo III, la quale disponeva un'*inquisitio* nei confronti di monasteri accusati di simonia, si chiedeva perché, sebbene tutti i monaci fossero a conoscenza di quanto avvenisse

Appare il caso di accennare brevemente che, relativamente al discorso qui proposto, piuttosto difforme appare l'elaborazione dei canonisti sul punto. La fusione tra il concetto di reato e quello di peccato, e la connessa preponderanza dell'*animus* sull'*exitus*, dell'atteggiamento soggettivo sulla efficienza causale della condotta rispetto al danno, facevano sì che si propendesse in linea generale per l'equiparazione dei partecipi, in virtù della loro pari temibilità⁸². È agevole notare la differenza che corre tra una idea di responsabilità penale così concepita e quella volta alla riparazione del danno, che inevitabilmente si trova a dover concedere all'esecutore materiale una posizione del tutto preminente nel contesto dell'illecito perpetrato collettivamente⁸³.

Le soluzioni dogmatiche elaborate dai medievalisti italiani influenzarono grandemente lo sviluppo del pensiero continentale⁸⁴.

Giova qui ricordare due esempi.

L'art. 177 della *Constitutio criminalis Carolina* del 1532 provvedeva a elencare espressamente varie forme di partecipazione, demandando però al giudice la determinazione concreta della pena (anche in questo caso, pare potersi dire che la distinzione, piuttosto che essere modellata sul binomio autoria – complicità, sembrava correre sul filo dell'efficienza causale)⁸⁵.

Non sembra allontanarsi molto da tale prospettiva nemmeno Carpzov, indicato dalla

nel monastero, solo i prelati che occupavano i posti più elevati nella gerarchia furono puniti: D. QUAGLIONI, «*Universi consentire non possunt*». *La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune*, in L. PEPPE (a cura di), *Persone giuridiche e storia del diritto*, Torino, 2004, 79.

⁸² V. M. PIFFERI, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, op. cit., 1; il principio dell'equiparazione, ad ogni modo, non era scevro di eccezioni e conosceva mitigazioni anche per quanto riguarda la trasmissibilità delle circostanze: cfr. L. A. ELTZ, *Cooperation in Crime*, op. cit., 94 e ss.

⁸³ Si tratta di una distinzione pienamente riconducibile alla classica contrapposizione tra pena data *ne peccetur* e sanzione comminata *quia peccatum*, come ricordava anche S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 30. Cfr. anche quanto sinteticamente esposto in H. MAIHOLD, *Zur Geschichte der Verbandsstrafe*, in *Himeji Law Review*, 2005, 361 e ss.

⁸⁴ La prima fonte scritta che regola esplicitamente il concorso di persone è la *Constitutio criminalis Bambergensis* (1507), fortemente influenzata dall'opera di Alberto Gandino: la disciplina venne poi recepita dalla successiva *Constitutio Carolina*. Cfr. R. BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, 58 e ss.

⁸⁵ La disposizione è testualmente riportata da M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 345: «Item so jemand eynem missthäter zu übung eyner missthatt wissentlicher und geuerlicher weiss einicherley hilff beistandt oder fürderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu straffen».

tradizione come il fondatore della scienza giuridica tedesca⁸⁶: anch'egli distingue tra partecipazione *ante, post e in ipso delicto*, proprio come i pratici medievali; ed è questa distinzione concettuale a riverberarsi sulla commisurazione della pena, risultando del tutto indifferente la qualificazione come autore principale o come complice⁸⁷.

5. L'emersione del concetto di causa libera nella Imputationslehre di Samuel Pufendorf.

È indicativamente nel XVII secolo che si evidenzia un primo, radicale mutamento di prospettiva: un passo decisivo verso l'individualizzazione del trattamento del partecipe può dirsi, infatti, compiuto alle soglie della modernità, in maniera complementare all'emersione del concetto di *causa libera*, mediante il quale si esalta il soggetto nella sua centralità.

Samuel Pufendorf fu il primo a inserire il concetto di imputazione nel dibattito penalistico e a trattarlo in maniera sistematica⁸⁸. Rispetto alla categoria naturalistica della mera efficienza causale, entra così in gioco un nuovo elemento che tiene in considerazione la libera determinazione dell'individuo, e che, pertanto, è in grado di orientare la disciplina della compartecipazione criminosa in senso finalistico⁸⁹.

Così, solo l'effetto dell'azione volontaria può essere imputato all'agente⁹⁰. Pufendorf tratta la *causa libera* e il momento dell'imputazione in maniera indipendente da ogni

⁸⁶ V. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, op. cit., 65.

⁸⁷ Anche in questo caso, come già rilevato in precedenza relativamente ai giuristi italiani, fino al Basso Medioevo, nella sua opera *Practica nova* (1635) Benedikt Carpzov non offre una vera e propria riflessione dogmatica di parte generale: le sue considerazioni sul concorso di persone si appuntano su singole fattispecie, in particolare il furto o l'omicidio: M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 345 e ss.

⁸⁸ La formulazione della teoria parrebbe nascere dall'incontro tra l'imputazione di matrice aristotelica (*imputativitas*) e il concetto teologico di imputabilità (*imputatio*): H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958, 84.

⁸⁹ Così, M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 346.

⁹⁰ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium: libri octo*, Lund, 1672, lib. I, cap. V, § 1 (61): «[E]ffectus actionis voluntariae agentis potest imputari».

elemento valutativo⁹¹. Non si descrive qui né un peculiare atteggiamento soggettivo, né un presupposto psichico o morale della condotta, bensì una precisa relazione funzionale tra la condotta e l'agente, la quale non può che modellarsi sulla libera determinazione della volontà: solo la condotta *libera* – in questo senso – appartiene all'individuo nel senso proprio del termine⁹².

Qui sta il ribaltamento di prospettiva: per la prima volta, il soggetto non si pone come mera causa, cieca e necessaria, ma come *causa morale*: compie il fatto consapevolmente e volontariamente. L'imputabilità, dunque, descrive la relazione di dipendenza – *rectius*, appartenenza – della condotta libera all'autore, e costituisce presupposto indefettibile per l'imputazione del delitto⁹³.

La parola generalmente utilizzata per indicare l'agente libero è *Urheber*⁹⁴. Il termine, di per sé, appare meno carico di disvalore rispetto a *Täter*, lemma più specifico per designare l'autore di un misfatto⁹⁵: Pufendorf continua a costruire dogmaticamente il fenomeno concorsuale come i suoi predecessori, poiché fonda, in ultima istanza, la punibilità del contributo sulla sua incidenza causale⁹⁶. Pertanto, una possibile mitigazione della pena è prevista per il partecipe che pone in essere la *causa minus principalis*; la misura della libertà dell'azione, invece, serve per escludere l'imputabilità del soggetto che delinque in quanto *longa manus* di un terzo e, conseguentemente, per attribuire il fatto al terzo che – diremmo oggi – domina lo svolgimento dell'azione criminosa⁹⁷.

Dunque, sebbene l'impianto concettuale rimanga sostanzialmente invariato, all'*Imputationslehre* del pensatore tedesco va sicuramente attribuito l'originale merito di

⁹¹ E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1995, 170.

⁹² H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, op. cit., 86.

⁹³ H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, op. cit., 86.

⁹⁴ Così, ad esempio, Kant nella sua «Metafisica dei costumi»: per una riflessione piuttosto approfondita sull'uso di questi termini, v. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2008, 71 e ss.

⁹⁵ Cfr. J. GRIMM – W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, disponibile in www.dwb.uni-trier.de/de. La differenza non sembra pienamente riproducibile in italiano: entrambe le espressioni sono traducibili con il termine «autore», che ha un connotato del tutto neutro. L'osservazione, seppur relativa alla lingua spagnola, è di P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 77. Su questo punto – si vedrà – C. C. STÜBEL, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828, 8 e ss.

⁹⁶ M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 346.

⁹⁷ Tra gli altri, M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 33 e ss.

aver interpretato la condotta alla luce dello scopo della pena; di aver legato più strettamente la pena all'individuo – il quale, come già richiamato, è inteso come quel soggetto in grado di determinarsi in piena libertà; dunque, di aver imposto nel dibattito intorno al tema le ulteriori, fondamentali variabili del *grado di responsabilità* e della *meritevolezza di pena*⁹⁸: per queste ragioni viene spesso indicata come snodo essenziale e imprescindibile per lo sviluppo della teorica della complicità, anche tenendo conto dell'influsso notevole che ebbe sulla scienza penalistica, e in particolar modo sulla dottrina tedesca, fino all'età contemporanea.

Effettivamente, intorno al XVII secolo la questione definitoria tra autoria e complicità non aveva conosciuto evoluzioni significative rispetto al dibattito di epoca medievale. Le distinzioni si appuntavano principalmente sui vari livelli di partecipazione all'illecito collettivo; era spesso recuperata la concettualizzazione relativa alla complicità prima, dopo e durante il delitto, ma in nessun caso dalla qualificazione di un soggetto come autore (o *Urheber*) conseguiva automaticamente un trattamento sanzionatorio aggravato: il tentativo dell'interprete, semmai, era quello volto a graduare la causalità dell'apporto rispetto all'evento. Pertanto, era chi poneva in essere la *causa principalis* a dover essere punito più gravemente; «complice», o partecipe secondario, era chi poneva in essere le *Nebenursachen*⁹⁹.

Non mancavano, certamente, punti di vista differenti, da cui gemmarono alcune delle teorie di epoca contemporanea che conobbero la maggior diffusione: alcuni Autori ponevano il fuoco sull'elemento soggettivo, distinguendo tra l'*animus* di chi commette il delitto per sé e chi invece mira ad agevolare l'illecito altrui¹⁰⁰; altri, all'opposto, rimanendo

⁹⁸ In tal senso, M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 346. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 69, sostiene che attraverso l'etimo stesso di *imputare* – o *rechnen* – gli Autori di diritto naturale sembravano voler suggerire l'attribuzione *quasi* contabile di un debito al debitore: per traslazione di significato, dunque, l'attribuzione di un castigo a colui che lo merita.

⁹⁹ Tale visione si considera figlia del pensiero di Pufendorf, cui si è già accennato, mediato dall'opera di Anselm Feuerbach: v. P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1812, 45 e ss.

¹⁰⁰ V. anche A. BAUER, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen, 1833, 115 e ss.: «Der *Urheber* und der *Gehülfe* unterscheiden sich im Allgemeinen nicht durch die verschiedene Art ihrer Mitwirkung, sondern durch ihre verschiedene *Absicht* und die hierdurch bestimmte *Richtung* ihrer Wirksamkeit. *Urheber* ist derjenige, welcher das Verbrechen selbst beabsichtigt, und dessen Thätigkeit auf Hervorbringung des Verbrechens selbst gerichtet ist. Der *Gehülfe* hingegen will nur das von einem *Anderen* beabsichtigte Verbrechen durch seine Mitwirkung *befördern*». Lo stesso Autore è ricordato per una fondamentale

fedeli alla tradizione romanistica, esaltarono il momento esecutivo come discriminare tra *Urheberschaft* e mera partecipazione. Ciò, inevitabilmente, da un lato lasciava slittare l'istigazione e il mandato a delinquere nella complicità; quest'ultima categoria, d'altra parte, mal si prestava a qualificare queste peculiari forme di «autoria intellettuale»: secondo alcuni, fu tale circostanza a rendere possibile l'emergere dell'istigazione come «terza forma» di partecipazione¹⁰¹.

6. Le prime codificazioni e la questione della tipizzazione nel XX secolo. Il «fallimento» del modello differenziato del Codice Zanardelli.

Il problema moderno della «de-finizione» tra autoria e complicità si pone in termini certamente più familiari a partire dal XIX secolo, con l'emersione della questione post-illuministica della codificazione, dunque con quelle esigenze di chiarezza, tassatività e precisione che tuttora stanno alla base degli ordinamenti contemporanei, quantomeno per quanto riguarda l'esperienza continentale¹⁰².

L'analisi delle prime codificazioni ottocentesche suggerisce una forte tendenza del legislatore alla descrizione dettagliata delle modalità di partecipazione al delitto: ne sono ottimi esempi le previsioni estremamente particolareggiate del Codice sardo del 1859 – che trovava applicazione nell'intero territorio dell'Italia post-unitaria, fatta eccezione per

affermazione, cui si fa risalire una delle prime, esplicite teorizzazioni della distinzione generale e astratta tra trattamento sanzionatorio dell'autore e del complice: così si legge in ID., *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, 460: «Der Gehülfe ist im Allgemeinen minder strafbar als der Urheber». Si noti, tuttavia, che l'utilizzo del termine *Urheber* non fa che confermare quanto sinora notato riguardo alla linea di demarcazione tra condotte di autoria e complicità.

¹⁰¹ In tal senso: M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 347 e ss., che si riferisce in particolar modo a Böhmer, e conclude notando la prevalenza di un «modello unitario» durante tutta l'epoca di diritto comune, proprio per l'assenza di una relazione diretta e immediata tra individuazione della condotta di complicità e mitigazione della pena.

¹⁰² V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 497, nel ricordare che le codificazioni liberali ottocentesche, emanate nel solco della tradizione classico-legalistica del XIX secolo, costituivano chiarissima espressione di un approccio più sensibile alle istanze di tassatività, sottolinea come tuttora siano proprio gli studiosi più sensibili all'esigenza del rispetto del principio di tassatività e determinatezza a sostenere il modello di tipizzazione differenziato delle condotte concorsuali.

la Toscana – e di quello del Granducato di Toscana del 1853.

I due codici, pur seguendo nomenclature parzialmente differenti, contenevano elencazioni assai determinate dei possibili modi di partecipazione, prevedendo le figure della società, del mandato, dell'istigazione e dell'aiuto, e fornendo precisissime tipizzazioni delle condotte concorsuali¹⁰³. A volte, dalla ricchezza delle previsioni discendevano conseguenze sanzionatorie altrettanto puntuali¹⁰⁴: in altri casi, la determinazione della pena era lasciata piuttosto genericamente alla discrezionalità giudiziale¹⁰⁵.

Istanze definitorie, dunque, come espressione della tensione alla certezza del diritto e fiducia nel potenziale regolatore della legge scritta; l'afflato – in questo senso – garantista sembra aver spinto la maggior parte degli ordinamenti verso un modello differenziato di partecipazione¹⁰⁶.

D'altra parte, certamente non trascurabili erano le forze operanti in senso contrario.

Da un lato, operava l'idea di un monismo naturalistico di fondo: la distinzione definitoria tra autoria e complicità – basata sulla vecchia equivalenza tra *Täterschaft* e *Urheberschaft*, o tra autoria e causa – non poteva funzionare, proprio poiché reggeva su un presupposto errato, ovvero che l'autore solo si ponesse come causa del delitto, a

¹⁰³ A loro volta, tali disposizioni tendevano a riflettere la complessa disciplina degli *iura propria*, dunque dell'assai varia realtà statutaria: si rimanda a P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, op. cit., 120 e ss.

¹⁰⁴ È questo il caso dei Codici sardo e toscano, ma anche, ad esempio, del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, il quale agli artt. 74 e 75 disponeva previsioni articolatissime, descrivendo assai dettagliatamente la condotta del complice *quod causam dedit delicto* e di colui che apportava un contributo secondario, meritevole di trattamento più mite, e riprendendo la distinzione già nota a Gandino: così M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 276 e ss.

¹⁰⁵ P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, op. cit., 122, porta l'esempio interessante del § 5, sez. I, capo I del Codice penale austriaco del 1803, riprodotto poi senza alterazioni nel successivo Codice del 1853. Qui il legislatore si prodiga in una elencazione assai ricca di condotte di partecipazione, optando al tempo stesso per la via dell'equiparazione sanzionatoria: «Reo del delitto non è solamente quegli, che n'è l'immediato autore, ma ogni altro ancora, che col mandato, col consiglio, coll'istruzione, coll'approvazione apre l'adito al misfatto; con animo deliberato dà l'occasione di commetterlo, col somministrare a tal uopo i mezzi, col rimuovere gli ostacoli; od in qualunque siasi modo lo promuove, vi presta aiuto, contribuisce a renderne sicuro l'eseguimento; od anche solamente con prevj concerti s'accorda coll'autore del delitto su l'ajuto, e l'assistenza da prestarglisi dopo averlo commesso, o sopra una parte del lucro, o vantaggio, che se ne fosse per ritrarre».

¹⁰⁶ Come si vedrà a brevissimo, anche nell'Italia pre- e postunitaria si optò prevalentemente per una disciplina aderente al modello differenziato.

differenza del mero partecipe¹⁰⁷. La visione propugnata da Feuerbach sulla scia della tradizione giusnaturalista, appena richiamata, e che consisteva nel graduare la responsabilità dei concorrenti in base all'entità dell'apporto causale, dovette cedere il passo alla notissima *Äquivalenztheorie* di von Buri, che rifiutava qualsiasi distinzione tra cause e condizioni, *Haupt-* e *Nebenursachen*¹⁰⁸.

D'altro canto, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo si assistette a una forte presa di posizione di autorevole dottrina a favore del modello unitario: in seno alla prima conferenza della *Internationale Kriminalistische Vereinigung* che affrontò il tema del concorso di persone (Linz, 12-14 agosto 1895), si sostenne a più voci che l'equiparazione dei concorrenti sul piano tipico fosse l'unico modo per risolvere le enormi difficoltà applicative derivanti dalla previsione di una definizione per le singole figure di partecipi, e di un trattamento conseguentemente distinto¹⁰⁹.

Complessivamente, la proposta era evidentemente dettata da esigenze di politica criminale più che da profonde convinzioni dogmatiche: ben presto la *IKV* assunse posizioni più morbide, ammettendo, in occasione della conferenza successiva (Petersburg, 17-20 settembre 1902), la possibilità per il legislatore di procedere a una descrizione normativa dei titoli di responsabilità concorsuale, senza tuttavia ricollegare alla qualificazione tipica alcuna necessaria conseguenza sul piano della commisurazione della pena¹¹⁰.

¹⁰⁷ Uno dei più noti sostenitori di questa visione fu senz'altro von Liszt; per l'Autore, un esempio lampante è costituito dall'istigazione, comunemente annoverata tra le forme di partecipazione, ma evidentemente assimilabile all'autoria mediata, sotto la prospettiva dell'influsso causale della condotta: F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, 195 e ss.

¹⁰⁸ Così in M. VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 102. La teoria della causalità di von Buri ebbe, com'è noto, un ruolo determinante nella storia della disciplina della compartecipazione criminosa, cui si avrà modo di accennare in relazione alla previsione del codice Rocco.

¹⁰⁹ Piuttosto celebre è l'affermazione di von Liszt: «Die ganze Unterscheidung zwischen Thäterschaft, Beihilfe und Anstiftung kann, mußs wegfallen; denn erst damit kommen wir über eine Reihe von sonst unüberwindlichen Schwierigkeiten hinweg»: cfr. F. VON LISZT, in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, V, Berlin, 1896, 515. Tra i sostenitori del modello unitario si suole ricordare anche Bernhard Getz, l'unico in grado di criticare la distinzione tra partecipi, fornendo l'idea per un modello dogmatico alternativo accettabile. Egli, infatti, diede poi un contributo fondamentale alla redazione del codice penale norvegese, spesso indicato come originalissimo esempio di modello unitario. V. F. KITZINGER, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. Betrachtungen über ihr Wesen und ihre bisherige Wirksamkeit*, München, 1905, 25.

¹¹⁰ In tal senso, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 18. Non

Per quanto riguarda il dibattito in corso in Italia, questo risente sicuramente della medesima temperie, muovendosi a grandi linee sulle direttrici già esposte.

Francesco Carrara si pose su una linea garantista, facendo proprio, in un certo senso, il portato della tradizione giusnaturalista in materia – accentuando, dunque, l'azione *libera* e volontaria dell'individuo¹¹¹ – e al contempo rigettando la classica partizione interna alla complicità, di stampo medievale, basata sull'elemento temporale (tra «accessorii *ante delictum*, accessorii *delicti tempore*, accessorii *post delictum*»¹¹²); ritenne, in ogni caso, di non poter fare a meno di una distinzione tra autoria e complicità, dato già evidente da un punto di vista naturalistico. Di conseguenza, autore principale non può che essere colui che esegue materialmente l'atto consumativo del delitto; il legislatore, tuttavia, può ritenere giusto equiparare all'autore alcuni tipi di complici, sotto il profilo dell'imputazione e della pena¹¹³.

Qualche anno più tardi, Impallomeni, nel trattare specificamente il delitto di omicidio, si dilungò nella giustificazione della figura della cooperazione immediata, insistendo sulla sua equiparazione all'autoria¹¹⁴. È importante sottolineare, tuttavia, che la cooperazione necessaria doveva necessariamente essere quella relativa agli atti *costitutivi*, consumativi del reato: quella immediatamente aderente all'esecuzione, poiché ad essa

sembra potersi negare che l'argomento dell'economia processuale e dell'agilità applicativa sia quello che sembra militare in maniera più convincente a favore del modello unitario: peraltro, storicamente, è una delle principali *rationes* sottese all'attuale disciplina della compartecipazione nel nostro codice penale (tra gli altri, M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 182). Come si cercherà di dimostrare nei capitoli seguenti attraverso l'analisi giurisprudenziale, inoltre, questo sembra un dato tuttora difficilmente contestabile.

¹¹¹ Avverte D. MILLER, *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht. Ein Beitrag zur Geschichte und Gegenwart von Einheits- und Differenzierungsmodellen der strafbaren Beteiligung mehrerer Personen*, in M. MAIWALD (a cura di), *Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Frankfurt am Main, 2007, 70, che, mentre la letteratura tedesca sembra aver risentito grandemente della lezione di Pufendorf ed Hegel sulla centralità della libertà e volontarietà dell'azione come base per strutturare una teoria dell'imputazione, la dottrina italiana appare da sempre assai più orientata al profilo oggettivo ed esteriore dell'azione realizzatrice dell'evento.

¹¹² F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1860, 83: «E appositamente lo faccio; perché cotesta partizione, presa come partizione generale della teoria, manca di verità; e troppo a mio credere, ha intorbidato la materia che svolgo».

¹¹³ F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, op. cit., 80 e ss.

¹¹⁴ F. MAGRI, *La teorica scientifica della complicità*, Prato, 1896, 17, sosteneva che Impallomeni fosse l'Autore che maggiormente avesse insistito sul concetto della cooperazione necessaria, il quale fu poi declinato dal legislatore in sede di emanazione del codice Zanardelli.

concomitante¹¹⁵. Le restanti condotte di assistenza e agevolazione potevano beneficiare di un trattamento più mite¹¹⁶. Il giurista, dunque, torna ad agganciare saldamente il concetto di autoria a quello di esecuzione materiale in senso stretto, non discostandosi di molto dalla tradizione romanistica; la sua soluzione, astrattamente, ha il duplice pregio di fornire un criterio certo di delimitazione tra condotte di compartecipazione già sul piano tipico, e di permettere conseguentemente di comminare una pena individualizzata al soggetto che agisce in concorso.

Il Codice Zanardelli, apportando qualche modifica al Progetto originario¹¹⁷, accolse l'impianto sistematico dei precedenti Codici sardo e toscano; tuttavia, venato di spirito liberale e illuminista, era mirato alla sistematizzazione della materia. Riassunse in norme più sintetiche e ordinate le disposizioni in oggetto, proprio a seguito delle difficoltà applicative destinate dalle locuzioni adoperate e dalle varie definizioni date ai differenti tipi di partecipazione criminosa¹¹⁸: venne assorbita la rigida distinzione dottrinale tra esecutori e cooperatori immediati, da un lato, e partecipazione secondaria, materiale o morale, cui conseguiva un trattamento sensibilmente più mite^{119 120}.

¹¹⁵ G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, 197 e ss., dà un chiaro esempio: «Così nel furto, autore dell'atto costitutivo del delitto non è chi sforza la serratura, ma chi porta via la roba, giacché il furto non consiste nello sforzare la serratura o nello scasso, ma nel togliere la cosa dalla sfera dell'altrui possesso».

¹¹⁶ Non si parla qui di una distinzione tra condotte principali e condotte secondarie o accessorie, bensì tra vera e propria (co)autoria e complicità: lo specifica A. MARONGIU, voce *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 567.

¹¹⁷ G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, op. cit., 197.

¹¹⁸ Si rimanda a M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini. 1874-1900*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI, 1987, 138: il Codice Zanardelli costituisce, nel complesso, un elemento innovatore fortissimo, che pone fine all'incoerenza degli istituti tipici dei codici preunitari menzionati. D'altra parte, proprio questo vigore innovativo creò qualche problema applicativo, che la dottrina si impegnò a risolvere.

¹¹⁹ Così commentava G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1889, 36 e ss. La pena per il complice era addirittura diminuita della metà, in linea con quanto sostenuto dalla tradizionale dottrina di *ius commune*.

¹²⁰ Si riportano qui di seguito le disposizioni in oggetto:

Art. 63: «Quando più persone concorrono nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trenta anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri».

Art. 64: «È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato 1. con l'excitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato; 2. col dare istruzioni o col somministrare

Il Codice penale del 1889, più che provvedere a *definire* la figura di autore, estese la nozione – per la verità, mai espressamente evocata – a qualifiche diverse, ritenute meritevoli di un'equiparazione *quoad poenam*: l'esecutore (o autore in senso stretto, colui che materialmente pone in essere la condotta tipica) e il cooperatore immediato¹²¹.

La vaghezza della dicitura «cooperatore immediato», in alcun modo specificata all'art. 63, fu senza dubbio il punto di maggior debolezza della disciplina zanardelliana: la serie indeterminata di casi di correatà che inevitabilmente confluiva nella categoria comportava un'eccessiva dilatazione della discrezionalità giudiziale¹²². D'altra parte, su un aspetto affine si appuntava la critica mossa dallo stesso Impallomeni, il quale riteneva che il legislatore avesse errato nel richiamare all'art. 63 l'ampio concetto di esecuzione, e non quello, più stringente, di atto consumativo¹²³.

L'intenzione del legislatore dell'epoca non era, verosimilmente, quella di tracciare una linea di demarcazione tra autoria e complicità: affiancando alla tradizionale concezione d'autore una problematica nozione di complicità necessaria, dstante pari allarme sociale e altrettanto meritevole di pena, e relegando all'art. 64 un elenco di condotte costituenti una sorta di «complicità non necessaria» con pena sensibilmente attenuata, si finiva per recuperare in parte la vecchia, classica distinzione di *ius commune* – tipica dei codici preunitari – tra partecipe *quod causam delicto dedit* e complice *quod causam non dedit*: dunque, in definitiva, tra chi poneva in essere la causa e chi la condizione¹²⁴.

mezzi per eseguirlo; 3. col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso».

¹²¹ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 29 e ss., nella sua puntualissima disamina richiama un passo paradigmatico della Relazione di Zanardelli: «... autori, invero, non sono coloro che cooperano al delitto commesso da altri, come nel caso di colui che tien ferma la vittima mentre altri la colpisce. Ma, nello stesso modo che il senso comune non fa distinzione fra questi due, la ragione scientifica delle cose ci ammaestra che, se il primo non è propriamente autore della strage, è tuttavia un compartecipe così essenziale che appunto vuol essere noverato fra i correi: fra coloro, cioè, che devono incorrere nello stesso grado di responsabilità e di pena che l'autore principale. D'altronde, non pare che in questa parte del Codice, dove si tratta del concorso di più persone nel delitto, si debba definire chi sia l'autore del medesimo, il quale si intende di leggieri non poter essere che l'esecutore immediato dell'atto che lo costituisce. Qui si deve soltanto stabilire chi, essendo più i partecipanti, sia da reputarsi *coautore*, cioè *correo* e chi da reputarsi *complice*».

¹²² Cfr. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 655: «[La figura di cooperatore immediato] era dunque valsa [...] ad annullare la possibilità di una netta linea di demarcazione tra autoria e complicità, privando di valore tassativo le fattispecie dettate dagli artt. 63 e 64 cod. pen. e demandando l'applicazione di esse all'arbitrio giudiziale».

¹²³ G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, op. cit., 197.

¹²⁴ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, 19 e ss.

Senza dubbio apprezzabile era l'intento che animò dei redattori del codice Zanardelli¹²⁵, ma ciò condusse all'emanazione di una disciplina caratterizzata da forti incertezze applicative. L'indeterminatezza del concetto di complicità necessaria si riverberava nella definizione di cooperatore immediato: se da un lato la figura del complice necessario era basata sulla rilevanza del contributo, dall'altro ciò demandava interamente la soluzione all'analisi del caso concreto, così da impedire ogni spiegazione di carattere generale¹²⁶. La prassi giurisprudenziale non tardò a piegarsi a finalità di politica criminale, trovando una chiave di volta nella rigorosa teoria del cd. *previo accordo*: l'elemento psicologico finì in questo modo per diventare il parametro che consentiva di circoscrivere la condotta dell'autore, perdendo del tutto rilevanza la considerazione della condotta materialmente posta in essere¹²⁷.

In sostanza, la severa interpretazione giudiziale negava ogni rilievo all'oggettività del contributo, qualificando il partecipe come autore (*rectius*: esecutore) sulla base della volizione dell'evento, esplicitasi nell'accordo a commettere il reato concorsuale¹²⁸.

L'impianto del codice del 1889 era informato agli stessi ideali su cui si impernia la teoria dell'accessorietà – di cui si dirà più estesamente in seguito. Si è parlato, a tal proposito, di una «difesa genuinamente liberale del principio di legalità, in cui la natura accessoria ed integrativa delle norme sul concorso vale a conciliare l'esigenza di colmare vuoti di tutela con un sistema di fattispecie tassativo, che preclude all'interprete una

¹²⁵ Così G. NEPPI MODONA – L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino, 1978, 175: «Tentativo e concorso di persone nel reato sono disciplinati in maniera garantistica: si richiede un inizio di esecuzione del delitto con mezzi idonei; le varie forme di concorso sono analiticamente tipicizzate, soprattutto per quanto riguarda la punibilità dei concorrenti morali». In questo senso, anche M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 185, che parla di «una regolamentazione del concorso fondata sul *suum cuique*, un principio di giustizia la cui applicazione al concorso di persone nel reato in direzione binaria (reati principale e secondaria), era stata considerata [...] come espressione di un corrispondente principio di diritto: la responsabilità per fatto proprio; venendosi implicitamente a valutare come responsabilità per fatto altrui l'equiparazione della responsabilità del complice a quella dell'autore». L'Autore sottolinea l'afflato politico-ideologico di stampo liberale sotteso all'emanazione del codice Zanardelli, in contrasto con la politica criminale sottesa al Codice Rocco: lo «scemare della preoccupazione dei *distinguo*» fu il prezzo del venir meno di uno «spirito sinallagmatico e di giustizia distributiva», di «una sensibilità, *lato sensu*, liberale per la libertà del cittadino».

¹²⁶ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 50 e ss.

¹²⁷ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 46.

¹²⁸ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 46.

valutazione sostanziale diretta degli avvenimenti»¹²⁹. Eppure, il fallimento sul piano applicativo di un sistema di tal fatta fu una delle ragioni – forse quella principale¹³⁰ – che portò il legislatore italiano a ciò che potrebbe apparire una rivoluzione copernicana della materia¹³¹.

7. *Prime, brevi considerazioni.*

La materia è tradizionalmente collocata al cuore della dogmatica penalistica, ma l'analisi storica non permette di ravvisare una continuità, né tantomeno un terreno sicuro su cui fondare una teoria.

Si ripete spesso che la complicità è un concetto antico, naturale, connaturato nell'essere umano¹³².

Che sia un *fenomeno* antico e naturale, non è in dubbio. Cionondimeno, nel dibattito odierno, non poche prospettive rimangono ancorate e radicate profondamente in una visione che pretende di ricondurre la distinzione a una sorta di struttura ontologica preesistente al diritto, per cui la stessa «de-finizione» delle figure concorsuali e il

¹²⁹ V. G. INSOLERA, *Problemi di struttura*, op. cit., 10, il quale a sua volta rimanda in parte alle considerazioni di C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 21.

¹³⁰ Così, G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 655, secondo cui «tale casistica, [...] ferreamente delineata com'era, dava luogo a seri inconvenienti»; G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 422, richiamando i Lavori preparatori, individua la principale *ratio* della riforma «in una esigenza di semplificazione dell'accertamento». In parziale dissenso, ponendo maggiormente l'accento sull'ideologia repressiva fascista, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 177 e ss., secondo cui «le difficoltà operative [...] rappresentano [...] l'unico valido motivo *pratico* per l'adozione di una soluzione unitaria, mentre da un punto di vista *teorico*, solo considerazioni ideologiche possono seriamente militare a favore di tale prospettiva». Si rinvia a quanto segue per qualche considerazione ulteriore sui motivi che condussero all'incisiva riforma del titolo sul concorso.

¹³¹ È appena il caso di accennare qui al Progetto Ferri, propugnato dalla Scuola Positiva a seguito dell'insoddisfazione di questa parte della dottrina nei confronti della disciplina zanardelliana. La proposta comprendeva una distinzione tra contributi concorsuali basata esclusivamente sulla pericolosità dei singoli individui, rimanendo i contributi per il resto parificati sotto il profilo oggettivo. Il Progetto cadde senza nemmeno una prima verifica parlamentare (complice anche il peculiare momento storico: era il 1921): M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, op. cit., 586 e ss. Favorevole alla complicità come circostanza aggravante, chiaramente nello stesso sentire, S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 15 e ss.

¹³² P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, op. cit., 1.

principio di accessorietà della partecipazione ad essa in qualche modo connaturato, sarebbero da spiegarsi alla luce di una presunta *Natur der Sache*¹³³.

Davanti a una simile osservazione, possono venire in gioco due ordini di considerazioni.

In primo luogo, l'analisi storica dimostra come, in tema di concorso di persone, non paiano essere mai esistite strutture concettuali dogmaticamente soddisfacenti, che riuscissero a conciliare appieno l'apparato teorico con «l'inesauribile ricchezza del reale»¹³⁴; l'appello a dati naturalistici, pre-positivi non sembra fornire alcuna indicazione davvero rilevante¹³⁵: basti pensare alla già richiamata genesi del concetto di autoria in tema di *furtum*, che poco ha a che vedere con l'attribuzione di una maggiore responsabilità in capo all'individuo che perpetra la condotta.

L'evoluzione storica, d'altra parte, non mostra con evidenza una progressiva maggior attenzione alla tassatività e alla determinatezza nella definizione degli elementi oggettivi tipici del contributo¹³⁶. Un esempio per tutti: la realtà statutaria degli *iura propria* era costellata di previsioni assai dettagliate, molto più di quanto possa rinvenirsi nei codici penali contemporanei.

Alla progressiva astrazione e concettualizzazione della disciplina della compartecipazione, si è accompagnata – questo sì – una sempre maggiore sensibilità per una corretta graduazione della responsabilità individuale, una crescente attenzione per il

¹³³ L'idea è piuttosto risalente, ma non ha mai smesso di esercitare una certa influenza, specialmente nel pensiero giuridico di lingua tedesca: cfr. ad esempio G. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957, 15 e ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, 524 e, nell'ottica del finalismo, H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949, 10: L'Autore nega la possibilità per il legislatore di affidarsi a un concetto ampio e generale di autore, poiché ciò si porrebbe in grave contrasto con la realtà fenomenica. Nella dottrina italiana, A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 146 e ss. e G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979, 42. *Contra*, P. CRAMER, in *Vorbem. §§ 25 ff.*, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 1997, 396; nella dottrina italiana, T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 397.

¹³⁴ C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 111.

¹³⁵ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 305.

¹³⁶ V. invece, ad esempio, M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 344, e K. VOLK, *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 563.

fair labelling, per un'imputazione che si mantenga strettamente e rigidamente personale, anche all'interno del fatto collettivo.

All'opposto, una tendenza che emerge ciclicamente, e che generalmente accompagna epoche storiche di particolare tensione sociale, è quella repressiva, tendente al livellamento della responsabilità individuale nel fatto concorsuale, alla collettivizzazione dell'imputazione.

Quanto detto, tuttavia, non sembra attenere specificamente alla *definizione* delle figure concorsuali *sul piano tipico*, ma più strettamente all'elaborazione di *corretti meccanismi di graduazione* della responsabilità.

Pertanto, nell'impossibilità di rinvenire un sicuro fondamento storico-dogmatico, un argomento che può valere la pena di considerare è quello dell'effettiva e concreta praticabilità ed efficacia del modello.

Dunque, la seconda obiezione si svolge sul piano della comparazione sincronica: inevitabilmente – come si vedrà – l'incontrollata espansione del concetto di autoria negli ordinamenti che optano per il modello differenziato di tipizzazione indebolisce notevolmente la forza persuasiva delle argomentazioni che tendono a giustificare questo tipo di tecnica legislativa.

Quella che viene spesso indicata come criminalità sistemica, ovvero la criminalità che vive e prolifera in contesti gerarchici, di divisione del lavoro – i cosiddetti *Machtapparate*, nella dottrina di lingua tedesca – rappresenta una vera e propria sfida in questa prospettiva.

L'evoluzione centenaria delle categorie concorsuali, del tutto basate sull'esecuzione materiale della condotta, sembra rivelarsi inadatta in sede di tipizzazione legislativa e controproducente nel momento applicativo¹³⁷; stando a quanto finora premesso, l'analisi giurisprudenziale su questo tema, svolta su vari livelli (nazionale, comparato, sovranazionale), nel mostrare l'utilizzo degli strumenti tradizionali in sede interpretativa e giudiziale, sembra costituire l'unica via praticabile per testare la bontà degli assunti

¹³⁷ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 2001, VII ed., 243: «[d]ie Rechtsfiguren von Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, die ebenfalls auf Einzeltaten zugeschnitten sind, einem solchen Kollektivgeschehen, wenn man es als Gesamterscheinung betrachtet, nicht gerecht werden können».

dogmatici.

CAPITOLO II

IL MODELLO UNITARIO DEL CODICE ROCCO

SEZIONE I

LA DISCIPLINA DEL CONCORSO DI PERSONE NEL CODICE ROCCO. ELABORAZIONI DOTTRINALI

SOMMARIO: 1. La scelta del modello unitario di tipizzazione. – 2. La disposizione incriminatrice (art. 110 c.p.). Brevi note comparate. – 3. Le circostanze: elementi di tipizzazione e riflessi applicativi. – 4. L'autoria mediata. – 5. La complicità: il concorso materiale. – 6. (*segue*): il concorso morale.

1. La scelta del modello unitario di tipizzazione.

La consultazione dei Lavori Preparatori al Codice penale del 1930 rivela piuttosto chiaramente le ragioni teoriche e pratiche sottese all'emanazione della nuova disciplina, del tutto antitetica rispetto a quella che caratterizzava il Codice previgente.

Prendendo le distanze dalla scelta tradizionale di dare rilievo alle diverse forme di partecipazione, si è accolto il sistema della equiparazione di ogni attività concorrente nel reato.

Si è quindi affermato «il criterio di un'uguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato, [...] in diretta dipendenza del principio che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento, sono cause di esso»¹.

¹ Così, testualmente, nella *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte I, Roma, 1929, 165.

Pertanto, com'è noto, si suol dire che il modello unitario consiste nella *tipizzazione causale*: tutte le condotte aventi efficacia eziologica nei confronti dell'evento lesivo sono così ricomprese nella fattispecie concorsuale, perdendo qualsiasi rilevanza la distinzione tra reità «principale» e «secondaria»².

Dunque, una prima, esplicita scelta di campo di tipo dogmatico portò a rinunciare alla regolamentazione modellata sul principio di accessorietà della partecipazione, che ne esaltava il valore secondario rispetto alle condotte di autoria, e ad aderire a quel monismo naturalistico che, come già accennato in precedenza, faceva capo alla notissima *Bedingungstheorie*, o *Äquivalenztheorie*, del tedesco von Buri³.

Ritorna così alla ribalta il vecchio concetto di diritto comune di *Urheber – rectius*, di *Ursacher* – che arriva a designare ogni cooperatore che abbia contribuito alla realizzazione dell'evento criminoso⁴. Si produce l'espansione massima della categoria, che abbraccia ogni possibile forma di partecipazione, e toglie fondamento oggettivo a qualsiasi distinzione tra tipi concorsuali⁵: in effetti, appariva impossibile stabilire secondo quali criteri il giurista dovesse valutare come giuridicamente distinto ciò che è naturalisticamente equivalente⁶.

Dunque, l'adesione a un sistema modellato sulla *condicio sine qua non* rappresentò certamente un sollievo per l'interprete, finalmente liberato dal difficile nodo della figura del cooperatore immediato: d'altra parte, l'emanazione della nuova disciplina era stata preceduta da una serie di consultazioni e pareri, rivolte principalmente a magistrati delle giurisdizioni superiori e a professori universitari, che confermarono l'affanno prodotto dalla ricerca di un criterio tipico di delimitazione tra *Urheberschaft* e mera complicità⁷.

² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 486.

³ Si rinvia, tra gli altri, a F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, op. cit., 406.

⁴ M. VON BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860, 21 e ss.

⁵ F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., 195 e ss. v. anche – in senso critico – G. CONTENTO, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, in *Ind. pen.*, 1981, 45.

⁶ Cfr. sul punto, tra gli altri, A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso*, op. cit., 40; T. PADOVANI, *Note sul cd. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 9. È nota la critica di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1981, 540, che si appuntava in particolare proprio su questa base scientifica assegnata alla disciplina concorsuale: «Non è con postulati filosofici che si possono decidere simili questioni, ma con la considerazione concreta della quantità, qualità ed efficacia dell'attività individuale cooperante al reato».

⁷ La ragione pratica della scelta è la seconda menzionata dai Lavori Preparatori, in stretta connessione con l'opzione sul piano dogmatico: *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco*, op. cit., 166.

Com'è stato opportunamente rilevato, «la scelta in favore del modello estensivo – o meglio, causale – di autore, viene presentata dal codice Rocco quale il portato delle esigenze della prassi (semplicità di funzionamento, agilità e rapidità delle decisioni, efficacia nella lotta alla criminalità associata) ed altresì come la necessaria conseguenza della incapacità della dottrina ad elaborare criteri sicuri di differenziazione nel quadro del modello restrittivo: non viene invece presentata come il frutto di una precisa opzione ideologica e politico-criminale»⁸. Eppure, se nei lavori preparatori si discusse principalmente di questioni tecniche, rimane comunque possibile cogliere tra le righe «la temperatura valutativa, deontica degli umori giuridici»⁹.

È appena il caso di accennare al contesto politico in cui avvenne la promulgazione del codice Rocco: la difesa dello Stato e la lotta contro il crimine erano due dei pilastri dell'ideologia fascista, e proprio il concorso di persone, assieme all'associazione per delinquere, rappresentava la forma più temibile e allarmante della delinquenza, che richiedeva, pertanto, una normativa severa¹⁰.

È innegabile che il pensiero positivistico-naturalistico fu pietra angolare dell'emanazione del nuovo Codice; al tempo stesso questo parve risentire grandemente

⁸ Testualmente L. MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, 1982, 121.

⁹ M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 182. A sostegno della sua tesi, l'Autore riporta uno stralcio dei Lavori Preparatori, in cui si legge che: «le distinzioni, finora esistenti, fra le diverse specie e i diversi gradi del concorso hanno portato, in pratica, ad insuperabili difficoltà: come si distingue, [...] particolarmente, la correttezza dalla complicità, per es. quando si tratti di complicità necessaria? Se è necessaria, cioè senza la quale il reato non si sarebbe commesso, dal terreno della complicità si scivola in quello della correttezza [...]. Molti altri esempi si potrebbero citare per dimostrare che la distinzione tra la correttezza e la complicità, sia morale, sia fisica, è praticamente inafferrabile. [...] Liberiamoci, dunque, di queste scorie intellettuali, e diciamo che non è possibile distinguere tra correttezza e complicità. Non è possibile e non è neanche utile, perché non si vede la ragione per cui si dovrebbe distinguere quando più persone concorrono a commettere un reato». A questo proposito, si rimanda anche a un interessante articolo di U. GIULIANI BALESTRINO, *L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 650 e ss., che attraverso un'originale indagine storica sottolinea le criticità della *c.s.q.n.* applicata al concorso di persone, riferendosi anche allo scritto di Donini.

¹⁰ Un resoconto riguardante l'influenza del quadro politico dell'epoca sulla disciplina del concorso si trova in M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 184 e ss. L'Autore continua: «sarebbe stato inconseguente concepire il diritto punitivo dello Stato come “un diritto di difesa della società contro il pericolo di reati o di nuovi reati da parte di tutti e contro tutti, ossia contro il pericolo della criminalità come fenomeno sociale generale”, e costruire, nello stesso tempo, la disciplina della partecipazione, vero archetipo giuridico della “criminalità come fenomeno sociale generale”, con uno spirito sinallagmatico e liberale di giustizia distributiva».

del retroterra culturale del positivismo criminologico di Lombroso e Ferri, per cui perdeva importanza la diversificazione basata sul singolo contribuuto, dunque fondata sulla responsabilità individuale, e veniva privilegiato, al contrario, il valore sintomatico della partecipazione criminosa, sicuro indice di pericolosità sociale¹¹.

Dunque, superato il problema della distinzione delle condotte sul piano causale, il legislatore del 1930 approntò un apparato singolarmente dettagliato di circostanze, all'esplicito fine di dedurre elementi sintomatici sulla maggiore o minore pericolosità dei colpevoli¹².

Richiamare le ragioni che condussero alla formulazione della disciplina del concorso di persone, nonostante il dibattito di diritto interno abbia perso vivacità, non appare operazione fine a se stessa.

Le perplessità dei penalisti italiani a questo riguardo sembrano essersi sopite quasi per sfinimento, senza essere mai approdate a una possibile soluzione. L'intero titolo è stato tacciato di incostituzionalità per mancanza di tassatività¹³; l'art. 110 c.p. è stato portato come fulgido esempio di diritto penale illiberale e repressivo¹⁴ o, ancora, definito «norma priva di tipicità»¹⁵. Secondo altri, l'art. 110 non solo rappresenterebbe una patente violazione del principio di determinatezza, ma, omettendo ogni descrizione delle condotte concorsuali, parificherebbe, «contro eguaglianza e giustizia, tutte le ipotetiche e non descritte condotte integranti concorso nel reato»¹⁶; rimettendo, dunque, *in toto* al giudice il problema della graduazione della responsabilità, esattamente come accadeva nella

¹¹ Si veda L. MONACO, *La riforma dell'art. 110*, op. cit., 123, secondo il quale l'influenza culturale della Scuola Positiva fu uno dei fattori principali che consentirono il distacco dal modello «differenziato» e l'adozione dello schema causale. Per una visione generale, si rimanda alla nota prelezione di E. FERRI, *La Scuola Positiva di diritto criminale*, Siena, 1883, 44 e ss., ma anche a S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 148 e ss.

¹² *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco*, op. cit., 166.

¹³ V., in particolar modo, BETTIOL, in un dattiloscritto datato nell'anno della sua scomparsa, costantemente richiamato dalla dottrina (cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 1). Cfr. anche F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, comma 2 e 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 263.

¹⁴ M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 184 ss.

¹⁵ G. VASSALLI, *Tipicità (dir. pen.)*, 1992, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, Milano, 540.; ID., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 34, ribadisce: «l'art. 110 del codice Rocco è a mio avviso la disposizione più anticostituzionale che esista nell'ordinamento penale italiano».

¹⁶ G. VASSALLI, *Riforma del codice penale*, op. cit., 34; favorevole alla possibilità di operare una ricostruzione conforme al principio di tassatività, ma rilevando un'insita incompatibilità col principio di personalità della responsabilità penale, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 242.

vigenza del codice Zanardelli¹⁷.

La questione non rimane sul piano della formulazione della norma: com'è stato limpidamente notato, «la valutazione in termini di maggiore temibilità della criminalità collettiva che ispirò, anche in base ad indicazioni della Scuola Positiva, il rigorismo del codice del 1930, continua ad esprimersi nella *flessibilità delle categorie penalistiche*, quando l'illecito sia frutto di realizzazione concorsuale. È così affidato ad enunciati giurisprudenziali il compito di piegare alla concretezza del caso, alle istanze di difesa sociale che esso sollecita, la rigidità di categorie e principi»¹⁸. Rimane da comprendere se, e in quale misura, il fenomeno possa dirsi davvero cifra distintiva del nostro modello di disciplina.

2. La disposizione incriminatrice (art. 110 c.p.). Brevi note comparate.

Già a partire dalla rubrica dell'art. 110 c.p. («*Pena per coloro che concorrono al reato*») è esplicita la rinuncia alla distinzione tipica tra figure, e lo spostamento del *focus* sul piano della commisurazione della sanzione¹⁹.

«Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti»: come già affermato, la norma incriminatrice si fonda sulla impossibilità di distinguere e definire le azioni dei concorrenti sul piano tipico, poiché queste appartengono tutte indistintamente alla categoria causale delle condizioni necessarie al verificarsi dell'evento²⁰. È ancora

¹⁷ L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 1 e ss.

¹⁸ Il rilievo è di G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 564.

¹⁹ Peraltro, paradossalmente, in un contesto che esprimeva una certa sfiducia nei confronti della discrezionalità giudiziale, come testimonia l'ampio ricorso alle definizioni nel resto dell'impianto codicistico: così G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, op. cit., 564.

È appena il caso di ricordare che grazie all'opera di Dell'Andro (R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956), è ormai piuttosto comune fondare la punibilità delle condotte concorsuali facendo riferimento all'incontro dell'art. 110 con la norma incriminatrice di parte speciale: ciò dà luogo ad una nuova fattispecie plurisoggettiva eventuale lasciando però parzialmente irrisolto il problema della tipicità.

²⁰ In tema di causalità in funzione tipizzante, anche in relazione al concorso di persone, v. F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 149.

piuttosto diffusa l'affermazione secondo cui da un tale assunto dogmatico discenderebbe necessariamente l'adozione di un concetto estensivo di autore (in base al quale è ritenuto autore della fattispecie di parte speciale chiunque abbia fornito un qualsiasi contributo alla sua realizzazione): secondo questa prospettiva sarebbe quasi automatica l'equivalenza tra adozione di un modello unitario di concorso e adesione alla concezione estensiva in parola²¹.

La critica, piuttosto comune nella dottrina di lingua tedesca, si appunta su una teoria alquanto risalente che ha invero riscosso scarso successo in Italia, secondo la quale le norme sul concorso avrebbero la funzione di limitare normativamente la nozione tecnico-giuridica di reità (dunque – ancora – *Urheberschaft*, autoria intesa come causazione di un determinato evento criminoso)²².

Tuttavia, oggi può dirsi pacifico che le disposizioni sulla compartecipazione costituiscano, al contrario, una estensione della punibilità, consentendo la persecuzione penale di condotte che, ai sensi delle fattispecie di parte speciale, si porrebbero senz'altro come atipiche²³.

Il Codice Rocco non è l'unico codice europeo a prevedere una disciplina orientata all'*Einheitstäterschaft*, privilegiata per il solido fondamento razionale, e per la sua inclinazione a soddisfare in maniera più puntuale le esigenze della pratica e della difesa sociale²⁴.

Il panorama europeo si presenta in effetti piuttosto variegato, ma appare relativamente semplice individuare alcune linee di fondo. In questa sede non si può che accennare ad alcune soluzioni peculiari: il *code pénal* francese, ad esempio, provvede a dare una definizione del complice attraverso l'elenco delle possibili condotte tramite le quali potrebbe estrinsecarsi il suo contributo; allo stesso tempo, si precisa che il complice è

²¹ Cfr. P. CRAMER, in *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 397. In tal senso, anche W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, 82, che sottolinea criticamente: «Begehen einer Tat ist nicht gleich Bewirken des Taterfolgs, Handeln etwas anderes als bloßes Verursachen».

²² Tra gli altri, A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone*, op. cit., 36.

²³ Così afferma chiaramente già M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 12 e ss. Cfr. anche R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 78.

²⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 498 e ss.

punito allo stesso modo dell'autore, seguendo l'impostazione già accolta nel precedente codice²⁵.

Peraltro, è stato sostenuto che proprio l'equiparazione *quoad poenam* tra autoria e complicità ha permesso al legislatore francese di disciplinare la materia con particolare attenzione alla determinatezza e alla precisione del dettato normativo²⁶.

Altrettanto interessante a riguardo è l'esempio dei Paesi Scandinavi (Danimarca, Svezia e Norvegia), che conoscono modelli di disciplina riconducibili sotto il tipo unitario, pur declinandolo con differenti sfumature.

Tendenzialmente, in tutti e tre gli ordinamenti citati si riconduce il trattamento dei partecipi ad un medesimo quadro edittale, fatte salve alcune mitigazioni (ad esempio, per il contribuito di minima importanza); inoltre, non vengono definite le figure tipiche dei concorrenti, ma si rimanda ad alcune formule di carattere generale che non sembrano colmare le lacune di determinatezza della norma generale incriminatrice²⁷.

²⁵ La vera peculiarità del codice francese vigente fino al 1994 consisteva proprio nel prevedere una elencazione dettagliatissima dei contributi punibili a titolo di complicità: a tal proposito, v. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 90. Oggi, all'art. 121-7 è stabilito: «Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre». La previsione mantiene comunque un grado notevole di determinatezza, soprattutto se confrontata con altre opzioni del panorama europeo. Nel codice previgente non esisteva una definizione della condotta di autoria; nel nuovo codice, invece, l'art. 121-4 provvede a incentrare la condotta dell'autore sulla commissione del fatto («Est auteur de l'infraction la personne qui commet les faits incriminés»).

A tale attenzione nel delineare la tipicità del contributo concorsuale fa da contraltare l'espressa equiparazione del trattamento sanzionatorio prevista all'art. 121-6: «Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7».

²⁶ La considerazione, effettuata anche alla luce di una comparazione con l'ordinamento belga, è di S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 94.

²⁷ Ad esempio, sia al § 23 del codice penale danese, sia al Kap. 23 § 4 del codice penale svedese si prevede che la pena per il reato commesso in concorso sia applicata non solo all'esecutore diretto, ma anche a tutti coloro che contribuiscono «med råd eller dåd» (si fa qui riferimento alla complicità morale o materiale), salvo, come accennato, ipotesi di trattamento sanzionatorio mitigato.

In special modo, per una dettagliata analisi in ottica comparata del sistema svedese, si rimanda a C. E. HERLITZ, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin*, Uppsala, 1992, 158 e ss.

Particolarmente interessante è il caso della Norvegia; qui fu estremamente incisivo il contributo di Bernhard Getz nella stesura del codice. Getz – assieme a von Liszt – fu uno dei più strenui sostenitori del modello unitario nell'ambito della *Internationale Kriminalistische Vereinigung*. Tuttavia, è stato sostenuto che il modello teoricamente prospettato dall'Autore fosse in definitiva diverso da quello che egli sostenne in sede legislativa: a fronte di una esplicita presa di posizione a favore della cd. *formale Einheitstäterschaft*, si optò poi per una declinazione del modello in senso funzionale; in tal senso, D. KIENAPFEL, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, in H. MÜLLER-DIETZ (a cura di),

Da ultimo, la disciplina del codice austriaco è stata oggetto di note e numerose analisi, specialmente in un'ottica di comparazione con la regolamentazione tedesca.

Proprio in relazione all'ordinamento austriaco è stata formulata la fortunata distinzione tra *formelle* e *funktionale Einheitstäterschaft*²⁸; nel secondo caso i contributi concorsuali verrebbero ricondotti tutti ad una medesima cornice edittale principale, ma anche tipizzati nominalmente e concettualmente, nonché distinti in base all'applicabilità di circostanze aggravanti e attenuanti. Così, effettivamente, il § 12 öStGB nomina l'autore immediato, il determinatore e il cooperatore²⁹, pur senza operare distinzioni di trattamento sanzionatorio già a livello tipico.

È essenziale precisare che il giudice austriaco, come peraltro quello italiano, non è tenuto in sede di giudizio a qualificare il titolo della partecipazione, ben potendo far cenno alla semplice circostanza che il soggetto abbia agito in concorso con altri; come si vedrà, ciò milita fortemente a favore dell'argomento dell'economia processuale, sostenuto in particolar modo dai giuristi austriaci³⁰.

Questa rapidissima panoramica comparata non è utile solo a sottolineare, com'è ovvio, che i modelli possono presentarsi in forma ibrida, ma anche che l'operazione di classificare un'opzione di tecnica normativa può rivelarsi più ardua del previsto, poiché l'occhio del giurista è senza dubbio viziato dalla sua prospettiva di partenza.

Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln, 1971, 36 e ss.; più estesamente, ID., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1971.

²⁸ Si rinvia a D. KIENAPFEL, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, op. cit., 26 e ss. L'Autore sostiene che il modello unitario di tipo «formale» sia stato adottato dall'ordinamento italiano, e riprodotto nel 1968 anche in Germania, pur se solo limitatamente alla materia delle *Ordnungswidrigkeiten*. Per contrasto, dunque, viene sottolineata la diversa impostazione accolta nel codice norvegese, danese e austriaco, pur apparentemente allineati in modo simile su una soluzione unitaria. Per una classificazione più approfondita e sfaccettata dei sistemi qui citati, tuttavia, v. K. HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht: ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Freiburg im Breisgau, 2002, 273 e ss.; per una condivisibile impostazione critica, nel senso di una possibile rilettura del modello italiano come *funktionales Einheitstätersystem*, v. M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 178 e ss.

²⁹ Testualmente: «Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt».

³⁰ Cfr. F. ENGERT, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer? Die Wege des österreichischen und deutschen Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2005, 36 e ss. L'argomentazione è centrale anche per i giuristi italiani, sebbene non manchino voci critiche, di cui si dirà a brevissimo.

Le ragioni che militano a favore di un'equiparazione tra partecipi sono molteplici. In primo luogo, le già richiamate esigenze di agilità applicativa; inoltre, secondo alcuni, se nella logica del fenomeno associativo le varie azioni dei concorrenti vanno considerate come parti di un'operazione comune, il risultato di tale operazione appartiene per intero a ciascuno dei concorrenti, che non può non risponderne come fatto proprio³¹.

In particolare, due sono le notazioni che qui interessano: innanzitutto, sembra assai arduo stabilire alcuna gerarchia a priori tra concorrenti, tra autori e partecipi, tra concorrenti necessari e non, in quanto ciò condurrebbe a uno schematismo eccessivo, soprattutto quando a venire in gioco sono fenomeni concorsuali connotati da caratteristiche peculiari, come quelli, centrali in questo studio, dei reati perpetrati nel contesto di organizzazioni gerarchiche. Infine, agli inconvenienti generati dal modello della tipizzazione differenziata non sembrerebbe corrispondere un reale recupero in termini di tassatività: assunto che si tenterà di dimostrare tramite l'analisi di comparazione giurisprudenziale dei capitoli seguenti³².

3. Le circostanze: elementi di tipizzazione e riflessi applicativi.

La vera peculiarità della disciplina italiana sta nell'ampia previsione di dettagliate circostanze aggravanti e attenuanti, che consentono di colorare di tipicità il contenuto omnicomprensivo dell'art. 110 c.p., fornendo preziose linee guida all'interprete nell'individualizzazione della sanzione per ciascun concorrente³³.

Questo impianto è stato definito da taluno «la giusta intuizione del legislatore del '30»:

³¹ G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 395, sottolinea che l'impianto dell'art. 110 ha il merito di permettere di considerare l'illecito collettivo nel suo insieme. In tal senso, anche con riguardo alle problematiche sollevate dal dogma dell'accessorietà – di cui si dirà ampiamente in seguito – v. anche T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 20 e ss.

³² Per queste considerazioni generali, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 499.

³³ A tal proposito, si fa riferimento principalmente al fondamentale e interessantissimo contributo di L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1358 e ss. L'Autrice offre un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in oggetto, di cui si riporteranno le principali cadenze.

una delle maggiori critiche mosse all'art. 110, ovvero il suo porsi come eccessivamente orientato verso il disvalore d'evento, è senz'altro mitigata dalla costellazione di previsioni circostanziali, che – pur contenendo alcune scelte censurabili – fanno spazio al disvalore d'azione³⁴.

Le osservazioni che seguiranno non vogliono in alcun modo sminuire il problema relativo alla vaghezza della formulazione della norma richiamata, che è innegabile: si intende, tuttavia, cogliere qualche spunto dal tessuto normativo, al fine di ridurre, ove possibile, il vasto campo di indeterminatezza lasciato aperto dal legislatore.

Come già richiamato, a proposito delle disposizioni che accompagnano l'art. 110 all'interno del Capo III, nei Lavori Preparatori si legge chiaramente che «il Progetto, pure stabilendo la eguaglianza di responsabilità per tutti i partecipi del reato commesso, non rinuncia [...] a individuare la pena, *secondo la maggiore o minore pericolosità di ciascuno di essi*»³⁵.

È in queste circostanze, dunque, che si esplica in modo evidentissimo la già menzionata influenza della Scuola Positiva³⁶. Tuttavia, si ritiene che alcune di queste, lungi dal contenere meri elementi espressivi di pericolosità individuale, possano offrire un appiglio interpretativo piuttosto utile, soprattutto relativamente alla possibilità di graduare la pena sul singolo contributo, mitigando così la rigidità del principio causale³⁷.

Alla luce di ciò, le disposizioni in oggetto non sembrano poter essere ridotte a semplici «norme di disciplina»: affiancate all'art. 110 svolgono – o possono svolgere –, al contrario, un'importante funzione incriminatrice³⁸.

Rispetto al tema trattato, ci si riferisce, in particolare, alla circostanza aggravante di cui all'art. 112 n. 2 c.p. per promotori, organizzatori e dirigenti e alla cd. attenuante della

³⁴ Così M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, op. cit., 209 e ss.

³⁵ *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco*, op. cit., 167.

³⁶ Ad esempio, S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, op. cit., 1 e ss. suggerisce di concepire la compartecipazione come parametro autonomo di gravità del reato e della pericolosità dei concorrenti, in proporzione al numero di questi: cfr. anche S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 2005, 90.

³⁷ L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1360 e ss.

³⁸ In tal senso, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1397. *Contra*, insistendo sulla distinzione tra norma incriminatrice (110) e di disciplina, M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 149.

minima importanza di cui all'art. 114 co. 1³⁹.

In materia di responsabilità individuale nel reato commesso nel quadro di strutture organizzate⁴⁰, l'aggravante di cui all'art. 112 n. 2, se correttamente applicata, consentirebbe agilmente di punire più gravemente, ad esempio, quel soggetto che nel diritto tedesco verrebbe designato come *Hintermann*: figura che in Germania ha impegnato gli sforzi di dottrina e giurisprudenza fino allo snaturamento di quelle stesse definizioni che si cerca strenuamente di difendere in nome del principio di determinatezza e personalità della responsabilità penale⁴¹.

Nell'ordinamento italiano, invece, *nulla quaestio*. Il soggetto che ricopre una posizione verticistica all'interno dell'«apparato di potere» può ben vedersi imputare il fatto collettivo a titolo di concorso, potendo poi essere punito più gravemente in virtù della maggior gravità del suo contributo, così come previsto dall'aggravante in oggetto: un'attribuzione di responsabilità che sembra ritagliata sull'individuo, in maniera flessibile e al tempo stesso determinata⁴².

Proprio per questa ragione, il tema di cui si discute ha ottenuto scarsa attenzione presso la nostra dottrina. All'interno di un sistema che non propone una distinzione tra autorità e partecipazione, non può che perdere rilevanza la questione della corretta qualificazione – in sede di imputazione – del soggetto che agisce «alle spalle» di un individuo pienamente

³⁹ Art. 112 n. 2: «[La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata] per chi, anche fuori dai casi preveduti dai due numeri seguenti, ha *promosso* od *organizzato* la cooperazione nel reato, ovvero *diretto* l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo»; art. 114 co. 1: «Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto *minima importanza* nella preparazione o nell'esecuzione del reato, *può* diminuirne la pena».

⁴⁰ Il concetto verrà specificato con maggiore precisione in seguito: basti qui sapere che ci si riferisce, in questo contesto specifico, a qualsiasi tipologia di organizzazione, lecita e illecita, di tipo statale e non.

⁴¹ Ci si riferisce, chiaramente, alla declinazione roxiniana della dottrina del dominio sul fatto. Come si vedrà, nel 1975 al § 25 StGB è stato introdotto un esplicito riferimento all'autorità mediata; tuttavia, questo non ha risolto i problemi relativi alla punibilità dell'*Hintermann* nei casi di esecutore materiale che agisce con dolo, ad esempio nel contesto di strutture organizzate gerarchicamente. Si rimanda, su tutti, a C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1963, 200; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 242 e ss.

⁴² Naturalmente, non si considerano qui una serie di questioni relative all'esempio fornito, che verranno menzionate più avanti: si vuol solo fare riferimento ai confini «interni» al concorso, dunque alla problematica definizione tipica di autorità e complicità, senza accennare alla problematica delineazione del confine «esterno» della partecipazione, dunque all'individuazione del nesso causale necessario per l'imputazione a titolo di concorso.

libero e responsabile (cd. *doloses Werkzeug*)⁴³.

Al contrario, come si approfondirà in seguito, la disciplina tedesca impone al giudice e all'interprete una puntuale qualificazione del contributo concorsuale nello schema tipico astratto, facendone poi derivare delle ben precise conseguenze sul piano sanzionatorio. È facile comprendere come, in un contesto simile, assuma particolare centralità la possibilità di qualificare come *autore* – e, *conseguentemente*, di punire più severamente – il soggetto che opera per mezzo del *doloses Werkzeug*, ovvero colui che appare gravato di maggior responsabilità *proprio perché* lontano dall'esecuzione del delitto.

A questo proposito, appare interessante ricordare brevemente le proposte di riforma che si susseguirono in Italia a cavallo tra anni '80 e '90, tra cui spiccarono sicuramente i Progetti Pagliaro, Grosso e Nordio. Tutte e tre le soluzioni avanzate, curiosamente, esprimevano una certa resistenza nel creare fattispecie tipiche e determinate di concorso autonomamente punite⁴⁴. In base all'esempio appena proposto, e alla luce della comparazione giurisprudenziale che si svolgerà in seguito, appare pienamente comprensibile la ritrosia del giurista italiano nel dosare la responsabilità dei concorrenti sulla base di un criterio tipico, dunque, per certi versi, «aprioristico»⁴⁵, e assai poco duttile e flessibile alle necessità del caso concreto: non è detto, infatti, che le condotte classificabili in termine di aiuto o agevolazione sul piano tipico non abbiano una grave rilevanza rispetto al risultato complessivo del reato commesso in concorso⁴⁶.

Altrettanto fondamentale potrebbe essere il ruolo giocato dalla circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p. Qui, similmente a quanto avviene specularmente nel caso dell'art. 112, non è contenuto alcun esplicito riferimento al concetto di complicità: è prevista una *facoltativa* diminuzione di pena per colui che presta un contributo di minima importanza⁴⁷.

⁴³ V. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 358.

⁴⁴ Così G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 128 e ss. (138).

⁴⁵ Su tutti, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 110 e ss.

⁴⁶ *Ex plurimis*, G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso*, op. cit., 138.

⁴⁷ La più approfondita disamina sull'attenuante di cui all'art. 114 c.p. è senz'altro in R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, *passim*. L'attenuante di cui all'art. 114 comma 1, in linea con le indicazioni della Scuola Positiva, era stata originariamente concepita in favore di coloro che avessero dimostrato una debole capacità a delinquere; tuttavia, le forti critiche valsero a

Purtroppo, la disposizione ha subito una costante disapplicazione da parte della prassi giurisprudenziale, per cui, da un lato, si intende l'espressione «minima importanza» nel senso di minima efficienza causale dell'opera prestata⁴⁸; dall'altro, si esclude la possibilità di configurare una partecipazione che sia allo stesso tempo condizionale e trascurabile nell'economia generale del reato concorsuale⁴⁹.

La scarsa fortuna di cui ha goduto la circostanza attenuante di cui all'art. 114 – probabile corollario della facoltatività della sua applicazione⁵⁰ – potrebbe effettivamente condurre a dubitare che il modello delineato raggiunga l'obiettivo di graduare appropriatamente la responsabilità dei singoli concorrenti, sia in funzione della pericolosità individuale, sia in relazione alla gravità del reato⁵¹; tuttavia, l'analisi comparata mostra piuttosto chiaramente che la previsione di un'*obbligatoria* diminuzione di pena già in sede tipica possa costituire una soluzione assai problematica – come, d'altronde, sperimentato in Italia sotto la vigenza del Codice Zanardelli⁵².

mutare il contenuto del Progetto.

⁴⁸ In senso critico, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1387. Parte della dottrina è contraria a questa impostazione, leggendo l'art. 114 come chiaro esempio che confermerebbe la punibilità – seppur attenuata – del contributo non causale: così R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, op. cit., 59 e ss., e F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 409.

⁴⁹ Così, la pur rara applicazione della norma pare avvenire in quelle situazioni in cui la partecipazione concorsuale potrebbe essere *tout court* esclusa: v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 512.

⁵⁰ Va sicuramente precisato che l'applicazione dell'art. 114 è circoscritta anche dal legislatore stesso, il quale ne vieta il bilanciamento con l'art. 112, e la esclude dall'ambito operativo di alcune fattispecie di parte speciale, connotate da particolare disvalore. Sul tema, tra gli altri, G. V. DE FRANCESCO, *Sulla necessità della distinzione tra autore e partecipe nell'applicazione delle circostanze della minima partecipazione e del numero delle persone*, in *Foro pen.*, 1970, 52 e ss.

⁵¹ L'unico risultato conseguito sarebbe quello di aggravare il trattamento di alcuni concorrenti, in base alla sola applicazione dell'art. 112, coerentemente con lo sfavore con cui i compilatori guardavano al fenomeno della criminalità organizzata: M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 208.

⁵² Va rilevata un'interessante proposta di riformulazione dell'art. 114, ormai per la verità piuttosto risalente, che sembra avere il pregio di collegare l'attenuante a una serie di condotte di aiuto morale o materiale ampiamente richiamata dalla giurisprudenza, e che costituiscono le classiche «clausole aperte» del concorso di persone – come si vedrà: il «nuovo» articolo potrebbe essere così riscritto: «La pena da infliggere per il reato commesso è diminuita per chi abbia solo eccitato o rafforzato il proposito di commetterlo, ovvero ne abbia solo agevolato l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza». All'obbligatorietà della previsione fa da contraltare la delimitazione piuttosto precisa del confine della partecipazione di importanza secondaria: E. MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 418. Il pericolo di tornare alle intricate e farraginose distinzioni di zanardelliana memoria potrebbe essere scongiurato dall'eliminazione di ogni riferimento alla figura del cooperatore immediato; tuttavia, la ineliminabile vaghezza delle formule di aiuto e assistenza, accompagnata dal carattere obbligatorio dell'attenuante, non consentono di propendere per un giudizio complessivamente positivo sul suggerimento di riforma. Ancora meno determinata appare

Secondo una parte della dottrina, l'art. 114 consiste solo apparentemente in una semplice circostanza attenuante: la norma andrebbe invece ad incidere profondamente nel cuore della teoria della partecipazione, riproponendo quella distinzione tra partecipazione principale e secondaria già presente nel codice Zanardelli e a prima vista rifiutata dal principio dell'appiattimento delle responsabilità concorsuali *ex art.* 110⁵³.

Pur non giungendo a sostenere conclusioni di questo tipo, appare fondamentale valorizzare il ruolo – quantomeno potenziale – di queste disposizioni nell'economia generale delle regole sulla compartecipazione.

L'analisi del rapporto tra le circostanze proprie del concorso e l'art. 133 c.p. sembra lasciar emergere con ancora maggior chiarezza la specificità delle disposizioni in oggetto.

Da un lato, le suddette circostanze sono ancorate perlopiù a elementi singolari del contributo⁵⁴; dall'altro, non sono destinate a cogliere in concreto la singola nota distintiva della condotta – sarebbe impossibile, e la funzione è quella evidentemente svolta dal giudice in sede di applicazione dell'art. 133 – ma intervengono sulla pena come norme di portata generale, espressive di un disvalore *astratto* attribuito dal legislatore alla condotta concorsuale⁵⁵.

È stato acutamente notato come l'impianto modellato sulla norma-chiave dell'art. 110 abbia inciso negativamente anche sullo sviluppo della teorica italiana sul concorso di

la proposta di A. PAGLIARO, *Suggerimenti di metodo sulla riforma del concorso di persone*, in *Criminologia e psicopatologia forense*, 1988, 40, che auspica al ritorno di una attenuante obbligatoria per il contributo di importanza secondaria nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Per una critica, in particolare a Morselli, v. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 438 e ss.

⁵³ In questo senso, e non rinunciando a costruire dunque il concorso criminoso sulla base dei vecchi schemi di tipizzazione differenziata, G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 655, ma soprattutto A. R. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 597. L'Autore ravvisa il dominio finalistico del fatto nelle mani di colui che agisce in base al combinato disposto di cui all'art. 110 e 112 n. 2 c.p. e, corrispondentemente, sottolinea il peculiare elemento soggettivo di colui cui sarebbe applicabile l'attenuante *ex art.* 114, che «non è compossessore della comune decisione di agire». L'obiezione insuperabile a questa impostazione attiene chiaramente al suo porsi contro il dettato normativo, nonché all'evidente impossibilità di accogliere il principio di accessorialità come fondamento della punibilità delle condotte concorsuali atipiche nel nostro ordinamento: tra gli altri, M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 208.

⁵⁴ P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986, 159, che però esclude l'art. 114 co. 2, costruito su una condizione del colpevole.

⁵⁵ P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 125 e ss., si interroga estesamente sull'eventuale conflitto con il principio di *ne bis in idem* sostanziale tra gli artt. 111, 112, 113 e 114 c.p. e gli elementi di commisurazione *ex art.* 133, concludendo per un'autonomia funzionale delle disposizioni, a seguito delle argomentazioni qui sintetizzate.

persone: l'elaborazione scientifica relativa alle modalità di partecipazione nel reato sembra essersi adagiata su un grado di genericità che non ha uguali nella dottrina di lingua tedesca o spagnola; ciò, verosimilmente, può aver contribuito ad avallare un certo atteggiamento giurisprudenziale, che tende ad affastellare le varie condotte criminose nell'unico, ampio concetto di «concorso», senza preoccuparsi di dover discernere le varie figure⁵⁶.

Effettivamente, un interessante risvolto, operante sul piano del diritto processuale, riguarda il ruolo del principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza, così come statuito all'art. 521 c.p.p., e dall'obbligo di identificare e descrivere il fatto oggetto di imputazione *ex artt. 415 bis co. 2 e 429 co. 1 lett. c) c.p.p.* (rispettivamente, «Avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari» e «Decreto che dispone il giudizio»)⁵⁷. Ci si è chiesti, infatti, se nel «fatto», così come descritto nell'atto di accusa, debba eventualmente rientrare anche la precisa indicazione del titolo della responsabilità concorsuale.

La giurisprudenza attuale nega recisamente questa ipotesi, sostenendo, sulla base della «concezione monistica della compartecipazione», che basti contestare il *concorso* dell'imputato, facendo riferimento all'art. 110 c.p.⁵⁸

Tuttavia, contestare a un imputato la commissione di un fatto a titolo generico di concorso appare quantomeno problematico, sia alla luce del principio costituzionale di cui all'art. 24⁵⁹, sia tenendo conto degli elementi ricavabili, in via interpretativa, dal nostro

⁵⁶ Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 266.

⁵⁷ Si rimanda, in particolare, ai contributi di A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in F. PALAZZO – C. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, II, 158 e ss.; G. ALICE, *Correlazione tra accusa e sentenza e atti di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1101 e ss. (pur riferendosi alle previsioni del Codice abrogato, le riflessioni naturalmente conservano la loro validità) e U. GIULIANI BALESTRINO, *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 768 e ss.

⁵⁸ U. GIULIANI BALESTRINO, *Sulla contestazione del contributo individuale*, op. cit., 770 (nota 7), cita una serie di massime giurisprudenziali. *Ex multis*, Cass. Sez. I, 25 settembre 2008, Pipa, in *CED*, 2008/241825, peraltro rievocata con le medesime cadenze anche in Cass. Sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932, Parmalat: «Non ricorre un'ipotesi di mutamento della contestazione qualora l'imputato, cui sia stato contestato di essere l'autore materiale del reato, venga riconosciuto responsabile di concorso morale in esso, tale modificazione non comportando una trasformazione essenziale del fatto addebitato, né potendo provocare menomazione del diritto di difesa, poiché l'accusa di partecipazione materiale al reato necessariamente implica, a differenza di quanto avverrebbe nell'ipotesi inversa, la contestazione di un concorso morale nella commissione del reato».

⁵⁹ Si potrebbe ipotizzare, in questo caso, la formulazione di una sorta di contestazione alternativa; caso di

diritto positivo.

Un esempio utile potrebbe essere proprio quello dell'art. 112 n. 2. Un imputato che sia accusato di aver ricoperto il ruolo di partecipe in un reato, e che venga poi condannato per il fatto di aver *diretto* la commissione dell'illecito, è davvero nelle condizioni di poter esplicitare al meglio il suo diritto di difesa? La circostanza in parola non sembra implicita nella contestazione per concorso: questo rafforzerebbe quanto già detto, relativamente alla funzione *incriminatrice* della norma⁶⁰.

D'altra parte, gli elementi di tipizzazione che potrebbero – e dovrebbero – essere tenuti in considerazione in sede giudiziale, sembrano poter svolgere un'altra fondamentale funzione in un'ottica di interpretazione sistematica.

L'art. 112 n. 2, indicando esplicitamente gli organizzatori, i promotori e i dirigenti, non sembrerebbe far altro che elencare figure «tipiche» di concorrenti. Si tratta di soggetti che, a ben vedere, possono porre in essere anche condotte non causali: si pensi a chi *organizza* l'attività criminosa mediante la distribuzione di compiti; a chi *promuove* la cooperazione tra soggetti già singolarmente determinati a commettere un reato; a chi *dirige* e ordina una folla in tumulto, già diretta alla commissione di attività criminali, ma in modo confuso e sordinato⁶¹.

A una conclusione simile si può arrivare analizzando l'art. 115, ove stabilisce la non punibilità dell'accordo cui non segue la commissione del reato o dell'istigazione non accolta: se il legislatore si preoccupa di esplicitare che queste condotte non sono punibili quando non seguite dalla commissione dell'illecito, vuol dire che, se il reato fosse commesso, l'accordo e l'istigazione sarebbero punibili – e lo sarebbero come atti tipici di concorso⁶². Così, ad esempio, lo scassinatore ingaggiato per forzare una cassaforte, che al suo arrivo la trovi già aperta, potrà essere punito in virtù di questa forma tipica di

certo non infrequente nella prassi, ma censurato dalla miglior dottrina: tramite l'accusa alternativa non si potrebbe propriamente uscire dalla fase istruttoria. v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 979 e ss.

⁶⁰ Per tale motivo non sembrerebbe potersi esperire la via della contestazione suppletiva ex art. 445 c.p.p.: per una convincente argomentazione, corredata da ampi riferimenti giurisprudenziali, si veda G. ALICE, *Correlazione tra accusa e sentenza*, op. cit., 1101 e ss. (1119).

⁶¹ L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1397 e ss.

⁶² Questa la conclusione di L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1401 e ss., cui si aderisce e si rimanda per uno svolgimento assai più ampio e articolato dell'argomentazione.

partecipazione, senza chiamare in gioco le problematiche elaborazioni in tema di causalità concorsuale, che hanno dato prova di non cogliere nel segno.

Una tale prospettiva permetterebbe, quindi, di superare alcune delle questioni più ardue in materia di concorso: in particolare, come appena accennato, quella relativa alla funzione tipizzatrice del nesso causale, inteso come criterio di selezione delle condotte punibili.

Il principio di dosimetria sanzionatoria accolto dal codice, dunque, non sarebbe legato a un sistema chiuso di figure predeterminate cui ricondurre ogni sfaccettatura del caso concreto, ma si appoggierebbe a indicazioni più flessibili che permetterebbero al giudice di modellare la sanzione con maggiore libertà⁶³.

Quanto finora sostenuto non rappresenta che una serie di riflessioni teoriche sul dato positivo: la prassi applicativa sconfessa queste tendenze potenziali, affidandosi molto più spesso a comode massime generalizzanti⁶⁴, tra cui spicca per vaghezza l'indeterminata categoria del concorso morale, di cui si dirà a breve⁶⁵.

⁶³ In senso favorevole C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 111 e ss., secondo cui: «Il giudice deve assumere le circostanze degli artt. 112 e similari come semplici tracce: deve impadronirsi del pensiero ispiratore e trarne le conseguenze di dettaglio, avvalendosi dei poteri discrezionali che la legge gli concede». Solo così sarebbe possibile, come già accennato, «rendere giustizia all'inesauribile ricchezza del reale», problema centrale di questa seconda fase dell'istituto del concorso.

⁶⁴ Così anche G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 443 e ss.

⁶⁵ Non sono mancate voci critiche sul sistema di circostanze di cui agli artt. 111 e ss.: ad esempio M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso*, op. cit., 3 e ss. sostiene che l'ampio ventaglio di ipotesi aggravate renda alquanto improbabile la realizzazione di un reato in concorso «semplice». Inoltre, non si può tacere della marcata impronta repressiva di alcune fattispecie, su tutte l'art. 112 n. 1 relativa all'aggravante oggettiva del numero di partecipi, e che oggi appare destituita di ogni fondamento: l'applicazione di tale norma esclude altresì l'operatività dell'attenuante della minima importanza: v. G. V. DE FRANCESCO, *Sulla necessità della distinzione tra autore e partecipe*, op. cit., 36 e ss. Anche secondo S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 248 e ss., il sistema delineato risente di un'impostazione eccessivamente rigorosa: la maggior parte delle condotte che oggigiorno ricevono un trattamento sanzionatorio sfavorevole ben potrebbero essere ricondotte alla cornice edittale propria dell'autoria, senza portare scompensi sul piano delle esigenze repressive.

4. *L'autoria mediata.*

È comunissima l'affermazione secondo la quale la nozione di autore mediato, estranea alla tradizione giuridica fino al secolo XIX, fu creata dalla dottrina tedesca⁶⁶.

Storicamente – si dice – il problema cui questi giuristi dovettero far fronte era legato al passaggio da una concezione estensiva d'autore, basata su un'idea sostanziale di reato e incentrata sulla causalità della condotta, ad una nozione di stampo giuspositivistico, fondata sulla tipicità⁶⁷.

Basti qui accennare che le forme del concorso nello *Strafgesetzbuch* sono tassativamente elencate, dunque la questione ruotava sulla punibilità delle ipotesi di reità mediata che non fossero riconducibili alle fattispecie di concorso⁶⁸. Accedere, quindi, alla concezione restrittiva d'autore e contemporaneamente al principio dell'accessorietà estrema (che fa dipendere il concorso accessorio dalla colpevolezza dell'esecutore) rendeva necessario escogitare una figura che fosse in grado di colmare la lacuna di punibilità che veniva immancabilmente a crearsi⁶⁹.

La questione è limpidamente spiegata da Dell'Andro: «se si ritiene che la condotta del concorrente eventuale sia condizionata, nella propria punibilità, dalla condotta tipica (noi diremmo meglio, dalla condotta conforme ad una fattispecie necessaria) *lesiva e colpevole* dell'“esecutore”, nelle ipotesi in cui la condotta tipica dell'“esecutore” non è anche colpevole, la condotta “atipica” non può essere punita a titolo di concorso eventuale; si suole da ciò dedurre che chi con dolo “si serve” d'altro soggetto per realizzare il “fatto”, non potendo essere concorrente eventuale, è *autore: autore mediato*»⁷⁰.

⁶⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 502, ma anche M. SINISCALCO, voce *Autore mediato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 443 e ss.

⁶⁷ Tra le analisi più complete, senza dubbio quella di T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, op. cit., 13 e ss.

⁶⁸ Si rinvia alla concisa ma chiara esposizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 502.

⁶⁹ Così C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 35. Per una disamina specifica sulle radici della categoria nella «espansione» del concetto di autoria nell'ambito della dottrina sul mandato del medioevo italiano, v. S. POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer» y «hacer cometer», op. cit., 1237 e ss.

⁷⁰ R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, op. cit., 123 e ss. L'Autore affronta il tema al fine di dimostrare che la contraddittorietà della nozione di autore mediato discenderebbe naturalmente «dal primitivo errore della “premessa” della natura accessoria del concorso: quello di stabilire, già in sede di fattispecie, la *supremazia* dell'“autore” od “esecutore” sul concorrente cd. atipico. Stabilita detta *supremazia* in linea generale, le ipotesi in cui il concorrente eventuale sembra assumere invece una *supremazia* sull'“esecutore” vengono ricondotte alla figura dell'autore mediato».

Anche con l'accoglimento del dogma dell'accessorietà nella sua variante limitata la questione non cessa di esistere: semplicemente, viene spostata dal piano dogmatico a quello della commisurazione della pena⁷¹.

In Germania vi sono alcune ipotesi ben riconducibili alla disciplina del concorso che la dottrina inquadra nell'ambito dell'autoria mediata, così da assicurare al determinatore un trattamento sanzionatorio più severo in ragione della signoria che questi esercita, ad esempio, abusando dell'opera di un non imputabile. Applicare le norme sul concorso significherebbe, al contrario, considerare autore colui che svolge un ruolo secondario, e istigatore chi, invece, domina la realizzazione del fatto⁷².

Ciò che qui maggiormente interessa è spiegare come tale nozione sia del tutto estranea al panorama italiano. La dottrina prevalente, ormai consolidata, è concorde sull'inutilità di una teoria di questo tipo nel nostro ordinamento⁷³: le norme che potrebbero astrattamente essere ricondotte all'ambito dell'autoria mediata in senso «classico» (gli artt. 46, 48, 51 comma 2 e 4, 54 comma 3, 86 e 111 c.p.) già dispongono che a rispondere del reato realizzato non è l'esecutore materiale, ma chi di lui si è servito, eliminando alla radice qualsiasi possibile fraintendimento sul punto⁷⁴.

L'opportunità dell'esistenza di una tale figura sarebbe «automaticamente superata dal fatto che il nostro codice non limita il concorso alle tradizionali forme dell'autore, dell'istigatore e dell'ausiliatore, ma ne abbraccia tutte le possibili forme, compresi dunque i casi di autore mediato, i quali altro non sono che ipotesi speciali di concorso mediante comportamenti atipici rispetto alla fattispecie monosoggettiva, ma non a quella

⁷¹ Tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 502. Le questioni relative alla *mittelbare Täterschaft* più specificamente attinenti all'ordinamento tedesco verranno affrontate in maniera più estesa nella sede corrispondente.

⁷² Su tutti, T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, op. cit., 53; in tal senso v. anche G. SAMMARCO, *Il concetto di autore e partecipe del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, II, 1025.

⁷³ Una voce piuttosto originale ricollega criticamente questa circostanza al colpevole atteggiamento di chiusura della dottrina italiana nei confronti del finalismo: C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 389.

⁷⁴ Come noto, all'analisi e alla questione della collocazione dogmatica di tali forme peculiari di concorso è dedicata l'intera monografia di T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, op. cit., *passim*. La dottrina è quasi unanime nel rigettare la classificazione di queste ipotesi nella categoria dell'autoria mediata, v. anche M. SINISCALCO, voce *Autore mediato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 451; *contra*, E. MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso*, op. cit., 422, che parla di «casi patenti e irriducibili di autore mediato».

plurisoggettiva risultante dalla combinazione, al pari dell'art. 110, delle sopraelencate disposizioni con tale fattispecie. Perciò nel nostro diritto anche la figura dell'autore mediato può avere una funzione soltanto classificatoria e descrittiva»⁷⁵.

Non solo: l'introduzione di una nozione di tal fatta porterebbe a risultati paradossali se trasposta nel nostro ordinamento. Si pensi alle aggravanti previste all'art. 111 per il determinatore di soggetto inimputabile e all'art. 112 per il promotore, l'organizzatore o il direttore dell'attività criminosa (n. 2), per chi ha determinato persone soggette alla propria autorità, direzione o vigilanza (n. 3) e per chi ha determinato un minore degli anni 18, o una persona in stato d'infermità o di deficienza psichica (n. 4): sottrarre la disciplina di queste ipotesi alle regole che disciplinano il concorso di persone per riportarle alla categoria della reità mediata significherebbe perseguire il risultato opposto a quello che si auspicherebbe: un trattamento non già più severo, ma più mite⁷⁶.

Come si avrà modo di vedere, la dottrina tedesca ha ampliato la figura sino a ricomprendere i casi in cui anche l'azione dell'esecutore sia penalmente rilevante, di per sé considerata⁷⁷: per quanto riguarda il nostro diritto, anche in base a quanto appena esposto, la dottrina è concorde nell'affermare che sarebbe impensabile individuare un autore mediato e uno immediato, in una situazione in cui il primo utilizzi il secondo come strumento, pur essendo questi un soggetto pienamente responsabile⁷⁸.

⁷⁵ Testualmente, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 503. Secondo l'Autore, la teoria dell'autore mediato sarebbe altresì «*inammissibile*, perché fondata in realtà su un'«occulta» analogia *in malam partem* della norma incriminatrice di parte speciale».

⁷⁶ T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, op. cit., 54. *Contra*, su tutti, A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, op. cit., *passim*: a seguito dell'accoglimento di dottrine tipicamente tedesche, come il principio di accessorietà e la teoria finalistica, conferma la piena applicabilità di questa categoria nel nostro ordinamento.

⁷⁷ È il caso, già richiamato, del *doloses Werkzeug*, applicato in particolare nella cd. «*autoria mediata per impiego di un apparato di potere organizzato*», nozione elaborata da C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, op. cit., 193 e ss.

⁷⁸ In tal senso, M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 154; S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 129 e ss.

5. *La complicità: il concorso materiale.*

L'analisi finora svolta si è proposta di indagare principalmente il tema dei confini *interni* del concorso, e cioè la delimitazione delle condotte di autoria e di complicità.

Il vero *punctum dolens* della scelta del legislatore a favore della tipizzazione unitaria dei contributi concorsuali, tuttavia, sembra essere la delicata questione, di ordine teorico e pratico, dell'individuazione dei criteri utili a determinare la condotta di partecipazione rilevante; altrimenti detto, l'identificazione della soglia minima di rilevanza del contributo punibile: dunque, la delimitazione dei confini *esterni* del concorso di persone⁷⁹.

È proprio in quest'ambito che si avverte maggiormente la lacunosità della disciplina degli artt. 110 e ss.: «utilizzando l'apparente indeterminatezza delle condotte di partecipazione», nell'applicazione pratica si sarebbe arrecato «un ulteriore *vulnus* al principio della tassatività dell'illecito penale, mercé una interpretazione del significato delle condotte di concorso veramente così lato e indeterminato da consentire, di fatto, la sua estensione a qualsivoglia tipo di comportamento: con l'effetto finale, ovviamente, di poter in tal modo sanzionare e punire, a titolo, appunto, di “concorso nel reato”, anche fatti assolutamente svincolati dalla storica ed effettiva realizzazione di quest'ultimo, sia sotto l'aspetto causale che sotto quello psicologico»⁸⁰.

Premessa e ribadita la questione della vaghezza del disposto normativo, a poco valsero i dibattiti sull'accoglimento della teoria dell'accessorietà o della fattispecie plurisoggettiva eventuale: tali dottrine si propongono di spiegare il fondamento giuridico dell'istituto, ma non riescono a fornire i principi da cui far derivare criteri di disciplina⁸¹.

Come già più volte ricordato, in base all'impostazione più coerente con l'intenzione dei compilatori del codice, la struttura dell'illecito concorsuale sarebbe imperniata sulla

⁷⁹ Cfr. M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 160.

⁸⁰ Sull'«ampiezza di manovra applicativa» in spregio ai principi di tassatività della fattispecie e personalità della responsabilità penale, G. CONTENTO, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, op. cit., 44 e ss.

⁸¹ Riflessione altresì svolta avendo a mente le insuperabili difficoltà della teoria, pur nel complesso condivisibile, della fattispecie plurisoggettiva eventuale: cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso*, op. cit., 88.

necessaria efficacia condizionante della condotta⁸². Preliminarmente, va affrontata la questione del secondo termine di tale rapporto eziologico; ovvero, ci si dovrà chiedere *quale elemento* del reato collettivo debba essere causato dalla condotta affinché questa possa essere definita «atto di partecipazione»⁸³. È necessario qui riferirsi alle notissime teorie sul fondamento della punibilità dell'atto di concorso: secondo i teorici dell'accessorietà il rapporto causale conetterà la condotta accessoria alla condotta direttamente tipica⁸⁴; seguendo un'impostazione differente, il secondo termine del rapporto causale sarà l'*evento*, inteso di volta in volta in senso naturalistico o giuridico⁸⁵.

In base all'opinione più tradizionale, l'azione atipica dovrà essere *condicio sine qua non* del fatto punibile, il quale si identificherà nell'azione tipica nei reati di mera condotta, e nell'evento – in senso giuridico – nei reati causalmente orientati⁸⁶.

La formula della *condicio*, intesa come criterio di tipizzazione unitario che possa costituire il contenuto oggettivo dell'atto di concorso⁸⁷, valido per ogni reato e per ogni possibile forma di partecipazione, ha presto svelato i propri limiti: pur costituendo il criterio più esteso per l'accertamento del nesso eziologico, nel campo del concorso si rivela, al contrario, un canone eccessivamente ristretto⁸⁸. Così, dottrina e giurisprudenza hanno cercato man mano di modificare il rigido paradigma condizionalistico, ampliandone i margini.

I tentativi di elaborazione di criteri più duttili, tuttavia, non si sono rivelati particolarmente efficaci: nemmeno quello, generalmente accolto da parte della dottrina e da consolidata giurisprudenza, della causalità agevolatrice o di rinforzo⁸⁹.

⁸² Cfr. G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, op. cit., 70; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 160.

⁸³ V. L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1361.

⁸⁴ Questa la posizione di C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 70 e ss.: il nesso naturalistico tra le due condotte non può che essere rappresentato in termini causali. «Diversamente l'accessorietà sembrerebbe cervellotica».

⁸⁵ F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 408.

⁸⁶ V. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 496.

⁸⁷ Sul tema, si rinvia ancora a L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1360.

⁸⁸ Tra gli altri, F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 410.

⁸⁹ Tra i criteri in parola, al di là della soluzione «intermedia» della causalità agevolatrice, si fa riferimento alla teoria dell'aumento del rischio, che si propone di sostituire al giudizio causale un giudizio prognostico: sostanzialmente, basterebbe che il contribuente del partecipe abbia fatto aumentare le possibilità di successo del fatto principale e, dunque, il rischio di ledere il bene giuridico tutelato dalla

Invero, mediante tale ultima soluzione si individuano gli atti di concorso giuridicamente rilevanti considerando causalmente tipica ogni condotta che abbia semplicemente agevolato la realizzazione del fatto⁹⁰; si parla, così, di influsso causale, anche se non condizionalistico⁹¹.

Ebbene: se è pacifico che, in una prospettiva garantistica, ai fini della causalità interessano esclusivamente i decorsi eziologici *effettivi* ed è metodologicamente errato tener conto di quelli *alternativi*⁹²; se è dunque necessario che «una catena causale sussista tra un antecedente (o una serie di antecedenti) e un evento *concreto* che si verifica *hic et nunc*: mentre è irrilevante la circostanza che un evento analogo avrebbe potuto verificarsi come conseguenza di fattori ipotetici rimasti di fatto inoperanti», appare infondata «la pretesa che l'idea di una causalità agevolatrice rifletta davvero un diverso modello di spiegazione causale, escogitato *ad hoc* per soddisfare le specifiche esigenze punitive del concorso di persone»⁹³.

Inoltre, tale concezione sembrerebbe manifestare una pericolosa apertura a quelle teorie che rinunciano del tutto a rinvenire un vero e proprio legame eziologico tra condotta e risultato criminoso, ritenendo sufficiente una valutazione *ex ante* dell'idoneità della

norma di parte speciale. La condotta deve, in questo caso, apparire *ex ante* idonea a facilitare la commissione dell'illecito, senza tenere in considerazione la sua possibile inutilità o dannosità in base ad un giudizio *ex post*; in altri termini, la teoria si propone di sostituire il giudizio causale con un approccio prognostico. Come noto, la teoria dell'aumento del rischio, o *Risikoerhöhungstheorie*, nasce in Germania: v. F. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht insbesondere bei der Beihilfe*, in *Festschrift für R. M. Honig*, Göttingen, 1970, 179 ss. Per una posizione originale a questo riguardo nella dottrina italiana, v. F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 419: l'Autore non sostituisce *tout court* il criterio eziologico con quello prognostico, ma gli riserva un ruolo sussidiario, cui ricorrere quando il nesso causale si riveli indimostrabile – ad esempio, in tema di concorso morale. Il polo estremo di questa teoria consentirebbe di trasformare il contributo materiale alla realizzazione del fatto in un autonomo delitto di partecipazione, strutturato sul modello dei reati di pericolo: L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 53 e ss.

⁹⁰ Cfr. L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1377 e ss.

⁹¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 497.

⁹² G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV. (A. Cadoppi et al.), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 332 e ss., cui si rinvia per un'approfondita critica del modello causale.

⁹³ Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 499. L'esempio è quello classico di chi fornisce la chiave della cassaforte che sarebbe altrimenti aperta, con maggior impiego di forze e tempo, con un trapano. La consegna della chiave, in base ad un giudizio *ex post* in concreto, parrebbe *condicio sine qua non* del reato senza la necessità di far riferimento all'agevolazione. «Occorre, appunto, considerare il fatto nella sua modalità concreta (apertura della cassaforte a mezzo della chiave), prescindendo al tempo stesso dal tener conto di cause alternative che non hanno avuto sviluppo (apertura della cassaforte a mezzo del trapano)».

condotta ad aumentare le *chances* di realizzazione del reato⁹⁴.

Si è avuto modo fin qui di vedere brevemente le tre principali teorie sulla rilevanza del contributo concorsuale, e come queste risultino manchevoli poiché pregevoli sul piano delle garanzie, ma incapaci di tenere nella giusta considerazione le istanze punitive⁹⁵, oppure, al contrario, poiché in grado di estendere a dismisura i margini della partecipazione punibile.

La dottrina ha elaborato criteri ulteriori per superare l'*impasse* generata dall'inadeguatezza delle soluzioni prospettate; un notevole esempio, già esaminato, è quello che consiste nel ravvisare criteri di tipizzazione nella stessa lettera della legge, qualora la funzione del criterio tipizzatore per eccellenza, la causalità, mostri i suoi limiti⁹⁶. Un diverso orientamento propone di impostare l'analisi non sulle classiche categorie di causa ed effetto, ma su quelle di «mezzo» e «scopo». Il criterio di tipicità e, dunque, di rilevanza delle condotte sarebbe così costituito dal *nesso di congruenza strumentale*: si dovrebbe, pertanto, operare una verifica «fondata [...] sull'obiettivo constatazione di un rapporto di corrispondenza e di funzionalità in concreto»⁹⁷.

Ancora, si è criticata la tendenza a scomporre, mediante il ricorso al modello causale, ciò che apparirebbe inestricabilmente connesso sul piano fattuale, e a valorizzare corrispondentemente il momento organizzativo come cifra caratterizzante del concorso⁹⁸.

Tuttavia, nonostante le critiche di cui sarebbe passibile il modello della causalità agevolatrice, le cadenze argomentative degli arresti giurisprudenziali sembrano piuttosto univoche nel riferirsi a questo criterio, almeno formalmente.

⁹⁴ Cfr. G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso*, op. cit., 445.

⁹⁵ Così, su tutti, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1367.

⁹⁶ Questa è l'interpretazione costituzionalmente orientata, già richiamata, di L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1358 e ss.

⁹⁷ La proposta è di G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 337, e ripresa con entusiasmo da T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 406 e ss., in quanto riuscirebbe a ricomporre in maniera più convincente i termini del reato in cui si concorre. Concorde anche A. DI MARTINO, *Täterschaft und Teilnahme im Statut des IStGH und Anpassungsbedarf der italienischen Regelung*, in *ZStW*, 2007, 448 e ss., che svolge la sua argomentazione a partire dalla disciplina dello Statuto di Roma.

⁹⁸ G. INSOLERA, *Problemi di struttura*, op. cit., 48 e ss. Per un approfondimento di tali considerazioni, v. *infra*.

Chi non intende rinunciare al valore di garanzia della causalità come elemento di tipizzazione, ponendo l'accento ora sulla necessità di valutare le concrete modalità di svolgimento del fatto⁹⁹, ora sul rifiuto dei decorsi causali ipotetici¹⁰⁰, non può che atteggiarsi criticamente nei confronti della teoria della causalità di rinforzo, proprio per la già cennata, costitutiva apertura alle concezioni prognostiche¹⁰¹. Tale aspetto è particolarmente evidente nei casi, non rari, in cui un contributo materiale superfluo, o un nesso causale indimostrabile, viene automaticamente convertito, come si vedrà meglio a breve, in concorso morale per rafforzamento del proposito criminoso¹⁰². Precisamente intorno a questo problema verterà l'analisi giurisprudenziale che seguirà.

6. (segue): *Il concorso morale.*

Nell'ambito del concorso morale¹⁰³, in dottrina si è soliti distinguere tra le due figure del *determinatore*, definito come colui che fa *sorgere* in altri un proposito criminoso prima inesistente, e dell'*istigatore*, cioè colui che *rafforza* un proposito criminoso già esistente¹⁰⁴.

Naturalmente, nel nostro ordinamento tali condotte sarebbero punibili in virtù dell'ampia previsione di cui all'art. 110; tuttavia, accedendo alla lettura costituzionalmente orientata di Vignale, la rilevanza del comportamento istigatorio potrebbe ben essere desunta anche dall'art. 115 comma 3, il quale prevede la non punibilità nel caso in cui

⁹⁹ Su tutti, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit. *passim*; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso*, op. cit., *passim*.

¹⁰⁰ Come M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 205.

¹⁰¹ In tal senso, G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso*, op. cit., 445.

¹⁰² Tra tutti, F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 403 e ss.; G. INSOLERA, *Profili di tipicità*, op. cit., 440 e ss.

¹⁰³ Sull'importanza della distinzione tra concorso morale e partecipazione psichica, v. L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 7 e ss.

¹⁰⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 501. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 510, fornendo un'esemplificazione più dettagliata, elenca le figure dell'accordo criminoso, del consiglio tecnico e della promessa di aiuto, escludendo però l'aiuto prestato dopo il reato (che potrebbe, tuttavia, dar luogo a responsabilità per altro reato) e la «complicità successiva» o «per ratifica»: in altri termini, la condotta concorsuale non potrà tenersi *post patratum crimen*.

l'istigazione sia stata accolta, ma il reato non sia stato commesso: implicitamente, la norma affermerebbe l'incriminabilità della condotta concorsuale istigatoria nel caso in cui questa fosse accolta¹⁰⁵.

Nonostante ciò, concentrandosi specificamente sull'analisi riguardante i momenti del procedimento di imputazione, particolarmente netto appare il carattere atipico di contributi di questo tipo¹⁰⁶. Se già in generale il giudizio sul nesso eziologico appare complesso e di difficile utilizzo «là dove più condizioni rafforzandosi contemporaneamente, parallelamente e reciprocamente contribuiscono ad un certo effetto»¹⁰⁷, a maggior ragione il modello causale mal sembra attagliarsi al giudizio sugli influssi psicologici.

Si è qui a un nodo centrale della questione: ammettendo che il rapporto di causalità espliciti una duplice funzione consistente nell'*imputazione* (come concretizzazione del principio della responsabilità per fatto proprio), e nella *tipizzazione*, selezionando le condotte meritevoli di sanzione¹⁰⁸, è evidente come questo paia avere un ruolo irrinunciabile nella valutazione del contributo concorsuale.

La causalità psichica si muove sul terreno delle relazioni interpersonali: è innegabile che la prova dei legami causali in tale campo presenta aspetti assai peculiari rispetto alla cd. causalità naturalistica¹⁰⁹.

Il fallimento pratico del dogma causale ha portato certa dottrina ad escogitare soluzioni poco apprezzabili sul piano delle garanzie: ad esempio, si è giustificato il ricorso al giudizio prognostico ogniqualvolta, come nel caso emblematico del concorso morale, fosse impossibile ricorrere alla causalità. In base a ciò, il contributo psichico dovrebbe essere *ex ante* idoneo a produrre un certo evento, secondo una valutazione di approfondimento del rischio che costituirebbe criterio sussidiario rispetto a quello

¹⁰⁵ L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, op. cit., 1401 e ss.

¹⁰⁶ Si veda G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione*, op. cit., 17.

¹⁰⁷ Testualmente, sui condizionamenti di tipo fisico, F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 414.

¹⁰⁸ Cfr. L. CORNACCHIA, *Il problema della cd. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. CANESTRARI – G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 199 e ss.

¹⁰⁹ V. L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 6.

eziologico¹¹⁰.

Numerose sono le critiche teoriche al giudizio prognostico *ex ante*; si potrebbe, inoltre, dubitare della possibilità di attuare un tale percorso se si fosse d'accordo con l'ammettere la mancanza di un «paradigma nomologico sotto cui sussumere i casi di condizionalità psichica»¹¹¹.

In sintesi, tre gli argomenti che militerebbero contro l'assimilazione della causalità psichica al modello eziologico in generale: l'*irripetibilità* del sinallagma causa psichica/effetto indotto, dunque l'impossibilità di sussumerlo sotto leggi scientifiche; la *non predeterminabilità* delle azioni umane; l'*internità* della causa psichica, che non opera dall'esterno come la causa fisica, ma all'interno del soggetto che subisce l'istigazione, il comando, il condizionamento: la causalità di tipo psichico, dato il suo carattere interno al processo motivazionale del soggetto, non sarebbe accertabile in sede processuale¹¹².

Autorevole dottrina nega recisamente la possibilità di rifiutare l'applicazione del criterio eziologico: così, anche in questo campo, tale parametro costituirebbe «l'unico possibile criterio di tipizzazione della condotta – in quanto capace di garantire sufficiente certezza»¹¹³.

Alla stregua di quanto detto, si comprende come l'ambito del concorso morale sia uno di quelli in cui più si manifestano le discrepanze tra orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, rispecchiando il difficile bilanciamento tra le istanze di politica criminale e il rispetto dei principi fondamentali del diritto penale¹¹⁴.

L'insufficienza in ambito probatorio del paradigma causale tende spesso a tradursi in vere e proprie presunzioni di concorso, con un automatismo duramente stigmatizzato

¹¹⁰ Questa è la proposta di F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, op. cit., 424 e ss.

¹¹¹ Per questo e per i rilievi che seguiranno, L. CORNACCHIA, *Il problema della cd. causalità psichica*, op. cit., 200 e ss. L'Autore non si riferisce esclusivamente all'ambito del concorso di persone, ma anche a fattispecie incriminatrici di parte speciale.

¹¹² Testualmente, L. CORNACCHIA, *Il problema della cd. causalità psichica*, op. cit., 202. Sull'impossibilità di trattare la condizionalità psichica come *condicio sine qua non* a causa della mancanza di leggi generali di copertura, v. anche M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 851.

¹¹³ Cfr. M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, op. cit., 169: le «difficoltà e le perplessità espresse al riguardo nascono da una insufficiente riflessione sulla causalità psicologica, erroneamente considerata come una sorta di causalità diminuita».

¹¹⁴ V. L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 53.

dalla dottrina; il fenomeno è vasto e investe questioni eterogenee¹¹⁵.

Soprattutto, la già richiamata teoria della causalità agevolatrice o di rinforzo ha costituito un efficace grimaldello per estendere indebitamente i margini del concorso punibile: il contributo materiale superfluo, irrilevante, perciò non causale, non di rado è stato classificato come *rafforzamento del proposito criminoso altrui*, mediante una conversione automatica da concorso materiale a concorso morale, senza che questo implicasse il fornire la prova del *come* la condotta avesse concretamente potuto influire sullo svolgimento del fatto¹¹⁶.

L'esempio più classico è quello della presenza non casuale sul luogo del reato¹¹⁷: dove il disvalore della condotta è percepibile, poiché il soggetto appare connivente aderendo moralmente al fatto illecito perpetrato da altri, ma il nesso causale è indubitabilmente assente, si assiste allo «slittamento» del giudizio verso «concezioni prognostiche o proiezioni di stampo soggettivistico»¹¹⁸. Così, «non può non sottolinearsi come l'istituto della “causalità psichica” operi in modo opposto a quello in cui dovrebbe operare un requisito di tipo garantistico, valido per delimitare tassativamente i casi meritevoli di rimprovero penale»¹¹⁹.

Emerge, dunque, una tendenza giurisprudenziale alla *presunzione di concorso morale*, ora inteso come categoria residuale dell'agevolazione materiale, ora come clausola generale di estensione della punibilità che ricomprenderebbe non solo i contributi apparentemente di scarsa rilevanza, ma anche e soprattutto le condotte di maggior disvalore, come quelle di chi agisce a capo di un'associazione criminale. Principalmente in questi casi le pronunce di merito sono talvolta incorse nel rischio di una conversione

¹¹⁵ Cfr., brevemente, anche S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009, 371 e ss.

¹¹⁶ Si tratterebbe di un mero «artificio verbalistico» della giurisprudenza, che in questo modo cercherebbe di «individuare un nesso quando sia assente un rapporto effettivamente significativo tra la condotta e l'evento criminoso realizzato da altri»: v. M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, op. cit., 843.

¹¹⁷ La giurisprudenza è sterminata, ma si veda ad es. Cass., Sez. IV, 6 luglio 2010, n. 25813, con nota di C. M. CIARLA, *La semplice presenza fisica (se non meramente casuale) rileva ai fini del concorso di persone nel reato*, in *Diritto e Giustizia*, 2010, 362 e ss.

¹¹⁸ Così, D. PIVA, *Presenza sul luogo del reato ed effettività del contributo concorsuale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1534 e ss.

¹¹⁹ In tal senso, M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, op. cit., 843; nonostante la premessa l'Autore non ripudia però totalmente la possibilità di adottare un giudizio di prognosi.

automatica, elevando i capi di suddette organizzazioni a concorrenti morali in virtù di una sorta di «responsabilità di posizione»¹²⁰.

SEZIONE II

LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE NELLE ORGANIZZAZIONI GERARCHICAMENTE STRUTTURATE: UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il terrorismo alto-atesino degli anni '70. – 3. Il terrorismo politico-eversivo degli anni '80. – 4. Gli interventi della Corte di Cassazione: la riaffermazione dei principi sulla compartecipazione criminosa. – 5. L'associazione per delinquere di stampo mafioso. – 6. La responsabilità dei vertici nelle organizzazioni «lecite». – 7. Il principio di personalità della responsabilità penale e i crimini di massa: il caso *Astiz*. – 8. Rilievi conclusivi.

1. Premessa.

Uno dei nodi più problematici dell'applicazione delle norme di cui si è finora trattato attiene sicuramente alla questione della responsabilità concorsuale dell'associato per i cd. delitti-scopo commessi nel quadro di un sodalizio criminoso¹²¹. Precisamente, si vogliono qui analizzare i meccanismi di attribuzione della responsabilità in capo ai «partecipi qualificati»: soggetti che rivestono un ruolo di rilievo all'interno dell'organizzazione, ricoprendo una posizione di tipo verticistico¹²².

¹²⁰ La trattazione dell'argomento è centrale e ne verrà pertanto dato conto in seguito nell'analisi della giurisprudenza.

¹²¹ A tale tema si accenna spesso marginalmente nell'ambito del rapporto tra concorso eventuale e reati associativi, perlopiù come questione speculare a quella – ben più discussa – del concorso esterno: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 526 e ss.

¹²² Tra gli altri, v. G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo commessi da altri associati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 42.

Si pensi, ad esempio, ai promotori, agli organizzatori, ai «capi», «investiti di funzioni deliberative o decisionali in merito agli obiettivi da perseguire»¹²³: la questione cruciale di partenza consiste nella definizione del rapporto tra l'appartenenza all'associazione e la responsabilità a titolo di concorso nei reati compiuti all'interno del programma di tale associazione¹²⁴; e in questo senso, il problema si pone in termini speculari rispetto a quello del concorso esterno nel reato associativo¹²⁵.

Nella pratica, non è difficile comprendere da dove nasca la questione: esiste, indubbiamente, un'area di coincidenza tra alcune attività proprie della semplice qualifica di associati e la zona causale che conduce all'attuazione del programma criminoso¹²⁶.

Ci sono, infatti, attività per loro natura strettamente collegate alla vita dell'associazione, come fare proseliti o programmare reati-fine; al contempo, le stesse attività possono essere viste sotto una diversa prospettiva: «vale a dire come atti che s'inseriscono nella serie causale successiva diretta alla commissione dei singoli delitti»¹²⁷.

La tentazione, forte nei periodi in cui maggiormente in Italia è stata avvertita l'emergenza della criminalità organizzata, è chiaramente quella di elevare i capi delle associazioni a concorrenti morali, tramite un meccanismo pressoché automatico che farebbe leva su una sorta di responsabilità oggettiva, «di posizione»¹²⁸.

Il motivo per cui è la categoria della causalità psichica a venire in gioco appare evidente: l'attività del dirigente si sostanzia normalmente in direttive, ordini o istruzioni; dunque, «man mano che si sale nella scala gerarchica dell'organizzazione [...], il contributo apprestato dal superiore perde via via di materialità»¹²⁹.

¹²³ Cfr. G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine: la responsabilità dei capi di «Cosa nostra» per gli omicidi «eccellenti» ascrivibili all'associazione mafiosa*, in *Foro it.*, 1996, II, 587.

¹²⁴ Così E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 85.

¹²⁵ Lo fa notare T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato nei delitti-scopo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 761. Nel concorso esterno si tratterebbe, infatti, «di stabilire, innanzitutto, la plausibilità sistematica di un'attività di partecipazione che sia tanto rilevante da qualificarsi concorsuale, ma non tanto rilevante da integrare gli estremi di una condotta associativa».

¹²⁶ E. GALLO, *Concorso di persone nel reato e reati associativi. Rapporti fra la partecipazione all'associazione criminosa e il concorso nei reati oggetto del programma*, in *Rass. giust. mil.*, 1983, 22; G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1995*, in *Cass. pen.*, 1996, 3163 e ss., parla di «area di interferenza o coincidenza tra attività decisionale e momento realizzativo del programma».

¹²⁷ Cfr. E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 23.

¹²⁸ V. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 527.

¹²⁹ A. CORVI, *Regole di esperienza e prova del concorso morale dei vertici dell'associazione mafiosa nei*

Se inteso in questo senso, configurare un ipotetico concorso morale, nelle forme dell'istigazione, dell'agevolazione, del rafforzamento o dell'accordo, nei delitti commessi materialmente da soggetti posti in posizione gerarchicamente subordinata, sembrerebbe porsi, tuttavia, in aperto contrasto col principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), il quale senza dubbio, impedisce che queste semplificazioni presuntive abbiano accesso nel nostro ordinamento, anche quando venga inteso e interpretato nella sua forma più restrittiva¹³⁰.

Una seconda via, che non sembra dare adito a meno dubbi, è quella di «ritenere la qualità e la condotta di partecipazione qualificata all'associazione un elemento indiziante della “signoria” e “prossimità” riguardo al fatto e del contributo causale – in termini di preparazione o comunque di agevolazione –, perciò della responsabilità concorsuale nel singolo delitto-fine, oggetto del comune programma criminoso, commesso da altri associati, da valorizzare, nel libero convincimento del giudice, unitamente ad altri necessari elementi indizianti o riscontri probatori»¹³¹.

Secondo una terza prospettiva, più rispettosa del principio sancito dall'art. 27, comma 1, Cost., e volta ad escludere del tutto forme di responsabilità «oggettiva», «da status», estranee al nostro sistema penale, sarebbe necessaria la prova dello specifico contributo causale e psicologico nel singolo reato-scopo, «una volta che esso abbia perduto i connotati di genericità e indeterminatezza propri della fase programmatica e abbia acquistato la sua precisa collocazione spazio-temporale, sì da poter essere pienamente investito dal dolo dell'agente»¹³².

Nondimeno, si può notare come lo stesso istituto del concorso morale sembrerebbe in certi casi completamente piegato alle esigenze di tipo repressivo: le Corti fanno spesso riferimento a precise e concrete attività dei «capi» all'interno delle organizzazioni

delitti commessi dagli altri sodali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 783, precisa che il problema si pone più incisivamente «nel caso in cui i vertici supremi di vaste organizzazioni impartiscano ordini più o meno generici all'azione».

¹³⁰ A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo e concorso nei reati-fine*, in *Foro it.*, 1986, II, 152.

¹³¹ Così G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3163 e ss. Come si avrà modo di vedere in seguito, la soluzione prospettata da parte della dottrina e giurisprudenza tedesca si allinea maggiormente a questa seconda prospettiva.

¹³² Cfr. G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3163, prospetta anche questa alternativa più rispettosa del dettato costituzionale, modellata su un percorso argomentativo più sicuro, dunque evidentemente contornata da meno garanzie in ordine agli ulteriori riscontri probatori.

(proselitismo, programmazione di massima dei reati-scopo, predisposizione di mezzi, propaganda...), salvo poi parlare di mero influsso psicologico¹³³. Si è già accennato alla ritrosia del giurista italiano nel far riferimento alle figure di autoria e complicità, derivante dalla vaghezza del dato positivo: pertanto, inevitabilmente, uno dei nodi del problema è rappresentato dalla «sciatteria» del giudice italiano nell'utilizzo dei diversi tipi concorsuali. Le modalità di impiego del concorso morale sono la manifestazione più lampante di questo atteggiamento.

La problematica non è scevra di implicazioni politico-sociologiche relative al tipo di organizzazione criminale, alla sua struttura e al mutamento delle sue funzioni nel tempo e nello spazio. Su un piano esclusivamente giuridico, il tema è crocevia di questioni attinenti al diritto penale *sostanziale*, relative all'applicazione dei principi del concorso di persone nel reato e alla reale autonomia del reato associativo-mezzo dai reati-scopo, espressione del programma criminoso¹³⁴, e di problemi di ordine *probatorio-processuale* (la qualità di associato qualificato può «rappresentare un “indizio” utile a far presumere, *rectius* dedurre, il compimento di un atto di partecipazione morale»¹³⁵?).

Per comprendere più a fondo la questione è necessario far specifico riferimento alle pronunce di merito e di legittimità che hanno segnato le tappe fondamentali del dibattito, a partire dagli anni '70.

2. Il terrorismo alto-atesino degli anni '70.

La pronuncia da cui generalmente si prendono le mosse per la trattazione della responsabilità dei vertici di associazioni di stampo terroristico ha assunto, negli anni, una

¹³³ «[C]ome se costituire gruppi armati e fornirli di armi integrasse, in ipotesi, soltanto concorso morale nei delitti dai gruppi poscia perpetrati»: E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 26.

¹³⁴ T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato*, op. cit., 761, nega consistenza dogmatica al problema del concorso «interno» dell'associato nel reato-scopo correlabile al sodalizio criminoso: «la responsabilità dell'associato per il reato-scopo non sembra dipendere da una *res juris*, ma da una *res facti*: essa sussiste ed è fondata se, e nei limiti in cui, l'associato abbia effettivamente tenuto una condotta concorsualmente significativa».

¹³⁵ V. G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo*, op. cit., 43.

«dimensione quasi mitica», assurgendo a precedente autorevole, accolto forse con enfasi eccessiva¹³⁶; si tratta del caso *Kofler*¹³⁷, relativo a fatti di natura politico-insurrezionale volti ad ottenere l'indipendenza della regione dell'Alto Adige dallo Stato italiano. Gli imputati furono chiamati a rispondere di svariati episodi di terrorismo dinamitardo, avvenuti nel biennio 1962-1963, e del delitto di cospirazione politica mediante associazione armata.

In particolare, la Corte di merito aveva ascritto la responsabilità per i singoli reati materialmente commessi dai gregari ai dirigenti di tale organizzazione paramilitare, che avrebbero agito in veste di «mandanti».

La censura opposta alla sentenza della Corte d'Appello in sede di legittimità riguardava l'errata applicazione dei principi regolatori della materia del concorso di persone nel reato: i capi del sodalizio venivano, infatti, investiti della responsabilità dei singoli delitti (attentati, tentati omicidi, stragi...) in virtù delle condotte relative all'organizzazione degli associati, alla programmazione dei delitti o alla fornitura di armi. In breve: le azioni caratteristiche dell'illecito associativo, già autonomamente previsto e sanzionato dal codice, venivano automaticamente convertite in contributi concorsuali *sub specie* di concorso morale, senza che vi fosse stata la prova concreta in sede processuale dell'influsso psichico sulla condotta dell'agente¹³⁸.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermano il seguente principio di diritto, che costituirà poi un punto fermo essenziale delle pronunce in materia: «Ineccepibile è la tesi che in un caso come quello in esame di un'organizzazione di tipo politico-paramilitare, destinata ad operazioni di tipo bellico per il conseguimento di determinati successi, a coinvolgere i capi o dirigenti, anche massimi, dell'organizzazione nella responsabilità delle operazioni compiute dai gregari, singoli o in formazioni, non basta questa loro condizione di gerarchi, la quale non autorizza logicamente, di per sé sola, la presunzione che tutto quanto compiuto dalle squadre di azione sia stato ordinato dai capi, ma che occorre la prova positiva dello specifico mandato emesso volta per volta»¹³⁹.

¹³⁶ In tal senso si esprime C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 925.

¹³⁷ Cass., Sez. un., 14-18 marzo 1970, *Kofler*, in *Foro it.*, 1971, II, 145.

¹³⁸ Per una breve ricostruzione dei fatti, si rinvia a G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3163 e ss.

¹³⁹ Il principio è riportato, tra gli altri, da G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di*

Tuttavia, nel caso di specie la Suprema Corte riconobbe che il giudice di merito si era scrupolosamente attenuto ai principi regolatori della materia: si ritenne pertanto raggiunta la prova concreta del mandato¹⁴⁰.

La massima fu salutata come espressione di garantismo e di rispetto del principio della personalità della responsabilità penale; eppure, nelle pronunce degli anni seguenti probabilmente dettate da una logica «emergenziale», tipica dei cd. «anni di piombo», si assisterà ad un parziale svilimento di tale principio portante, in favore di un meccanismo di attribuzione della responsabilità apparentemente più automatico.

3. Il terrorismo politico-eversivo degli anni '80.

Un criterio largamente condiviso dalla giurisprudenza degli «anni di piombo» fu quello elaborato nel 1979 nel procedimento contro Alunni e le «Formazioni Comuniste Combattenti» dal giudice istruttore di Milano¹⁴¹. È importante precisare che le conoscenze riguardanti la struttura dell'organizzazione e i rapporti di gerarchia all'interno di questa erano all'epoca alquanto limitate, anche a causa della scarsa collaborazione da parte degli imputati coinvolti¹⁴². Appare dunque ardua la ricostruzione dei fatti, e l'individuazione degli esecutori materiali dei singoli reati. Il giudice istruttore, appoggiando la proposta del pubblico ministero, emana un'ordinanza di rinvio a giudizio esclusivamente nei confronti degli organizzatori della banda armata, e non dei partecipi.

In sostanza, sulla base della rivendicazione dei fatti criminosi, questi vennero attribuiti all'associazione criminosa; la responsabilità dei capi viene dedotta in ragione del loro ruolo *essenziale* all'interno dell'organizzazione: «per la necessaria approvazione del

responsabilità dei partecipi nei reati-fine, op. cit., 588. Corsivo mio.

¹⁴⁰ Secondo A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo*, op. cit., 150 e ss., in realtà «la stessa corte non esercitò alcun controllo sulla logica del giudice di merito nell'applicazione dei principi finendo per dare spazio, surrettiziamente, ad una configurazione delle responsabilità sulla base degli stessi criteri espressamente negati».

¹⁴¹ G. I. Milano, 11 settembre 1979, Alunni, inedita. C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 931 e ss., opera un'accuratissima ricostruzione del caso e all'Autrice si fa riferimento anche per quanto segue.

¹⁴² Molto probabilmente, anche a causa della mancanza di previsioni legislative riguardanti i collaboratori di giustizia: così C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 931.

programma ideologico generale e di quello specificamente articolato in delitti, hanno certamente offerto un contributo causale alla verifica, tanto dei cd. reati strumentali (rapine etc.) quanto di quelli che costituiscono, per così dire, “la ragione sociale dell'impresa” (omicidi, stragi, devastazioni, “perquisizioni proletarie”) e che, di solito, vengono poi pubblicamente rivendicati»¹⁴³.

L'ordinanza di rinvio a giudizio si concluse con la deduzione che per i soggetti in posizione apicale all'interno della banda armata il concorso morale nella commissione dei singoli reati fosse un elemento *necessario e obbligatorio*; la considerazione fu ripresa e confermata sia in primo grado¹⁴⁴, sia in secondo grado.

A questa deduzione furono applicati due tipi di criteri «correttivi», uno *temporale* e uno *spaziale*: la Corte specifica, infatti, che le conseguenze giuridiche in parola dovevano ricadere su coloro che rivestivano la qualità di capo od organizzatore *al tempo* della commissione del reato e *nell'ambito territoriale* entro il quale la banda perpetrava le condotte¹⁴⁵. Nondimeno, è stato acutamente notato come questi criteri, lungi dal rappresentare un'operazione «ortopedica» alla luce del rispetto della personalità della responsabilità penale, e lungi dal garantire un vaglio effettivo in ordine alla corretta attribuzione delle condotte concorsuali, costituiscano piuttosto una riprova dell'automatismo con cui viene condotto il ragionamento giurisprudenziale in casi simili (*sufficienza del collegamento temporale e spaziale con la generica attività della banda*)¹⁴⁶.

Le sentenze cui si fa riferimento certamente non mancano di sottolineare ed enfatizzare la necessità del rispetto del principio della personalità della responsabilità penale; tuttavia, per la ricostruzione dei singoli contributi concorsuali ci si limita alla considerazione della ripartizione dei ruoli degli imputati all'interno dell'organizzazione: si opera una

¹⁴³ Cfr. C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 932, la quale riassume le motivazioni dell'ordinanza di rinvio.

¹⁴⁴ In particolare, così si legge nella motivazione della sentenza di Corte d'Assise: «I dirigenti organizzatori, per essere coloro che costituiscono il nucleo centrale e operativo della struttura associativa, sono anche *ipso facto* coloro che promuovono e realizzano la specifica attività criminosa che trova nella condotta di essi efficacia causale integrandosi le loro azioni vicendevolmente in quel vincolo giuridicamente unitario che sta alla base dell'istituto del concorso». Ass. Milano, 21 giugno 1980, Alunni, come riportata da C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 933.

¹⁴⁵ Cfr. C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 933.

¹⁴⁶ A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo*, op. cit., 151: proprio dall'utilizzo di siffatti limiti all'estensione della responsabilità si desume «come questo “meccanismo” giurisprudenziale abbia la pretesa di operare in forma “automatica” secondo parametri astratti e presuntivi».

classificazione tra organizzatori e partecipi¹⁴⁷, e alla qualifica di organizzatore viene automaticamente riallacciata un'attribuzione della responsabilità a titolo di concorso morale.

Il ragionamento probatorio non sarebbe di per sé del tutto censurabile, se non fosse che nelle pronunce si tralascia qualsiasi approfondimento sulla struttura e sul funzionamento dell'associazione. Le motivazioni, inoltre, non riescono a dar conto dei precisi rapporti tra base e vertice della banda armata, e di quale controllo fosse esercitabile dai soggetti posti in posizione apicale.

Sembrerebbe, dunque, potersi affermare che le sentenze esaminate abbiano applicato in modo automatico la regola d'esperienza che porta ad affermare la responsabilità degli organizzatori: inevitabilmente, una tale applicazione meccanica non può che dipendere da una vera e propria «presunzione» di concorso¹⁴⁸.

Un breve cenno merita la sentenza della Corte di Assise di Brescia riguardante l'attività terroristica dei cd. NAPO (Nuclei Armati per il Potere Operaio) e NAC (Nuclei Armati Comunisti)¹⁴⁹.

Qui si afferma che i vertici di tali associazioni non possono non rispondere di concorso morale, perché «il consenso ed il contributo, quanto meno sul piano psicologico, alle attività delittuose è stato dato in via generale, in un momento precedente con la militanza attiva nell'organizzazione avente come fine, appunto, la consumazione di un numero indeterminato di delitti contro particolari obbiettivi»¹⁵⁰.

L'applicazione della regola d'esperienza in base alla quale è molto probabile che i soggetti in posizione apicale all'interno di un'organizzazione siano concorrenti morali nei reati-scopo sembra qui poggiare sull'equivalenza tra condotta di associazione e attività dell'associazione¹⁵¹.

La condotta di associazione – già depurata di un autonomo contenuto normativo, nel

¹⁴⁷ È partecipe chi fornisce un apporto secondario, fungibile e privo di discrezionalità; viceversa, si definisce organizzatore chi compie attività rilevanti ed essenziali per il perseguimento del fine dell'associazione. Così E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, op. cit., 54 e ss.

¹⁴⁸ Così, C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 937.

¹⁴⁹ Ass. Brescia, 22 ottobre 1983, Massenti, inedita. I punti salienti si rinvergono in C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 938 e ss.

¹⁵⁰ Ass. Brescia, 22 ottobre 1983, cit.

¹⁵¹ V. ancora C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 939.

momento in cui i reati vengano effettivamente commessi¹⁵² – veicola così naturalmente una responsabilità di tipo concorsuale nel reato-scopo: la semplice affiliazione all'organizzazione si traduce quasi automaticamente nell'integrazione degli estremi del contributo punibile al fatto delittuoso concorsuale. A questo non può non aggiungersi la formulazione *tautologica* dell'art. 110, il quale si presta ad essere interpretato in modo assai estensivo, per cui diventa estremamente agevole ritenere integrato un contributo concorsuale per il solo fatto dell'associazione¹⁵³.

Le sentenze cui comunemente si fa risalire l'indirizzo giurisprudenziale meno garantista, e maggiormente dettato da logiche di semplificazione emergenziale, attengono ai reati commessi dai militanti di base della banda armata¹⁵⁴ delle Brigate Rosse¹⁵⁵.

Così è sancito nella sentenza *Acella*: «Sarà quindi sufficiente verificare episodio per episodio che non si sia trattato di reati occasionali, non programmati, ovvero eccezionalmente compiuti di propria iniziativa da una brigata o da singoli militanti, per indurne la corresponsabilità di tutti i componenti della direzione di colonna che, per la collegialità dell'organo e la facilità e la frequenza di contatti, è da ritenere, *salvo prova contraria*, non potessero rimanere esclusi da decisioni importanti quali senz'altro erano quelle relative ad aggressioni contro persone, irruzioni ed assalti»¹⁵⁶.

Inoltre, nella motivazione si legge che «dei reati commessi dai partecipi della banda armata in attuazione del programma comune rispondono a titolo di concorso morale, a norma dell'art. 110 c.p., anche gli altri membri della banda quando abbiano svolto un *ruolo essenziale* nell'individuazione degli obiettivi criminosi»¹⁵⁷.

¹⁵² In senso critico, G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1277, il quale deplora il chiaro effetto di *bis in idem* che scaturisce dall'applicazione della fattispecie associativa nel caso di effettiva commissione dei reati-scopo programmati.

¹⁵³ Ancora, G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1277.

¹⁵⁴ Il concetto di banda armata non è sempre stato pacifico: secondo un indirizzo più rigoroso, l'organizzazione dovrebbe essere di tipo militare, dunque assumere modalità qualificate; si accede qui alla definizione di E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, op. cit., 57: «A noi pare che il delitto di banda armata presupponga l'esistenza di una struttura organizzativa articolata e qualificata non necessariamente dal modello militare tradizionale ma certamente secondo sistemi disciplinari rigidi e funzionali alla dipendenza di un vertice operativo che non deve per forza identificarsi con un capo ma può coincidere con un organismo collettivo».

¹⁵⁵ In particolare: Ass. Torino, 26 luglio 1983, *Acella* e altri; Ass. Genova, 26 febbraio 1983, *Azzolini* e altri; Ass. Roma, 24 gennaio 1983, *Andriani* e altri, in *Foro it.*, 1984, II, 187.

¹⁵⁶ Ass. Torino, 26 luglio 1983, *Acella* e altri, cit. Corsivo mio.

¹⁵⁷ Nuovamente, Ass. Torino, 26 luglio 1983, *Acella*, cit. Corsivo mio.

L'indirizzo giurisprudenziale dell'epoca mirava dunque sostanzialmente ad individuare i soggetti con qualità di capo od organizzatore attraverso una ricostruzione della struttura dell'organizzazione; in secondo luogo, in nome di un preteso carattere di essenzialità per l'associazione, si mirava a fondare il concorso morale, *salvo prova contraria* del coinvolgimento di tali soggetti nel singolo delitto.

Un riferimento ancora più pregnante all'allarme sociale destato da tali formazioni, proprio perché estremamente strutturate, è nella sentenza *Azzolini*: «Si tratta di associazioni illecite potenti e pericolosissime, di fronte alle quali, proprio per il loro tipo di organizzazione, risulta praticamente impossibile risalire ai veri colpevoli, cioè ai mandanti, dei singoli delitti. Ciò ha imposto giustamente una lettura evolutiva dell'art. 110 c.p., al fine di impedire che i maggiori responsabili di delitti atroci potessero facilmente sfuggire alle maglie della giustizia. Si è così fatta strada, particolarmente in tema di terrorismo, un'interpretazione dell'istituto del concorso morale che *prescinde dalla dimostrazione di una partecipazione diretta al singolo delitto*, anche se è ovvio che la responsabilità a titolo di concorso morale non può mai trasformarsi in responsabilità per fatto altrui»¹⁵⁸.

Il riferimento al necessario rispetto del divieto di responsabilità per fatto altrui sembra assumere una dimensione del tutto astratta, se confrontata con quella precedente dell'inutilità della concreta dimostrazione della partecipazione al singolo reato: la spiegazione viene fornita, ancora una volta, facendo leva sul carattere di essenzialità per l'organizzazione, peculiarità dei «partecipi qualificati»¹⁵⁹.

L'opera di tali soggetti, sebbene non direttamente collegata alla commissione materiale del singolo delitto, «è comunque ad esso strumentale e ad esso collegata sul piano strumentale e logico»¹⁶⁰: pertanto, il fatto stesso di assolvere il proprio ruolo essenziale, di rilievo, all'interno dell'associazione, «apporta *di per sé* un contributo causale al verificarsi dell'evento criminoso»¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ass. Genova, 26 febbraio 1983, *Azzolini*, cit. Corsivo mio.

¹⁵⁹ Così la Corte: «Esiste un criterio che permette di colpire i reali mandanti dei vari delitti di terrorismo, senza infrangere il principio costituzionale della responsabilità personale? Questo criterio va individuato nel carattere di "essenzialità" per l'organizzazione che contraddistingue alcuni membri». Ass. Genova, 26 febbraio 1983, *Azzolini*, cit.

¹⁶⁰ Ass. Genova, 26 febbraio 1983, *Azzolini*, cit.

¹⁶¹ Ass. Genova, 26 febbraio 1983, *Azzolini*, cit. Corsivo mio.

La Corte di merito si sofferma sull'analisi della struttura interna delle Brigate Rosse, mettendo in evidenza come «veri e propri capi a livello locale devono essere considerati i membri della direzione di colonna, i quali hanno una partecipazione statutaria diretta in tutte le azioni compiute nel polo territoriale e particolarmente nelle azioni omicidiarie. [...] Un discorso in gran parte analogo può essere fatto a livello nazionale per il comitato esecutivo, i cui membri devono essere considerati capi dell'intera organizzazione, con il compito di dirigere e coordinare l'attività delle colonne e dei fronti, tra una riunione e l'altra della direzione strategica, e di approvare tutte le azioni militari di carattere generale, quali le azioni di annientamento»¹⁶².

In buona sostanza, ai «Fronti» (logistico e di massa) e al «Comitato esecutivo» spettava di definire in campo nazionale la linea politica dell'organizzazione; la «Direzione di colonna» traduceva in concreto le proposte degli organi centrali, individuando obiettivi specifici, preparando le azioni nella modalità e nella scelta dei componenti che dovevano eseguirle, valutando l'impatto politico dell'azione e occupandosi della rivendicazione telefonica o scritta¹⁶³.

La sentenza *Andriani* si colloca esattamente sulla stessa linea. La Corte non esclude qui che gli esecutori materiali dei delitti debbano risponderne, ma sostiene, ancora una volta, un'incriminazione dei vertici *ex art. 110 c.p.* necessitata dal ruolo rivestito e, conseguentemente, dall'assunzione di precise responsabilità; *salvo* che il soggetto «non provi o che non risulti *aliunde* la sua estraneità totale alle diverse fasi deliberative, preparatorie ed operative»¹⁶⁴.

Non c'è dubbio che in tutte e tre le pronunce vengano attentamente esaminate la struttura e la modalità di funzionamento della banda; la ricchezza di particolari viene fatta risalire alla peculiare attendibilità del contributo fornito dai «pentiti» alle indagini¹⁶⁵.

Purtuttavia, i giudici di merito, come visto, pur declamando il necessario rispetto dei principii costituzionali, aggirano poi l'ostacolo ri-qualificando i programmatori in istigatori – nella già nota indifferenza per la specificazione del tipo di contributo

¹⁶² Ass. Genova, 26 febbraio 1983, Azzolini, cit.

¹⁶³ C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 943, richiamando la descrizione operata dalla Corte d'Assise in Ass. Torino, 26 luglio 1983, Acella, cit.

¹⁶⁴ Ass. Roma, 24 gennaio 1983, Andriani, cit.

¹⁶⁵ Così C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 942, citando passi della sentenza *Acella*.

concorsuale in sede processuale – e ancorando le attività proprie dell'associazione all'area del concorso di persone nel reato-fine¹⁶⁶.

I due aspetti summenzionati non possono che essere strettamente collegati. Difatti, scendere nell'esame puntuale della struttura e del funzionamento dell'organizzazione può diventare un'insidia, nel momento in cui l'analisi si sostanzia nel prendere in considerazione attività connaturate alla condotta associativa per poi valorizzarle sul piano eziologico della realizzazione del delitto programmato. L'equazione tra capi e istigatori del reato-scopo porta a riferirsi alternativamente ad una responsabilità oggettiva fondata sul possesso di una posizione di supremazia, oppure conduce ad «affermare che l'attività associazionistica criminosa è essa stessa elemento di concorso nelle fattispecie plurisoggettive concernenti l'esecuzione dei delitti programmati»¹⁶⁷.

4. Gli interventi della Corte di Cassazione: la riaffermazione dei principi sulla compartecipazione criminosa

L'emergenza degli «anni di piombo» sembra ormai al tramonto, e la Corte di Cassazione ha modo di pronunciarsi su due casi che, secondo la dottrina maggioritaria, segnano una svolta garantista da tempo attesa¹⁶⁸.

A proposito della banda armata denominata «Unità Combattenti Comuniste», il giudice di legittimità tenta di chiarire l'equivoco sorto dalla sovrapposizione della fattispecie associativa con le norme che regolano il concorso di persone nel reato¹⁶⁹.

Il punto focale dell'argomentazione della Cassazione è la chiara ed esplicita adesione

¹⁶⁶ In tal senso, E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 24.

¹⁶⁷ E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 26.

¹⁶⁸ *Contra*, C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., *passim*, la quale tende a non enfatizzare il ruolo svolto da queste decisioni di legittimità, stigmatizzando in blocco l'operato della giurisprudenza di merito dei primi anni '80: secondo questa ricostruzione non si nega che l'attribuzione della responsabilità sia talvolta avvenuta in modo automatico; tuttavia, l'Autrice sottolinea come i principi regolatori della materia fossero stati immancabilmente enunciati anche durante l'emergenza terroristica, e nega, pertanto, che le sentenze della Corte di Cassazione abbiano giocato un ruolo così decisivo.

¹⁶⁹ G. DE FRANCESCO, *Riflessioni sulla struttura della banda armata, sui suoi rapporti con gli altri reati politici di associazione, e sui limiti alla responsabilità dei componenti la banda per la commissione dei delitti-scopo*, in *Cass. pen.*, 1986, 711: «l'equivoco consiste [...] nel confondere la condotta di associazione con le attività dell'associazione, la titolarità di una determinata funzione con il suo concreto esercizio».

all'assunto che l'astratta capacità di agevolazione del reato-fine determinata dal rivestire un ruolo qualificato all'interno dell'organizzazione criminale, da cui promana un'efficacia rafforzativa, istigativa o determinativa, è già assorbita nella previsione dell'autonomo reato associativo¹⁷⁰.

Si riporta qui un passo decisivo della sentenza: «La sola appartenenza all'associazione, ed anche l'eventuale previsione del reato fine, sono di per sé inidonee a far ritenere responsabile come compartecipe il singolo associato rimasto estraneo all'ideazione e all'esecuzione del reato fine, in mancanza di una prova sicura circa il suo volontario apporto causale alla commissione del fatto, sia pure sotto forma di istigazione o di agevolazione causalmente rilevanti rispetto alla realizzazione del reato fine, perché per la sussistenza del dolo di partecipazione non basta la semplice consapevolezza di concorrere all'altrui azione criminosa, ma occorre la volontà di contribuire con il proprio operato alla verifica del fatto. In base a questi principi, se non appare censurabile la decisione dei giudici di merito riguardo al riconoscimento di poteri deliberativi in modo collegiale a tutti i componenti ritenuti come organizzatori dei singoli nuclei della banda, appare invece del tutto arbitraria l'attribuzione ad essi, indistintamente ed in blocco [...], di tutti i delitti rivendicati dai rispettivi nuclei di appartenenza [...]. Si tratta di un *criterio di valutazione schematico e meccanicistico*, che si risolve in una *presunzione assoluta di responsabilità*, in una sorta di giustizia sommaria, del tutto estranea alla nostra civiltà giuridica»¹⁷¹.

Similmente, una decisa riaffermazione dei principi portanti del concorso di persone nel reato si trova in una sentenza relativa al cd. eccidio di Patrica, perpetrato dalle Formazioni Comuniste Combattenti e riguardante un partecipe qualificato, che ricopriva funzioni organizzative all'interno di tale banda armata¹⁷².

In primo grado il giudice di merito aveva optato per il favoreggiamento personale; il giudice di appello, invece, dichiarò il Ceriani Sebregondi responsabile degli omicidi e dei reati connessi sotto l'aspetto del concorso morale, affermando che «la prova [può] esser

¹⁷⁰ Così G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine*, op. cit., 589.

¹⁷¹ Cass., Sez. I, 31 maggio 1985, Pecchia ed altri, in *Cass. pen.*, 1986, I, 696. Corsivo mio.

¹⁷² Cass., Sez. I, 14 febbraio 1984, Ceriani Sebregondi, in *Foro it.*, 150. Il caso riguardava l'omicidio del Procuratore della Repubblica di Frosinone, poi rivendicato dalle Formazioni Comuniste Combattenti, di cui il Ceriani Sebregondi fu riconosciuto come componente con funzioni organizzative.

desunta dal vincolo derivante dalla sola partecipazione al sodalizio, qualora, per i rapporti interpersonali, ciascuno dei soggetti eserciti una attiva influenza sull'altro, orientandone, rafforzandone ed agevolandone i propositi criminosi»¹⁷³.

La censura attiene a tre profili di legittimità, su cui probabilmente si avvertiva l'esigenza di una presa di posizione ferma da parte della Suprema Corte. Le conclusioni del giudice di secondo grado apparivano fortemente contrastanti, in particolar modo, con i principii relativi alla personalità della responsabilità penale, all'autonomia dei reati associativi in generale (e nel caso specifico della fattispecie di banda armata, *ex art. 306 c.p.*) e al concorso di persone nel reato¹⁷⁴.

L'assunto della Suprema Corte parte dall'impossibilità di fondare una responsabilità concorsuale nel reato-scopo sulla sola partecipazione, anche in posizione gerarchicamente preminente, in un reato associativo¹⁷⁵.

Nelle pronunce di merito finora trattate si è assistito alla tendenza, più o meno mascherata, di assumere le attività proprie dell'associazione nel significato di atti *causalmente* legati all'esecuzione dei delitti programmati¹⁷⁶, con una conseguente sovrapposizione tra fattispecie associativa e plurisoggettiva eventuale; secondo la Corte di Cassazione questa posizione è insostenibile. Non si può negare che, sul piano della tipicità, le stesse condotte possano essere lette in una duplice prospettiva, e che le attività proprie degli organizzatori e dei dirigenti del sodalizio «potrebbero mostrare idoneità ad inserirsi nello sviluppo causale obbiettivo di quelle fattispecie»¹⁷⁷; tuttavia, non si può prescindere dalla concreta dimostrazione, in sede processuale, del collegamento tra presunto autore e fatto, sia sul piano oggettivo, sia su quello soggettivo¹⁷⁸.

Così la Corte di Cassazione, nella motivazione di *Ceriani Sebregondi*, rivaluta la

¹⁷³ Questo il passaggio fondamentale della sentenza della Corte d'Assise d'Appello de L'Aquila, riportata da G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine*, op. cit., 589.

¹⁷⁴ In tal senso, G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine*, op. cit., 589.

¹⁷⁵ V. quanto sancito nella motivazione della sentenza Cass., Sez. I, 14 febbraio 1984, *Ceriani Sebregondi*, cit.

¹⁷⁶ Cfr. E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 26, che prosegue: «Non si tiene alcun conto dell'esistenza del reato autonomo, che in qualche modo si frappone fra le attività che sostanziano l'associazione e quelle dirette a realizzarne il programma criminoso».

¹⁷⁷ E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 28.

¹⁷⁸ Tra gli altri, G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1280 e ss.

dimensione autonoma delle due fattispecie di cui sopra: «essendo [...] necessario dimostrare che il singolo associato abbia anche voluto lo specifico reato fine apportandovi consapevolmente un contributo causale»¹⁷⁹.

Dunque, può apparire scontato ribadire che perché ricorra la fattispecie del concorso di persone «è sempre [...] necessario: sotto l'aspetto oggettivo che tra gli atti dei singoli sussista una connessione causale rispetto all'evento; sotto l'aspetto soggettivo che ciascuno sia consapevole del collegamento finalistico dei vari atti, ossia che il singolo apporti volontariamente e coscientemente il suo contributo, materiale o unicamente psicologico, alla realizzazione dell'evento da tutti voluto»¹⁸⁰; eppure ad oggi la dottrina è quasi unanime del definire queste pronunce di legittimità come una sorta di *révirement* volto a riaffermare con incisività il rispetto dei principi regolatori della materia¹⁸¹.

Anche chi sostiene che la giurisprudenza non avrebbe mai, in via di principio, sminuito il valore dell'efficacia causale dei singoli contributi concorsuali, è costretto ad ammettere che la via seguita per raggiungere la prova del concorso non è sempre stata improntata all'ortodossia¹⁸².

Si sarebbe, pertanto, portati a ritenere che ci fosse effettivamente la necessità di una semplice riaffermazione delle regole, pur nella consapevolezza che in realtà nulla è stato aggiunto dalla Corte di Cassazione al dettato codicistico e costituzionale.

Un ulteriore banco di prova per la problematica del concorso del partecipe qualificato nei delitti-scopo fu una pronuncia di grande risonanza mediatica, in cui le Sezioni Unite ebbero modo di sancire nuovamente quanto già affermato nelle precedenti sentenze di legittimità.

Il caso è quello dell'omicidio del commissario della Polizia di Stato Luigi Calabresi, riferibile all'organizzazione «Lotta Continua». La Corte d'Assise d'Appello di Milano

¹⁷⁹ Cass., Sez. I, 14 febbraio 1984, Ceriani Sebregondi, cit. Più dettagliatamente, la Corte non si spiega «per quale ragione la rivendicata comune militanza, correttamente ritenuta valida ai fini dell'appartenenza alla banda armata, debba anche assumere il significato di una proclamazione di un concorso criminoso nell'eccidio di Patrica, e finanche l'approvazione dell'operato di altri successiva alla consumazione del reato non costituisce da sola concorso nel reato».

Per un approfondimento della questione in termini più generali, si rinvia al seguito del lavoro.

¹⁸⁰ Cass., Sez. I, 14 febbraio 1984, Ceriani Sebregondi, cit.

¹⁸¹ All'autorevole dottrina contraria (C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., *passim*) si è ribattuto che a fondare un ampio consenso sui principi non bastano ordinanze inedite di giudici istruttori e alcune requisitorie di p.m.: v. A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo*, op. cit., 150.

¹⁸² C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 926 e ss.

aveva condannato gli imputati Marino, Sofri, Pietrostefani e Bompressi in virtù della loro posizione preminente nel sodalizio, non prima di aver dedicato un'ampia analisi alla struttura rigidamente gerarchica e verticistica della struttura illegale armata¹⁸³.

La Corte rilevò che il ragionamento dei giudici era inquinato dall'assunto di fondo che «il Sofri e il Pietrostefani, in quanto dirigenti al più alto livello del movimento e dell'organizzazione, o in quanto organizzatore della struttura illegale per il Bompressi, *non potevano dichiararsi estranei* alle decisioni prese dagli organismi di cui erano stati parte, né addurre di non sapere e di non avere controllato l'iniziativa politico-delinquenziale dell'omicidio o di non averne avuto comunque parte»¹⁸⁴.

In breve, quanto ammesso dalla Corte d'Assise d'Appello si pone in netto contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza e con la regola che disciplina l'onere della prova nel processo penale, ancorando la prova del concorso morale allo *status* di dirigente od organizzatore, e «muovendo non da una consolidata regola di esperienza ma da un parametro di tipo congetturale per il quale il dirigente o l'organizzatore di un'associazione non può non essere consapevole e partecipe, quantomeno moralmente, del reato-fine riferibile all'associazione stessa»¹⁸⁵.

Come già notato, in base al percorso seguito dal giudice di merito rimarrebbe così del tutto indimostrato il nesso causale oggettivo, come pure l'aspetto psicologico-soggettivo del reato.

La posizione apicale del soggetto può certamente essere valorizzata, ma solo se inserita in un complesso di altri elementi specifici, «nel quale – per la rilevanza dell'insieme – la soglia della sua singola rilevanza generica viene superata»¹⁸⁶.

¹⁸³ G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine*, op. cit., 590.

¹⁸⁴ Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, in *Foro it.*, 1993, II, 209. Corsivo mio.

¹⁸⁵ Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, cit.

¹⁸⁶ Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, cit.

5. *L'associazione per delinquere di stampo mafioso.*

L'analisi della responsabilità dei vertici del sodalizio di tipo mafioso ha assunto una posizione particolare nella prospettiva generale del tema, soprattutto per quanto riguarda l'associazione «Cosa Nostra», in virtù della peculiarità della struttura dell'organizzazione e dell'elevato allarme sociale che questa ha suscitato¹⁸⁷.

A partire dalla brillante intuizione di Santi Romano, è iniziato un dibattito sulla possibilità teorica di definire la mafia come un vero e proprio ordinamento giuridico¹⁸⁸.

Sebbene una delle critiche rivolte a questa impostazione sia quella di descrivere il fenomeno mafioso con una nota di minor disvalore, fu questo l'impianto inizialmente accolto dalla giurisprudenza impegnata sul fronte della lotta alla criminalità di stampo mafioso; anzi, si è riaffermato che «l'intento che sorregge il ricorso a questa metafora è tutt'altro che compiacente nei confronti delle organizzazioni mafiose: al contrario, la metafora tende [...] a rimarcare la pericolosità e a rendere più efficace la loro repressione giudiziaria»¹⁸⁹.

Il dibattito sul tema si è certamente evoluto. Si potrebbe dire che la fattispecie di associazione per delinquere di stampo mafioso sia quella che maggiormente risente di influssi criminologici nella sua formulazione¹⁹⁰; la struttura e il funzionamento di tali organizzazioni, dapprima del tutto opache, hanno iniziato a rivelarsi più nitidamente.

Tuttavia, con il passare del tempo, l'idea di Cosa Nostra come associazione

¹⁸⁷ Per alcune pronunce relative a organizzazioni diverse da Cosa Nostra, come il sodalizio catanese dei «Puntina», la fattispecie associativa di tipo camorristico o la 'Ndrangheta, in cui la giurisprudenza non si discosta, per la verità, da quanto sinora visto, si rimanda rispettivamente a Cass., Sez. I, 1 aprile 1992, Bruno ed altri, in *Giur. it.*, 1993, II, 198; Cass., Sez. I, 2 aprile 1996, Alfano ed altri, inedita; Cass., Sez. I, 6 aprile 1993, Cafari, in *C.E.D. Cass.*, n. 193983; per una breve analisi di tali sentenze, cfr. G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3170 e ss. Per un commento affine, attinente alla responsabilità dei capi-clan nel sodalizio camorristico, si rimanda ad F. ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole di esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, in *Cass. pen.*, 2008, II, 1189 e ss.

¹⁸⁸ La questione si innesta, come prevedibile, su un tema più complesso relativo al diritto come struttura e organizzazione e alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Per una sintetica ma esauriente panoramica sul pensiero di Santi Romano e sulla polemica di Gambetta relativa alla diversa prospettazione della mafia come industria, si rimanda a G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, 21 e ss.

¹⁸⁹ G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 24.

¹⁹⁰ Si pensi, ad esempio, al richiamo al «metodo mafioso» di cui all'art. 416bis: v., tra gli altri, D. NOTARO, *Art. 416-bis c.p. e «metodo mafioso», tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1482 e ss.

centralizzata e coesa al suo interno è venuta parzialmente a mancare. Innegabilmente, una delle cause è costituita dalle vicende interne al sodalizio (le «guerre di mafia»; la crescente e indiscussa egemonia del clan dei corleonesi), che hanno necessariamente affievolito la forza persuasiva delle massime di esperienza su cui si basava l'impianto argomentativo delle Corti nei processi di criminalità organizzata. Nondimeno, un grande ruolo è stato giocato dall'approfondimento del tema negli studi penalistici, criminologici e sociologici. Un'indagine più accurata e consapevole del fenomeno mafioso anche in prospettiva evolutiva e dinamica, delle sue radici storico-culturali e delle sue funzioni sociali ed economiche ha permesso, non da ultimo, l'emersione dell'intreccio indissolubile e inestricabile tra questo tipo di organizzazioni illecite e le sfere dell'economia «lecita» e della politica. In effetti, al paradigma di «mafia come ordinamento giuridico» pare essersi oggi quasi integralmente sostituito quello di «mafia imprenditrice»¹⁹¹.

Definire la mafia come una «macrostruttura di potere dotata di plurisoggettività, apparato organizzativo e sistema normativo (ancorché non scritto)»¹⁹², conduce ad un'idea di Cosa Nostra consistente in un'organizzazione unica, centralizzata e verticistica; visione che, innegabilmente, ha influenzato grandemente l'impianto e la conduzione dei cd. maxi-processi degli anni '90¹⁹³.

La comprensione di un ordinamento giuridico siffatto, costituito da istituzioni e norme di comportamento¹⁹⁴, è stata facilitata dalla collaborazione dei cd. pentiti¹⁹⁵: in special

¹⁹¹ Per considerazioni approfondite su questo profilo, che riemergerà in seguito nella trattazione, v. R. SCIARRONE, *Complici, soci e alleati. Una ricerca sull'area grigia della mafia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, 63 e ss., ma anche C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafia-imprese*, in *DPC*, 2014.

¹⁹² Cfr. G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 25.

¹⁹³ Sottolinea G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 28: «Si tratta, a ben vedere, di un approccio processuale che tende a plasmare le regole probatorie in funzione della specifica “cultura d'ambiente”, e ciò all'evidente scopo di superare difficoltà di prova altrimenti insormontabili». Su questo profilo ci si soffermerà più avanti.

¹⁹⁴ In tal senso, G. LO FORTE, *L'atteggiarsi delle associazioni mafiose sulla base delle esperienze processuali acquisite: la mafia siciliana*, in *I delitti di criminalità organizzata*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 99, Roma, 1998, vol. I, 5.

¹⁹⁵ Per un'analisi completa e approfondita sui meccanismi processuali di acquisizione delle dichiarazioni e, soprattutto, della valutazione di queste nei processi di criminalità organizzata, dopo la riforma del codice di procedura penale e l'entrata in vigore del d. l. 8 giugno 1992, n. 306, si rinvia a E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in V. GREVI (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, 229 e ss.

modo conviene qui ricordare le cadenze fondamentali del «teorema Buscetta», che fornì uno schema essenziale per l'incriminazione dei vertici della gerarchia mafiosa, soprattutto durante gli anni '90.

Innanzitutto, la Commissione è organo supremo dell'associazione. È competente a deliberare o autorizzare gli «omicidi eccellenti», fatti delittuosi che «per l'importanza, la risonanza e le prevedibili reazioni dello Stato, sono idonei a determinare ripercussioni all'interno dell'organizzazione mafiosa»¹⁹⁶; se tali delitti vengono effettivamente commessi, ciò non può che significare che sono stati previamente deliberati o autorizzati dalla Commissione. Ci sono precisi elementi in grado di rafforzare questo assunto, ad esempio la mancanza di sanzioni a carico degli esecutori materiali del reato.

Inoltre, non sempre la delibera o autorizzazione della Commissione avviene in modo esplicito: più frequentemente è espressa *per facta concludentia*, ossia in forma tacita.

Infine, le decisioni che la Commissione assume a maggioranza vincolano anche i membri dissenzienti; l'unico modo per questi di sottrarsi alla responsabilità penale derivante da tali delibere è dissociarsi definitivamente dall'associazione criminale¹⁹⁷.

L'accoglimento di una concezione unitaria e verticistica della mafia avallò l'impalcatura del primo maxi-processo, che segnò una tappa fondamentale che confermò i risultati dell'indagine del primo *pool* antimafia del Tribunale di Palermo¹⁹⁸; la tesi non è incontrovertibile, ma estremamente funzionale a una strategia processuale accentratrice di questo tipo¹⁹⁹.

In primo grado, si era escluso che la semplice appartenenza alla Commissione potesse costituire, di per sé, circostanza sufficiente a fondare il concorso morale rispetto ai reati-scopo dell'organizzazione; era infatti necessario provare un interesse specifico che

¹⁹⁶ V. G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3172.

¹⁹⁷ È, questa, una schematica ricostruzione del teorema Buscetta, strumento di grande importanza nei processi di lotta alla mafia, come effettuata da A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 786 e ss.

¹⁹⁸ V. Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate e altri, con nota di G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola di «cosa nostra»*, in *Foro it.*, 1993, II, 15. Il caso riguardava gli omicidi del dirigente della squadra mobile della questura di Palermo, Boris Giuliano, del boss mafioso Alfio Ferlito e di tre carabinieri di scorta (cd. strage della Circonvallazione), del perito medico-legale Paolo Giaccone, del prefetto di Palermo, generale Carlo Alberto Dalla Chiesa e di sua moglie Emanuela Setti Carraro.

¹⁹⁹ Cfr. G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 25.

collegasse ogni delitto al singolo membro della Cupola. Ciò in linea con gli ultimi orientamenti della Corte di legittimità già analizzati in merito alle associazioni di stampo terroristico, volti a distinguere il piano della responsabilità associativa da quella concorsuale²⁰⁰.

La Corte d'Assise d'Appello di Palermo, dal canto suo, ha riconosciuto come valido il criterio di attribuzione alla Commissione dei cd. delitti eccellenti, volti a perseguire un interesse strategico comune all'intera associazione, «desumibile da un contesto probatorio di sicura affidabilità e in grado di esprimere una certa causale, riconducibile senza perplessità alle funzioni “tutorie” di tale organismo»²⁰¹.

La Corte di Cassazione non ha contestato l'impostazione del maxi-processo, né il criterio di attribuzione della responsabilità assunto dal giudice di secondo grado; nell'ambito del sindacato di legittimità si è valorizzato, tuttavia, il significato del consenso tacito o passivo²⁰². Così si legge nella massima della sentenza: «Tale consenso non si sottrae – all'evidenza – alla categoria degli atti concorsuali (art. 110 c.p.), nelle forme specifiche della istigazione o soltanto del rafforzamento dell'altrui determinazione volitiva; esso contiene i necessari elementi del dolo e dell'efficacia causale rispetto all'evento [...], salva la prova contraria e concreta dell'inesistenza di un nesso causale per l'inefficacia del rafforzamento rispetto all'altrui volontà, se capace comunque di svolgersi autonomamente ed indipendentemente per il compimento del fatto»²⁰³.

In secondo grado l'espressione «consenso tacito» alludeva ad una sorta di ratifica o mera adesione morale, atteggiamenti che si collocano pacificamente fuori dall'area del concorso: è proprio questo a far sì che il ricorso di legittimità fosse ritenuto fondato, ma proprio tale profilo permise alla Corte di Cassazione di precisare che l'atteggiamento del membro della Commissione che si limiti ad «approvare implicitamente, pur potendola

²⁰⁰ In tal senso, G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola*, op. cit., 16.

²⁰¹ Così Ass. App. Palermo, 10 dicembre 1990, inedita, riportata da G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola*, op. cit., 16.

²⁰² Inteso, secondo la Corte di Cassazione, come «l'approvazione, sia pure non manifestata espressamente, ma chiaramente percepibile, di una iniziativa altrui, da parte di chi, per compito autoassegnatosi, esercita (se è consentita la trasposizione di termini dell'ordinamento giuridico statale nel terreno della criminalità), il “potere-dovere” di esaminarla e delibarne il contenuto». V. Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, cit., 16.

²⁰³ V. Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, cit., 17 e ss. Si rinvia altresì a G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, 203 e ss.

impedire, un'iniziativa criminosa relativa a un delitto “eccellente” proveniente da altri associati» fosse pienamente ricompreso nella fattispecie concorsuale²⁰⁴.

A ben vedere, è una problematica di tipo processuale-probatorio ad essere sottesa a tale decisione. A causa dell'evidente difficoltà di conseguire la prova di un concorso morale effettivo, si ripiega su una sorta di concorso morale *presunto*²⁰⁵, desunto logicamente dal cd. teorema Buscetta con un evidente ribaltamento dell'onere della prova²⁰⁶.

Nella motivazione già riportata, inoltre, tale consenso tacito viene considerato alla stregua di una condotta dotata di efficacia causale e accompagnata dal corrispondente elemento soggettivo²⁰⁷, e «alla luce di tali affermazioni, ci si rende veramente conto quanto labile ed evanescente risulti la disciplina sulla compartecipazione criminosa contenuta nel codice»²⁰⁸.

Ancora una volta, come già visto per la giurisprudenza della «lotta al terrorismo», si rinuncia ad un'impostazione più garantista in vista di un duplice scopo: da un lato, si *semplifica la prova* della responsabilità dei soggetti posti in posizione apicale all'interno dei sodalizi criminali; dall'altro, si evita che il *carico sanzionatorio* previsto per tali partecipi qualificati sia *inferiore rispetto a quello previsto per gli esecutori materiali* del delitto, poiché derivante dalla sola applicazione della fattispecie associativa, non riuscendo ad essere raggiunta la prova del concorso²⁰⁹.

²⁰⁴ G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola*, op. cit., 20.

²⁰⁵ In questi termini, G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1282.

²⁰⁶ Osserva G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1282: «I termini del problema vengono ad essere, in tal modo, completamente “rovesciati”: per riconoscere gli estremi di una condotta di partecipazione, non v'è bisogno di una dimostrazione *in positivo* della sua esistenza, essendo invece sufficiente che *non* sussistano elementi tali da escluderla». Tra l'altro si può ben immaginare come la prova contraria, per i membri della Cupola, sia configurata come una vera e propria *probatio diabolica*: così G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati-scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 2510.

²⁰⁷ Cfr. ancora G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1282.

²⁰⁸ G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1283, tra gli altri, sostiene proprio che siano le carenze di tecnica normativa a dar luogo a tali discutibili interpretazioni «per ciò che concerne l'individuazione dei parametri di tipicità delle condotte di compartecipazione criminosa». La questione è controversa, e solo un'analisi più approfondita, anche a livello comparato, può essere utile a fare chiarezza.

²⁰⁹ G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola*, op. cit., 17: la considerazione, come si vedrà, assume particolare interesse alla luce della comparazione con le forzature operate dall'interprete tedesco per raggiungere, essenzialmente, i medesimi scopi.

Per tornare alla giurisprudenza di quegli anni, una sentenza senza dubbio collidente con quella appena trattata fu la pronuncia relativa all'omicidio del capitano dei carabinieri Emanuele Basile²¹⁰.

Qui la Suprema Corte non mise in dubbio l'affidabilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, ma ebbe modo di ridimensionare l'eccessiva estensione del concorso morale della Cupola, così come delineato dalla sentenza *Abbate*.

L'osservazione della Corte d'Assise d'Appello, poi avallata dalla Corte di Cassazione, fu che l'organismo di vertice di Cosa Nostra non fosse omogeneo, bensì composto da gruppi che avevano un peso maggiore di altri: la famiglia del Madonia, quella di Michele Greco e il clan, nettamente egemone, dei Corleonesi di Riina²¹¹.

Così, il ripudio del criterio di attribuzione automatica dei delitti-scopo in capo alla Commissione palermitana a titolo di concorso morale passa attraverso la constatazione dell'indiscussa supremazia di cui alcuni componenti godevano all'interno dell'organismo, e del conseguente progressivo esautoramento della struttura deliberativa collegiale di vertice²¹².

Ancora una volta, l'*iter* motivazionale della sentenza non segna una novità fondamentale sul piano della declamazione dei principi; si legge che «se la decisione di eseguire quel delitto fosse stata attribuita alla Commissione quale struttura verticistica capace di esprimere una volontà unitaria [...], indubbiamente una corretta applicazione dell'art. 110 c.p. avrebbe imposto una diligente verifica dei limiti, soggettivi ed oggettivi, di una deliberazione affermata soltanto sulla base delle consuete modalità di un singolo organo collegiale che disperdeva il dissenso o la neutralità nella formale rappresentazione di una unanimità indifferenziata: non si poteva certo confondere l'assunzione di una decisione con la sua rilevanza, né le modalità con le quali si era ad essa pervenuti con i suoi effetti»²¹³.

²¹⁰ L'imputazione era originariamente compresa nel maxi-processo che si concluse con la sentenza già vista, e ne fu poi separata. Si tratta di Cass., Sez. V, 14 novembre 1992, Madonia e altri, in *Cass. pen.*, 1994, 1497.

²¹¹ G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3174.

²¹² Cfr. G. CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine*, op. cit., 594.

²¹³ La motivazione della sentenza, inedita, è riportata da G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3175.

La Corte esprime, inoltre, perplessità sull'equiparazione del consenso tacito al consenso espresso, e precisa i limiti del *concorso per omissione* (per cui è necessaria la duplice prova dell'efficacia causale dell'omissione rispetto al rafforzamento dell'iniziativa altrui e della possibilità di sussumere tale mancata attivazione nella violazione di un obbligo di contenuto opposto)²¹⁴.

Nel caso di specie, il giudice di legittimità non ritenne necessario approfondire tali tematiche; questo perché la particolare posizione degli imputati all'interno del sodalizio mafioso, e più ancora all'interno della stessa Commissione, rendeva quasi superfluo agganciare la responsabilità concorsuale di tali soggetti a quella, problematica, dei «semplici» vertici dell'organizzazione criminale²¹⁵.

Un criterio fondamentale applicato dai giudici di secondo grado, e riconosciuto come valido dalla Cassazione, fu quello dell'individuazione della «causale»: la sentenza impugnata aveva correttamente applicato l'art. 110 c.p. poiché aveva escluso il concorso morale per quei soggetti per cui non si riusciva neppure a provare uno specifico *interesse* al compimento del reato. In questo caso, è evidente come il criterio dell'interesse – dunque, di un atteggiamento soggettivo peculiare, accentuato e specifico – rappresenti una sorta di surrogato, in mancanza o nell'impossibilità della prova del nesso eziologico tra contributo e illecito concorsuale²¹⁶.

Entrambe le pronunce in esame possono esser poste sotto un comune denominatore in

²¹⁴ Si rinvia nuovamente a G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., p. 3175. F. ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan*, op. cit., 1198, tratta sinteticamente la tematica del concorso omissivo dei capi per quanto riguarda la sentenza relativa all'omicidio di Giuliano Pignata. In particolare, si sottolinea come le Corti, nonostante soventi, proclamate adesioni ad una concezione unitaria del concorso, operino non di rado l'automatica conversione di una fattispecie naturalisticamente omissiva in fattispecie commissiva, senza ricorrere alla clausola di equivalenza dell'art. 40 c.p. In altri termini, non potendo ravvisarsi un obbligo giuridico, gravante sui capi di un'organizzazione illecita, di impedire il fatto illecito di altri membri del sodalizio, si tende a ritenere integrata una partecipazione di carattere psicologico, *sub specie* di rafforzamento del proposito criminoso altrui.

²¹⁵ Così in uno stralcio della pronuncia: «La duplice investitura, di autorevoli e indiscussi membri della Commissione e soprattutto di rappresentanti effettivi dei gruppi specificamente interessati alla soppressione del cap. Basile, rendeva costoro autori responsabili di una iniziativa espressa con l'autorevolezza che discendeva dal concorso di quelle loro qualità, iniziativa che, lungi dall'essere riconducibile alla sola rimozione di un ostacolo rispetto alla realizzazione di quel delitto, ovvero al semplice rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, s'identificava invece nella vera e propria determinazione al delitto, e cioè nella forma più grave del concorso morale»: G. CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine*, op. cit., 3175.

²¹⁶ Questo passaggio appare importante soprattutto alla luce della comparazione con l'ordinamento tedesco, dove l'elemento soggettivo – e in particolare l'*interesse* – ha giocato un ruolo fondamentale nella necessaria riconduzione delle condotte nelle cornici di autoria o complicità.

base ad una prospettiva di diritto penale sostanziale, ma soprattutto in base ad una prospettiva processuale-probatoria: la giurisprudenza si appoggia sull'assunto che all'interno dell'associazione mafiosa operino regole tendenzialmente stabili, meccanismi operativi validi almeno in un dato periodo storico²¹⁷. È necessario, tuttavia, tener presente che «quando si scende dal terreno dei principi a quello della loro concreta applicazione, vi è [...] il rischio di una enfattizzazione eccessiva, non sufficientemente meditata e comunque strumentale, della natura ordinamentale dell'associazione mafiosa a fini di prova»²¹⁸.

È proprio questo il ragionamento che sta dietro alla classificazione dell'associazione mafiosa come ordinamento giuridico regolato da ferree norme di comportamento: tali norme vengono assunte a criteri-guida dell'accertamento probatorio e a fondamento del giudizio di responsabilità, al fine di superare difficoltà di prova altrimenti insormontabili²¹⁹.

Se le Corti di merito rimangono sostanzialmente fedeli alla regola d'esperienza sancita dal teorema Buscetta, negli anni la Suprema Corte inizia progressivamente a sottolineare la necessità di vagliare, caso per caso, l'applicabilità delle massime d'esperienza alla fattispecie concreta²²⁰, assestandosi su una posizione più garantista. È nei primi anni del 2000²²¹ che ci si rende conto dei limiti di una ricostruzione così rigida, che non può che essere accettata solo nel momento in cui superi le necessarie verifiche del caso²²².

²¹⁷ Cfr. G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico*, op. cit., 2512. È interessante il rilievo di A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 787, relativamente a questo aspetto comune delle sentenze di quegli anni, e segnatamente dei casi Abbate e Madonia: «Si è [...] assistito a un fenomeno di “circolazione delle massime di esperienza”: il teorema Buscetta, inizialmente impiegato nell'ambito del cd. primo maxiprocesso, è stato utilizzato dalla giurisprudenza successiva come strumento per ricostruire il ruolo giocato dai vertici dell'associazione mafiosa nella deliberazione e progettazione dei delitti “eccellenti”, e per affermarne conseguentemente la responsabilità penale a tale titolo». Tra l'altro, la cristallizzazione di una siffatta ricostruzione dell'associazione mafiosa in sentenze irrevocabili ha permesso l'acquisizione di tali pronunce a fini di prova in altri processi penali, ex art. 238-bis c.p.p.

²¹⁸ G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico*, op. cit., 2514.

²¹⁹ V. G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 27.

²²⁰ Cfr. A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 789.

²²¹ Soprattutto con Cass., Sez. V, 27 aprile 2001, Riina, in *Foro it.*, 2002, II, 359 e ss. e Cass., Sez. I, 2 dicembre 2003, Riina e altri, in *Foro it.*, 2004, II, 415 e ss., relative rispettivamente agli omicidi del parlamentare europeo Salvo Lima e del giornalista Mario Francese.

²²² In particolare, secondo un esauriente schema proposto da A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 789, si dovrà provare che l'imputato facesse effettivamente parte della Commissione al tempo della progettazione del reato; che la Commissione fosse informata delle intenzioni degli esecutori materiali;

La sentenza della Cassazione sugli omicidi Lima e Francese sembrano porsi su una linea di continuità rispetto alla pronuncia *Madonia*²²³. Si parte dall'osservazione che la mafia «al pari di qualsiasi organizzazione umana adatta le sue regole e la loro applicazione allo svolgersi degli avvenimenti, in ragione delle esigenze che le si prospettano nel tempo»²²⁴. La «regola della Commissione» non ha più valenza indiziaria univoca, in base alla constatazione che il clan egemone di Salvatore Riina non osserva più la prassi relativa alla collegialità delle decisioni, con il conseguente esautoramento degli altri membri della Commissione; ciò non può che condurre all'esclusione della responsabilità penale in capo a questi ultimi²²⁵. L'esclusione della perdurante operatività di questa massima d'esperienza, che sinora era stata ritenuta valida, finisce di fatto per «minare la sua generale capacità descrittiva», dato che – com'è noto – la massima non è una legge scientifica, bensì una semplice generalizzazione, un'opinione tratta dal senso comune e fondata empiricamente²²⁶.

Nel caso dell'omicidio del giornalista Mario Francese, la Corte d'Assise di Palermo aveva condannato vari componenti della Cupola, notando come nel caso di specie sussistessero «tutte le condizioni che denotano la responsabilità, a titolo di concorso morale, dei membri della “Commissione”, i quali, prestando (esplicitamente o tacitamente) il loro consenso all'assassinio di Mario Francese, hanno consapevolmente posto in essere una condotta che si è inserita, con una precisa rilevanza eziologica, nel meccanismo causale che ha determinato la realizzazione del delitto»²²⁷.

La Corte d'Assise d'Appello fa un passo ancora ulteriore, svolgendo un ragionamento ben poco convincente sul piano delle garanzie: «Il significato istigatorio del consenso (espresso o tacito) dei membri della “Commissione” risulta particolarmente incisivo *in forza dell'apparato strutturale*, della regolamentazione interna e delle caratteristiche

che l'imputato fosse in grado di esprimere il suo parere. Inoltre, è necessario valutare con estrema cautela elementi quali l'interesse comune o il successivo compiacimento, che potrebbero indicare esclusivamente un'adesione morale, come tale penalmente irrilevante.

²²³ In tal senso, G. MELILLO, *Sulla responsabilità dei singoli componenti della «cupola» di «Cosa nostra» per i delitti decisi dall'organismo di vertice*, in *Cass. pen.*, 2002, III, 975, in nota a Cass., Sez. V, 27 aprile 2001, Riina, cit.

²²⁴ Cass., Sez. V, 27 aprile 2001, Riina, cit.

²²⁵ V. G. BORRELLI, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010, 195.

²²⁶ A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 791.

²²⁷ Così si legge in Ass. Palermo, Sez. IV, 11 aprile 2001, Riina e altri, in *Cass. pen.*, 2002, 2508.

essenziali (segnatamente, la condizione di assoggettamento derivante dal vincolo associativo) dell'organizzazione mafiosa. In presenza di queste condizioni oggettive, il consenso – per quanto implicito – dei “capi-mandamento” presenta tutti i requisiti necessari per essere qualificato come una forma di partecipazione psichica, gioca un ruolo determinante nella successiva realizzazione criminosa, e quindi chiama in causa la responsabilità concorsuale dei singoli componenti dell'organismo di vertice»²²⁸.

In un crescendo di argomentazioni presuntive, così continua il giudice di merito: «Il potere illimitato, spettante ai soggetti che rivestono un ruolo primario nella struttura associativa, in ordine alla decisione dei delitti “eccellenti”, rappresenta il logico presupposto da cui è possibile *desumere univocamente* non solo l'*inserimento efficiente* del loro consenso tacito nell'azione delittuosa materialmente commessa da altri, ma anche la *volontarietà* della loro condotta concorsuale»²²⁹.

È stato commentato che la Corte di primo grado, e successivamente il giudice dell'impugnazione, non avrebbero aderito acriticamente a un teorema: la premessa dell'analisi consisterebbe infatti nella contestazione che «al momento in cui fu realizzato il delitto per cui è processo, l'associazione mafiosa presentava un assetto organizzativo unitario e gerarchico, che era stato percepito con chiarezza dallo stesso Mario Francese»²³⁰.

La Suprema Corte, tuttavia, annullò senza rinvio la sentenza d'appello, confermando la necessità di attenersi ad un orientamento più rigoroso. Nella pronuncia di legittimità non si esclude *tout court* la possibilità di configurare un concorso morale tramite consenso tacito, a condizione però che «risultino puntualmente provati i presupposti fattuali che giustificano l'esistenza di tale consenso, essendo esclusa la configurabilità di una “responsabilità di posizione” dei capi-mandamento»²³¹.

Nel caso di specie, tre membri della Commissione palermitana furono assolti per non aver commesso il fatto (Geraci, Farinella, Calò); a diversa conclusione si pervenne per il Riina, che era il principale *interessato* all'omicidio del giornalista. La Corte non si riferisce ad un generico interesse all'eliminazione fisica di un personaggio «scomodo e

²²⁸ Ass. App. Palermo, 13 dicembre 2002, Riina, cit. Corsivo mio.

²²⁹ Ass. App. Palermo, 13 dicembre 2002, Riina, cit. Corsivo mio.

²³⁰ Cfr. G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico*, op. cit., 2517.

²³¹ Cass., Sez. I, 2 dicembre 2003, Riina e altri, in *Foro it.*, 2004, II, 415.

pericoloso per la sua onestà ed indipendenza», ma precisa che «occorre provare [...] l'esistenza della volontà di uccidere [...], espressa, sia pure tacitamente, in tempi e modi idonei ad influire sulla decisione congiuntamente presa dalla "Commissione"»²³².

Se, dunque, le pronunce della Corte di Cassazione relative al concorso dei vertici dell'associazione mafiosa sembrano generalmente attente ai profili della personalità della responsabilità penale, non altrettanto può dirsi delle sentenze dei giudici di merito, le quali appaiono più legate a esigenze repressive e di giustizia sostanziale.

Tuttavia, è da notare come la Suprema Corte riesca più facilmente a dare un'interpretazione garantista nel momento in cui viene meno la capacità descrittiva della massima di esperienza; non sembra possibile, invece, agganciare le garanzie ad una precisa interpretazione del dato normativo, che indubbiamente soffre di indeterminatezza.

Alcune pronunce, nella consapevolezza della debole valenza della massima di esperienza relativa alle deliberazioni di vertice degli omicidi eccellenti, spostano il baricentro dell'accertamento proprio sulla dimostrazione della centralità dell'organo di vertice e sulla partecipazione dei singoli imputati a tale organo, lasciando poi giocare un ruolo essenziale alla potenziale illimitata espansione della categoria del concorso morale.

Un buon esempio è fornito da una delle sentenze che compongono il mosaico

²³² Cass., Sez. I, 2 dicembre 2003, Riina, cit. Riguardo al consenso tacito, non si può non citare la sentenza *Andreotti* sull'omicidio Pecorelli: qui la Corte di merito aveva ritenuto provato il concorso morale, sotto forma di consenso tacito, del notissimo uomo politico, il quale avrebbe fatto chiaramente percepire di essere interessato all'eliminazione fisica del giornalista. La pronuncia era agganciata al precedente di *Abbate*, anche se in modo quantomeno eccentrico, data la diversità della fattispecie concreta, sicuramente non equiparabile al caso dei capi-mandamento che approvino un omicidio «eccellente». Le Sezioni Unite in questo caso censurano la possibilità di configurare il concorso morale in base all'automatico meccanismo del consenso tacito, espressione di «un'esigenza pratica di semplificazione probatoria dell'accertamento della responsabilità concorsuale in processi ad alta valenza indiziaria». Fondamentale, inoltre, il passaggio in cui il giudice di legittimità precisa il motivo del ritenuto fallimento della prova del mandato omicidiario: la Corte d'Appello, infatti, avrebbe confuso «l'atipicità del contributo causale del complice, benché positivamente stabilita dal modello codicistico dell'art. 110 c.p., [...] con l'indeterminatezza (o meglio con l'indifferenza) probatoria dell'opzione causale circa le concrete forme del manifestarsi della condotta criminosa concorsuale come fenomeno della realtà». V. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, *Andreotti*, in *Cass. pen.*, 2004, 811 e ss. La sentenza *Andreotti* (e ancor più incisivamente la pronuncia *Mannino*, sul concorso esterno) pare segnare un limite più deciso a quegli orientamenti dottrinali tendenti a riaffermare un modello concorsuale differenziato nei criteri di imputazione. In tal senso, cfr. A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, 307 e ss.

giudiziario del complesso caso *Chinnici*, relativo alla strage che portò alla morte di quattro persone, tra cui il noto magistrato. Alcune cadenze argomentative fornite dalla Corte d'Assise d'Appello nel 2002 sull'accertamento della responsabilità individuale dei membri della Commissione sembrano particolarmente interessanti ai fini del percorso qui proposto²³³.

Posto che, anche in questo caso, nessun dubbio può sorgere sulla qualifica di «omicidio eccellente», la Corte di Assise, in primo luogo, aderisce alla ricostruzione del giudice di primo grado, secondo cui «una sostanziale unità ed omogeneità di vedute e di posizioni, tutte aderenti alle linee strategiche corleonesi, [...] accreditava vieppiù il contesto collegiale della decisione, non potendosi nemmeno sospettare la eccezione alla regola»²³⁴.

Questa precisazione, evidentemente, serve a dare vigore all'argomento della deliberazione unitaria di un organo che operava in maniera straordinariamente coesa, poiché tutti i membri rispettavano le medesime direttive e volontà; la Corte affronta poi in separata sede e con dovizia di particolari la connessa ma distinta questione della responsabilità dei singoli componenti della Commissione Provinciale di Palermo.

La premessa è che, chiaramente, la Commissione non può che essere strutturalmente e funzionalmente competente, in via collegiale, per gli omicidi eccellenti come quello in oggetto²³⁵; tuttavia, trattandosi di un'entità criminologica e non già di soggetto fornito di autonoma capacità giuridica penale²³⁶, né corrispondendo alla somma dei suoi partecipi, è necessario vagliare se e come ogni singolo membro dell'organo abbia «specificamente e concretamente partecipato alla programmazione e/o deliberazione e cioè abbia dato un concreto contributo, cosciente e volontario, alla realizzazione della strage»²³⁷.

²³³ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina e altri.

²³⁴ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 99.

²³⁵ In questo senso, viene richiamata una distinzione operata dalla Cassazione tra reati-fine «fisiologici» e reati «strategici», relativamente ai parametri applicabili quando si sia in presenza di soggetti apicali nell'organizzazione mafiosa: Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 452.

²³⁶ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 455, richiamando Cass., 3 aprile 1997, Greco e altri: «[N]on deve indulgersi ad applicare ai fenomeni e alle vicende delle associazioni di tipo mafioso canoni civilistici o giuridico-organizzativi simmetrici a quelli previsti dall'ordinamento statale, come se si fosse dinanzi a enti pubblici o privati o a società commerciali, alla ricerca cioè di canoni per valutazioni di equivalente portata, evocando il preteso carattere giuridico ordinamentale di Cosa Nostra».

²³⁷ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 450 e ss. La Corte d'Assise d'Appello enfatizza in maniera peculiare l'importanza del vaglio delle singole responsabilità a titolo di concorso, indulgendo su condivisibili affermazioni di principio quali: «occorre dunque individuare gli indizi rivelatori a stabilire il collegamento tra la decisione collegiale delittuosa e la partecipazione del singolo membro per far traslare l'astratto potere decisionale spettante alla "Commissione", in base alle regole di

A questo proposito, sulla scia della precedente giurisprudenza di Cassazione, vengono enucleati dei criteri rilevatori di uno specifico collegamento per il singolo membro della Commissione: 1) il *personale interesse individuale*: dunque, l'atteggiamento soggettivo corrispondente alla summenzionata «causale»; 2) l'*effettivo impegno operativo*: ad esempio, la concertazione della fase logistica o tattica dell'illecito; 3) il *collegamento territoriale*, per cui il singolo capo-mandamento della zona deve avallare espressamente il delitto da commettere nella zona che cade sotto il suo controllo; 4) sotto quello che viene enumerato come quarto criterio, la Corte inserisce una clausola del tutto aperta: *gli altri elementi parimenti significativi*²³⁸.

Le posizioni dei singoli imputati, naturalmente, vengono esaminate distintamente.

Tuttavia, si potrebbe dire che solo per Riina la Corte riesce a raggiungere un sufficiente grado di precisione nell'attribuzione della condotta²³⁹. La responsabilità di Riina, basata su dichiarazioni di pentiti valutate altamente attendibili, viene descritta come fondamentale nella fase preparatoria della strage: egli, infatti, «si era personalmente interessato delle modalità esecutive ed aveva, fra l'altro, dato l'incarico di effettuare prove di sfondamento su un vetro blindato, e successivamente affidato il compito di reperire l'esplosivo, in un contesto di valutazione delle modalità operative più adeguate per la migliore realizzazione del progetto delittuoso»²⁴⁰.

Non altrettanto può dirsi dell'analisi relativa agli altri coimputati. In particolare, la responsabilità di Giuseppe Calò viene dedotta: 1) dall'evidente *interesse personale* di questi all'eliminazione di Rocco Chinnici (poiché coinvolto in svariati delitti su cui il Consigliere Istruttore stava direttamente indagando); 2) dalle *espressioni di soddisfazione* dopo la riuscita dell'attentato e i termini dispregiativi utilizzati nei confronti del giudice ucciso. Su questi rilievi, la Corte di Assise d'Appello rigetta i motivi di ricorso volti a sostenere che la condanna di primo grado sarebbe stata basata sul riconoscimento di una mera responsabilità di posizione, e qualifica il contributo del Calò in termini di «concorso morale nella fase deliberativa». Permangono seri dubbi sulla possibilità di fondare una

funzionamento di Cosa Nostra, al piano della concretezza indispensabile per far assumere alla condotta del singolo partecipe gli estremi rilevanti di cui all'art. 110 c.p.».

²³⁸ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 456.

²³⁹ La Corte non si pronuncia sulla qualificazione del titolo di responsabilità del Riina, limitandosi a descrivere le condotte a lui attribuibili.

²⁴⁰ Ass. App. Caltanissetta, 24 giugno 2002, 14, Riina, cit., 463.

penale responsabilità su requisiti soggettivi labili come l'interesse personale e l'adesione morale *post factum*, veicolati dall'elastica figura del concorso morale.

La questione non riguarda solo casi di omicidi eccellenti. Nel 2005, la Cassazione si trova a pronunciarsi sull'omicidio di Giuseppe Savoca, ma adopera un meccanismo presuntivo non dissimile da quelli già esaminati²⁴¹.

L'unico passaggio preliminare che deve svolgersi in un caso come questo è quello della verifica dell'effettiva presenza del singolo imputato alla riunione della Commissione e alla deliberazione comune – non potendosi dare per scontato che la designazione di una vittima «non-eccellente» sia stata preceduta da una decisione unanime del vertice.

Così argomentando, viene ritenuto «sufficiente ad integrare il concorso anche il comportamento silente eventualmente tenuto, in quanto anche la sola presenza [nel momento della deliberazione da parte della Commissione] può significativamente rafforzare l'altrui proposito criminoso»²⁴².

La dottrina e la giurisprudenza più recenti sono state obbligate a misurarsi con nuovi fenomeni relativi alla criminalità organizzata. Da un lato, l'emersione di organizzazioni nuove, o di deviazioni dal paradigma classico di cui all'art. 416*bis*: si pensi alle cd. mafie etniche o all'espansione della 'Ndrangheta verso il Nord Italia e oltre i confini nazionali²⁴³.

L'interprete è costretto a misurarsi con organizzazioni policentriche, *network* reticolari di gruppi e soggetti, che complessificano la già ardua questione dell'attribuzione della responsabilità individuale nell'illecito perpetrato collettivamente²⁴⁴.

D'altra parte, non può non prendersi in considerazione la questione connessa e già

²⁴¹ Cass. Sez. II, 18 novembre 2005, n. 3822. Il caso ebbe particolare risonanza poiché, per un imprevisto, tra le vittime ci fu anche il figlio della vittima designata. Giuseppe Savoca era un rapinatore di TIR, dunque certamente non una personalità di rilievo. La determinazione del delitto, a quanto pare, fu assunta dall'organo di vertice perché la questione delle «rapine ai TIR» stava assumendo una dimensione preoccupante e iniziava a interessare buona parte dei mandamenti palermitani.

²⁴² Cass. Sez. II, 18 novembre 2005, n. 3822, cit.

²⁴³ Sul tema, v. G. AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra «diritto penale giurisprudenziale» e legalità*, in DPC, 2014, e C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede... A proposito di Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24535, Pres. Agrò, Rel. De Amicis e Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2014 [dep. 9 giugno 2015], n. 24536, Pres. Agrò, Rel. Mogini*, in DPC, 2015.

²⁴⁴ Naturalmente, quello menzionato non può che essere uno tra i numerosi profili problematici sollevati dal fenomeno: tra gli altri, G. AMATO, *Mafie etniche*, op. cit., 2 e ss.

accennata dell'intreccio tra mafie, imprese e politica, che contribuisce a rendere necessariamente più sfumato il quadro sinora trattato.

Il vero e proprio «debutto giudiziario» del delitto di associazione mafiosa, nella nuova prospettiva della comprensione e repressione dei legami profondi tra criminalità politico-amministrativa e criminalità organizzata, tra *white collar crime* e criminalità violenta, è recentissimo, e può rinvenirsi nelle prime pronunce del giudice di legittimità – seppure in fase solo cautelare – relative al caso *Mafia capitale*²⁴⁵.

È ormai notissima la citazione tratta dal contenuto dell'intercettazione di una conversazione tra Massimo Carminati, imputato per essere al vertice della complessa organizzazione, e il suo «braccio destro militare» Riccardo Brugia, in cui compare l'evocativa metafora del *mondo di mezzo*. Il *mondo di mezzo* è quello che parla con il *mondo di sopra* (fatto di colletti bianchi, imprenditoria, istituzioni politiche) e con il *mondo di sotto* (composto da bande di rapinatori, trafficanti di droga e gruppi che operano illecitamente con l'uso delle armi), e si mette al servizio del primo avvalendosi della forza del secondo, instaurando un sistema di tipo corruttivo, di certo meno clamoroso del metodo violento, tipico della criminalità organizzata tradizionalmente intesa²⁴⁶.

Un interessantissimo spunto di riflessione relativo all'applicazione della disciplina concorsuale nei reati associativi si potrà senz'altro ricavare dalle sentenze di merito e di legittimità che concluderanno questo maxi-processo, soprattutto data la circostanza della peculiare struttura di *Mafia Capitale*, che dalle risultanze istruttorie sembrerebbe descrivibile un apparato organizzativo di tipo reticolare, a raggiera, in cui alcuni dei membri mantengono un ampio margine di libertà – tanto da svolgere anche autonomamente e personalmente attività illecite²⁴⁷.

²⁴⁵ C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede*, op. cit., 2,

²⁴⁶ Una spiegazione assai esaustiva è fornita dalla corposissima e dettagliata ordinanza del G.I.P. di Roma che dispone l'applicazione di misure cautelari a vari membri del sodalizio così individuato (Ordinanza del 28 novembre 2014, 33 e ss.): «Sul piano strutturale, le mafie tradizionali presentano modelli organizzativi pesanti, rigidamente gerarchici, nei quali i vincoli di appartenenza sono indissolubili e inderogabili. Un tale *modello organizzativo* è, però, storicamente e sociologicamente, incompatibile con la realtà criminale romana, che è invece stata sempre caratterizzata da un'elevata *fluidità* nelle relazioni criminali, dall'assenza di strutture organizzative rigide, compensata però dalla presenza di figure carismatiche di grande caratura criminale [...] e da rapporti molto stretti con le organizzazioni mafiose tradizionali operanti sul territorio romano e da una connaturata capacità di ricercare e realizzare continue mediazioni, che si risolvono in un equilibrio idoneo a generare il senso della loro capacità criminale».

²⁴⁷ G.I.P. Roma, 28 novembre 2014, 34.

Pertanto, nella trattazione del concorso eventuale di persone in questi peculiari contesti, appare non solo interessante, ma anche essenziale dedicare un accenno ad alcune pronunce relative alla responsabilità individuale in organizzazioni – per così dire – lecite, osservando come i criteri già menzionati in tema di fenomeni terroristici o mafiosi abbiano cittadinanza anche in questo differente, ma connesso ambito.

6. La responsabilità dei vertici nelle organizzazioni «lecite».

Come si vedrà in seguito, uno dei punti focali del dibattito tedesco, in relazione alla materia propriamente in oggetto, ruota (o, quantomeno, è ruotato) attorno alla *Rechtsgelöstheit* dell'organizzazione – per così dire, sulla sua liceità. Non così in Italia: il tema è sterminato e meriterebbe uno studio a sé stante – sebbene già siano stati versati fiumi di inchiostro a riguardo; non si rinuncerà comunque a svolgere una trattazione, seppur breve e limitata a ciò che rileva per la questione in oggetto.

L'indagine qui proposta, come evidente, riguarda esclusivamente la criminalità dolosa, la quale costituisce solo una parte degli illeciti generalmente perpetrati dalle cd. organizzazioni lecite²⁴⁸; le organizzazioni di tipo imprenditoriale, inoltre, conoscono una serie di meccanismi di disciplina e sanzionatori che operano tangenzialmente alla problematica in esame – non da ultimo, la cd. responsabilità amministrativa da reato degli enti, che le distinguono notevolmente dai sodalizi criminosi in senso stretto²⁴⁹.

Nondimeno, non possono sottovalutarsi i punti di contatto tra le due realtà²⁵⁰.

²⁴⁸ Sebbene la già richiamata commistione tra attività lecite e illecite possa condurre ad affermare che «di fronte a questi grumi di interessi, accentuare il distacco fra imputazione colposa e dolosa non [sia] soluzione soddisfacente». V. A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, op. cit., 47.

²⁴⁹ Il tema ha ricevuto un'attenzione smisurata da parte di giuristi teorici e pratici; per una panoramica esaustiva, con particolare riguardo agli intrecci tra attività lecite e illecite e allo sviluppo del diritto penale dell'economia, v. G. M. FLICK, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, 2013, 505 e ss.

²⁵⁰ La questione è stata trattata ampiamente soprattutto avendo a mente la possibilità di configurare un concorso esterno per l'avvocato, il notaio, l'imprenditore o il politico colluso. Tra gli altri, distinguendo le singole figure giurisprudenziali, cfr. ad esempio M. BIANCHI, *La «complicità» mediante condotte «quotidiane». Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in

Da un lato, la responsabilità per concorso nei delitti-scopo gioca un ruolo importante – per quanto criticabile – nella definizione dell'incastro tra struttura corporativa d'impresa e associazione per delinquere, specialmente negli arresti più recenti.

D'altra parte, i due tipi di fenomeni sembrano avere un comune retroterra criminologico: la natura necessariamente *plurisoggettiva* e pluricentrica della criminalità; la *complessità* dei procedimenti decisionali, mai propri ed esclusivi del singolo, ma sempre attribuibili a una cerchia inserita in una struttura organica; la *genesì motivazionale* dei reati-scopo, riconducibile non all'interesse di un soggetto, ma a un interesse di tipo corporativo, a una forma di illegalismo che fa capo alla stessa struttura dell'attore deviante²⁵¹.

In effetti, alcune sentenze fondamentali, perlopiù in processi dalla grande valenza mediatica, mostrano un percorso argomentativo affatto dissimile rispetto a quello già tracciato finora.

Un brevissimo accenno merita il caso *Scientology*.

La vicenda giudiziaria, che riguardava gli appartenenti alla filiale italiana dell'organizzazione confessionale fondata da Ron Hubbard, era principalmente relativa alla contestazione della fattispecie *ex art. 416 c.p.*, finalizzata a commettere una serie di delitti, quali truffe, estorsioni, circonvenzioni d'incapace in danno dei proseliti e altre violazioni in materia fiscale. I proventi di tali reati sarebbero poi stati impiegati per il finanziamento dell'ente *lecito* «Chiesa Nazionale Scientology d'Italia»²⁵².

Il Tribunale di Milano escluse l'operatività della fattispecie associativa, imputando i

Ind. pen., 2009, 43 e ss.

²⁵¹ Cfr. C. E. PALIERO, *Le «sanzioni comunitarie»: un modello di disciplina per la responsabilità delle persone giuridiche nell'area europea?*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Catania, 2008, 179, che continua: «Entrano pertanto in gioco, sotto questo profilo, sia le dinamiche sociologiche delle organizzazioni, e, segnatamente, la loro *complessità* (che normalmente innesca meccanismi di *personalizzazione* e *de-responsabilizzazione* individuale), sia la loro dimensione *diacronica* (*versus* l'agire *sincronico* dell'attore individuale) – sotto questo profilo va registrato che l'ente è *per se* dotato di una vita *diversa e più lunga* di quella dei singoli soggetti, e che la sua stessa *storia* può essere, per questo, oggetto di valorizzazione *sub specie* di (criterio di) imputazione penale».

²⁵² E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità d'impresa* (Trib. Firenze, 16 aprile 2012), in *Giur. Comm.*, III, 2014, 518.

singoli delitti a una minoranza di membri del sodalizio confessionale²⁵³; non così il giudice d'appello. In seconda istanza l'ente venne interamente qualificato come associazione per delinquere, ritenendo configurato il concorso morale per i dirigenti di tale associazione nelle singole truffe ed estorsioni riferibili alla Chiesa di Scientology.

Il giudice di legittimità censurò la sentenza impugnata in base alla ritenuta violazione dei principi del concorso di persone nel reato e della necessaria personalità della responsabilità penale, a causa del riferimento ad una *praesumptio de praesumpto* (consistente nella formula, già vista, che gli imputati «non potevano non essere a conoscenza» di una determinata pratica)²⁵⁴.

La Corte d'Appello – si contesta in sede di legittimità – avrebbe invece dovuto motivare fornendo «elementi idonei a provare la effettiva conoscenza da parte dei singoli dirigenti dei metodi usati dai loro sottoposti che si erano resi responsabili di reati, ovvero indicando fatti certi dai quali si potesse pervenire con rigore logico ad un giudizio di certezza relativo alla detta conoscenza»²⁵⁵.

In definitiva, dunque, la Cassazione ribadisce vigorosamente le regole sottese all'applicazione della disciplina concorsuale; l'interessante questione che emerge è l'intricato rapporto tra attività lecite e illecite, e tra struttura dell'ente *lecito* e associazione per delinquere²⁵⁶, che verrà affrontata *ex professo* dal giudice di rinvio.

In questo caso, la Corte, attenendosi a un'impostazione assai garantista, tentò di fare luce sulla complessa relazione intercorrente tra i profili menzionati, rilevando la mancanza della prova dell'accordo criminoso tra i coimputati: tale lacuna non poteva in alcun modo colmarsi sostituendo al *pactum sceleris* la constatazione della mera esistenza di *Scientology*, e della mera adesione dei proseliti all'ente²⁵⁷.

²⁵³ «Sorprensamente», sulla base della natura confessionale dell'ente: Trib. Milano, 2 luglio 1991, in *Dir. eccl.*, 1992, 419.

²⁵⁴ Cass., Sez. II, 9 febbraio 1995, Avanzini e altri, in *Foro it.*, 1995, II, 689.

²⁵⁵ Cass., Sez. II, 9 febbraio 1995, Avanzini e altri, cit. Oltre all'indispensabile, rigoroso vaglio dell'elemento soggettivo, la Corte richiama precedenti già citati – uno su tutti, la sentenza relativa all'omicidio Calabresi – e ribadisce l'erroneità di una valutazione schematica e meccanicistica in riferimento al concorso (morale) in presenza di un'organizzazione gerarchicamente strutturata.

²⁵⁶ Per una ricostruzione del caso più approfondita, anche relativamente ad altri profili essenziali – quali il rapporto tra l'illiceità delle attività della Chiesa di Scientology e il principio di laicità e libertà confessionale costituzionalmente garantite, v. R. BLAIOTTA, *Scientology: una religione al cospetto della legge*, in *Cass. pen.*, 1996, II, 2520 e ss.

²⁵⁷ App. Milano, 5 ottobre 2000, richiamata in E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere*, op. cit., 519.

Nella questione in oggetto, nondimeno, la difficoltà probatoria sembrerebbe altresì quella di evitare l'eccesso opposto: in altri termini, spingersi fino alla totale svalutazione del momento organizzativo della *societas sceleris*, sotto forma di apparato istituzionale dell'ente lecito, attribuendo corrispondentemente un peso determinante al *pactum sceleris*, e provocando così un «salto *normativo e punitivo* dall'istituto del concorso di persone nel reato alla figura di associazione per delinquere»²⁵⁸.

Una questione affine venne affrontata nella lunga e complessa vicenda giudiziaria relativa al *crac Parmalat*. Il processo ebbe grandissima eco per la vastità delle conseguenze sul piano economico e politico-istituzionale ma anche per gli innumerevoli profili di interesse giuridico investiti – pur a voler prendere in considerazione esclusivamente i risvolti attinenti alla responsabilità concorsuale degli imputati.

Si vuole qui richiamare un nodo particolarmente intricato che i giudici di merito si trovarono a risolvere, e che riguardava – per certi versi, similmente a quanto già visto nel caso *Scientology* – il rapporto tra la struttura dell'ente imprenditoriale, l'eventuale sodalizio delinquenziale composto dai medesimi soggetti che, a vario titolo, facevano parte dell'azienda e la commissione in concorso dei singoli delitti imputati²⁵⁹.

La Corte d'Appello di Bologna²⁶⁰ ammise l'esistenza di una «cabina di regia», composta perlopiù dai vertici aziendali e operante internamente all'ente lecito, concependo come possibile, dunque, la contemporanea configurabilità di un'associazione per delinquere, parallelamente a un apparato lecito avente classiche finalità di tipo imprenditoriale. Quest'impostazione, quantomeno teoricamente, permette di discernere la partecipazione all'ente lecito e l'adesione alla *societas sceleris*²⁶¹.

I giudici proseguono con il solito, declamato rifiuto di qualsiasi attribuzione meccanicistica dei delitti-scopo, così come rigettano l'automatica inferenza del fatto

²⁵⁸ Nel senso di «respingere qualsivoglia preconetto sulla (in)fungibilità di strutture sostanzialmente legittime per finalità delinquenziali», ancora E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere*, op. cit., 520.

²⁵⁹ Il paragone incontra un limite evidente, tra gli altri: a differenza di quanto fosse possibile sostenere avendo riguardo alla Chiesa di Scientology, la Parmalat operava senza ombra di dubbio *anche e soprattutto* come organizzazione lecita.

²⁶⁰ App. Bologna, 23 aprile 2012, Barachini (non smentita nella sostanza da Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 25787).

²⁶¹ Cfr. E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere*, op. cit., 521.

partecipativo dal mero concorso in tali illeciti. Tuttavia, accedono a un paradigma di tipo *organizzativo* nella distinzione tra associazione e concorso, valorizzando, da un lato, l'elemento psichico dell'adesione al *pactum sceleris*; dall'altro, il criterio di «mera» *funzionalità* del contributo alla realizzazione del programma criminoso approntato dalla cd. «cabina di regia», con una valutazione della condotta individuale operata *ex ante*, e non *ex post*, come imporrebbe il rigido utilizzo del paradigma causale proposto agli artt. 40 e 41 c.p.²⁶².

Questa affermazione merita qualche precisazione. Com'è noto, la linea di demarcazione tra concorso eventuale e necessario non può dirsi di agevole tracciabilità: né dottrina e giurisprudenza hanno trovato un accordo sul punto. Il criterio dell'*indeterminatezza* del programma criminoso della *societas sceleris* gode tuttora di una certa fortuna, nonostante la sua risalente formulazione²⁶³; pur essendo state avanzate svariate proposte alternative²⁶⁴, la centralità dell'accordo al fine di commettere delitti non appare conoscere smentite²⁶⁵. La natura sfuggente e impalpabile del *pactum sceleris*, difficilmente provabile in giudizio, porta inevitabilmente a conferire un peso dirimente al vaglio della causalità psichica nel concorso – categoria, come visto, eccessivamente malleabile in sede giudiziale; inoltre, contribuisce ad alimentare la confusione nel procedimento di definizione della fattispecie associativa rispetto a quella concorsuale, poiché la consumazione (o il tentativo) dei delitti-fine viene fagocitata nell'architettura probatorio volto a dimostrare la sussistenza del reato plurisoggettivo necessario²⁶⁶.

²⁶² App. Bologna, 23 aprile 2012, Barachini, cit., 87 e ss.

²⁶³ Antecedente alla promulgazione del codice Rocco. E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere*, op. cit., 523.

²⁶⁴ Tra cui, chiaramente, il criterio di tipo *organizzativo*, per cui la fattispecie di cui all'art. 416 c.p. sarebbe configurabile solo in presenza di una organizzazione («anche rudimentale», come talvolta si specifica – critica su questo profilo: A. CORVI, *Alla ricerca del «fatto» penalmente rilevante nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 379 e ss.), e di una predisposizione di mezzi per l'attuazione del programma criminoso. Una soluzione apprezzabile e originale è avanzata da F. PALAZZO, *Associazioni illecite e illecito delle associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 429. Secondo l'Autore, le due ipotesi sarebbero accomunate da una certa spiritualizzazione del contributo singolo: la responsabilità necessariamente individuale è del tutto proiettata sul disvalore del *risultato* della compartecipazione, lasciando sfumata la valenza materiale del singolo contributo. Tuttavia, mentre nel delitto associativo «ogni condotta è tipica solo in quanto si accosti ad altre condotte egualmente tipiche, nel concorso eventuale è sufficiente la tipicità anche di una sola condotta».

²⁶⁵ Così, ad esempio, in Cass., Sez. VI, 13 giugno 1997, n. 5649, Dominante e altri («[L]elemento che discrimina le fattispecie di cui agli artt. 416 e 416bis c.p. dalla semplice compartecipazione criminosa di cui all'art. 110 c.p. è costituito dalla natura dell'accordo criminoso»).

²⁶⁶ E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere*, op. cit., 523. Per una panoramica

Concludendo sul punto, è curioso notare come, massimamente in tema di organizzazioni lecite, al problema della vaghezza tipica dell'art. 110 c.p. si aggiunge l'altrettanto ardua questione della indeterminatezza della norma di cui all'art. 416 c.p.²⁶⁷.

A questo proposito, condivisibilmente, De Francesco sottolinea: «Nasce un connubio perverso, che si sostanzia nell'affermazione automatica di una responsabilità dei membri dell'associazione per tutti i reati commessi in esecuzione del relativo programma criminoso. Poiché chiunque “concorre” con altri è punito e poiché associarsi non sarebbe niente di diverso, in buona sostanza, se non unirsi con altri per il perseguimento di uno scopo, tutti coloro che si uniscano per uno scopo potranno essere considerati concorrenti nella sua realizzazione. Dunque, assistiamo ad una sorta di “sinergia”, per così dire, tra due modelli vaghi, indeterminati, che non presentano connotazioni descrittive univoche, e che sono destinati, per ciò stesso, ad “interferire” inevitabilmente tra loro»²⁶⁸.

Fu durante il periodo del notissimo scandalo «Mani pulite» che la questione della responsabilità concorsuale di vertice, dei cd. colletti bianchi, dirigenti di partiti politici nazionali e di grandi gruppi societari destò incredibile interesse. Come già visto, l'amplificazione della responsabilità penale a titolo di concorso appare tipica nei periodi di «emergenza»; anche con l'esplosione del fenomeno «Tangentopoli» la Corte di Cassazione si è trovata a tentare di arginare l'espansione della responsabilità concorsuale.

Tra le vicende che ebbero maggiore risonanza, per lo spessore dei personaggi coinvolti e per le ingenti somme in ballo, sicuramente si annovera il caso della Metropolitana

generale sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali relativi ai criteri distintivi tra associazione a delinquere e concorso nei reati-fine, v. R. BORSARI – D. PROVOLO, *Associazione per delinquere*, in G. FORNASARI – S. RIONDATO (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Torino, 2013, 37 e ss.

²⁶⁷ Similmente a quanto avviene per il concorso eventuale, questa mancanza di precisione è per certi versi inevitabile e costitutiva, data la natura di clausola di «chiusura del sistema» del delitto associativo: R. BORSARI – D. PROVOLO, *Associazione per delinquere*, op. cit., 24; v. anche A. CORVI, *Alla ricerca del «fatto» penalmente rilevante*, op. cit., 374.

²⁶⁸ G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3492. L'Autore, dopo qualche riga, esprime nero pessimismo sullo stato della questione in esame: «Di fronte a un quadro generale così preoccupante (che altro non rappresenta, se non l'epifenomeno di una posizione che investe tutta la tematica del concorso) non si può sperare, *de iure condito*, in nulla di positivo a proposito del concorso morale nei reati-scopo. La maggiore estensione o limitazione di questa categoria è affidata alla prassi giudiziaria; non vi sono limiti di tipo normativo, limiti assiologici predeterminati, che consentano di evitare tale potenzialità espansiva dello strumento penale».

milanese S.p.A., relativo a versamenti di tangenti al Partito Socialista Italiano; si tratta, qui, di diverse – seppur profondamente connesse – ipotesi di *organizzazioni lecite*: ma i meccanismi di attribuzione della responsabilità, pur quando riferiti alla struttura di un partito politico, appaiono assai simili a quelli già evidenziati in materia di terrorismo o associazione di stampo mafioso²⁶⁹.

Nella sentenza *Craxi*, i giudici di merito avevano fondato il concorso morale sul fatto che l'imputato, in virtù della sua posizione di segretario del P.S.I. e della sua gestione fortemente accentrata, *non poteva non essere a conoscenza* del consolidato sistema di finanziamenti illeciti al suo partito²⁷⁰.

La Suprema Corte censurò tale ricostruzione, che «si pone in deciso contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza (art. 27, comma 1, Cost.) e con la regola che disciplina l'onere della prova nel giudizio penale (sicché in definitiva ne viene inciso anche lo stesso principio di inviolabilità della difesa ex art. 24, comma 2, Cost.), perché essa ancora la prova della responsabilità del Craxi al suo *status* di segretario politico del partito, muovendo non da una consolidata regola di esperienza, ma da un parametro di tipo congetturale [...]. Così ragionando, si ledono i principi che regolano il concorso ex art. 110 c.p., restando indimostrati il collegamento causale della condotta del prevenuto con i fatti e il suo contributo, sia pure solamente morale, ai reati specifici (aspetto *oggettivo* del concorso); e il consapevole legame di un apporto finalistico alla realizzazione di essi, che da tutti i concorrenti deve essere oggetto di rappresentazione e volizione (aspetto *psicologico*)»²⁷¹.

Resta da vagliare se la mancata attivazione del segretario possa integrare gli estremi di un concorso omissivo nel reato commissivo altrui: la risposta è certamente negativa, non esistendo in capo all'imputato alcuna «posizione di garanzia avente come specifico contenuto l'impedimento di reati del tipo di quelli di cui si discute»²⁷².

²⁶⁹ Cfr. A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, 55.

²⁷⁰ V. L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 65

²⁷¹ Cass., Sez. VI, 16 aprile 1998, Craxi e Civardi, in *Riv. pen.*, 1998, II, 672 ss. Corsivo mio. La Corte richiama chiaramente Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, cit. Non nega la valenza del ruolo verticistico e preminente che Craxi ricopriva in seno al partito; tuttavia, questo dev'essere integrato con un complesso di altri elementi specifici, risultando altrimenti non risolutivo ai fini della dimostrazione del concorso nel reato.

²⁷² Cass., Sez. VI, 16 aprile 1998, Craxi, cit. Sarebbe da escludere, naturalmente, la possibilità di convertire

Giunta al nodo cruciale, ovvero al momento dell'indicazione dei parametri per interpretare nel caso specifico le norme sul concorso, la Cassazione lascia una sorta di delega in bianco al giudice del rinvio. «Le insidie “strutturali” del modello causale psichico restano all'interno del sistema d'imputazione e con esse permangono anche le condizioni di instabilità giurisprudenziale»²⁷³.

La pronuncia che forse in quegli anni ha avuto maggiore risalto mediatico fu quella relativa al cd. processo *Cusani* sull'affare Enimont, a causa della rilevanza economica di tale operazione e della dimensione degli illeciti accertati, ma anche del nodo inestricabile di responsabilità e collusione tra vari imprenditori italiani e i massimi esponenti della classe politica²⁷⁴.

La Suprema Corte rinuncia qui ad applicare i suoi criteri rigorosi, riconoscendo la responsabilità per concorso morale nel reato di falso in bilancio commesso dagli amministratori della Montedison S.p.A. in capo a Sergio Cusani, che avrebbe assunto una «posizione di vertice in grado [...] di orientare “teleologicamente” le politiche aziendali in tutte le direzioni, consentite e non»²⁷⁵.

Anche qui, il contributo causale non funge da collegamento tra una singola condotta e uno specifico reato, bensì «tra un *ruolo istituzionale e gestionale* da un lato e un *intero sistema di reati* dall'altro»²⁷⁶. Il ricorrente Cusani obiettò alla sentenza del giudice di merito che per ravvisare il concorso morale non fosse sufficiente l'elemento psicologico;

il contributo naturalisticamente omissivo in concorso morale per rafforzamento – via peraltro già percorsa dalla giurisprudenza in tema di concorso tacito. V. per tutte Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, cit.

²⁷³ In tal senso, A. SERENI, *Istigazione al reato*, op. cit., 56.

²⁷⁴ Questo fu il principale processo celebrato nell'ambito dell'inchiesta «Mani pulite», che coinvolse un gran numero di esponenti della classe politica e vari imprenditori. Il caso riguardava la *joint venture* tra due poli della chimica, Eni e Montedison, a tutta prima favorita da alcuni politici di spicco nella maggioranza e nell'opposizione. Con il fallimento dell'operazione, il denaro ricavato dalla vendita di Montedison a Eni costituì una cospicua tangente a favore del sistema politico, dietro la promessa di defiscalizzare le plusvalenze ricavate. Lo scandalo ebbe dimensioni enormi e grande risonanza mediatica; naturalmente i profili problematici sono numerosi e complessi, e vanno oltre la questione delle forme verticistiche di responsabilità. Per una ricostruzione, v. F. M. AMATO, *Il processo Cusani: profili penal-sostanziali*, in *Foro it.*, 1995, II, 27.

²⁷⁵ Così L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 67. Il Cusani era un consulente molto vigile e operativo, tenuto in gran considerazione da Raoul Gardini, *dominus* del gruppo. V. A. SERENI, *Istigazione al reato*, op. cit., 58.

²⁷⁶ L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 67. Corsivo mio.

la pronuncia di secondo grado non precisava, infatti, quale fosse stata la condotta materiale che avesse fornito «un contributo causale mediante determinazione, rafforzamento o agevolazione del proposito criminoso altrui»²⁷⁷.

In sede di legittimità venne sancito che «proprio la [...] notevole capacità tecnica [del Cusani] poté rendere attuabile il proposito criminoso degli amministratori, offrendo loro i sofisticati strumenti contabili necessari agli occultamenti realizzati nei tre bilanci oggetto delle contestazioni»²⁷⁸.

In sostanza, la Corte non applicò un meccanismo molto diverso da quello già visto per il cd. consenso tacito: non essendo ravvisabile alcun obbligo giuridico di impedire il reato commesso materialmente dagli amministratori, certamente non poteva trattarsi di partecipazione omissiva nel fatto illecito altrui. Eppure tale comportamento, naturalisticamente omissivo, viene convertito in contributo morale in base a un automatismo già visto; e l'istigazione diventa sussidiaria non solo rispetto alle condotte di agevolazione materiale, ma anche rispetto all'obbligo giuridico di impedire l'evento²⁷⁹.

Dunque, disattendendo gli orientamenti precedenti, la Cassazione qui avrebbe omesso di effettuare un controllo sulla prova specifica del concorso, che nel caso di specie pare decisamente mancante, appoggiandosi ad uno schema di tipo deduttivo, che la Corte stessa aveva avuto modo di censurare in alcune delle pronunce già esaminate²⁸⁰.

La questione del concorso morale di Cusani nel reato societario non è, a prima vista, pienamente sovrapponibile con quella, già trattata, del concorso dei soggetti in posizione gerarchicamente rilevante in organizzazioni strutturate in modo unitario e verticistico, così come rilevata dalle Corti nelle pronunce del periodo dell'emergenza terroristica e mafiosa. Tuttavia, i meccanismi adottati nel giudizio non sono dissimili da quelli già analizzati; nondimeno, può notarsi come la Suprema Corte abbia più volentieri allargato le maglie delle garanzie in un processo come questo, espressione massima della tensione

²⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Cass. pen.*, 1998, 3113.

²⁷⁸ Cass., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, cit., 3113.

²⁷⁹ Parla di responsabilità dalla natura «ibrida» L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 67.

²⁸⁰ Scrive A. SERENI, *Istigazione al reato*, op. cit., 60, che «tale lacuna viene colmata attraverso una deduzione logica, perché intendendo la serie degli illeciti come una *sequenza necessaria*, l'*input* iniziale istigatore, inteso a sua volta come inizio di una sequenza necessaria, estende *logicamente* la sua efficacia lungo tutto il percorso criminoso, indipendentemente dalla sua complessità, e pure a prescindere dalla mediazione di autonome iniziative altrui».

tra i principii costituzionali posti a garanzia dell'imputato e le istanze di giustizia sostanziale (... e simbolica?).

Le sentenze *Craxi* e *Cusani* sono indubbiamente collidenti: il principio di personalità della responsabilità penale ha, nei due casi, esiti applicativi del tutto eterogenei. «Laddove la Cassazione invita l'interprete ad adottare criteri di ricognizione causale selettivi ed effettivi, rimane fatalmente nel vago circa l'individuazione dei medesimi; laddove invece la Cassazione abbraccia la tesi della giurisprudenza di merito, individuando forme verticistiche di responsabilità sotto la veste del concorso morale, la causalità psichica diventa un insidioso catalizzatore automatico della responsabilità individuale, difficilmente giustificabile alla luce di un principio diverso dal *versari in re illicita*»²⁸¹.

7. Il principio di personalità della responsabilità penale e i crimini di massa: il caso Astiz.

Più di recente, la giurisprudenza italiana si è trovata a dover affrontare il problema della responsabilità dei vertici di strutture organizzate di potere nell'ambito di crimini commessi durante la dittatura militare di Videla in Argentina, volti soprattutto a reprimere il cd. «terrorismo eversivo di sinistra».

A dare origine al processo a carico del tenente Alfredo Ignacio Astiz furono il sequestro e la successiva sparizione di tre cittadini italiani, detenuti e torturati nel centro clandestino all'interno dell'ESMA²⁸².

In primo grado il processo riguardò cinque ufficiali della Marina Militare, accusati di aver cagionato la morte dei tre Italiani agendo in concorso tra di loro, con l'ammiraglio Massera e con altri soggetti non identificati, nell'ambito del «Processo di Riorganizzazione Nazionale», con le aggravanti della premeditazione, di aver adoperato sevizie e agito con crudeltà.

²⁸¹ Così, efficacemente, L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 67 e ss.

²⁸² Per un'ampia e precisa ricostruzione dei fatti, si rimanda, anche per quanto segue, a E. MACULAN, *La responsabilità dei soggetti con poteri di comando e controllo di organizzazioni criminali per gli omicidi commessi dagli aderenti sottoposti*, in *Cass. pen.*, 2010, I, 135 e ss.

Tralasciando le numerose ed interessanti questioni che il caso *Astiz* pone sotto vari punti di vista (giurisdizione del giudice italiano, applicabilità della norma internazionale sul genocidio, prova dell'evento morte...), ci si concentrerà qui, naturalmente, sul profilo del rispetto del principio della personalità della responsabilità penale.

In tutti e tre i gradi di giudizio, si prese atto dell'impossibilità di risalire agli esecutori materiali dei singoli delitti: da un lato, a causa della segretezza e della clandestinità con cui le operazioni di sparizione forzata erano condotte; dall'altro per la struttura stessa dei crimini di massa, che interessa l'intero apparato repressivo, per cui appare impossibile isolare le singole condotte di concorso. La Corte d'Assise aggirò l'ostacolo notando che «nell'attuale procedimento non rileva chi siano gli ignoti che materialmente hanno gettato dagli aerei i prigionieri [...] poiché è ampiamente provata l'unitarietà della condotta dei militari»²⁸³.

Il giudice dell'impugnazione confermò sostanzialmente quanto emerso in primo grado, e condannò gli imputati Vildoza e Acosta come *autori* in concorso: la responsabilità di questi venne dedotta proprio dalla posizione apicale che tali soggetti rivestivano all'interno dell'apparato. Anche la condanna di Astiz in qualità di *coautore* fu confermata, poiché si ritenne raggiunta la prova del fatto che i suoi comportamenti si inserirono nella serie causale che portò alla – presunta – morte dei tre cittadini italiani.

Nella sentenza definitiva della Corte di Cassazione, fu riconosciuto che il tenente Astiz fornì un *contributo materiale* alla commissione degli illeciti²⁸⁴, e al tempo stesso gli fu attribuita un'ulteriore responsabilità a titolo di *istigatore*, per aver rafforzato il proposito dei subordinati a commettere i crimini in oggetto²⁸⁵.

Si è già notato come nei periodi di emergenza la Corte si sia trovata in difficoltà nel

²⁸³ Ass. Roma, Sez. II, 14 marzo 2007, come riportata da E. MACULAN, *La responsabilità dei soggetti con poteri di comando*, op. cit., 138.

²⁸⁴ Si legge in Cass., Sez. I, 26 febbraio 2009, *Astiz*, in *Cass. pen.*, 2010, I, 133: «A dispetto della mancanza della dimostrazione di personali contatti tra l'ufficiale e le altre persone offese – l'imputato colla zelante collaborazione prestata in posizione (se non apicale, pur tuttavia di indubbio rilievo) nella gestione della struttura carceraria criminale ove erano ristrette le vittime, ha offerto un contributo materiale alla causazione degli omicidi, in quanto, per l'appunto, la privazione della libertà dei sequestrati era istituzionalmente preordinata anche alla prospettiva della loro soppressione, della quale costituiva necessaria premessa e condizione».

²⁸⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 26 febbraio 2009, *Astiz*, cit., 133: «E, comunque, A. ha rafforzato, col proprio conforme delittuoso *contegno di adesione* alla scellerata repressione, la determinazione dei compartecipi (non identificati), i quali eseguirono personalmente gli assassinii». Corsivo mio.

fornire un'applicazione corretta e incensurabile delle norme sul concorso, che spesso mal si attagliano a forme di partecipazione più sfumate, tipiche degli illeciti commessi all'interno di strutture organizzate. Questo è un caso che si pone al limite: si parla di crimini atroci, commessi nell'ambito di un apparato statale di stampo dittatoriale, preordinato alla repressione violenta del dissenso.

La formulazione vaga dell'art. 110 c.p. e il riferimento al modello di equivalenza causale hanno consentito di espandere indebitamente l'area del concorso, permettendo di qualificare l'Astiz e gli altri imputati come *autori* in virtù di una concatenazione causale di azioni ed eventi, in cui perde di importanza l'individuazione del soggetto che concretamente, materialmente ha commesso il reato: di gran lunga più importante appare l'esigenza di punire severamente coloro che erano ai *vertici* dell'apparato.

La massima della Suprema Corte sembra disattendere del tutto gli orientamenti precedentemente manifestati, più rigorosi nel rispetto del principio della personalità della responsabilità penale e, dunque, più attenti alla prova del contributo materiale.

Inoltre, che la prova del concorso morale possa essere raggiunta solo sulla base del «contegno di *adesione* alla scellerata repressione», fondata sul ruolo preminente svolto dall'Astiz all'interno della struttura repressiva, senza che sia determinato né l'oggetto né il destinatario dell'istigazione, appare indubbiamente insostenibile.

Senza dubbio, appare quantomeno opinabile la scelta di qualificare – all'interno della medesima pronuncia! – un soggetto allo stesso tempo come (co)autore, istigatore, e complice materiale di un reato, sebbene, come visto, questo atteggiamento si collochi pacificamente nella consolidata prassi del giudice italiano, avallata dal dato positivo: se nel nostro ordinamento qualificare la partecipazione criminosa in termini di autoria o di complicità non ha alcuna rilevanza sul piano tipico, né processuale²⁸⁶, ciò non significa che la definizione del titolo di responsabilità concorsuale dell'imputato possa avvenire con totale imprecisione e sciattezza, anche in considerazione della rilevanza di una sentenza di condanna di questo tipo in termini di impatto, per così dire, «sociale»²⁸⁷.

Qualificare l'Astiz come istigatore appare riduttivo rispetto al ruolo che egli rivestiva all'interno della struttura e rispetto al grave disvalore delle sue condotte; nondimeno,

²⁸⁶ Cfr. quanto esposto al Cap. II, Parte I, Par. 3.

²⁸⁷ E. MACULAN, *La responsabilità dei soggetti con poteri di comando*, op. cit., 148.

l'attribuzione della responsabilità a titolo di concorso morale sembra in effetti ricalcare piuttosto fedelmente i precedenti orientamenti della Corte.

D'altro canto, appaiono insuperabili gli ostacoli che impediscono la qualificazione dell'imputato come coautore²⁸⁸; difficoltà che il giudice di legittimità pare trascurare, optando per l'accoglimento di *standard* probatori di gran lunga inferiori a quelli richiesti nelle sentenze già esaminate.

La scelta della Corte, anche in questo caso, appare rispecchiare l'indeterminatezza della norma, nel momento in cui rivela il disorientamento dell'interprete, che si trova a dover applicare delle disposizioni che mal si attagliano al caso concreto, che in questa circostanza appare costellato da peculiari difficoltà probatorie, e specialmente caratterizzato da una estrema de-personalizzazione del contributo individuale per via delle dimensioni massive dell'illecito collettivo.

8. Rilievi conclusivi.

Dall'analisi finora svolta emerge come nell'attribuzione della responsabilità ai soggetti in posizione apicale in «organizzazioni gerarchicamente strutturate», la fondamentale cifra distintiva sia data proprio dall'organizzazione e dalla sua struttura.

La constatazione dell'unitarietà del sodalizio e della sua costruzione in senso piramidale e verticistico ne rimarca la pericolosità, da un lato; dall'altro, facilita notevolmente l'accertamento processuale del giudizio di responsabilità, in contesti caratterizzati dalla segretezza e dalla clandestinità, nonché da regole di comportamento e codici, per cui spesso appaiono superflui ordini o mandati a commettere delitti²⁸⁹.

Anzitutto, è da notare la problematicità dell'impiego di parametri di questo tipo all'interno del processo penale: la loro applicazione dovrebbe essere ponderata, avvenire con cautela; tanto, probabilmente, da ritenere di doverne diminuire significativamente

²⁸⁸ Si rimanda nuovamente all'analisi di E. MACULAN, *La responsabilità dei soggetti con poteri di comando*, op. cit., 147 e ss., in cui si contesta in particolare il richiamo della Corte d'Assise all'esecuzione frazionata: in effetti, le condotte contestate agli imputati non si atteggiavano come frazioni del fatto tipico, bensì piuttosto come suoi antecedenti causali.

²⁸⁹ G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, op. cit., 27.

l'operatività²⁹⁰. La massima di esperienza, peraltro, in casi come quelli sinora richiamati, risente di un limite ineliminabile che si esprime nella sua contingenza storica: la presa di consapevolezza dell'interprete si svela con evidenza, generalmente, nel passaggio da fasi «emergenziali» a fasi «fisiologiche» della prosecuzione penale; in questo senso, l'approfondimento degli studi di settore (criminologici, sociologici, antropologici...) può certamente aiutare il giurista – e di conseguenza il giudice, in sede giudiziale – nella delineazione di un quadro più completo entro cui stabilire limiti e condizioni di validità delle massime in possesso²⁹¹.

Chiarita la costruzione gerarchica dell'organizzazione, e constatata la difficoltà di ricostruzione delle responsabilità individuali, sfumate e intrecciate nella struttura stessa dell'associazione, la tentazione in cui è sovente caduta la giurisprudenza – soprattutto di merito – è quella di affidarsi ad un criterio semplificato di accertamento; tendenza che consente di attribuire agevolmente maggiori carichi sanzionatori ai soggetti che rivestono ruoli primari nel tessuto organizzativo²⁹².

Il legame così stabilito tra fatto e *status* rivestito dal soggetto è certamente contrario al dettato dell'art. 27, comma 1, Cost., che sancisce la personalità della responsabilità penale; la circostanza che tale legame sia congetturale e preventivo, appoggiato all'utilizzo di parametri astratti e presuntivi, appare inoltre violare il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.) e dell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.)²⁹³.

²⁹⁰ Cfr. A. CORVI, *Regole di esperienza*, op. cit., 792: «Non solo le regole in materia probatoria, ma pure gli stessi principi sostanziali che governano la responsabilità penale impongono una particolare attenzione nell'uso di questi strumenti. È così doveroso sottolineare che la massima non è una regola sostanziale, da cui possa discendere immancabilmente la conclusione positiva circa la penale responsabilità dei vertici per i delitti commessi dagli altri membri dell'associazione, ma uno strumento utile finché consente una coerente ricostruzione del materiale probatorio».

²⁹¹ Sul tema, v. G. BORRELLI, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della «contiguità mafiosa»*, in *Cass. pen.*, 2007, 1077 e ss., nel senso di evitare una generalizzazione delle massime, incentivando la verifica endoprocessuale della validità delle stesse. Con particolare enfasi, esprimendo contrarietà a un'adesione acritica e semplicistica allo *slogan* della «mafia come ordinamento giuridico», G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive*, 3508.

²⁹² A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo*, op. cit., 152.

²⁹³ In tal senso A. GAMBERINI, *Responsabilità per reato associativo*, op. cit., 153. *Contra, ex multis*, la pronuncia relativa ai fatti di aggotaggio nella vicenda Parmalat (Cass., sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932, 35: «Considerata la generale, ma esplicita, allusione al “concorso tra loro e con altri” [...], non ricorre un'ipotesi di mutamento della contestazione qualora l'imputato, cui sia stato contestato di essere l'autore materiale del reato, venga riconosciuto responsabile a titolo di concorso morale in esso, tale

Sembrerebbe superfluo – ma non lo è – ribadire che, in base a una corretta applicazione della norma, anche per il partecipe «qualificato» è necessaria la prova dell'elemento oggettivo e soggettivo del concorso, che si rivela nei fatti particolarmente ardua. In effetti, «negli apparati di potere, i vertici rischiano molto meno degli esecutori del reato posti ai livelli gerarchici inferiori, proprio a causa del loro diverso collocamento: molto più vicini all'evento (e quindi più visibili agli occhi del giudice) gli esecutori, molto più lontani (e quindi meno visibili) i mandanti»²⁹⁴.

Tuttavia, anche tale prova rischia di essere snaturata dall'ampiezza delle categorie applicate quando si tratta di illecito plurisoggettivo. In particolare, si è già visto in precedenza come il nesso causale si atteggi in modo del tutto peculiare nelle fattispecie di concorso, e come si sia arrivati ad abbracciare la nozione quasi unanimemente accettata, per quanto problematica, di causalità agevolatrice o di rinforzo²⁹⁵.

«In buona sostanza, l'elemento “oggettivo” del reato è tale solo in apparenza, perché la possibilità di riconoscerne l'esistenza è concessa entro confini talmente ampi da far sì che risulti del tutto marginale l'eventualità che si arrivi a negare l'influenza della singola condotta sull'accrescimento delle *chances* di realizzazione di un determinato fatto delittuoso»²⁹⁶.

L'indeterminatezza concernente il profilo materiale, oggettivo della condotta non può non riflettersi sull'elemento soggettivo della partecipazione, e nel concorso morale tale meccanismo è particolarmente evidente: il profilo psicologico rischia di essere così riconosciuto «secondo parametri di corrispondente ampiezza e latitudine»²⁹⁷.

C'è chi vede nella verifica dell'elemento soggettivo una via capace di supplire alla vaghezza insita nell'accertamento del profilo causale; l'esistenza dell'organizzazione, in

modificazione non comportando una trasformazione essenziale del fatto addebitato, né potendo provocare menomazione del diritto di difesa»).

²⁹⁴ V. A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, op. cit., 54.

²⁹⁵ Il problema della causalità di rinforzo è già stato brevemente affrontato nella prima parte del secondo capitolo; sembrerebbe appropriato qui rimarcare una fondamentale pronuncia della Corte di Cassazione che, richiamando la ben nota sentenza *Franzese*, confermò il principio in base al quale «occorre ribadire che pretese difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto e degli elementi oggettivi che lo compongono non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di causalità»: Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3750.

²⁹⁶ Così G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1281: «L'estrema latitudine sul piano “causale” attribuita alle condotte di partecipazione non può non condurre a rendere del tutto evanescente il profilo “materiale” delle forme di concorso nel reato».

²⁹⁷ G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, op. cit., 1281.

cui il reato associativo si sostanzia, finisce col porsi, se non in chiave di *condicio sine qua non*, almeno in termini di agevolazione rispetto ai delitti-scopo: così pare opportuno cercare una soluzione sul piano del dolo²⁹⁸.

La visione contraria non manca di notare come, innanzitutto, per tale via si attribuisca presuntivamente rilevanza concorsuale alle attività funzionali all'organizzazione; inoltre, «a prescindere da questo rilievo, questo approccio “scarica” il problema della distinzione su un elemento, il dolo, che – com'è noto – risulta “di prova difficile”, o meglio rimesso [...] al reticolo delle prove indirette di matrice presuntiva»²⁹⁹.

È controverso che tale questione abbia reale consistenza dogmatica³⁰⁰. Autorevole dottrina, valorizzando le massime garantiste del giudice di legittimità, ha sostenuto che certa giurisprudenza non avrebbe mai «risolto il problema della compartecipazione sminuendo il valore dell'efficacia causale dei singoli contributi e attribuendo il predominio a componenti soggettive [...]. Il problema è, invece, di *come* in queste decisioni i giudici abbiano raggiunto la prova della sussistenza di un effettivo apporto causale fornito dagli organizzatori della banda alla realizzazione del reato-fine»³⁰¹.

La questione che preme notare è come l'esistenza stessa di un'associazione, e lo svolgimento di attività ad essa proprie, siano estremamente valorizzate sul piano causale dell'attuazione dei reati programmati³⁰². Come già sottolineato, usare lo schermo dell'associazione per sostenere la responsabilità dei capi del sodalizio in qualità di *concorrenti morali* «vuol dire in realtà o riferirsi ad una responsabilità oggettiva fondata sul possesso di una posizione di supremazia, oppure affermare che l'attività associazionistica criminosa è essa stessa elemento di concorso nelle fattispecie plurisoggettive concernenti l'esecuzione dei delitti programmati»³⁰³.

²⁹⁸ Questa è la proposta di G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo*, op. cit., 46. Secondo l'Autore, il dolo necessario alla configurazione delle fattispecie associative dovrebbe essere in qualche modo «arricchito»: e il *quid novi* è «l'acquisizione della conoscenza che quel tipo di reato, già genericamente prefigurato come oggetto del programma associativo, è stato, per così dire, posto in cantiere, concretamente, sul piano operativo».

²⁹⁹ La critica è di T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato*, op. cit., 765.

³⁰⁰ A sottolineare la dimensione essenzialmente probatorio-processuale, su tutti, T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato*, op. cit., 761 e ss.

³⁰¹ C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi*, op. cit., 926 e ss., relativamente alla giurisprudenza di lotta al terrorismo.

³⁰² Cfr. E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 25.

³⁰³ E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 25 e ss.

Occorrerebbe dunque, chiaramente, evitare di compattare reato associativo e fattispecie concorsuale³⁰⁴. Il diaframma del reato associativo ha consentito alla giurisprudenza di fondare la responsabilità concorsuale dei capi in base a elementi quali l'organizzazione, la programmazione di massima dei reati e la predisposizione di mezzi; ma poi «tanto poco la Corte stessa credeva a questi elementi che alla fine contraddittoriamente afferma che i capi rispondono per “concorso morale”»³⁰⁵.

Guardando la questione dalla prospettiva opposta – com'è emerso con chiarezza nella pur limitata analisi relativa alle organizzazioni «lecite» – la realizzazione dei reati-scopo costituisce, specularmente, prova del sodalizio criminoso³⁰⁶; e l'area di sovrapposizione tra i due istituti si espande ancora se si tengono a mente alcuni dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza di legittimità al fine di ammettere la partecipazione all'associazione, come ad esempio la necessità di svolgere un ruolo *dinamico* all'interno dell'organizzazione³⁰⁷.

Naturalmente, la prospettiva è quella di doversi guardare dal concretissimo rischio di valutare due volte lo stesso comportamento: da un lato affermando la responsabilità dell'organizzatore ai sensi della fattispecie associativa; dall'altro, incriminando lo stesso soggetto alla luce dei medesimi elementi a titolo di concorso eventuale, in palese

³⁰⁴ F. PALAZZO, *Associazioni illecite*, op. cit., 422, propone un'interessante prospettiva, che si appunta sulla distinzione fondamentale tra reati *di associazione* e reati *dell'associazione*, alla luce dei principi costituzionali della necessaria personalità della responsabilità penale e della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.

³⁰⁵ Con riferimento specifico agli episodi del terrorismo alto-atesino: E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 26.

³⁰⁶ Per una sintetica critica su questo specifico punto, seppure nell'ottica del differente e ben più discusso problema del concorso esterno, v. F. BERTOROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1273 e ss.

³⁰⁷ Ad esempio, Cass., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 3823. Cfr. anche Cass., sez. II, 22 gennaio 2010, n. 5424: «In tema di associazione per delinquere, la ripetuta commissione, in concorso con i partecipi al sodalizio criminoso, di reati-fine integra, per ciò stesso, gravi, precisi e concordanti indizi in ordine alla partecipazione al reato associativo, superabili solo con la prova contraria che il contributo fornito non è dovuto ad alcun vincolo preesistente con i correi e fermo restando che detta prova, stante la natura permanente del reato *de quo*, non può consistere nell'allegazione della limitata durata dei rapporti intercorsi». Recentemente, è stato suggerito che una nozione «forte» di organizzazione dovrebbe connotare la fattispecie associativa, in modo da conferirle maggiore autonomia rispetto ai singoli reati-fine – ad esempio, l'esistenza di vere e proprie normative interne, che disciplinino l'ingresso dei nuovi membri, presiedano alle fasi deliberative e a cui si informino le condotte degli adepti; la presenza di più soggetti (essendo tre individui insufficienti a comporre un'organizzazione strutturata in senso gerarchico e improntato alla rigida divisione di ruoli e competenze): A. CORVI, *Alla ricerca del «fatto» penalmente rilevante*, op. cit., 385 e ss. Nel senso di conferire autonomia all'illecito di parte speciale a partire dal dato positivo (mediante la valorizzazione dell'inciso «... per ciò solo...»), S. DEL CORSO, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1985, 626.

contrasto col principio di *ne bis in idem* sostanziale³⁰⁸.

È necessario ricordare che nelle organizzazioni complesse qui menzionate l'esecutore materiale del reato è sempre un individuo libero e responsabile, e non può che essere punito come *concorrente*: allo stesso modo, *concorrono* i vertici dell'associazione, che vedono compensata la perdita di vicinanza al fatto con la crescente misura di signoria organizzativa³⁰⁹; il percorso giurisprudenziale appena proposto mostra assoluta noncuranza nella corretta classificazione nominale degli apporti concorsuali.

D'altro canto, le categorie tradizionali di autoria, istigazione ed accordo sembrano mal attagliarsi ai casi in esame, perché potrebbe benissimo non esserci alcun rapporto diretto tra vertici e base dell'organizzazione: «la volontà responsabile dell'esecutore, che normalmente pone uno spesso diaframma tra il determinatore e il fatto, e può spingere il determinatore in una zona marginale della partecipazione, non ha questa forza in rapporto ad “apparati di potere organizzati”»: e ciò, sostanzialmente, poiché l'esecutore è *fungibile*³¹⁰.

Il concetto di fungibilità dell'esecutore rimanda direttamente alla teoria roxiniana³¹¹; un ragionamento non molto dissimile, si potrebbe dire speculare, viene compiuto dalla giurisprudenza italiana quando, specialmente in materia di brigatismo, parla di *essenzialità* del ruolo dei capi del sodalizio criminoso³¹².

Infine: nelle pronunce appena richiamate, appare evidenziabile, innanzitutto, un *deficit* dell'interpretazione causale nella selezione dei contribuiti concorsuali, particolarmente

³⁰⁸ La critica è mossa da C. RAPISARDA, nota a Ass. Torino, 26 luglio 1983; Ass. Genova 26 febbraio 1983; Ass. Roma, 24 gennaio 1983, cit., 190, richiamando il pensiero di E. GALLO, *Concorso di persone nel reato*, op. cit., 1 e ss. *Contra*, G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo*, op. cit., 46, che contesta il rilievo di Ettore Gallo per cui le condotte associative sono già di per sé punibili: «Non v'è alcun principio generale che impedisca di considerare rilevanti, ai fini della commissione di determinati reati, condotte già di per se stesse sanzionate come illecite e autonomamente punibili. Né sembra possibile dimostrare sul piano del concorso di norme, che la condotta di partecipazione all'associazione sia “speciale” rispetto a quella di concorso nel delitto scopo».

³⁰⁹ Così S. MOCCIA, *Autoria mediata e «apparati di potere organizzati»*, in *Arch. pen.*, 1984, 389 e ss.

³¹⁰ S. MOCCIA, *Autoria mediata*, op. cit., 390, in una breve ma efficace analisi di compatibilità tra ordinamento italiano e categorie dogmatiche mutate dalla dottrina tedesca.

³¹¹ Della teoria di Claus Roxin e del suo impatto nella giurisprudenza tedesca e internazionale si tratterà nei capitoli seguenti.

³¹² L'equazione essenzialità-infungibilità viene proposta da C. RAPISARDA, nota a Ass. Roma, 24 gennaio 1983, Andriani, op. cit., 190.

avallato dai continui richiami all'istituto del concorso morale. Ciò ha spesso generato una configurazione di ipotesi verticistiche di responsabilità, espressione di una perdita secca di garanzie, sia in prospettiva sostanziale, sia dal punto di vista dell'accertamento probatorio³¹³.

Tuttavia, se è ormai assodato e pacifico che simili indirizzi interpretativi finiscano con l'enfatizzare il difetto di determinatezza dell'art. 110 c.p., non altrettanto chiaro è se, e fino a che punto, l'indirizzo estensivo della giurisprudenza dipenda dall'opzione di tecnica normativa adottata dal Codice Rocco³¹⁴.

Per meglio comprendere l'incidenza che la scelta del legislatore italiano in tema di tipizzazione delle fattispecie di concorso ha avuto sugli orientamenti giurisprudenziali appare utile un'analisi comparata della questione, che verrà svolta nel capitolo seguente.

³¹³ Cfr. L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 65.

³¹⁴ Per questi rilievi si rimanda ad A. SERENI, *Istigazione al reato*, op. cit., 61.

CAPITOLO III

UN MODELLO DIFFERENZIATO DI PARTECIPAZIONE: LA DISCIPLINA TEDESCA

SEZIONE I

TÄTERSCHAFT E TEILNAHME NELLO STRAFGESETZBUCH. IL DIBATTITO INTORNO ALLA DISTINZIONE

SOMMARIO: 1. La scelta del modello differenziato di tipizzazione delle condotte. – 1.1. *Introduzione.* – 1.2. *Le forme di autoria: il § 25 StGB.* – 1.3. *I partecipi: l'istigatore e il complice. La questione della soglia minima di partecipazione.* – 2. I dibattiti sul confine tra autoria e partecipazione. – 2.1. *Le teorie oggettive e soggettive.* – 2.2. *Le Tatherrschaftslehren.* – 2.3. *La teoria roxiniana del dominio sul fatto.* – 2.4. (segue): *l'Organisationsherrschaft.*

1. La scelta del modello differenziato di tipizzazione delle condotte.

1.1. Introduzione.

Il legislatore tedesco ha approntato un modello interamente dogmatico-categoriale, in cui l'intera valutazione della tipologia del contributo riposa sul piano della tipicità¹.

Lo studio della disciplina prevista dal codice tedesco in materia di reato concorsuale è di grande interesse in chiave comparatistica, in quanto le scelte di tecnica normativa qui operate appaiono diametralmente opposte rispetto a quelle effettuate dal legislatore italiano del 1930.

¹ Cfr. D. KIENAPFEL, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, op. cit., 25.

La rubrica del titolo fornisce inequivoche indicazioni in tal senso: il capo III del Codice Rocco contiene la formula vaga e omnicomprendente di «Concorso di persone nel reato»; al contrario, lo *Strafgesetzbuch* richiama già la fondamentale dicotomia tra *Täterschaft* e *Teilnahme*. Si è già trattato in precedenza l'argomento del modello cd. differenziato di tipizzazione del fatto in relazione alle previsioni del codice Zanardelli²; l'obiettivo è qui di approfondire come questa opzione legislativa sia stata declinata nel codice penale tedesco, e come il pensiero giuridico abbia affrontato le insidie poste dal dettato normativo.

Il codice italiano previgente, nel tentare di tracciare una linea di demarcazione tra autoria e partecipazione, procedeva a una descrizione piuttosto prolissa delle possibili modalità di realizzazione del contributo concorsuale; il legislatore tedesco, invece, prevede normativamente solo le condotte di autoria, coautoria, istigazione e agevolazione, evitando di delineare i presupposti applicativi con definizioni particolarmente dettagliate. Inoltre, come si vedrà, lo *Strafgesetzbuch* non traccia alcuna linea di demarcazione tra cooperazione necessaria e non necessaria, concentrando la distinzione sul trattamento sanzionatorio tra autoria e complicità³.

Come già accennato al primo capitolo, nell'evoluzione del pensiero giuridico tedesco non sono mancate voci a sostegno della soluzione unitaria, preferibile principalmente per questioni di economia processuale e di maggiore duttilità applicativa. In quest'ottica, non pare un caso, peraltro, che la materia delle *Ordnungswidrigkeiten*, necessariamente ispirata a principi di agilità e speditezza, si regga tuttora su un concetto unitario di partecipazione⁴.

Tuttavia, complessivamente, la soluzione cd. unitaria accolta nel nostro codice è

² Si rinvia al capitolo I, par. 5.

³ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 102.

⁴ § 14 OWiG «Beteiligung»: «Beteiligen sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, so handelt jeder von ihnen ordnungswidrig. Dies gilt auch dann, wenn besondere persönliche Merkmale, welche die Möglichkeit der Ahndung begründen, nur bei einem Beteiligten vorliegen».

La dottrina tedesca non ha mai sollevato gravi obiezioni verso tale modello di disciplina: è evidente che in questo caso la «semplificazione» adottata sembra accettabile. Si tratta, infatti, di illeciti di natura contravvenzionale, dunque tendenzialmente coperti da garanzie meno stringenti, soprattutto poiché soggetti generalmente a sanzioni meno afflittive. Sul tema, tra gli altri, J. WELP, *Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, in *VOR*, 1972, 299 e ss. e D. KIENAPFEL, *Zur Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, in *NJW*, 1983, 2236 e ss.

guardata con diffidenza e preoccupazione. Lo svilimento della distinzione tra il concetto di reità e quello di partecipazione sul piano della tipicità – è stato sostenuto – porterebbe a negare valenza «strutturale e assiologica» alle due diverse figure, che perderebbero i loro contorni limitandosi così a costituire semplicemente dei criteri di commisurazione della pena⁵. L'*Einheitstäterbegriff* sarebbe fondato sull'inaccettabile principio dell'equivalenza causale, pregiudicando in tal modo la funzione garantista delle fattispecie incriminatrici di parte speciale. In particolare, porre l'accento sul nesso causale significherebbe accantonare il principio di tassatività e determinatezza in favore di un diritto penale dell'autore; il modello unitario, dunque, sebbene accettabile nel campo del *Fahrlässigkeitsdelikte* in ragione delle meno pressanti esigenze di tipicità, si rivelerebbe inadeguato se introdotto come regola di parte generale⁶.

Inoltre, sarebbe alto il rischio di arbitrii «sia nella commisurazione giudiziale della pena dei concorrenti, sia nella delimitazione delle condotte punibili a titolo di tentativo rispetto a quelle meramente preparatorie»⁷.

Icastica in proposito la chiosa di Volk: «Wir sind auf dem sonnigen Gipfel der Dogmatik angelangt und brauchen auf den nebligen Sumpf der Einheitstäterschaft nur einen kurzen Abschiedsblick zu werfen»⁸.

⁵ 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. e proc. pen.*, 2002, 290.

⁶ In tal senso G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 422. Si legge in P. CRAMER, *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 396: «Der Einheitstäterbegriff macht also die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme überflüssig und beseitigt damit viele Abgrenzungsschwierigkeiten, wirft aber dafür neue Probleme auf. Wegen seines vergrößernden Maßstabes ist er jedoch für das Strafrecht mit seinen einschneidenden Rechtsfolgen ungeeignet».

⁷ Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 7 e ss; G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 422, riporta la critica relativa alla punibilità di ogni tentativo di concorso nella realizzazione di fattispecie che prevedono la pena per il tentativo causata dall'accoglimento del «modello unitario», e nota come paradossalmente l'ordinamento italiano non punisca il tentativo di concorso, contrariamente a quanto avviene in Germania in base alla previsione del § 30 StGB.

⁸ K. VOLK, *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *FS-Roxin*, op. cit., 563; in senso conforme anche M. MAIWALD, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, op. cit., 344, il quale, trattando dello sviluppo della materia dal Medioevo a oggi, scrive: «Die Einheitstäterlösung des “mitgegangen, mitgehangen” steht am Beginn dieser Entwicklung, die Herausbildung der drei Formen: Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe an ihrem Ende». Rarissimi gli Autori che non sostengono la superiorità teorica del modello differenziato, tra cui G. SCHWALM, *Zu einigen ungelösten Problemen (Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder Selbsttötung)*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, 551 e ss.

La chiave di volta sta nell'intendersi sul significato reale di «modello unitario»: la dottrina tedesca tradizionale tende a identificare tale formula con quella della concezione estensiva d'autore⁹.

Accogliendo tale nozione, le norme riguardanti la mera partecipazione al reato concorsuale, qualora prevedano un'attenuazione di pena rispetto a quella prevista per l'autoria, rappresenterebbero cause di restrizione della pena (*Strafeinschränkungsgründe*)¹⁰; al contrario, accedere ad una concezione restrittiva di autore porterebbe inevitabilmente a concepire la disciplina sul concorso come causa di estensione della pena (*Strafausdehnungsgrund*)¹¹.

Sia presso la dottrina italiana, sia presso quella tedesca, è ormai opinione consolidata e pacifica che le norme sulla partecipazione costituiscano, similmente a quanto avviene per l'istituto del tentativo, delle norme «estensive» dell'ordinamento¹². Per il codice, è autore chi realizza personalmente la fattispecie, sicché i §§ 26 e 27 non farebbero che ampliare lo spettro della punibilità, integrando il concetto restrittivo di autoria¹³.

Come già visto, la disciplina italiana, che trae fondamento da un concetto ampio e indifferenziato volto alla tipizzazione causale delle condotte, ha portato gli studiosi a concentrarsi precipuamente sul significato e la portata dell'*ursächlicher Beitrag*.

Nondimeno, la disciplina tedesca basata sul modello differenziato, apparentemente più

⁹ In tal senso, ad esempio, P. CRAMER, *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 397: «Dogmatische Grundlage dieser Lehre ist das Prinzip von der Gleichwertigkeit aller Erfolgsbedingungen, wie sie die Äquivalenztheorie zugrunde liegt. Täter ist nach dieser Auffassung jeder, der eine Bedingung zur Tatbestandsverwirklichung setzt, ohne dass es auf die Bedeutung seines Beitrages ankäme». V. anche J. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, 13 e ss. Una critica al modello unitario inteso come concezione estensiva di autore è anche quella, già richiamata nella prima parte del secondo capitolo, di W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 82.

¹⁰ Così P. CRAMER, *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 395: «[...] nach dieser Auffassung müssten Anstiftung und Beihilfe “an sich” als Täterschaft bewertet werden, sie würden jedoch vom Gesetz nicht als solche behandelt, sondern in den §§ 26, 27 besonders geregelt. Diese Regelungen wären demnach “Strafeinschränkungsgründe”, welche die aus den einzelnen Strafgesetzen sich jeweils ergebende Täterhaftung für diese Formen der Beteiligung einschränken würden».

¹¹ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 186.

¹² Nel senso di considerare le norme del concorso come *Strafausdehnungsgründe*, al pari delle norme sul tentativo, si rimanda anche all'introduzione di A. CHARALAMBAKIS, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe*, in *FS-Roxin*, op. cit., 625.

¹³ Così H. TRÖNDLE, in H. TRÖNDLE – T. FISCHER (a cura di), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1999, 184: «[...] das Gesetz nur den als Täter ansieht, der den Tatbestand selbst verwirklicht, so daß die §§ 26, 27 Ausweitungen gegenüber diesem restriktiven Täterbegriff bedeuten. Dieser Auffassung ist zu folgen».

rispettosa del principio di tipicità, non riesce a raggiungere una reale determinatezza nella descrizione normativa delle condotte, le quali rimangono delineate tautologicamente¹⁴; tale limite, unito alla previsione di una pena differenziata per il complice, come si vedrà, ha portato il dibattito tedesco a svolgersi su un piano parzialmente diverso.

1.2. Le forme di autoria: il § 25 StGB.

Il codice tedesco regola la disciplina del concorso secondo una struttura bipartita in cui *Täterschaft* e *Teilnahme* sono *alternative Beteiligungsformen*; la disposizione di apertura, il § 25, è incentrata sulla figura dell'autore.

Al primo comma trova spazio la definizione di *unmittelbare Täterschaft*: «Als Täter wird derjenige bestraft, der die Tat *selbst* [...] begeht». Il caso meno problematico ricompreso dalla fattispecie è sicuramente quello dell'*Alleintäter*, ovvero il soggetto che realizza un illecito monosoggettivo, al di fuori della fattispecie concorsuale. Per quanto rileva alla presente analisi, autore immediato è soprattutto chi realizza personalmente tutti i presupposti oggettivi e soggettivi della fattispecie tipica¹⁵.

Recependo una consolidata dottrina risalente al XIX secolo, la riforma del 1975¹⁶ aggiunse al § 25, primo comma, la condotta di chi commette il fatto tipico servendosi dell'opera di un altro soggetto. *Mittelbarer Täter* è, precisamente, «derjenige, der die Tat [...] *durch einen anderen* begeht»¹⁷.

La terza forma di autoria, rinvenibile al secondo comma del § 25, è la *Mittäterschaft* (coautoria): «*Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft*». La norma si riferisce qui ai casi in cui più soggetti agiscono in concorso essendo

¹⁴ Così G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, 101.

¹⁵ Naturalmente, non si tratta della fattispecie monosoggettiva: non si esclude la presenza di altri soggetti che contribuiscono alla realizzazione dell'illecito in veste di partecipi: G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln, 2000, 303.

¹⁶ Ci si riferisce qui alla *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG), entrata in vigore il 1 luglio 1975.

¹⁷ Ci si riserva di approfondire in seguito la figura dell'autore mediato, centrale ai fini del presente lavoro.

legati da una decisione comune di realizzare l'illecito¹⁸. La precisazione riguardante l'elemento soggettivo è fondamentale per comprendere la distinzione con la *bloße Nebentäterschaft*, che non rientra tra le forme di autoria legislativamente previste ed è perlopiù definita in negativo; in questo caso più autori individuali agiscono indipendentemente l'uno dall'altro¹⁹, e la struttura concorsuale si delinea in modo «casuale»²⁰. La contrapposizione con la coautoria non è di trascurabile importanza a livello pratico: se un reato è realizzato in *Nebentäterschaft*, al singolo verrà imputato esclusivamente ciò che ha costituito il suo contributo al fatto; al contrario, il *Mittäter* si vedrà imputare l'intera realizzazione concorsuale²¹.

Si comprende come la *Nebentäterschaft* riguardi principalmente i casi di cooperazione colposa (o, *rectius*, di concorso di cause colpose indipendenti); più problematica è la distinzione tra questa fattispecie e quella di autoria mediata, ricadente interamente nel campo dei reati dolosi. Si tratta della questione dello sfruttamento del proposito criminoso altrui (*Ausnutzung eines fremden Tatentschlusses*), soprattutto nel caso in cui l'esecutore materiale agisca sulla base di un *error in persona*²².

¹⁸ La decisione comune di commettere un reato (*gemeinsame Tatentschluss*) è l'elemento caratterizzante la *Mittäterschaft*: così si legge in G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, in *GA*, 1998, 525; per J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2000, 165, la commissione del fatto tipico deve avvenire attraverso una cooperazione consapevole e intenzionale («durch bewußtes und gewolltes Zusammenwirken»).

¹⁹ J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 165.

²⁰ «(Zufälliges) Zusammentreffen»: G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung*, op. cit., 525. È importante sottolineare che la *Nebentäterschaft* non costituisce una quarta forma autonoma di autoria, ma ricomprende i casi in cui più soggetti sono responsabili della commissione dell'illecito pur non integrando i presupposti della coautoria. La mancata previsione normativa è facilmente comprensibile: qui ogni soggetto è senza dubbio autore. Cfr. G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, op. cit., 327.

²¹ G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung*, op. cit., 525.

²² Paradigmatico e molto discusso dalla dottrina tedesca fu il cd. «Dohna-Fall»: B scopre che A ha intenzione di condurlo in un luogo buio e appartato per ucciderlo; con un espediente manda il nemico C al suo posto. A dunque uccide C, scambiandolo per B. La quasi totalità della dottrina propende qui per classificare B come autore; la maggior parte degli studiosi accoglie la *Nebentäterschaft* (cfr. G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung*, op. cit., 528), mentre autorevole dottrina minoritaria tende a ricomprendere questo caso nella *mittelbare Täterschaft*: C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 650 e ss.

1.3. I partecipi: l'istigatore e il complice. La questione della soglia minima della partecipazione.

Le forme di partecipazione al reato sono descritte ai §§ 26 e 27 StGB.

Il § 26, rubricato «Istigazione» (*Anstiftung*), prevede che sia punito come istigatore chi dolosamente determina altri alla commissione di un fatto antigiuridico doloso²³.

Il legislatore tedesco utilizza il verbo *bestimmen*, finendo col parificare condotte piuttosto eterogenee tra loro: da quella, meno grave, di colui che rafforza il proposito criminoso già esistente, fino a quella del vero e proprio determinatore, che fa sorgere in altri un proposito dapprima inesistente. L'*Anstifter* è punito in base alla stessa cornice edittale prevista per l'autore; la ragione per la parificazione del trattamento tra istigatore e determinatore potrebbe facilmente spiegarsi con la volontà di semplificare l'accertamento probatorio in ordine al nesso eziologico, a maggior ragione nell'ambito problematico degli influssi psichici²⁴.

Un'importante distinzione sanzionatoria, invece, è prevista al § 27 per il complice, il quale è definito come «chi dolosamente presta aiuto ad altri per la commissione di un fatto antigiuridico doloso», e gode di un'attenuazione *obbligatoria* della sanzione²⁵.

La norma è incentrata sul concetto di *Hilfeleistung* (prestazione di aiuto): l'interpretazione della nozione è fondamentale per la delimitazione del perimetro dell'area del penalmente rilevante, dunque per determinare la soglia di rilevanza del contributo punibile.

Non di rado, giurisprudenza e dottrina si sono trovate a classificare sotto la previsione del § 27 StGB ogni agevolazione del fatto principale mediante aiuto fisico e/o

²³ «Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat». V. G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei*, op. cit., 100.

²⁴ Si vedano S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 171, e A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007, 454. Per l'irrilevanza della distinzione tra determinazione e istigazione nell'ordinamento italiano, e in generale una approfondita disamina sul tema degli influssi psichici, si rimanda alla già citata L. RISICATO, *La causalità psichica*, op. cit., 10 e ss.

²⁵ Così recita il § 27, rubricato «Beihilfe»: «(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern».

psicologico²⁶: ciò complica il quadro appena abbozzato, relativo alla parificazione di istigazione e determinazione alle condotte di autoria²⁷. Ove un influsso psicologico sia valutato «debole», non causale in senso stretto, ma nondimeno idoneo a rafforzare, dare un sostegno al proposito criminoso del correo, facilitando dunque la commissione del reato, è prevista una pena mitigata già a livello tipico. Dovrà essere, pertanto, cura del giudice esaminare attentamente il fatto, e arrivare a classificare l'imputato come complice morale o come istigatore, facendo da qui discendere inevitabili e incisive conseguenze sanzionatorie, probabilmente vanificando l'intento di semplificazione sotteso alla formulazione del § 26²⁸.

La vaghezza della descrizione delle condotte di partecipazione, dunque, similmente a quanto avviene nell'ordinamento italiano, delega interamente all'interprete in compito di comprendere quale debba essere la reale portata del contributo del complice²⁹.

Si legge nel manuale di Wessels: «Ein "Hilfeleisten" liegt in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Täter begangene Rechtsgutverletzung verstärkt hat»³⁰. Al di là della formula lessicale, rimane da comprendere in che nesso questa si trovi con il paradigma causale: nonostante la distanza dei due ordinamenti sul piano della disciplina, il dibattito degli autori tedeschi non è affatto dissimile da quello che è avvenuto in Italia.

L'interprete tedesco, esattamente come quello italiano, si è dovuto appoggiare a una peculiare declinazione del nesso eziologico tra condotta ed evento – la causalità

²⁶ A. CHARALAMBAKIS, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe*, op. cit., 626 e ss.

²⁷ A questo proposito, invece, J. HRUSCHKA, *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe*, in *JR*, 1983, 178, sottolinea come nel § 27 StGB l'*Hilfeleistung* dovrebbe concretarsi in un influsso immediato sull'evento; i contributi (psicologici) «mediati», che influiscono sulla determinazione dell'autore, dovrebbero essere tutti ricompresi nella previsione di cui al § 26.

²⁸ Il BGH si è talvolta assestato su posizioni piuttosto garantiste, a fronte di arresti particolarmente severi delle Corti di merito che avevano adoperato con una certa disinvoltura la formula del «rafforzamento del proposito criminoso»: v. ad es. BGH, 4 StR 160/05, 6, in cui si rimette al giudice del rinvio la prova del nesso causale nel caso di semplice presenza nel luogo del delitto, nel caso di specie giudicata contraddittoria, lacunosa, dunque errata in punto di diritto.

²⁹ A. CHARALAMBAKIS, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe*, op. cit., 625.

³⁰ J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 185. Cfr. anche U. KINDHÄUSER, *Zum Begriff der Beihilfe*, in *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 370: «Bei der gängigen weiten Deutung des Begriffs der Hilfeleistung kommt objektiv jedes beliebige Verhalten als Beihilfe in Betracht, das die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die Haupttat erleichtert, intensiviert oder ermöglicht». Corsivo mio.

agevolatrice o *Förderungstheorie*³¹ – segno che, quantomeno avendo riguardo alla definizione esterna del concorso, la scelta tipizzatoria non sembra aver condotto a un reale recupero in termini di tassatività.

L'orientamento tradizionale è quello della *condicio sine qua non*: la valutazione del contributo avverrebbe qui in base alle regole ordinarie di applicazione del paradigma causale; la critica cui tale impostazione stenta a far fronte è decisamente quella riguardante la *probatio diabolica* del concorso morale³².

Estranea al pensiero italiano, invece, è la costruzione della partecipazione come autonomo *abstraktes Gefährdungsdelikt*³³; il tradizionale criterio condizionalistico è di certo eccessivamente ristretto e dunque inadatto alla struttura del reato concorsuale, tuttavia quest'ultima soluzione sembra porsi all'estremo opposto. Se da un lato ciò solleva il giurista dall'onere della prova del nesso causale, dall'altro si produrrebbe un'inaccettabile estensione della punibilità. Considerata la norma sul tentativo di partecipazione *ex* § 30 StGB, si rischierebbe di valutare meritevole di pena un contributo che di per sé non arriva neppure allo stadio di tentativo punibile.

Il comportare un'eccessiva estensione della punibilità è, d'altra parte, la critica in cui incorre altresì la teoria dell'aumento del rischio proposta da Schaffstein, di cui si sono tratteggiati i contorni nel secondo capitolo.

Proprio come in Italia, la teoria della causalità agevolatrice o di rinforzo è stata la via maggiormente seguita dalla giurisprudenza³⁴. La *Förderungstheorie* sembra essere

³¹ Così J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 185: al § 27 si sottopone a pena semplicemente l'*Hilfeleisten*, non sarebbe pertanto richiesta la stretta condizionalità del contributo, ma una mera efficacia agevolatrice. Si è già fatto un accenno alla critica di G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 499, che evidenziano come la *Förderungstheorie* non sembri fornire una reale alternativa alla teoria della *condicio sine qua non*, quando il giudizio dell'interprete venga correttamente effettuato *ex post* e in concreto.

³² La teoria della *strenge Kausalität* è sostenuta, tra gli altri, da P. CRAMER, *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 450.

³³ V. C. ROXIN, *Was ist Beihilfe?*, in *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, 1995, 504 e ss. Cfr. sul punto anche M. DONINI, *La partecipazione al reato*, op. cit., 200. Secondo l'Autore, in Italia tale soluzione non fu mai presa in considerazione «anche a causa del diffuso pregiudizio che va sotto il nome di dogma dell'unità del titolo di reato in regime di concorso [...], e per il quale l'unicità del titolo sarebbe imposta dal fatto che, secondo l'art. 110 c.p., si concorre “nel medesimo reato”».

³⁴ Per un richiamo alla giurisprudenza in materia di *Förderung*, sebbene principalmente nell'ambito del concorso morale e della distinzione tra questo e l'istigazione e/o la coautoria, cfr. A. CHARALAMBAKIS, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe*, op. cit., 633 e ss. Vengono qui enucleate cinque ipotesi tra

confortata da un argomento letterale, che fa perno direttamente sul disposto del § 27: ad essere sottoposto a pena qui è semplicemente l'*Hilfeleisten*, senza che vi sia alcun riferimento alla necessità di un rapporto eziologico in senso stretto con l'evento o con la condotta principale³⁵.

La dicotomia autore-partecipe, generalmente, sta e cade con l'accoglimento della teoria dell'accessorietà della partecipazione³⁶. Si è già accennato in maniera assai sintetica alle varie declinazioni del principio di accessorietà³⁷, e lo *Strafgesetzbuch* sembra senz'altro accedere alla sua versione *limitata*. Dunque, la condotta del partecipe è punibile quando accede al fatto principale tipico e antiggiuridico proprio dell'autore (*tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat*)³⁸, come d'altro canto sembrerebbe evincersi agilmente dalla lettura dei §§ 26 e 27 StGB³⁹.

Sicuramente, l'illiceità della condotta del partecipe si determina soprattutto attraverso l'illiceità del fatto principale: il concorrere al fatto doloso non è condizione sempre sufficiente, ma è certamente condizione necessaria per la punibilità del partecipe.

D'altra parte, sarebbe scorretto spiegare l'illiceità della partecipazione esclusivamente tramite il principio dell'accessorietà, facendola derivare totalmente dall'illiceità del fatto dell'autore⁴⁰.

loro confinanti e potenzialmente problematiche: il consiglio tecnico; la persuasione dell'autore (ovvero, il rafforzamento del proposito criminoso); la promessa di aiuto; il fornire un motivo essenziale all'autore; la mera presenza sul *locus commissi delicti*.

³⁵ Il secondo elemento del nesso causale per la dottrina tedesca sembra essere rappresentato dall'*Haupttat*, essendo diffusamente accettata la teoria dell'accessorietà della partecipazione. V. J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 185 *Contra*, F. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, 263 e ss.

³⁶ O. TRIFFTERER – K. SCHMOLLER, *Die österreichische Beteiligungslehre. Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?*, Wien, 1983, 44. In senso parzialmente contrario, nel senso di leggere la partecipazione come insieme di condotte in parte accessorie e in parte indipendenti, C. ROXIN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 365 e ss.

³⁷ V. *supra*, cap. I, parte I, par. 4.

³⁸ Così, tra gli altri, G. STRATENWERTH, *Strafgesetzbuch*, op. cit., 336.

³⁹ Cfr. J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 175 e ss.: «Das StGB folgt (seit 1943) dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät. Anstiftung und Beihilfe setzten nicht (mehr) voraus, dass der Haupttäter "schuldhaft" gehandelt hat (deshalb: limitiert)».

⁴⁰ V. B. SCHÜNEMANN, *Vor § 26*, in H. W. LAUFHÜTTE – R. RISSING-VAN SAAN – K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2006, 1971, che continua: «Denn die Mitwirkung

Il principio di accessorieta' conosce delle limitazioni all'interno del codice stesso: le norme contenute ai §§ 28 e 29.

Il primo comma del § 28 tratta dei particolari requisiti personali che fondano la punibilita' dell'autore (*strafbegründende besondere persönliche Merkmale*): se questi mancano in capo agli altri partecipi, la pena per tali soggetti godra' delle attenuazioni previste al § 49 StGB.

Al secondo comma e' prevista invece l'inesensibilita' ai concorrenti dei *besondere persönliche Merkmale* che aggravano, attenuano o escludono la pena⁴¹.

Il § 29 stabilisce che ogni concorrente debba venir punito secondo la sua colpevolezza (*nach seiner Schuld*), senza aver riguardo alla colpevolezza degli altri⁴².

Se da un lato questa norma fonda il principio dell'inesensibilita' a tutti i concorrenti del «trattamento privilegiato spettante solo a taluno di essi per ragioni esclusivamente inerenti alla sua persona»⁴³, dall'altro puo' essere intesa come disposizione corroboratrice della teoria dell'accessorieta' nella sua accezione limitata: ai sensi del § 29 e' possibile infatti punire l'istigatore o il complice di un fatto tipico, antigiuridico, ma non colpevole⁴⁴.

Sebbene, dunque, non residuino particolari dubbi sulla meritevolezza dell'accoglimento di tale teoria, non altrettanto esplicita appare la questione della definizione dei generali criteri in base ai quali il giudice potra' valutare concretamente quando si abbia un fatto proprio – e quindi una condotta di autorita' – e quando un'opera

kann straflos sein, obwohl der Täter selbst strafbares Unrecht verwirklicht. Vielmehr ist das Unrecht der Teilnahme insofern unabhängig vom Täterunrecht, als der Teilnehmer auch selbst ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut beeinträchtigen muss».

⁴¹ La disciplina italiana conosce una norma paragonabile al § 28: si tratta dell'art. 118 («Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti»: Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensita' del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono). Tuttavia, il § 28, comma 1, e' riferito in particolare all'ambito dei reati propri esclusivi, per cui il codice italiano all'art. 117 prevede, in senso nettamente opposto alla norma tedesca, il mutamento del titolo del reato. In tal senso v. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 448 e ss.

⁴² Anche questa previsione ha un corrispettivo nel codice Rocco: l'art. 119 («Valutazione delle circostanze di esclusione della pena»: (1) Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. (2) Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato»).

⁴³ Così G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 450.

⁴⁴ Nel senso che il § 29 costituisca un rafforzamento del principio dell'accessorieta' nella sua versione «limitata», J. WESSELS – W. BEULKE, *Strafrecht*, op. cit., 176.

di collaborazione, che *accede* a un fatto altrui – e quindi una condotta di partecipazione⁴⁵ –, né sembra risolto l'annoso problema della soglia minima di partecipazione.

2. I dibattiti sul confine tra autorità e partecipazione.

2.1. Le teorie oggettive e soggettive.

Dalla determinatezza solo apparente della *littera legis* scaturisce l'urgenza di delineare i contorni di reità e partecipazione, resa pressante soprattutto dalle importanti conseguenze sanzionatorie che derivano da tale qualificazione.

Guardando l'illecito concorsuale dalla prospettiva dell'accessorietà della partecipazione, appare chiara al primo sguardo la contrapposizione tra *Selbstbegehung* e *Beteiligung an fremder Tat*, una volta che si consideri l'esecuzione (*Begehung*) come chiave di volta della distinzione; nonostante ciò – ma spesso, forse, proprio a causa di ciò – sono nate in merito accese controversie di stampo teorico e pratico.

Il dibattito iniziò con l'alternativa tra una distinzione di tipo oggettivo o soggettivo tra autorità e partecipazione⁴⁶.

Il primo approccio al quesito, di stampo oggettivo, parte da un concetto restrittivo di autore⁴⁷: andando al cuore della teoria e lasciando da parte le possibili varianti, secondo quest'impostazione è autore chi realizza personalmente l'azione o parte dell'azione descritta dalla fattispecie di parte speciale; gli altri concorrenti sarebbero semplici partecipi⁴⁸.

⁴⁵ V. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 423.

⁴⁶ Cfr. W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 79: «Der Streit begann mit der Frage: objektive oder subjektive Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe? und dehnte sich später unter dem Motto “restriktiver oder extensiver Täterbegriff?” auf das grundsätzliche Verhältnis zwischen Täterschaft und Teilnahme aus».

⁴⁷ Ancora, W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 79.

⁴⁸ V. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 34. Secondo l'Autore, tale teoria deve la denominazione di «formale-oggettiva» a Birkmeyer, ma affonda le sue radici già nel XIX secolo.

Il riferimento della teoria formale-oggettiva alle descrizioni delle fattispecie di parte speciale – dunque, all'esecuzione della condotta tipica – ha il pregio di agganciare la determinazione del peso del contributo concorsuale direttamente al dato positivo⁴⁹.

Com'è noto, la teoria si è rivelata insoddisfacente nel ricomprendere tutte le possibili declinazioni della distinzione e ha prestato il fianco a numerose critiche: pur fregiandosi del nome di *formal-objektive Theorie*, la ricostruzione non riuscirebbe a reggersi in piedi esclusivamente sull'elemento oggettivo della *condicio sine qua non* rispetto all'evento (concorsuale) tipico – da un lato, a causa dei limiti intrinseci alla *condicio* in ambito concorsuale; dall'altro, per via della insufficienza del parametro dell'esecuzione della condotta tipica.

Pertanto, l'applicazione di questa teoria, secondo i suoi detrattori, avrebbe bisogno di sostenersi su fattori di tipo soggettivo-finalistico; la denominazione di teoria «formale-oggettiva» costituirebbe nient'altro che una sorta di frode delle etichette⁵⁰.

Infine, è facile comprendere in quali casi il concetto di *Ausführungshandlung* non appaia decisivo: inizialmente, i sostenitori della teoria indicavano come autore chi avesse realizzato la fattispecie «*in eigener Person*»⁵¹; con la riforma del 1975 e la conseguente introduzione legislativa della figura dell'autore mediato l'opzione si pone senz'altro come superata⁵².

È curioso notare che la teoria formale-oggettiva ha riscosso notevole successo da parte della dottrina italiana più risalente, e che la questione riguardante la sua accoglibilità all'interno del sistema non è mai stata al centro di polemiche significative; ciò appare un portato naturale della equiparazione dei concorrenti sul piano obiettivo, così come operata dal legislatore del 1930⁵³.

⁴⁹ Quasi testualmente, R. BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, 117.

⁵⁰ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 35: «Der Sittlichkeitsverbrecher des § 176, der Brandstifter des § 306, der Giftmischer nach § 229 StGB – sie stehen als final handelnde, den Tatverlauf eigenhändig steuernde Personen vor unseren Augen».

⁵¹ Cfr. G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, op. cit., 295.

⁵² In tal senso, E. SCHMIDHÄUSER, «*Tatherrschaft*» als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von *Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Stree/Wessels-FS*, op. cit., 344.

⁵³ Si attesta su una posizione simile, ad esempio, M. SINISCALCO, voce *Autore mediato (dir. pen.)*, op. cit., 447. Nota, giustamente, S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 337, che il mancato superamento di

Anche altre teorie hanno cercato appiglio nell'elemento oggettivo dell'azione del concorrente, superando le debolezze della teoria formale; queste sono tradizionalmente ricomprese sotto la denominazione di *materiell-objektive Theorien*, oggi unanimemente ritenute sorpassate nel loro contenuto originario⁵⁴.

Queste cercano di inserire nella valutazione necessaria alla delimitazione tra condotte di autoria e complicità altri criteri normativi, ulteriori rispetto alla mera realizzazione degli elementi tipici della fattispecie. In base alla classificazione proposta da Roxin, le varie soluzioni riproporrebbero, in parte, parametri di discernimento già visti nell'evoluzione del dibattito in prospettiva storica; in parte, criteri poi rivisitati e riproposti nell'ambito delle cd. *Tatherrschaftslehren*⁵⁵.

Ad esempio, la *Notwendigkeitstheorie* riprende la distinzione tra causa principale e secondaria, ricomprendendo sotto il concetto di autore anche il complice necessario (*Hauptgehülfe*), com'era diffuso nella dottrina del medioevo italiano, filtrato attraverso l'elaborazione di Pufendorf e Feuerbach, e similmente a quanto previsto nel nostro Codice Zanardelli. La critica che venne mossa, dunque, riprese le cadenze della teoria dell'equivalenza delle condizioni: l'errata interpretazione dell'atteggiarsi del nesso causale renderebbe impossibile l'utilizzo di questa distinzione come criterio generale⁵⁶.

Anche la *Gleichzeitigkeitstheorie* mutua un'idea che affonda le sue origini nel pensiero medievale italiano: quella della suddivisione tra contributo concorsuale prestato prima, durante e dopo il fatto. In questo caso, la soluzione è stata tacciata di essere troppo schematica e di non riuscire a fornire un *generelles Abgrenzungskriterium* nei casi

questa visione da parte della dottrina italiana successiva può facilmente ricondursi al già menzionato disinteresse di questa nei confronti dell'inquadramento dogmatico-sistematico del concorso di persone nel reato, conseguenza immediata dell'opzione legislativa del Codice Rocco.

⁵⁴ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 38, le definisce «alle anderen inhaltlich an überwiegend objektiven Kriterien orientierten Theorien».

⁵⁵ Cfr. V. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Berlin, 2008, 11.

⁵⁶ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 38 e ss. (40). Tuttavia – sottolinea Roxin – non si può sottostimare l'importanza della *Notwendigkeitstheorie* come snodo tra le teorie tradizionali in tema di compartecipazione e le *Tatherrschaftslehren*, oggi dominanti: da un lato, l'autore è indicato come colui che controlla l'«An» dell'evento criminoso («so liegt [...] die Entscheidung über das “Ob” der Tat bei ihm»); dall'altro, l'autoria è ravvisata ogniqualvolta l'individuo si ponga al centro del fatto concorsuale (si pensi alla nota formula di Maurach, di cui si dirà: l'«In-den-Händen-Halten des tatbestandmäßigen Geschehensablaufes»)

davvero problematici⁵⁷.

La prospettiva che prese in considerazione la *physisch und psychisch vermittelte Kausalität*, ovvero la distinzione intercorrente tra influsso «diretto» o «indiretto» di una condotta rispetto all'evento lesivo, oltre a presentarsi come estremamente problematica nei casi qui in discussione – casi in cui, potenzialmente, la libera volontà del concorrente (*doloses Werkzeug*) è interposta tra l'autore principale e il fatto di concorso –, non resse davanti al successo riscosso dall'*Äquivalenztheorie*, similmente a quanto avvenne per la *Notwendigkeitstheorie*⁵⁸.

Da ultimo, la *Überordnungstheorie* si proponeva di discernere i contributi solo *in un momento successivo*, non in via generale e astratta, ma tenendo conto delle circostanze del caso concreto, distinguendo, dunque, tra contributo di coautoria *gleichwertig*, coordinato, e il contributo *untergeordnet*, subordinato, costituente mera partecipazione sotto le medesime circostanze fattuali⁵⁹. L'impostazione, piuttosto lontana dalla tradizione giuridica tedesca, fu tacciata di cedere eccessivamente a istanze illiberali e repressive: non essendo in alcun modo precisate le circostanze eventualmente rilevanti per la distinzione, l'intera valutazione verrebbe affidata all'arbitrio giudiziale, perdendo così di senso la previsione stessa di una distinzione⁶⁰.

Oltre ai difetti insiti in ogni declinazione di ciò che può essere ricompreso sotto la generale categoria delle teorie materiali-obiettive, parte della dottrina solleva l'obiezione secondo cui sarebbe errato prescindere completamente da alcuni momenti soggettivi dell'autoria⁶¹.

⁵⁷ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 42 e ss.: la tradizione anglo-americana sembra in un certo qual modo ancora legata a questa impostazione, che si riflette nella distinzione operata tra *principal in the first degree* e *principal in the second degree*, *accessory before the fact* e *accessory after the fact*.

⁵⁸ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 44 e ss.

⁵⁹ Dahm fu il sostenitore più noto di quella che lui designava come «populär-objektive Theorie»: 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*, Breslau, 1927, 161 e ss.

⁶⁰ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 50.

⁶¹ Così, tra gli altri, G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, op. cit., 296.

Dal punto di vista opposto, dunque dal superamento delle difficoltà costituite dalle teorie oggettive, prendono le mosse le cd. teorie soggettive, che hanno in comune l'indifferenza per qualsiasi criterio esterno e l'esclusivo fondarsi su parametri di natura psicologica, quali la volontà, l'intenzione, i motivi o l'atteggiamento interiore⁶².

Si è soliti suddividere la teoria soggettiva in due filoni.

In base alla cd. *Dolustheorie*, a rilevare è l'atteggiamento soggettivo con cui viene perpetrato il crimine: si distingue pertanto tra *animus auctoris* e *animus socii*⁶³. Tra i maggiori fautori della partizione tra *Täterwille* e *Teilnehmerwille* si annovera von Buri, e la ragione è comprensibile: la base di partenza delle teorie soggettive appare essere, di fondo, l'adesione a una concezione estensiva di autore. Se i criteri oggettivi non forniscono alcuna soddisfacente distinzione tra autoria e partecipazione, non potendosi distinguere il contributo che pone in essere una causa da quello che costituisce una mera condizione del fatto tipico, l'unico punto di discriminare dovrà necessariamente essere individuato sul piano soggettivo⁶⁴.

Strettamente connessa è la cd. *Interessentheorie*, che traccia la linea di confine tra chi compie l'azione «im eigenen Interesse» e chi agisce «im fremden Interesse»⁶⁵.

Il tentativo operato dai sostenitori delle teorie soggettive fu quello di sganciare del tutto la valutazione del contributo dal requisito materiale dell'esecuzione, che appariva inadeguato e limitante, e che in alcuni casi rischiava di condurre a esiti ingiusti.

L'interpretazione della giurisprudenza tedesca per lungo tempo si è assestata su questa linea, nonostante il graduale rigetto da parte della dottrina dominante. Celebre fu il cd. *Badewannenfall*: una donna, col consenso della sorella, affogò il figlio illegittimo di quest'ultima nella vasca da bagno. L'esecutrice materiale dell'omicidio venne condannata

⁶² C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 51.

⁶³ Cfr. U. MURMANN, *Mittelbare Täterschaft. Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB)*, in *JA*, 2008, 321.

⁶⁴ M. VON BURI, *Über Causalität*, op. cit., 101 e ss. V. anche U. MURMANN, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in *GA*, 1996, 270; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 51 e P. CRAMER, *Vorbem. §§ 25 ff.*, op. cit., 395 e ss. (407): «Täter ist [...], wer den Täterwillen (animus auctoris) hat, wer die Tat als eigene will, während als bloßer Teilnehmer derjenige angesehen wird, der die Tat nur als fremde will (animus socii), der sich und seinen Tatbeitrag dem Willen des anderen unterordnet».

⁶⁵ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 56.

come complice, mentre la madre del bambino, considerata esclusiva portatrice dell'interesse alla morte di questo, fu condannata come autrice⁶⁶. La decisione fu chiaramente dettata dalla volontà di evitare la pena di morte per entrambe le donne: la sorella, come complice, godette della mitigazione di pena legislativamente prevista; la madre del bambino, pur qualificata come autrice dell'omicidio, si vide applicare il corrispettivo dell'odierno § 213 StGB (*Minder schwerer Fall des Totschlags*), per aver agito sotto la coazione della potenziale incontrollata rabbia del padre, dunque non essendosi determinata liberamente⁶⁷.

Le teorie soggettive prestarono il fianco a numerose critiche: in primo luogo, non troverebbero alcun aggancio alla lettera del codice, ponendosi altresì in contrasto con lo spirito «oggettivo» del diritto penale⁶⁸.

Innegabili, inoltre, le problematiche relative all'accertamento di criteri puramente psicologici quali *Täterwille* e *Teilnehmerwille*, nonché le perplessità che legittimamente sorgono nell'allontanarsi completamente dal momento esecutivo, tradizionalmente centrale nello sviluppo storico delle teorie sulla compartecipazione.

Tutto ciò premesso, alla luce di quanto limpidamente mostrato dalla decisione *Badewannenfall*, le teorie soggettive non sembrano che strumenti per «giustificare a posteriori esiti già determinati»⁶⁹.

⁶⁶ Il caso è RG 74, 84, e risale al 1940. L'interesse della donna alla morte del figlio illegittimo era dettato sia dall'estrema severità del padre delle corree, che avrebbe verosimilmente reagito con violenza alla notizia, sia dal pubblico disonore che ne sarebbe derivato: v. K. HAMDORF, *Beteiligungsmodele im Strafrecht*, op. cit., 139.

⁶⁷ 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, 28, ritiene che la diffusa abitudine di indicare il *Badewannenfall* come esempio di orientamento in senso soggettivistico della giurisprudenza dell'epoca appare scorretta: il giudice, in questo caso, avrebbe dedicato ben più spazio alle considerazioni relative all'obbligatorietà della pena di morte per l'omicidio che a riflessioni sulle regole riguardanti la partecipazione criminosa. Si potrebbe in ogni caso sostenere che la decisione, proprio perché ispirata a equità, mostra chiaramente la tendenza dell'interprete a flettere un dato normativo particolarmente ostico.

⁶⁸ In questo senso, W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 82: «Der extensiv-subjektive Täterbegriff ist mit dem geltenden Recht unvereinbar. [...] Er verflüchtigt den sachlichen Gegensatz zwischen Täterschaft und Teilnahme zu einer rein subjektiven Unterscheidung, die entweder nichtssagend oder zu einem Gesinnungsstrafrecht führt».

⁶⁹ Questa la considerazione di C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, 10, denunciando il conseguente procedere irrazionale e confuso della prassi. Il rimando è alla vecchia, celeberrima frase di Kantorowicz, contenuta in un contributo del 1910 nel *Monatsschrift für*

2.2. *Le Tatherrschaftslehren.*

Il fallimento dell'approccio puramente oggettivo e di quello schiettamente soggettivo ha portato inevitabilmente alla fioritura di varie *gemischte Theorien*. Tra queste, un'attenzione particolare meritano le *Tatherrschaftslehren*, denominazione generale volta a ricomprendere tutte le dottrine che hanno fatto del «dominio sul fatto», variamente declinato e interpretato, il requisito dirimente per la distinzione tra modalità partecipative⁷⁰.

In base alla accurata ricostruzione di Schild⁷¹, la «prima» *Tatherrschaftslehre* fu la cd. *finale Tatherrschaft* di Welzel⁷². Conformemente al suo rigetto della concezione tradizionale di azione, e conseguentemente alla definizione della condotta umana come ontologicamente finalizzata alla realizzazione dell'evento tipico, questi conferì all'elemento soggettivo un'assoluta centralità⁷³. Questa circostanza, tuttavia, gli attirò la critica di non essersi riuscito a distaccare abbastanza dalle precedenti *subjektive Theorien* che lo stesso Autore mirava a superare⁷⁴.

Kriminologie und Strafrechtsreform, per cui la dottrina della partecipazione costituirebbe «il capitolo più oscuro e confuso della scienza penalistica» («der dunkelsten und verworrensten Kapitel der Strafrechtswissenschaft»). Anche in G. FURNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, op. cit., 425, si richiama una considerazione di Jescheck, per cui la distinzione tra autore e partecipe, in casi simili, non si porrebbe più sul piano della tipicità, bensì su quello della commisurazione della pena, valutando a tal fine la maggiore o minore gravità del contributo concorsuale.

⁷⁰ V. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, op. cit., 11: «Die Theorie der Tatherrschaft beansprucht, die diagnostizierten gegensätzlichen Defizite beider Täterbegriffe zu vermeiden: die tendenziell zu große Restriktion der formal-objektiven Theorie auf der einen Seite, die tendenziell zu große Weite des subjektiven Täterbegriffs auf der anderen Seite». Naturalmente, ogni Autore ha interpretato il criterio del dominio sul fatto in maniera diversa: alcuni vi diedero una colorazione più oggettivista, altri, rifiutando la possibilità di discernere chiaramente tra elemento oggettivo e soggettivo in quest'ambito, concepirono la *Tatherrschaft* come concetto effettivamente misto, di confine – tra questi ultimi, ad esempio, Welzel, Gallas e Roxin: v. F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 66.

⁷¹ W. SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, Frankfurt am Main, 2009, 9 e ss.

⁷² Si tratta, evidentemente, di una semplificazione. Le radici della dottrina del dominio sul fatto sono più risalenti: la prima formulazione del concetto di *Tatherrschaft* viene tradizionalmente fatta risalire alla *Übergewichtstheorie* di Hegler – concordemente: C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 60 e 141, e F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 59.

⁷³ W. SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, op. cit., 10; V. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, op. cit., 15.

⁷⁴ Per la critica si rimanda a C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 68: «Es ist unverkennbar, daß Welzel dadurch mit seiner Tatherrschaftslehre in die unmittelbare Nachbarschaft der Dolustheorie gerät». Inoltre, considerando il profilo più generale relativo alla *finale Handlungslehre*, tale concetto di azione sembra attagliarsi propriamente solo all'ambito dei reati commissivi dolosi, e non riuscirebbe dunque a porsi come punto focale dell'intera teoria del reato, risultando poco conforme alle ipotesi di

Per ciò che qui rileva, è interessante notare che Welzel non ammette la possibilità di ravvisare il dominio sul fatto nel caso in cui un soggetto sfrutti, per la commissione di un delitto, l'opera di un individuo pienamente responsabile. Colui che agisce sulla volontà di chi è già autore non potrà mai essere autore a sua volta – indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo che connota la sua condotta: potrà essere eventualmente qualificato come istigatore⁷⁵.

Nella prima edizione del suo manuale (1954), Maurach elaborò la teoria conosciuta come «In-den-Händen-Halten», parlando di *willensgetragene Tatgestaltung*⁷⁶; qui il dominio sul fatto assume una sfumatura più oggettiva rispetto a quanto delineato da Welzel, da cui pure Maurach prese evidentemente le mosse: si fa riferimento alla possibilità per l'autore – a differenza di quanto avviene per il mero complice – di permettere, interrompere od ostacolare la realizzazione della fattispecie criminosa solo per mezzo della sua condotta, quando ricorrano le necessarie circostanze fattuali e questi ne abbia una corretta rappresentazione⁷⁷. A differenza di Welzel, inoltre, si registra una prima apertura all'ipotesi di considerare *Täter hinter dem Täter*, e non semplice istigatore, colui che si serva di un esecutore pienamente responsabile come mero strumento⁷⁸.

Negli stessi anni, ma procedendo su un tracciato parzialmente diverso da quello di Welzel e Maurach, Wilhelm Gallas sviluppò il concetto di *tatbestandsbezogene Tatherrschaft*.

Questa teoria ha la peculiarità di muoversi all'interno di una teoria formale-oggettiva «modificata»: lasciando sullo sfondo il ruolo dell'elemento soggettivo, ricolloca in primo piano la dimensione normativa⁷⁹, dunque insiste sulla necessità di un concetto restrittivo

azioni commesse od omesse nel quadro di reati colposi od omissivi.

⁷⁵ H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, op. cit., 30.

⁷⁶ Così R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954, 517.

⁷⁷ R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, op. cit., 504: «Tatherrschaft hat jeder Mitwirkende, der in der tatsächlichen und ihm bewussten Lage ist, die Tatbestandsverwirklichung je nach seinem Verhalten ablaufen lassen, hemmen oder abbrechen zu können».

⁷⁸ Nonostante per Maurach l'essenza dell'autoria mediata si ravvisi generalmente nel «Missbrauch eines unfreien Menschen»: V. M. MARLIE, *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Baden Baden, 2009, 26.

⁷⁹ Scrive W. GALLAS, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme*, in *Sonderheft der ZStW*, 1957, 10: «Die formal-objektive Theorie hat [...] im Ergebnis recht, wenn sie die Täterschaft als Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung bestimmt und in der Tatbestandsmäßigkeit zugleich das die Täterhandlung von der Teilnehmershandlung unterscheidende Merkmal sieht».

di autore, che costituisce il cuore stesso della teoria, nonché l'espressione della volontà di superare definitivamente qualunque surrettizia riproposizione di una distinzione tra autore e partecipe su base precipuamente soggettiva⁸⁰.

L'autoria è costruita sulla realizzazione del fatto tipico, intesa non sulla sola base dell'efficienza causale della condotta: è necessario considerare il fatto nella sua interezza, tenendo conto dei mezzi utilizzati, dello scopo prefissato, della tipologia di reato commesso. In questa prospettiva, la condotta dell'autore si differenzia concretamente dalla semplice partecipazione poiché l'autore pone in essere un atto con una finalità determinata, e non un mero contributo causale all'evento: è *Herr der Tat*, soggetto centrale e incontrastato della realizzazione della fattispecie criminosa⁸¹.

Dunque, nell'ambito dei reati commissivi dolosi, autoria e partecipazione non si distinguono in base al parametro della causalità del contributo rispetto all'evento, ma si configurerebbero come condotte di significato diverso⁸². Ciò vale certamente per i reati di condotta, in cui appare più semplice individuare il disvalore di azione cui fa riferimento Gallas; nei reati d'evento, d'altra parte, è la signoria sul fatto ad assumere un ruolo irrinunciabile: qui anche il complice e l'istigatore agiscono con una precisa finalità (la quale non può pertanto porsi come linea di discriminazione tra condotte di diverso disvalore). L'esempio è quello del § 212 StGB («Totschlag»): è autore di omicidio, secondo Gallas, «wer dabei nach einem Programm verfährt, dessen Verwirklichung ihm den Todeserfolg, “in die Hand gibt”»⁸³.

Le *Tatherrschaftslehren*, di cui si sono qui tratteggiati assai sinteticamente solo alcuni

⁸⁰ Così specifica W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 143.

⁸¹ W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 143.

⁸² Si riporta ancora W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, op. cit., 137: «[D]ie Auffassung des tatbestandsmäßigen Verhaltens als einer Handlung bestimmter Finalität zwar für den Bereich der sog. Tätigkeitsdelikte zutreffen möge, nicht aber auch für die Falle der sog. *Erfolgsdelikte* (Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw.) vertretbar sei. Denn in diesen Fällen werde nicht wie bei den Tätigkeitsdelikten eine bestimmte *Begehungsweise* (wer “wegnimmt”, “eindringt”, “falsch schwört”) mit Strafe bedroht, die Strafdrohung vielmehr an die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, also an ein *kausales* Verhalten geknüpft».

⁸³ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 72. Anche in questo caso – si dice – dietro l'astrattezza del verbo «uccidere» (*töten*), si può enucleare e immaginare una serie di condotte più specifiche, teleologicamente volte all'evento finale, ad es. «pugnalare», «avvelenare», «sparare»... v. W. SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, op. cit., 19.

degli esempi più noti⁸⁴, allontanandosi dal concetto-chiave di esecuzione – centrale anche in base al dato positivo – avallano un'espansione decisiva del contenuto del concetto di autore⁸⁵: ciò ha dato adito alla possibilità di rimodulare le tradizionali categorie di autoria e partecipazione, in special modo nei casi problematici oggetto del presente studio.

2.3. *La teoria roxiniana del dominio sul fatto.*

Nell'ambito delle *Tatherrschaftslehren*, la ricostruzione che ha avuto indubbiamente maggior successo è quella proposta da Claus Roxin a cavallo tra 1962 e 1963, con la prima edizione di «Täterschaft und Tatherrschaft». È a questo scritto che viene fatta risalire l'elaborazione più compiuta della teoria del dominio sul fatto, e la definitiva separazione concettuale tra reità e partecipazione⁸⁶.

Roxin raccolse l'eredità delle precedenti *Tatherrschaftslehren*. In particolare, egli si oppose alla prassi giurisprudenziale che individuava nella teoria soggettiva il giusto criterio di ripartizione tra condotte di autoria e partecipazione; criterio dal contenuto vago ed eccessivamente esposto alle valutazioni discrezionali del giudice⁸⁷.

La base del percorso argomentativo sta nella definizione di autore del reato: «Der Täter ist die *Zentralgestalt* des handlungsmäßigen Geschehens»⁸⁸. Così, con un linguaggio

⁸⁴ La trattatistica di lingua tedesca si preoccupa assai spesso di distinguere le varie accezioni in cui i diversi giuristi hanno interpretato la nozione di dominio sul fatto durante l'ultimo secolo: un lavoro esclusivamente dedicato al tema è la già richiamata monografia di Wolfgang Schild, ma le opere più importanti non mancano di svolgere un'ampia e completa introduzione sull'argomento. Ad esempio, C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 60 e ss., F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 58 e ss., e J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004, 52 e ss., cui si rimanda per una trattazione più dettagliata.

⁸⁵ Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 72.

⁸⁶ In tal senso, L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa*, op. cit., 290. Cfr. anche W. SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin, 1994, 5 e ss., che porta l'argomento alle estreme conseguenze, sondando l'applicabilità del criterio del dominio sul fatto altresì nell'ipotesi dell'*Alleintäterschaft*.

⁸⁷ Così si legge già in C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, op. cit., 197: «Wenn nämlich das maßgebende Kriterium, ob jemand die Tat "als eigene" oder "als fremde" wollte, anhand aller Umstände des Einzelfalls "wertend zu ermitteln" ist – wie es in der Rechtsprechung immer heißt – dann verliert die Abgrenzung der Teilnahmeformen ihren objektiven Halt im Gesetz und folgt in mehr oder weniger unüberprüfbarer Weise dem individuellen Werturteil des Richters».

⁸⁸ Questo è il punto focale della teoria roxiniana sul concorso: C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*,

atecnico ma evocativo, l'autore sarebbe figura centrale, *Schlüsselfigur*, mentre istigatore e complice rimarrebbero ai margini della realizzazione concorsuale⁸⁹.

L'Autore enuclea tre ipotesi di signoria sul fatto, le uniche possibili e pensabili⁹⁰: l'*Handlungsherrschaft*, la *Willensherrschaft* e la *funktionelle Tatherrschaft*⁹¹. La prima sarebbe il prototipo classico dell'autoria, che si verifica quando l'autore realizza il fatto personalmente («Man kann eine Tat nicht deutlicher beherrschen, als indem man sie selber tut; man kann nichts fester in der Hand haben als durch die Eigenhändigkeit»)⁹². Appare ovvio che l'autore del reato sia in grado di avere il dominio del fatto quando ha modo di realizzare il fatto personalmente: il modello di riferimento è, naturalmente, quello dell'autoria immediata *ex* § 25 Abs. 1 StGB⁹³.

La *funktionelle Tatherrschaft* si realizza nella cooperazione di più soggetti; per meglio dire, si tratta dei casi in cui l'autore non pone in essere personalmente la fattispecie tipica, né esercita una particolare influenza sull'esecutore materiale: sostanzialmente, consiste in una *Mitherrschaft*, in una collaborazione di più persone che può avvenire al momento della realizzazione, oppure nella fase preparatoria⁹⁴; è una figura nata per distinguere l'ipotesi della coautoria (§ 25 Abs. 2 StGB) da quella della complicità (§ 27 StGB). L'esempio classico è quello del capobanda che pianifica dettagliatamente l'azione illecita ma poi non partecipa alla sua concreta realizzazione⁹⁵.

op. cit., 25. Corsivo mio.

⁸⁹ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 26, in una descrizione che egli stesso definisce una rappresentazione plastica: «Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter ist die Hauptfigur des Geschehens, der Anstifter und Gehilfe stehen am Rande».

⁹⁰ W. SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, op. cit., 26.

⁹¹ Così C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 126, introduce la questione: «Wir untersuchen zunächst, welchen Einfluß das Maß der Tatbestandsverwirklichung durch eigenes Handeln auf die Täterschaft hat (Handlungsherrschaft), fragen uns dann, ob und wann jemand auch ohne eigene Beteiligung an der Tatausführung kraft seiner Willensmacht Täter sein kann (Willensherrschaft), und prüfen zuletzt, inwieweit ein Beteiligter, wenn er weder die Tatbestandshandlung vornimmt noch eine Willensmacht über das Handeln anderer ausübt, allein durch die Zusammenarbeit mit ihnen zur Zentralgestalt des Geschehens werden kann (funktionelle Tatherrschaft)».

⁹² C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 127.

⁹³ Questo appare il caso meno problematico: cfr. P. CRAMER, *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, in *Bockelmann-FS*, op. cit., 391: «Demgegenüber bietet allein die Definition der unmittelbaren Täterschaft in § 25 Abs. 1 StGB insoweit eindeutige Konturen, als durch sie festgelegt wird, daß jedenfalls derjenige als Täter anzusehen ist, der die Tat selbst begeht».

⁹⁴ Per una disamina completa della figura, si rimanda a C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 275 e ss.

⁹⁵ V., tra gli altri, H. J. RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der*

Ai fini del presente lavoro, è bene concentrarsi sulla figura della *Willensherrschaft*: qui «la carenza della tipicità della condotta viene colmata dalla (o viene trasferita sulla) strumentalizzazione di un'altrui condotta»⁹⁶. L'operazione non è volta a stabilire un nesso causale tra condotta ed evento, ma attiene specificamente all'imputazione del fatto e alla determinazione del titolo della responsabilità. È evidente che le nozioni di autore immediato e mediato operano su piani diversi: la prima dipende esclusivamente dalla tipicità della condotta esecutiva; la seconda, invece, emerge dall'applicazione di un criterio duttile, che contiene elementi sia oggettivi che soggettivi, ed è strutturata in conformità al dolo dell'agente, il quale, naturalmente, deve rappresentarsi la sua qualità di *dominus* del fatto⁹⁷.

La questione da cui si parte è, dunque, se e come sia possibile e giustificabile che un soggetto possa essere qualificato come autore pur non avendo commesso personalmente il fatto. Nel caso di questa realizzazione mediata, i sostenitori della teoria formale-oggettiva parlerebbero di autoria «impropria», cercando di ricondurla nell'ambito dell'istigazione attraverso l'applicazione della teoria dell'accessorietà limitata. Al contrario, accedendo all'*Einheitstäterbegriff*, non ci sarebbero problemi nel ricondurre questo caso nell'ambito dell'autoria, ma al prezzo di livellare tutte le forme di partecipazione, il che condurrebbe inevitabilmente all'accoglimento di una nozione estensiva d'autore⁹⁸. L'applicazione della figura del dominio del fatto, e precisamente del dominio della volontà, permetterebbe di risolvere la questione proponendo l'equazione autore-*Zentralgestalt*⁹⁹.

Le prime due forme di dominio della volontà prospettate da Roxin sono la *Willensherrschaft kraft Nötigung*, o costrizione dell'esecutore, e la *Willensherrschaft kraft*

Mittäterschaft, in Bockelmann-FS, op. cit., 374.

⁹⁶ Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 126.

⁹⁷ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 126 e ss.

⁹⁸ Ciò, perlomeno, in base alla critica diffusa in seno alla dottrina tedesca, e già richiamata nei capitoli precedenti.

⁹⁹ Per quanto attiene alla distinzione tra autoria mediata e istigazione nell'ambito della *Willensherrschaft*, continua C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 141: «[U]nser methodisches Prinzip der Zentralgestalt deutet in [diese] Richtung; denn eine Nötigung oder die Verwendung eines Irrenden macht den Hintermann in anderer Weise zur Schlüsselfigur des Geschehens, als wenn er sich auf eine Veranlassung oder einen bloßen Rat beschränkt hätte».

*Irrtum*s (induzione in errore o sfruttamento di un errore preesistente nell'esecutore)¹⁰⁰.

Il dubbio, in questi casi, è se il *dominus* del fatto debba essere considerato autore oppure istigatore. La soluzione della questione non avrebbe, ovviamente, alcuna rilevanza sul piano sanzionatorio, ma conserverebbe una certa importanza sul piano dogmatico¹⁰¹. Roxin, come appena detto, non ha dubbi nel ricondurre le due ipotesi nell'ambito dell'autoria, essendo evidente il ruolo *essenziale* del soggetto nell'economia generale della fattispecie concorsuale.

2.4. (segue): *l'Organisationsherrschaft*.

La questione più delicata attiene alla terza forma di dominio della volontà: la cd. *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, conseguente allo sfruttamento di un apparato di potere organizzato¹⁰².

Nei primi due casi di *Willensherrschaft* all'esecutore immediato del reato manca la libertà o la responsabilità: è, pertanto, un soggetto generalmente non meritevole di sanzione penale. L'intero disvalore dell'azione è proiettato sull'autore mediato, su colui che crea o sfrutta la situazione di costrizione o di errore.

È evidente che la terza ipotesi si pone su un piano diverso: chi commette materialmente un reato nell'ambito di un apparato di potere organizzato è soggetto pienamente responsabile e va punito quale autore colpevole¹⁰³. Tuttavia, l'*Hintermann* rimane, in base a tale ricostruzione, al centro del fatto, e non può che essere punito a sua volta come

¹⁰⁰ Per una trattazione ampia ed esauriente di queste due figure, si rimanda a C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 142 e ss. e 170 e ss.

¹⁰¹ Osserva S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 128, che ciò rileva ai fini della determinazione dell'inizio dell'attività punibile a titolo di tentativo; inoltre, emergerebbe il problema relativo alla conciliabilità della *Handlungsherrschaft* dell'esecutore materiale con la *Willensherrschaft* esistente contestualmente in capo al determinatore.

¹⁰² Cfr. C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, op. cit., 200.

¹⁰³ Così, nel suo breve articolo che condensa il pensiero roxiniano sull'*Organisationsherrschaft*, S. MOCCIA, *Autoria mediata*, op. cit., 389.

autore¹⁰⁴.

L'*Hintermann* è dipinto come colui che ha a disposizione un personale «apparato» – nella formulazione originaria, generalmente, un'organizzazione di tipo statale – mediante il quale può perpetrare i *suoi* crimini, senza che la realizzazione debba dipendere da decisioni autonome degli esecutori materiali¹⁰⁵.

Appare agevole inquadrare i termini del problema: qui l'esecutore agisce al pari di un autore immediato, ponendo in essere personalmente e dolosamente la condotta tipica.

Il soggetto che si trova al vertice dell'organizzazione, al contrario, non prende materialmente parte alla realizzazione del fatto. Sarebbe errato, nell'ambito di tale visione, qualificare la sua condotta come istigatoria, poiché tecnicamente qui l'*Hintermann* non si limita a indurre al fatto, semplicemente influenzando sulla sfera psichica dell'esecutore, dunque determinando quest'ultimo a commettere l'azione delittuosa¹⁰⁶.

Roxin decide di fondere la figura del *Täter hinter dem Täter* con la sua teoria del dominio sul fatto, permettendo così di sanzionare l'*Hintermann* come autore, e non come mero partecipe; soprattutto, la distinzione non è basata su un particolare atteggiamento soggettivo del *mittelbarer Täter*, come eventualmente avveniva secondo la precedenti teorie soggettive, bensì sullo stesso meccanismo automatico di funzionamento dell'apparato di potere¹⁰⁷.

¹⁰⁴ È efficace la breve schematizzazione di R. BLOY, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, in *GA*, 1996, 442: «Mittäterschaft setzt als Steuerungssubjekt der Tat ein Kollektiv voraus. [...] Mittelbare Täterschaft ist demgegenüber durch komplett fremdhändiger Tatausführung gekennzeichnet. Der mittelbare Täter ist Tatherr entweder *durch individuelle Herrschaft über den Tatmittler* oder *durch organisatorische Herrschaft über das Tatgeschehen*». Corsivo mio.

¹⁰⁵ Testualmente, C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 242 e ss: «Der Hintermann einen – meist staatlich organisierten – personellen “Apparat” zur Verfügung hat, mit dessen Hilfe er seine Verbrechen durchführen kann, ohne ihre Realisierung einer selbständigen Entscheidung der Ausführenden überlassen zu müssen».

¹⁰⁶ T. ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, in *ZStW*, 2000, 518 e ss., al contrario, propenderebbe maggiormente per la qualifica di istigatore in capo all'*Hintermann*: questa lettura sarebbe più coerente col principio della responsabilità personale, tenendo in conto che qui l'esecutore non agisce come mero strumento, bensì come soggetto giuridicamente pienamente responsabile. In risposta, C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in *ZIS*, 2006, 295, ribadisce: «Ein Anstifter steht nicht im Zentrum der Entscheidung». Su questo tema, peraltro, un curioso articolo di H. JUNG, *Claus Roxin, Xavier Marias und der Strafgrund der Anstiftung*, in *GA*, 2006, 301 e ss., opera un originale parallelismo tra questa prospettiva roxiniana e la descrizione della condotta di istigazione contenuta nel romanzo dello spagnolo Javier Marías, «Corazón tan blanco».

¹⁰⁷ V. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 244.

Roxin immagina tale apparato come una struttura attraverso cui si esplica il dominio sul fatto dell'*Hintermann* in virtù di tre fondamentali caratteristiche¹⁰⁸.

Il primo elemento è la *Beherrschung der Organisation*. L'autore (mediato) ha un controllo sullo svolgersi dell'evento molto maggiore di un semplice istigatore: per la commissione del fatto, l'*Hintermann* può semplicemente servirsi della possibilità di governare quella parte della struttura a lui sottoposta, senza dover totalmente rimettere ad altri la realizzazione del delitto¹⁰⁹.

La chiave di volta del sistema, e secondo elemento del *Machtapparat*, sta nel considerare il *Vordermann* come una rotella nell'ingranaggio complesso dell'organizzazione. A differenza della *Willensherrschaft kraft Nötigung* e della *Willensherrschaft kraft Irrtums*, la circostanza della piena responsabilità dell'esecutore è del tutto irrilevante al fine di ammettere il dominio dell'autore mediato, poiché ciò che quest'ultimo vede davanti a sé e si rappresenta non è nient'altro che uno strumento, nonostante la – limitata – *Handlungsherrschaft* che l'autore immediato mantiene nel portare a termine il reato «predisposto» dal vertice dell'apparato¹¹⁰.

In altre parole, ciò che conta è la fungibilità dell'esecutore immediato all'interno di un sistema che può vivere e svilupparsi indipendentemente dalla sua presenza. «Eine solche Organisation [...] funktioniert, ohne daß es auf die individuelle Person des Ausführenden ankommt, gleichsam “automatisch”»¹¹¹. L'esecutore del delitto è, dunque, *beliebig auswechselbar*: è individuo penalmente responsabile, ma agli occhi dell'*Hintermann* rimane una figura anonima e fungibile, e proprio questa prospettiva porta l'autore mediato accanto all'esecutore – *sopra* l'esecutore! – al centro dell'azione delittuosa.

È essenziale, chiaramente, che l'appartenente all'organizzazione non agisca mai in

¹⁰⁸ Una divisione schematica della materia è proposta, in modo chiaro ed esauriente, da F. MUÑOZ CONDE, *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen «nichtrechtsgelöster» Organisationen?*, in *Roxin-FS*, op. cit., 609 e ss.

¹⁰⁹ C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, op. cit., 295, specifica che l'istigatore può risvegliare, o rafforzare, il proposito criminoso, ma si trova a dover lasciare il successivo sviluppo della vicenda criminosa nella mani dell'istigato, che in questo caso è colui che possiede effettivamente la *Tatherrschaft*. Nell'ipotesi dell'*Organisationsherrschaft* la situazione è ribaltata: a decidere sull'«an» del fatto è l'*Hintermann*, colui che ricopre il vertice dell'apparato di potere; mentre l'esecutore immediato si trova perlopiù solo casualmente a integrare la condotta «voluta» dal *mittelbarer Täter*.

¹¹⁰ Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 245.

¹¹¹ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 245.

contrasto con i fini dell'organizzazione stessa, ma che anzi riconosca l'autorità indiscussa dei vertici della struttura di potere e realizzi pertanto gli scopi prefissati non diversamente da un mero *Werkzeug*. Qui la volontà dell'esecutore non ha la forza di porre un diaframma tra il determinatore e il fatto; contrariamente a quanto accade di solito nei reati concorsuali, più il soggetto si trova ai margini dell'evento, maggiore è la sua «signoria organizzativa secondo i posti di guida nell'apparato»¹¹².

Il terzo requisito è quello della *Rechtsgelöstheit*, definibile come «il perseguimento di un disegno, da parte dell'intero apparato, contrario all'ordinamento giuridico dello Stato»¹¹³.

Secondo Roxin la sua costruzione è inapplicabile alle organizzazioni lecite¹¹⁴: in buona sostanza, nelle organizzazioni lecite, contrariamente a quanto avverrebbe nei sistemi che agiscono «fuori dal diritto», le leggi conserverebbero ancora un'efficacia di rango superiore rispetto a quella del dominio della volontà degli *Hintermänner*¹¹⁵.

Questo terzo criterio è stato praticamente ignorato dalla giurisprudenza tedesca¹¹⁶; gran parte della dottrina, inoltre, sostiene esplicitamente che la *Rechtsgelöstheit* non possa costituire un presupposto irrinunciabile della teoria¹¹⁷.

¹¹² Cfr. S. MOCCIA, *Autoria mediata*, op. cit., 390.

¹¹³ La traduzione è di S. MOCCIA, *Autoria mediata*, op. cit., 390.

¹¹⁴ Su questo punto, in senso parzialmente contrario, cfr. L. KUHLEN, *Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten*, in K. AMELUNG (a cura di), *Individuelle Verantwortung*, op. cit., 82 e ss. Cfr. anche J. BRAMMSEN – S. APEL, *Anstiftung oder Täterschaft? «Organisationsherrschaft» in Wirtschaftsunternehmen*, in *ZJS*, 2008, 257.

¹¹⁵ V. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 249: «Denn solange Leitung und Ausführungsorgane sich prinzipiell an eine von ihnen unabhängige Rechtsordnung gebunden halten, kann die Anordnung strafbarer Handlungen nicht herrschaftsbegründend wirken, weil die Gesetze die höheren Rangwert habe und im Normalfall die Durchführung rechtswidriger Befehle und damit die Willensmacht des Hintermannes ausschließen».

¹¹⁶ Tale aspetto verrà maggiormente approfondito in seguito, con l'analisi delle pronunce giurisprudenziali che accolgono il concetto di *organisatorischer Machtapparat*.

¹¹⁷ R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, in K. AMELUNG (a cura di), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, 39 e ss., pur non essendo d'accordo con la ricostruzione roxiniana, sostiene che sarebbe contraddittorio ammetterla solo per gli apparati non leciti. V. anche K. AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*, in *GA*, 1998, 245. *Contra*, F. MUÑOZ CONDE, *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen «nichtrechtsgelöster» Organisationen?*, op. cit., 624; ID., *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?*, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y*

Il concetto roxiniano di *Tatherrschaft* è un concetto duttile, *concreto*, in grado di adattarsi alle varie manifestazioni del reale: pertanto, non è pensabile una struttura «statica», determinata, di *Tatherrschaft*, che condurrebbe alla soluzione di casi problematici con procedimento logico-deduttivo.

È stata sostenuta l'inutilità della nozione di «dominio del fatto» che, intesa in questo senso, rappresenterebbe solo un anello intermedio nominalistico della catena argomentativa. La prassi giudiziale sembrerebbe utilizzare tale requisito per piegare l'esito della controversia ai risultati ritenuti più equi nel caso concreto, non diversamente da quello che accadeva mediante l'applicazione di criteri puramente soggettivi¹¹⁸; tanto più che le stesse argomentazioni che fanno leva sulla *Tatherrschaft* appaiono confuse: il concetto viene spesso richiamato quasi *ad abundantiam*, unitamente ad altri elementi come l'entità del contributo, l'interesse proprio alla realizzazione del fatto, o «almeno» la *Wille zur Tatherrschaft*¹¹⁹.

La signoria sul fatto, dunque, altro non sarebbe che uno pseudonimo (*Deckname*), un concetto superfluo, che indica in determinate ipotesi già note un procedimento di imputazione oggettiva della condotta altrui, e nulla dice di nuovo sui criteri distintivi validi in via generale tra autoria e complicità¹²⁰.

Una critica semplice, immediata e pregnante alla teoria finora esposta sembra quella di Haas, quando parla di «mangelnde normative Begründung»¹²¹.

È innegabile, infatti, che le costruzioni dottrinali di cui si è trattato manchino completamente di qualsiasi aggancio normativo¹²².

en la criminología, Madrid, 2001, 31 e ss.

¹¹⁸ Come nel noto esempio, già trattato, del *Badewannenfall*.

¹¹⁹ Criticamente, E. SCHMIDHÄUSER, «*Tatherrschaft*» als *Deckname*, op. cit., 362, in particolare su BGHSt 37, 289. L'Autore si interroga sulla responsabilità condivisa di giurisprudenza e dottrina nel trovare il generale *Abgrenzungskriterium*.

¹²⁰ E. SCHMIDHÄUSER, «*Tatherrschaft*» als *Deckname*, op. cit., 360.

¹²¹ V. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, op. cit., 23.

¹²² D'altra parte, lo specifico intento di colmare la lacuna legislativa è spesso dichiarato. Secondo W. WOHLERS, *Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbefehle als Grundlage mittelbarer Täterschaft*, in *ZStW*, 1996, 80, definire l'autoria mediata come concetto «tappabuchi» (*Lückenbüßer*) può essere condivisibile in una prospettiva storica (relativa all'utilizzo della categoria come conseguenza dell'accoglimento della teoria dell'accessorietà estrema: cfr. capitolo II, sezione I, par. 4); tuttavia, il carattere frammentario del diritto penale e la puntuale formulazione delle disposizioni di cui ai §§ 25 e ss. StGB impedirebbero di continuare a fare riferimento a tale funzione, consistente unicamente nel

Questo non può che ricondurre alla considerazione da cui si è partiti: il codice tedesco, pur scegliendo la via della tipizzazione differenziata delle condotte, non riesce a sciogliere il nodo problematico della distinzione tra autore e partecipe; diventa perciò necessario far leva su criteri extranormativi di dubbia efficacia e ammissibilità.

Come si accennava prima, la nozione di autore è ambivalente, collocata in parte su un piano *valutativo* – ove è autore colui che possiede il dominio del fatto (autore mediato o coautore) – e in parte su uno *formale*, tipico (autore immediato).

Ciò impedisce alla gran parte delle teorie qui presentate, e massimamente alla costruzione roxiniana, di fornire quelle note costanti di disvalore su cui si vorrebbe basare il fondamento concettuale e dogmatico della stessa contrapposizione tra autoria e complicità. Il pregio della *Organisationsherrschaft*, ovvero la sua malleabilità in sede giudiziale, si traduce in un'assenza di requisiti contenutistici specifici, che delinea l'autore come figura affrescata su un piano intermedio tra quello della condotta e quello della colpevolezza¹²³. Così, appare errato qualificare autore sia chi abbia perpetrato dolosamente il delitto, sia chi abbia deciso il se e il come della realizzazione, a pena di risolvere «l'insanabile antinomia tra giustizia e certezza all'interno del diritto» scegliendo la prima alternativa¹²⁴.

Le soluzioni interpretative proposte dalla dottrina tedesca non sembrano completamente soddisfacenti. La scelta del legislatore di predisporre una cornice edittale attenuata per il complice, abbinata alla vaghezza delle disposizioni dei §§ 25, 26 e 27 StGB, parrebbe costituire più un criterio di orientamento per il giudice che un invalicabile limite posto alla sua discrezionalità, a presidio di quei principi irrinunciabili di tassatività e personalità della responsabilità penale che comunemente si ritengono maggiormente garantiti dall'adesione al modello differenziato di partecipazione¹²⁵. Tuttavia,

colmare il *deficit* di punibilità in una prospettiva di politica criminale.

¹²³ Si condividono qui le cadenze della puntualissima critica di S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 223, che osserva in particolar modo come appaia errato voler qualificare sia *Hintermann*, sia *Vordermann* – e non solo uno dei due – come autori: «l'alternativa tra la soluzione secondo cui è autore l'esecutore del fatto e quella in base alla quale è autore il *dominus* del fatto ha carattere assolutamente rigido e non ammette forzature o compromessi. Essa si risolve infatti nella contrapposizione tra un parametro formale, fondato su un accertamento di tipo obiettivo, ed uno invece valutativo».

¹²⁴ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 225.

¹²⁵ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, op. cit., 232.

considerazioni più approfondite e puntuali in merito non potranno che essere svolte qui di seguito, servendosi dell'analisi della giurisprudenza.

SEZIONE II

L'ORGANISATIONSHERRSCHAFT NELLA GIURISPRUDENZA DEL BGH

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. L'emergere della questione nel processo ad Adolf Eichmann. – 3. Autoria e partecipazione nel cd. *NS-Unrecht* e nel caso *Staschynskij*. – 4. La prima applicazione della teoria della *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate* da parte del *BGH*: gli omicidi compiuti sulla frontiera della Repubblica Democratica Tedesca. – 5. Le soluzioni alternative proposte dalla dottrina: la coautoria e l'istigazione. – 6. I successivi sviluppi giurisprudenziali dell'*Organisationsherrschaft*: la *mittelbare Täterschaft kraft automatischer Erfolgsherbeiführung*. – 7. Considerazioni conclusive. Cenni alla *functioneel daderschap*.

1. Breve premessa.

La casistica tedesca, per quanto riguarda lo specifico angolo visuale preso in esame all'interno del tema dei reati concorsuali, si differenzia notevolmente da quella italiana: non sono mai avvenuti grandi processi paragonabili a quelli contro le organizzazioni di tipo mafioso ed è mancato un allarme terroristico di portata simile a quello vissuto in Italia durante gli «anni di piombo».

Anche il dato normativo di partenza, come esposto sinora, rivela tratti del tutto difformi, che conducono gli interpreti lungo percorsi piuttosto diversi, nel tentativo di giungere a esiti al contempo conformi ai principii costituzionalmente garantiti e rispettosi delle istanze di giustizia dettate dal caso concreto – peraltro, in processi non di rado carichi di

aspettative mediatiche e potenziali valenze simboliche.

In Italia, come già accennato, la questione si sviluppa attorno ai problemi che emergono in sede processuale, e centrale è la prova della causalità (psichica) del contributo posto in essere dal soggetto ai vertici del sodalizio criminoso.

Al contrario, in Germania la scelta di differenziare le figure dell'autore e del complice sposta il tema sul piano tipico, sostanziale; alla questione del peculiare atteggiarsi della causalità in tema di concorso si affianca quella dell'opportunità di ammettere una figura di autore mediato che agisca alle spalle di un esecutore materiale pienamente responsabile. Due diverse figure di autore, queste, che – come già detto – si pongono su due piani differenti: l'autore mediato è un concetto di tipo valutativo, e si lega a elementi oggettivi e soggettivi quali il dolo dell'agente; quella dell'autore immediato, invece, è nozione che si sviluppa esclusivamente sulla tipicità della condotta¹²⁶.

La formulazione della teoria dell'*Organisationsherrschaft*, per stessa ammissione di Roxin, prese le mosse dall'osservazione di due casi in cui apparivano con particolare chiarezza le peculiarità del problema: il processo ad Eichmann e quello contro Staschynskij¹²⁷.

2. L'emergere della questione nel processo ad Adolf Eichmann.

La sentenza del Tribunale distrettuale di Gerusalemme che concluse il processo *Eichmann* suscitò grande interesse presso la dottrina tedesca; le questioni sollevate furono varie e di notevolissima rilevanza¹²⁸: tra queste, si annoverano le difficoltà aventi ad

¹²⁶ In senso critico, v. ad esempio A. HOYER, *Kombinationen von Täterschaft und Teilnahme beim Hintermann*, in *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, 379 e ss.

¹²⁷ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 243. Secondo F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 166 e ss., la dottrina tedesca avrebbe creato, sull'onda di questi casi, il concetto di «organizzatore», che corrisponderebbe alla modalità di partecipazione carica di maggior disvalore in termini di pericolosità, in maniera del tutto indipendente dall'alternativa tra *Täterschaft* e *Teilnahme*.

¹²⁸ Sui molteplici risvolti del processo ad Adolf Eichmann, in particolare nell'ottica del diritto penale internazionale, si rimanda all'ampia indagine di W. SCHABAS, *The Contribution of the Eichmann Trial*

oggetto il titolo dell'imputazione e – conseguentemente – la commisurazione della pena, a causa dell'enormità del crimine e della intricata catena di ordini e divisione delle competenze che dovettero essere prese in considerazione dai giudici di merito¹²⁹.

Così, la Corte di primo grado: «Se volessimo descrivere la sua attività con i termini usati nella sezione 23 del nostro codice penale, dovremmo dire che essa fu principalmente quella di una persona che incoraggiava altri con consigli o suggerimenti, e di una persona che permetteva agli altri di agire o li aiutava [...]. In un crimine così enorme e complesso come quello che stiamo considerando, a cui parteciparono molte persone, a vari livelli e in vari modi (i pianificatori, gli organizzatori e gli esecutori, distribuiti in varie gerarchie), non ha molto senso adoperare i concetti tradizionali di consiglio e istigazione. Ché questi reati furono commessi in massa, non solo per ciò che riguarda il numero delle vittime, ma anche per ciò che riguarda il numero di coloro che li commisero, e il grado in cui ciascuno dei tanti criminali era vicino o lontano dall'uccisore materiale non significa nulla, per quanto concerne la misura della responsabilità. Al contrario, in generale *il grado di responsabilità cresce quanto più ci si allontana* dall'uomo che usa con le sue mani il fatale strumento»¹³⁰.

Nel peculiare caso del crimine di massa, dunque, si evidenzia con chiarezza la dissociazione tra personale realizzazione dell'illecito e misura della responsabilità.

Una siffatta affermazione, di per sé, nulla dice sulla qualificazione del contributo del vertice a titolo di autoria o di partecipazione; anzi: viene sottolineata l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali, classici, del concorso di persone, nel far fronte a fattispecie

to *International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, 667 e ss.

¹²⁹ Una delle difficoltà riscontrate, per quanto riguarda il tema specifico, è motivata anche dalla scarsa diffusione della conoscenza della lingua ebraica, lingua in cui fu redatta la sentenza: la stragrande maggioranza dei commentatori ha avuto accesso a traduzioni inglesi o tedesche, e ciò sembra aver ingenerato qualche confusione a livello terminologico. Inoltre, la vicinanza dell'ordinamento israeliano alla famiglia di *common law* ha creato alcuni equivoci di natura propriamente giuridica, e non solo linguistica, relativamente ai concetti utilizzati. Per queste considerazioni, v. K. AMBOS, *Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann*, in *Revista de Derecho Penal*, 2012, 14 e ss.

¹³⁰ La più nota ricostruzione del processo ad Eichmann, nonché questo stralcio della sentenza di primo grado, è di H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2008, 253 e ss. Sempre in riferimento al paradigmatico caso *Eichmann*, per una riflessione articolata sulla *distanza* del compartecipe dal fatto materiale, soprattutto in rapporto al minore coinvolgimento psicologico nel crimine collettivo, H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Freiburg im Breisgau, 1967, 290 e ss.

concrete di tale portata.

Nel caso di specie, la Corte optò per il riconoscimento di una forma di responsabilità avente come punto di partenza una base «collettiva», applicando un'accezione piuttosto rigorosa di *conspiracy*¹³¹, per cui – si disse – non è sufficiente il mero consenso alla perpetrazione del crimine, ma è necessario provare che *in qualche modo* Eichmann avesse contribuito materialmente ai fatti contestati; nel caso «estremo» di mera condivisione del proposito criminoso, è richiesta quantomeno la presenza sul luogo di commissione del delitto¹³².

Dunque, Eichmann venne condannato in base all'applicazione di un *Einheitstätermodell* di matrice anglosassone, senza la specificazione della forma di partecipazione nel reato concorsuale¹³³.

Nonostante ciò, la rilevanza storica, politica e giuridica della vicenda giudiziaria – particolarmente sentita in Germania, per ovvi motivi – portò molti giuristi tedeschi a interessarsi del caso, soprattutto alla luce delle modalità di attribuzione della responsabilità adottate dalla Corte di Gerusalemme¹³⁴. Pertanto, furono formulate ipotesi in ordine alla corretta attribuzione della responsabilità in capo all'imputato; e il caso offrì uno spunto fondamentale per la formulazione della dottrina dell'*Organisationsherrschaft*.

La figura di Eichmann era ancipite: da un lato egli eseguiva gli ordini dei suoi superiori; era però a sua volta un superiore gerarchico, e come tale impartiva direttive ai suoi sottoposti¹³⁵: quegli stessi criteri con cui la dottrina tedesca attuale definirebbe come

¹³¹ La figura della *conspiracy* verrà tratteggiata nel capitolo seguente; nel frattempo, si rimanda all'accurato studio di E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993, 15 e ss.

¹³² Riportando un brano della sentenza: K. AMBOS, *Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann*, op. cit., 13.

¹³³ Così la Corte: «We wish to emphasize that in any case the Accused is regarded as committing the crime itself [...] whether he committed an act in order to facilitate or to aid another in carrying out the extermination [...], or whether he counselled or solicited others to exterminate»: cfr. K. AMBOS, *Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann*, op. cit., 15, nota 27.

¹³⁴ Secondo K. AMBOS, *Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann*, op. cit., 14, tra i motivi dell'interesse della dottrina tedesca ci fu una sorta di equivoco giuridico-linguistico nato intorno all'utilizzo, da parte dei giudici, dell'espressione traducibile come «complice»: la locuzione indica una responsabilità diminuita nell'ordinamento tedesco, ma è portatrice di un significato del tutto differente nell'ordinamento israeliano, certamente più vicino a quello che si potrebbe definire un modello unitario di concorso.

¹³⁵ Circostanza peraltro negata dalla Corte Suprema d'Israele nel giudizio d'appello, in cui si affermò che

autori mediati i suoi *Hintermänner*, renderebbero egli stesso passibile di incriminazione come autore mediato¹³⁶.

Tale circostanza porta a ravvisare una lunga catena di *Täter hinter den Tätern*, ma non preclude la possibilità di affermare la *Herrschaft* sul fatto relativamente alla parte dell'organizzazione che si ha sotto la propria signoria¹³⁷. Il caso è tradizionalmente presentato come l'esempio più lampante e classico dello *Schreibtischtäter*, del burocrate non fanatico, che diligentemente porta a termine le consegne affidategli – in vista di un'ambizione personale possibilmente consistente in un avanzamento di carriera, ma non per veri e propri motivi personali – anche quando queste consistano nell'agevolare uno sterminio: ciò, solo perché si è trovato in determinate condizioni storiche e politiche¹³⁸.

Da un lato Eichmann, nell'ultima dichiarazione a conclusione del primo grado di giudizio, ammise che la sua unica colpa fu l'obbedienza agli alti gerarchi nazisti, fino a quel momento esaltata come una virtù¹³⁹; d'altra parte, egli stesso confermò di aver «solamente» aiutato e favorito la commissione dei delitti. La Corte di Gerusalemme non riuscì a dimostrare il contrario, ma una tale circostanza diede adito all'attribuzione di una responsabilità più penetrante, proprio poiché consistente in un contributo immateriale e lontano dal *locus commissi delicti*¹⁴⁰.

L'analisi di Roxin prende le mosse in particolare da un passaggio pronunciato dalla

Eichmann aveva eclissato per importanza tutti i suoi superiori, e dunque non aveva ricevuto alcun ordine vincolante dall'alto. Tale pronuncia confermò perciò la pena di morte già comminata in primo grado: H. ARENDT, *La banalità del male*, op. cit., 256.

¹³⁶ In tal senso C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 246. A pagina 248 l'Autore riporta le parole dell'avvocato Servatius, difensore di Eichmann, che sottolineò tale posizione intermedia dell'imputato, il cui contributo si concretizzò in un segmento che non si colloca né all'inizio, né alla fine del fatto concorsuale («weder am Beginn noch am Ende der Tat»: la partecipazione fu, dunque, limitata «auf das dazwischenliegende Stück»).

¹³⁷ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 248.

¹³⁸ Questa è la notissima immagine tramandata dall'opera della Arendt, probabilmente influenzata anche dalla sua stessa analisi contenuta ne «Le origini del totalitarismo». Secondo una voce contraria, Eichmann avrebbe solo astutamente approfittato di tale rappresentazione ai fini del processo, avendo invece, nella realtà dei fatti, fornito un grande contributo personale alla perpetrazione degli orrori del regime nazista, sorretto non solo da ambizione, ma da una sorta di foga ideologica e criminale: v. A. CASSESE, *Eichmann: Is Evil So Banal?*, in *JICJ*, 2009, 645 e ss., introduzione a un *paper* del Giudice Gabriel Bach (procuratore al processo davanti alla Corte Distrettuale di Gerusalemme), il quale sostiene l'opinione qui appena riportata.

¹³⁹ Così riporta H. ARENDT, *La banalità del male*, op. cit., 254.

¹⁴⁰ H. ARENDT, *La banalità del male*, op. cit., 253.

difesa nel processo di primo grado, in cui si sostiene che un eventuale sacrificio di Eichmann sarebbe stato inutile. L'apparato di potere, infatti, avrebbe continuato a funzionare anche senza di lui, e qui sta la vera differenza con l'illecito monosoggettivo e con le ipotesi «tradizionali» di concorso. Quando si tratta di realizzazione personale, l'autore può autonomamente decidere se e come evitare di commettere il fatto di reato; cosa che non può avvenire nell'ambito di illeciti commessi da un apparato di potere organizzato. Proprio nelle parole di Servatius, che sottolinea l'esistenza di un apparato di potere indifferente al venir meno dei singoli esecutori una volta messo in moto, Roxin vede il fondamento della possibile responsabilità per autoria di Eichmann, e riceve ispirazione per l'elaborazione della sua nota teoria¹⁴¹.

Si è già notato che l'eccezionalità e l'enormità di tali crimini di massa rendono difficoltosa l'applicazione delle regole ordinarie sulla partecipazione¹⁴². Secondo Roxin, tuttavia, sarebbe errato ritenere decisivi il gran numero dei compartecipi, o l'ingente quantità delle vittime. Il primo, infatti, potrebbe al massimo comportare una diminuzione della responsabilità del singolo individuo che agisce in concorso, non potendo tuttavia condurre a mutare la qualificazione giuridica della sua condotta. Del tutto irrilevante, ai fini della determinazione dell'autoria *dell'Hintermann*, è altresì il numero limitato di vittime: d'altra parte, ciò trova un riscontro nella sentenza *Staschynskij*, e non verrà smentito nelle pronunce successive del *Bundesgerichtshof*¹⁴³.

¹⁴¹ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 246.

¹⁴² Cfr. in proposito quanto notato riguardo alla sentenza *Astiz* della Corte di Cassazione italiana, già esaminata al capitolo II, sezione II. Cfr. anche F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 167, il quale sostiene che siffatte ipotesi si sostanzino principalmente in descrizioni del dato fattuale, più che in definizioni dogmatiche utilizzabile per fondare l'autoria dell'*Hintermann*. Per un discorso più ampio, che esula dalle questioni strettamente tecnico-giuridiche ma offre un affresco complesso e interessantissimo del problema della responsabilità collettiva (anche in riferimento al caso Eichmann), si rimanda alle riflessioni di G. FLETCHER, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 2010, 1499 e ss., e alla critica di H. MORRIS, *George Fletcher and Collective Guilt: A Critical Commentary on the 2001 Storrs Lectures*, in *Notre Dame Law Review*, 2003, 731 e ss., particolarmente attento al profilo della necessaria personalità della responsabilità.

¹⁴³ Per C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 247, «[A]llein die Anzahl der Mitwirkenden kann Teilnehmer nicht in Täter verwandeln. Sie könnte die Verantwortung des einzelnen höchstens verringern. [...] Und die Vielzahl der Opfer ist für die Täterschaft ebensowenig entscheidend. Wenn nämlich anstatt einer ganzen Bevölkerungsgruppe nur jeweils eine Einzelperson verfolgt worden wäre, müßten die Hintermänner doch als Täter beurteilt werden».

3. *Autoria e partecipazione nel cd. NS-Unrecht e nel caso Staschynskij.*

In una serie di pronunce degli anni '50, relative ad alcuni delitti perpetrati nel contesto del regime nazista, la Corte Suprema utilizza per la prima volta esplicitamente la locuzione «Tatherrschaft», menzionando altresì espressamente i più noti sostenitori di alcune declinazioni della teoria del dominio sul fatto: Welzel, Gallas e Maurach¹⁴⁴.

In un caso, il BGH nota come la struttura della fattispecie concreta (nello specifico, si trattava dell'uccisione di due deportati), possa condurre a ipotizzare una possibile coautoria; tuttavia, i giudici optarono per qualificare il sottoposto – che eseguì materialmente il fatto – come complice: conseguentemente, la responsabilità del superiore non poté che essere descritta in termini di autoria¹⁴⁵.

In una pronuncia di pochi anni dopo (*Kameradenmordfall*), la Corte esplicitamente rigetta l'impostazione espressa nel già citato *Badewannenfall*: il dominio sul fatto – si dice – dev'essere valutato alla stregua di possibile elemento per determinare l'esistenza del *Täterwille*¹⁴⁶. Il soggetto pienamente responsabile che pone in essere materialmente la condotta possiede certamente una signoria sul fatto: non può, dunque, che essere qualificato come autore¹⁴⁷.

Naturalmente, la sentenza dà un certo rilievo alla valenza dell'ordine militare; tuttavia, né la presenza del superiore, né la sua influenza, né il preponderante interesse di quest'ultimo alla commissione dell'illecito può condurre a sminuire la circostanza della personale realizzazione del crimine: soprattutto, dal quadro dell'esecuzione di un ordine militare non sarebbe possibile dedurre l'esistenza di un *animus auctoris* in capo al

¹⁴⁴ B. WEIBER, *Täterschaft in Europa*, op. cit., 29. Non ci si riferisce ai casi decisi dal Tribunale Militare Internazionale di Norimberga o ai cd. 12 «Processi secondari di Norimberga», ma alla giurisprudenza tedesca successiva alla vigenza del *Kontrollratsgesetz (KRG) Nr. 10* del 20 dicembre 1945 (legge formalmente abrogata il 30 maggio 1956, ma che perse la sua efficacia pratica già nel 1951): si rimanda a G. HEINE, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. NS- und DDR-Unrecht im Vergleich der Rechtsprechung*, in *JZ*, 2000, 921 e ss. e ad A. GATTINI, *A historical perspective: from collective to individual responsibility and back*, in A. NOLLKAEMPER – H. VAN DER WILT (a cura di), *System Criminality in International Law*, Cambridge, 2009, 104 e ss.

¹⁴⁵ BGH, *NJW* 51, 323 (NS-Unrecht): v. J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004, 28.

¹⁴⁶ V. KREY, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2, Stuttgart, 2008, 19.

¹⁴⁷ Il caso è del 1956: BGHSt 8, 393.

superiore gerarchico¹⁴⁸.

Il *Kameradenmordfall* è spesso ricordato per essere una delle prime, embrionali, ma piuttosto decise manifestazioni giurisprudenziali del criterio della *Tatherrschaft*, inteso come criterio misto: il profilo oggettivo dell'esecuzione materiale costituisce qui un *indizio* utile a stabilire la sussistenza dell'elemento soggettivo proprio dell'autoria.

L'*Abgrenzungskriterium*, dunque, non può essere ridotto a una formula che richiami esclusivamente la predisposizione interna, il dato psicologico proprio del soggetto, ma deve necessariamente trovare un forte appiglio nell'indagine relativa alle circostanze fattuali¹⁴⁹.

Con il caso Staschynskij, conclusosi con uno dei più importanti verdetti del BGH in tema di concorso di persone, si ribalta nuovamente la prospettiva, e si torna ad un'impostazione più marcatamente soggettivista. La vicenda riguardava un agente russo incaricato dal KGB di eliminare due politici di spicco esiliati in Germania. Questi eseguì gli ordini alla lettera, e tra il 1957 e il 1959 uccise le vittime designate puntando loro direttamente in volto un'arma simile ad una pistola contenente dell'acido corrosivo¹⁵⁰.

Il BGH si trovò a ribaltare l'inquadramento delle condotte operato dall'accusa; in primo luogo, arrivando alla conclusione che entrambi gli attentati furono il risultato di un ordine proveniente dai vertici governativi, e in particolare dal KGB.

Come si è visto, l'aver elaborato e organizzato strutture preordinate alle

¹⁴⁸ Così in BGHSt 8, 393 (397): «Die straffe militärische Befehlsgewalt, die Erziehung der Soldaten, Befehle widerspruchlos zu befolgen, und die meistens fehlende Belehrung über die Grenzen dieser Pflicht konnten dazu führen, daß ein Vorgesetzter eine strafbare Handlung durch einen Untergebenen wie durch ein Werkzeug ausführte und die Einstellung des Untergebenen zu dieser Tat nicht als "Täterwille" im oben dargelegten Sinne zu beurteilen ist». Cfr. J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 29; M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, Oxford, 2009, 162.

¹⁴⁹ Cfr. BGHSt 8, 393 (396): «Die Wendung, Mittäter sei, wer die Tat "als eigene" wolle, ist mißverständlich. Diese Willensrichtung ist keine einfache innere Tatsache. Was der Beteiligte wollte, ist vielmehr auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfasst waren, vom Gericht wertend zu ermitteln. Dabei ist ein wesentlicher Anhaltspunkt, wieweit er den Geschehensablauf mitbeherrscht, sodaß Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen». A riguardo, v. anche B. WEIBER, *Täterschaft in Europa*, op. cit., 29.

¹⁵⁰ La sentenza del BGH fornisce un'accuratissima ricostruzione delle circostanze concrete: BGH, *NJW* 1963, 355.

Massenvernichtungsaktionen durante l'epoca del nazismo costituirebbe, secondo alcuni, condotta da collocare nell'ambito dell'autoria. Nel caso *Staschynskij* ci si troverebbe di fronte a qualcosa di paragonabile. I soggetti in posizione gerarchicamente sovraordinata all'esecutore materiale hanno stabilito, effettivamente, i connotati essenziali dello svolgimento degli attentati in termini, peraltro, piuttosto particolareggiati: la progettazione del fatto, con la raffinata costruzione della pistola avvelenata; la fornitura all'agente di documenti falsi e grimaldelli per introdursi nelle abitazioni delle vittime; la determinazione esatta del luogo e del tempo di commissione del delitto¹⁵¹.

La Corte, tuttavia, solo brevemente si sofferma sull'inquadramento in termini di autoria mediata delle condotte dei vertici del KGB: ben più estesa è la motivazione riguardante la qualificazione della condotta dell'agente *Staschynskij* come complicità ai sensi del § 49 StGB (oggi § 27).

Si legge nella sentenza: «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». È chiaro che l'esecutore materiale nel caso in esame è solo uno strumento di chi ha dettagliatamente predisposto e organizzato lo svolgimento del delitto, pur trattandosi di soggetto pienamente responsabile¹⁵².

Per configurare una condotta di autoria (mediata) in capo a chi fu materialmente più distante dal fatto, e al fine di comminare una pena inferiore a titolo di complicità a chi compì concretamente l'illecito il BGH richiamò apertamente la teoria soggettiva della partecipazione: nessuna teoria di stampo oggettivo avrebbe permesso di risolvere il caso con flessibilità, conducendo sicuramente a una pena più severa per l'esecutore materiale

¹⁵¹ Si legge in BGH, *NJW* 1963, 357: «*Staschynskij* Auftraggeber haben bei der Anordnung beider Attentate deren *wesentliche Merkmale* (Opfer, Waffe, Gegenmittel, Art der Anwendung, Tatzeiten, Tatorte, Reisen) vorher festgelegt». Corsivo mio. Cfr. anche F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 169.

¹⁵² La Corte, naturalmente, sottolinea con decisione la necessità di punire il soggetto pienamente responsabile in casi come questo, o nel caso dei crimini commessi durante il nazismo: «Diese besonderen Umstände staatlich befohlener Verbrechen befreien die Tatbeteiligten keineswegs von der strafrechtlichen Schuld. Jede staatliche Gemeinschaft darf und muß verlangen, daß sich jedermann von Verbrechen, auch von unter Mißbrauch staatlicher Befugnisse geforderten, bedingungslos fernhält. Andernfalls wäre jede Ordnung aufgelöst und den politischen Verbrechen das Tor geöffnet», BGH, *NJW* 1963, 357. G. FLETCHER, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War*, op. cit., 1539, sottolinea che in casi come questi (il riferimento è in particolare ai casi *Eichmann* e *Staschynskij*) ci si troverebbe davanti a due «autori»: lo Stato (in generale, l'entità collettiva) e il singolo esecutore. Tra i due *perpetrators*, tuttavia, non intercorre alcuna relazione di tipo causale.

subordinato¹⁵³.

La motivazione della Corte presta il fianco ad un'obiezione fondamentale, comune in generale alle declinazioni in senso soggettivistico dell'*Abgrenzungskriterium*: il *Täterwille* potrebbe rappresentare uno strumento eccessivamente duttile, che rende possibile ogni risultato voluto¹⁵⁴.

Dunque, diventa decisivo, ai fini della motivazione, l'atteggiamento soggettivo nei confronti del fatto di reato¹⁵⁵. L'atteggiamento soggettivo di Staschynskij può essere dedotto da varie circostanze: su tutte, la mancanza di interesse proprio alla perpetrazione del crimine; la mancanza di una propria volontà al compimento del fatto¹⁵⁶.

Addirittura, la nettissima propensione della Corte per la qualificazione in termini di complicità non cede neppure a fronte della considerazione che l'esecutore avesse agito fuori dall'ambito di competenza dei suoi sovraordinati¹⁵⁷.

La sentenza *Staschynskij* aprì la strada alla possibilità di definire autore mediato chi agisce dietro un soggetto pienamente responsabile; il BGH ammise innanzitutto l'autoria degli *Hintermänner*, esaminando solo in un secondo momento – con un'indagine più approfondita – il ruolo dell'esecutore. Ciò che rileva è che non venne immediatamente esclusa la soluzione dell'autoria anche per l'agente, sebbene fosse già certo, a partire dalle

¹⁵³ «Die materiell-objektive Lehre ist [...] zu schematisch eng»: BGH, *NJW* 1963, 358. Appare inoltre necessario ricordare che il dato positivo si presentava all'epoca ancora più rigido: l'espressa menzione della possibilità di commettere il fatto tramite un altro soggetto verrà introdotta solo nel 1975.

M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, op. cit., 162 e B. WEIBER, *Täterschaft in Europa*, op. cit., 30, invitano a non sovrastimare il significato della pronuncia su un piano puramente dogmatico, nel senso di una convinta adesione del BGH alla teoria soggettiva. In quel preciso momento storico – uno dei momenti più delicati della Guerra Fredda – assicurare un trattamento mitigato all'agente, evitandogli la pena di morte, avrebbe potuto favorire eventuali defezioni dei sottoposti o divulgazioni di informazioni dai Paesi del blocco sovietico.

¹⁵⁴ V., tra gli altri, C. ROXIN, *Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter»*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, 194.

¹⁵⁵ Testualmente, i giudici in BGH, *NJW* 1963, 357: «Maßgebend [...] ist die innere Haltung zur Tat».

¹⁵⁶ Il BGH elenca nel dettaglio tali circostanze, di natura marcatamente soggettiva, che sarebbero utili a demarcare una condotta di autoria da una, meno grave, di complicità: «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 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». BGH, *NJW* 1963, 358.

¹⁵⁷ BGH, *NJW* 1963, 358.

primissime cadenze argomentative della pronuncia, che i vertici del KGB dovessero a loro volta essere condannati come autori¹⁵⁸.

La Corte fu ben lontana dal prospettare qualcosa di simile all'*Organisationsherrschaft*, ma ben si comprende come il caso qui brevemente trattato possa offrire un interessante spunto per una riflessione sulla demarcazione tra autorità e partecipazione sulla base della teoria roxiniana.

Roxin definisce la condotta di Staschynskij come quella di un elemento intercambiabile che agisce all'interno di un piano predisposto senza il suo apporto, e questo permetterebbe di applicare una responsabilità a titolo di autorità per *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate* in capo ai vertici del KGB; con l'ulteriore considerazione che il meccanismo di funzionamento dell'apparato non cambia, sia che si tratti di stermini di massa come nel caso dei crimini nazisti, sia che si tratti di due singoli omicidi¹⁵⁹.

4. La prima applicazione della teoria della *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*.

La prima concreta applicazione della teoria dell'*Organisationsherrschaft* si ebbe nel 1994. La sentenza in esame richiama brevemente il (seppur notissimo) contesto storico in cui il fatto ebbe luogo: dal 1949 al 1961, circa 2,5 milioni di Tedeschi valicarono il confine

¹⁵⁸ In tal senso, U. MURMANN, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, op. cit., 271.

¹⁵⁹ Così C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 248. Parzialmente discordante l'opinione di F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 168, secondo cui Staschynskij non potrebbe essere definito, come pretenderebbe Roxin, un autore fungibile, per via della sua pazienza e della sua precisione nello svolgere gli ordini più complessi. Nondimeno, l'Autore concorda con la ricostruzione di Roxin, pur rifiutando di includere la fungibilità dell'esecutore materiale nei tratti caratterizzanti il *Machtapparat*. Schroeder, infatti, considera l'*Austauschbarkeit* come mero fattore naturalistico che si colloca in primo piano. Decisive, al contrario, sono le circostanze che hanno determinato tale fungibilità: il fatto che la contrarietà dell'ordine del superiore all'ordinamento giuridico non costituisca un impedimento all'obbedienza; l'obbedienza stessa, che dev'essere prestata senza riserve; la struttura gerarchica dell'organizzazione, con conseguente suddivisione delle competenze. Cfr. F. C. SCHROEDER, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis*, in *JR*, 1995, 178.

interno tra Repubblica Democratica e Repubblica Federale Tedesca; per arginare la massiccia migrazione, il 12 agosto 1961 il Consiglio dei Ministri della DDR stabilì che i confini tra le due entità politiche venissero rinforzati, mediante la costruzione di un muro e il posizionamento di mine e di soldati di confine che avevano l'ordine di sparare a vista ai fuggitivi¹⁶⁰.

La sentenza di primo grado del *Landgericht Berlin* riguardava, nello specifico, l'omicidio di sette persone che cercarono di fuggire dalla DDR per raggiungere la Germania Ovest tra il 1971 e il 1989. L'allora Presidente del Consiglio Erich Honecker, il vicepresidente Willi Stoph e il capo della Stasi Erich Mielke furono imputati in primo grado, ma il processo nei loro confronti fu archiviato per motivi di salute. Il Tribunale condannò, invece, il Ministro della Difesa Heinz Keßler e il viceministro Fritz Strelitz per istigazione all'omicidio e Hans Albrecht (altro membro del *Nationaler Verteidigungsrat*, il Consiglio Nazionale di Sicurezza) in qualità di complice¹⁶¹.

Sembra fondamentale ricordare che una pronuncia di poco precedente aveva stabilito la piena responsabilità di chi materialmente commise gli omicidi: peraltro, i soldati di frontiera poterono essere condannati come autori immediati e non come complici, a differenza di com'era avvenuto nel caso *Staschynskij* e in materia di *NS-Verbrechen*¹⁶².

¹⁶⁰ V. BGH, *JZ* 1995, 45.

¹⁶¹ Una breve esposizione dei fatti si trova in K. AMBOS, *El caso alemán*, in AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, 2008, 18. Cfr. anche G. JAKOBS, *Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, in *GA*, 1994, 1 e ss.

¹⁶² BGH, *NJW* 1993, 141; in tal senso, cfr. anche G. HEINE, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, op. cit., 924. I processi davanti al BGH riguardanti il complesso caso degli omicidi compiuti al confine furono sostanzialmente tre: il primo, sulla punibilità dei soldati che materialmente commisero i delitti; quello in esame, relativo alla responsabilità dei membri del Consiglio di Sicurezza; infine, quello che, nel 2002, condannò la dirigenza del SED (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) per *Totschlag durch Unterlassen*, in *mittelbare Täterschaft*. Qui la particolare qualifica rivestita dai soggetti fu interpretata nel senso di ammettere la titolarità di una vera e propria posizione di garanzia. La sentenza è pubblicata in www.bundesgerichtshof.de. Sulla configurazione della *mittelbare Täterschaft* in forma omissiva, v. U. MURMANN, *Mittelbare Täterschaft*, op. cit., 325, ma anche J. SCHLÖSSER, *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen, Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26. 8. 2003 und Urteil vom 13. 5. 2004*, in *GA*, 2007, 161 e ss. Infine, per una completa panoramica dell'applicazione dell'*Organisationsherrschaft* nelle sentenze successive a quella qui in esame, aventi ad oggetto la stessa tipologia di organizzazione, si rimanda a I. MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte: Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Berlin, 2010, 116 e ss.

In base al codice penale vigente nella DDR sarebbe stata preclusa la possibilità di configurare una responsabilità in termini di autoria mediata in capo ai membri del *Nationaler Verteidigungsrat*, poiché gli esecutori materiali erano di per sé pienamente responsabili¹⁶³. In base all'applicazione dello stesso codice e alla giurisprudenza della DDR sarebbe pure da escludere la soluzione della coautoria: coautore, infatti, è chi realizza personalmente almeno un presupposto della fattispecie legale¹⁶⁴. Infine, il complice è definito come chi dà sostegno ad un autore già deciso a commettere l'illecito: evidentemente, la condotta dei membri del Consiglio Nazionale di Sicurezza non è inquadrabile in termini di complicità, poiché furono questi stessi a determinare la volontà dei soldati¹⁶⁵.

Fin dal primo grado, tuttavia, trovarono applicazione le nuove norme del codice penale della *Bundesrepublik Deutschland*, ritenuto *das mildere Recht*. La soluzione fu senza dubbio artificiosa: la Corte partì dalla premessa che l'uccisione di chi fuggiva dalla Repubblica Democratica Tedesca fosse sanzionabile e sanzionata nella DDR; il ragionamento, insomma, si limiterebbe alla singola disciplina della partecipazione senza tener conto dell'ordinamento giuridico complessivo allora vigente, nel quadro del quale una condotta simile non sarebbe mai stata punita¹⁶⁶.

Il Tribunale di Berlino, nell'applicare il nuovo codice penale, rifiutò ugualmente la

¹⁶³ Così afferma, nella sua nota a sentenza, C. ROXIN, *Anmerkung* [zu BGH v. 26. 7. 1994 – 5 StR 98/94], in *JZ* 1995, 49: «Nach dem Recht der DDR hätte eine mittelbare Täterschaft nicht angenommen werden können, weil nach § 22 I StGB/DDR die Begehung “durch einen anderen” nur möglich war, wenn dieser für die Tat “selbst nicht verantwortlich ist”».

¹⁶⁴ «Mittäterschaft (§ 22 Abs. 2 Nr. 2 StBG/DDR) liege [...] nicht vor, weil nach der Rechtsprechung der DDR Mittäter nur sein konnte, wer mindestens ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal unmittelbar selbst verwirklicht habe»: così LG Berlin, *NJ* 1994, 213.

¹⁶⁵ «Beihilfe (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 StGB/DDR) setzte die Unterstützung eines bereits zur Tat entschlossenen Täters voraus. Daran fehle es. Die Angeklagten hätten den Tatentschluß der Grenzsoldaten erst hervorgerufen», LG Berlin, *NJ* 1994, 213.

¹⁶⁶ Tra l'altro, nel 1982 entrò in vigore la cd. *Grenzesetz*, che al § 27 permetteva formalmente la pratica in oggetto. Cfr. anche C. ROXIN, *Anmerkung*, cit., 49, che nota, inoltre, come anche in base alla disciplina del concorso di persone il diritto della DDR sarebbe stato più mite, non prevedendo la possibilità di attribuire ai membri del *Verteidigungsrat* una responsabilità per autoria mediata. Secondo l'Autore, l'unico parametro preso in considerazione per decidere quale fosse il diritto più mite – dunque, la disciplina che trovasse applicazione – fu la pena edittale prevista per il reato di omicidio, inferiore nel codice della Germania unificata. Per un lavoro interamente dedicato a questa questione, nelle sue molteplici sfaccettature – non solo giuridiche – e che si occupi direttamente della sentenza qui in esame, si rimanda a W. NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1996, 59 e ss.

soluzione della *mittelbare Täterschaft*. In particolare, si fece riferimento proprio alla *Willensherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, che qui non entrerebbe in gioco: «Die DDR sei kein der Hitler-Diktatur vergleichbar totalitärer Staat gewesen»¹⁶⁷.

Escludendo che gli imputati avessero il dominio sul fatto si negò automaticamente anche che questi fossero coautori; infine, fu ritenuto inammissibile definire *Gehilfen* i vertici del Consiglio Nazionale, poiché non ci fu alcun «sostegno di esecutori già determinati a realizzare la fattispecie criminosa» («Unterstützung eines bereits zur Tat entschlossenen Täters»). Così, la sentenza di primo grado arrivò a qualificare le condotte come istigatorie (con l'eccezione di Albrecht, condannato a pena diminuita come complice in omicidio)¹⁶⁸.

Il BGH percorse una via nuova nel panorama della giurisprudenza tedesca, accogliendo la teoria formulata da Roxin circa trent'anni addietro¹⁶⁹. Conformemente a quanto ammesso dal *Landgericht*, la Corte nega l'esistenza, *di regola*, dell'autore dietro un autore pienamente responsabile¹⁷⁰.

A questo principio sono ammesse eccezioni, incisivamente delineate nel passo più importante della sentenza, che si vuole qui riportare per intero: «Tuttavia, esistono casi in cui, nonostante la piena responsabilità dell'esecutore materiale, il contributo dell'*Hintermann* conduce quasi automaticamente alla realizzazione della fattispecie criminosa cui l'*Hintermann* stesso aspirava. Queste ipotesi possono verificarsi quando l'*Hintermann*, in virtù delle strutture organizzative di cui dispone, sfrutta determinate condizioni, all'interno delle quali dal suo contributo scaturisce con regolarità l'esecuzione dei compiti assegnati. Si tratta, principalmente, dei casi in cui entrano in gioco strutture di tipo statale, imprenditoriale o commerciale, organizzate in maniera gerarchica. In

¹⁶⁷ Così, testualmente, in LG Berlin, NJ 1994, 213.

¹⁶⁸ Naturalmente, per arrivare all'attribuzione della responsabilità a titolo di istigazione non ci si poté basare esclusivamente sulla mera appartenenza di un soggetto al Consiglio, bensì sull'effettivo peso di ciascun singolo imputato all'interno del *Verteidigungsrat*. Fu per questa ragione che Hans Albrecht, membro meno influente di Keßler e Streletz, fu condannato come complice.

¹⁶⁹ Considera F. C. SCHROEDER, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter*, op. cit., 177: «Der BGH hat erstmals *expressis verbis* die mittelbare Täterschaft bei vollverantwortlichem Handeln des Werkzeugs anerkannt».

¹⁷⁰ «Handelt jemand irrtumsfrei und uneingeschränkt schuldfähig, so ist sein Hintermann *regelmäßig* nicht mittelbarer Täter». BGH, JZ 1995, 48. Corsivo mio.

un'ipotesi simile, qualora l'*Hintermann* agisca essendo a conoscenza di tali circostanze, sfrutti – in particolare – l'incondizionata disponibilità dell'esecutore a realizzare la fattispecie tipica, e voglia l'evento come risultato della sua propria condotta, è qualificabile come autore mediato»¹⁷¹.

Appare evidentissimo il richiamo dei giudici all'autore mediato che opera attraverso un apparato di potere organizzato, nella formulazione ideata da Roxin, con l'aggiunta degli elementi tipici della teoria quasi parallelamente esposta da Schroeder. In particolare, si fa riferimento alla struttura accentrata e gerarchica del sodalizio; la Corte, tuttavia, non nomina il presupposto roxiniano della fungibilità dell'esecutore materiale, ma preferisce utilizzare il concetto di *Ausnutzung der unbedingten Tatbereitschaft*¹⁷².

Riprendendo formule già note dai tempi del processo ad Eichmann e citando espressamente la celebre monografia di Schroeder, il BGH non manca di sottolineare come la responsabilità dell'autore aumenti mano a mano che ci si allontana dal *locus commissi delicti*; fenomeno, questo, che impone di sanzionare l'*Hintermann* come autore mediato, pena il mancato riconoscimento del peso obiettivo del suo contributo concorsuale¹⁷³.

Ad aprire veramente la strada al concetto di *Willensherrschaft kraft organisatorischer*

¹⁷¹ BGH, JZ 1995, 48. La traduzione è mia; qui di seguito il passo originale: «Es gibt aber Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Tatbereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft». T. ROTSCH, *Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik*, in ZIS, 2007, 261, definisce questo passaggio addirittura il «momento di nascita di una nuova forma di autoria» («Geburtsstunde einer neuen Täterschaftsform»).

¹⁷² Concetto che si avvicina al *bedingter Tatentschluss* di cui scrive F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., *passim*. Secondo l'Autore, infatti, la fungibilità dell'esecutore sarebbe solamente un mezzo per l'ottenimento del dominio sul fatto, non un suo presupposto fondamentale. Per un commento sulla sentenza in esame relativamente alla sua vicinanza con la teoria sopra esposta, si rimanda inoltre a F. C. SCHROEDER, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, in ZIS, 2009, 570.

¹⁷³ «Den Hintermann in solchen Fällen nicht als Täter zu behandeln, würde dem objektiven Gewicht seines Tatbeitrags nicht gerecht, zumal häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunimmt», BGH, JZ 1995, 48.

Machtapparate nella giurisprudenza tedesca fu la considerazione, peraltro originariamente non condivisa da Roxin, che tale schema fosse applicabile a qualsiasi genere di organizzazione di tipo verticistico in cui, nonostante la piena responsabilità del *Vordermann*, l'autore mediato potesse porre in essere il suo contributo concorsuale in modo per così dire automatico, in virtù del meccanismo di funzionamento della struttura associativa.

In Roxin appare fondamentale il carattere della *Rechtsgelöstheit*: il sodalizio deve operare ai margini del diritto, poiché all'interno di un'organizzazione lecita la legge conserverebbe rango superiore alla volontà dell'*Hintermann*, o troverebbe operatività il dovere di obbedienza¹⁷⁴.

Al contrario, il BGH estende l'applicabilità del concetto di *organisatorischer Machtapparat*, comprendendovi, oltre ai sodalizi di stampo mafioso, anche le attività lecite, di tipo economico e imprenditoriale¹⁷⁵. Pur trattandosi di fenomeni molto diversi tra loro, ciò che accomuna questi tipi di associazione è la distanza spaziale, temporale e gerarchica che sta tra il vertice (l'autore mediato) e la base, ovvero l'autore immediato, che renderebbe impossibile una qualificazione in termini di coautoria¹⁷⁶.

Ciò è essenziale per comprendere il successivo sviluppo della giurisprudenza tedesca e la centralità del ruolo della pronuncia in esame; infatti la teoria roxiniana, oltre ad ottenere un vasto riconoscimento nel diritto penale internazionale, troverà ampio spazio nell'ordinamento tedesco con riguardo ai reati economici¹⁷⁷.

¹⁷⁴ L'aspetto è già stato tratteggiato nel capitolo III, sezione I; si rimanda comunque a C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 249; *contra*, K. AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, op. cit., 226 e ss.

¹⁷⁵ Il BGH non prende neppure in considerazione il requisito in oggetto. Cfr. K. ROGALL, *Bewältigung von Systemkriminalität*, in C. ROXIN – G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV. Strafrecht und Strafprozeßrecht*, München, 2000, 422.

¹⁷⁶ «Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur beim Mißbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafiaähnlich organisierten Verbrechens in Betracht kommen, bei denen der räumliche, zeitliche, und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht. Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen läßt sich so lösen», BGH, *JZ* 1995, 48. *Contra*, appoggiando le posizione di Roxin, F. MUÑOZ-CONDE, *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen «nichtrechtsgelöster» Organisationen?*, in *Roxin-FS*, op. cit., 609 e ss. e B. SCHÜNEMANN, *Die Rechtsfigur des «Täters hinter dem Täter» und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen*, in *ZIS*, 2006, 307.

¹⁷⁷ Sebbene tale teoria sia ormai comunemente e universalmente associata a Roxin, alcuni Autori

5. *Le soluzioni alternative proposte dalla dottrina: la coautoria e l'istigazione.*

La qualificazione dei vertici del *Nationaler Verteidigungsrat* come autori mediati che agiscono alle spalle di esecutori materiali pienamente responsabili in base alla teoria roxiniana del dominio sul fatto ha attirato non poche critiche, anche all'interno della stessa dottrina tedesca.

Alla luce della disciplina di parte generale applicata dal BGH, una prima via proposta per risolvere adeguatamente la questione dell'imputazione dei delitti in capo ai soggetti apicali, così come posta nella pronuncia appena esaminata, fu quella della coautoria.

Uno dei sostenitori dell'opzione della *Mittäterschaft*, Günther Jakobs, nota che in casi come questo l'esecutore semplicemente «farebbe proprio» il piano criminale predisposto dai vertici.

Soprattutto, sarebbe impossibile avere autoria mediata in assenza di una vera e propria superiorità *giuridica* dell'*Hintermann* sul *Vordermann*; detto in altri termini: in questo caso non si potrebbe far leva su alcuna posizione di garanzia rivestita dall'«autore dietro l'autore». L'esecutore materiale, agendo in qualità di soggetto libero e responsabile, non è *giuridicamente* in una posizione di inferiorità, ed è, in base al medesimo punto di vista,

sostengono che in realtà il BGH in questa pronuncia avrebbe creato una nuova, autonoma forma di *mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, poiché combina elementi della prospettiva schroederiana ed estende l'applicabilità ai sodalizi che operano lecitamente, «all'interno» dell'ordinamento giuridico: cfr. T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*. *Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatehre*, Tübingen, 2009, 373.

Una curiosità che vale la pena richiamare a questo proposito, e che verrà trattata anche nel *prosieguo* del lavoro, è costituita dall'esperienza olandese. Per quanto riguarda la disciplina di parte generale del concorso di persone nel reato, nei Paesi Bassi il dato positivo è del tutto sovrapponibile a quello fornito dallo *Strafgesetzbuch* tedesco. Anche la giurisprudenza olandese ha operato un'espansione del concetto di *commissione*; tuttavia, lo ha fatto in maniera difforme, mantenendo il carattere totalmente autonomo dell'autoria mediata (*doen plegen*) e soprattutto, per ciò che qui interessa, prendendo spunto dai reati economici per arrivare alle fattispecie di criminalità organizzata, e non viceversa. A tal proposito, cfr. E. GRITTER, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, Groningen, 2003, 228 e ss.; per una prospettiva comparatistica sul percorso inverso compiuto dai giuristi olandesi, ma in una diversa prospettiva di diritto penale internazionale, v. invece H. VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some Reflections Sparked off by the Case against the Former Peruvian President Alberto Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 615 e ss. e ID., *Joint criminal enterprise and functional perpetration*, in A. NOLLKAEMPER – H. VAN DER WILT (a cura di), *System Criminality*, op. cit., 158 e ss.

allo stesso livello di chi gli è gerarchicamente sovraordinato¹⁷⁸.

Ciò è particolarmente evidente se si considera che i soldati non furono solamente determinati a realizzare gli omicidi, a seguito degli ordini superiori; essi personalmente e consapevolmente misero in atto una prassi che diventò a tutti gli effetti parte dell'ordinamento della DDR. Condotte siffatte sarebbero indubbiamente inquadrabili nel concetto di coautoria, poiché di peso equivalente ai contributi posti in essere dai soggetti apicali: ciò, sia dal punto di vista delle *Tatherrschaftslehren*, sia secondo la prospettiva della teoria soggettiva (non si può negare, infatti, che l'esecutore agisca con un chiaro *animus auctoris*)¹⁷⁹.

Inoltre, la mancanza di una gerarchia giuridicamente rilevante e la presenza di un esecutore che agisce *volldeliktisch* permette di vedere sotto una luce diversa il criterio della fungibilità dell'autore immediato, che avrebbe qui il ruolo di mero dato naturalistico irrilevante. Nondimeno, è da notare come negli ordinamenti statali a forte connotazione ideologica, anche chi riveste le cariche più alte può essere sostituito, ed essere dunque fungibile¹⁸⁰.

Poco convincente parrebbe altresì il concetto alternativo di *Benutzung eines Tatentschlössenen*: l'*Entschlossenheit*, l'essere di per sé determinati a commettere il fatto, sarebbe un fenomeno psichico, assai difficilmente valutabile sul piano giuridico¹⁸¹.

Conclude Jakobs nella sua nota: «Rechtlich gesehen stehen die Personen, solange sie sich jeweils verantwortlich verhalten, auf gleicher Ebene. Konkret: Sie haben gemeinsam mit ihren Vorgesetzten oder ihren Untergebenen, also als *Mittäter* (oder bei quantitativ

¹⁷⁸ In tal senso, G. JAKOBS, *Anmerkung* [zu BGH v. 26. 7. 1994 – 5 StR 98/94], *NSiZ* 1995, 26.

¹⁷⁹ Peraltro, secondo G. JAKOBS, *Anmerkung*, op. cit., 26, l'eventuale mutamento del titolo della responsabilità (da istigazione ad autoria mediata) operato dal BGH avrebbe scarsissimo rilievo: «Die Differenz zwischen Täterschaft und Anstiftung ist keine des Gewichts der Beteiligung; denn für beide Formen gilt derselbe Strafrahmen, und auch die Strafzumessungsgründe sind dieselbe, wie der BGH zutreffend ausführt. Es verhält sich also nicht so, als habe das LG die Angeklagten K und S "nur" als Anstifter verurteilt; das LG hat die Unrechts- und Schuldmenge, die der BGH um kein Jota anders beurteilt, nur unter einem anderen Namen verarbeitet». V. anche ID., *Akzessorietät – Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, in *GA*, 1996, 253 e ss.

¹⁸⁰ G. JAKOBS, *Anmerkung*, op. cit., 27.

¹⁸¹ G. JAKOBS, *Anmerkung*, op. cit., 27. L'autore rigetta dunque *tout court* la teoria della *Willensherrschaft*, sia come proposta da Roxin, sia secondo la (simile) ricostruzione di Schroeder.

geringer Beteiligung als Gehilfen), schlechte Politik gewaltsam durchgesetzt»¹⁸².

La soluzione della coautoria, in sostanza, pone in secondo piano la questione *fattuale* relativa alla «distanza spaziale, temporale e gerarchica» tra i partecipi, che impedirebbe una vera e propria cooperazione nel momento della perpetrazione del delitto, sottolineando piuttosto come basti la consapevolezza di apportare un contributo ad un illecito concorsuale¹⁸³.

Questa ricostruzione permetterebbe di abbandonare la visione tradizionale della coautoria come cooperazione sempre orizzontale e correlativa. L'illecito perpetrato da una struttura organizzata necessiterebbe di nuove categorie: in questo tipo di reati concorsuali la *Mittäterschaft* si esplicherebbe con una nuova modalità, verticale e organizzata¹⁸⁴, modellata sull'idea di condotte equiordinate, differenti poiché ordinate sulla base di una divisione del lavoro e delle competenze¹⁸⁵.

L'altra possibilità vagliata dalla dottrina tedesca è quella dell'istigazione.

Già pochissimo tempo dopo l'introduzione della seconda parte del § 25 Abs. 1 StGB si manifestarono dubbi sulla configurabilità dell'autoria mediata in caso di *doloses Werkzeug*; spesso i casi ricondotti alla *mittelbare Täterschaft* potevano essere risolti in maniera più soddisfacente e conforme al dettato normativo applicando il § 26,

¹⁸² G. JAKOBS, *Anmerkung*, op. cit., 27. Di quest'avviso, anche H. OTTO, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates (Mittelbare Täterschaft, Organisationsherrschaft, Tatherrschaft, Gestaltungsherrschaft)*, in *Jura* 2001, 759: «Mit der Anerkennung der vollverantwortlichen Täterschaft des unmittelbar Handelnden, verliert diese Argumentation [von der wesentlichen horizontalen Struktur der Mittäterschaft] ihre rechtliche Grundlage».

¹⁸³ G. JAKOBS, *Anmerkung*, op. cit., 27: «Es reicht hin, wenn die zu leistende Arbeit (bei Vorsatzdelikten) in Kenntnis des Zusammenhangs erbracht wird». Sottolinea la problematica configurabilità di un'ipotesi di *Täter hinter dem Täter*, rigettando la possibilità di una sua applicazione nel quadro del *Machtapparat* (dunque, in caso di esecutore pienamente responsabile) anche F. ZIESCHANG, *Gibt es den Täter hinter dem Täter?*, in *Otto-FS*, op. cit., 505 e ss. (524). L'Autore condivide parte del percorso argomentativo esposto nella *Habilitationsschrift* di H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, 73 e ss.; tuttavia, quest'ultimo – in linea con la dottrina tedesca dominante – non arriva a respingere la possibilità di operare una distinzione di tipo «valutativo» tra partecipi, ammettendo così la *Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*.

¹⁸⁴ L'osservazione è di E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La responsabilidad penal del emprenditore, dei quadri intermedi e dei subordinati per i reati commessi avvalendosi della struttura organizzata dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2010, 155. Mentre la coautoria tradizionale, «cumulativa», è determinata dal dominio funzionale del fatto, questa nuova forma di coautoria «gerarchica» sarebbe improntata sul dominio dell'organizzazione.

¹⁸⁵ H. OTTO, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, op. cit., 759.

sull'*Anstiftung*¹⁸⁶.

Essenziale, ancora una volta, è il ruolo del principio di responsabilità personale. Non solo il dominio del fatto sarebbe un criterio difficilmente afferrabile, ma anche a voler ragionare con le categorie della *Tatherrschaftslehre* si dovrebbe affermare che è l'esecutore materiale pienamente responsabile ad avere effettivamente tra le mani lo svolgimento del fatto¹⁸⁷. Il cd. *Mann in der Zentrale*, pur potendo dominare le circostanze della perpetrazione dell'illecito, non avrebbe alcun influsso sulla sua personale e concreta realizzazione: il rispetto del principio della personalità della responsabilità penale e l'intollerabile automatismo generato dall'accoglimento della teoria della *Willensherrschaft* si escludono chiaramente a vicenda¹⁸⁸.

Inoltre, l'istigazione – è stato sostenuto – si porrebbe evidentemente come soluzione più conforme al dettato normativo; nessuna ragione di ordine politico-criminale può giustificare il ricorso a strutture concettuali *praeter legem*¹⁸⁹.

Si è notato, infine, come l'applicazione della teoria roxiniana abbia portato, nella prassi, ad un'eccessiva espansione della responsabilità penale, che lo stesso Autore avrebbe cercato di arginare tramite la centralità del concetto di *Rechtsgelöstheit*¹⁹⁰.

Ai sostenitori di questa impostazione è stata tuttavia replicata la completa estraneità della ricostruzione alle modalità di manifestazione reale del fenomeno: i fautori della teoria del dominio sul fatto sottolineano il potenziale lesivo dell'*Hintermann*, molto maggiore di quello tipico di un semplice istigatore; non sembrerebbe, in conclusione, che possa davvero affermarsi che il *Vordermann* sia tecnicamente *istigato* a commettere il

¹⁸⁶ Osserva G. SPENDEL, *Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, in *Lange-FS*, op. cit., 164: «Bei näherer Betrachtung besteht eigentlich kein zwingender Grund, den bestimmenden und dominierenden Hintermann in den zuletzt angeführten Fällen des “dolosen Werkzeugs” nicht als Anstifter zu qualifizieren. Daß damit seine Tatbeteiligung rechtlich nicht hinreichend erfaßt sei, ist mehr eine gefühlsbedingte Reaktion als eine rational begründete These».

¹⁸⁷ Una precisa ed esauriente spiegazione è fornita da K. AMBOS, *El caso alemán*, op. cit., 24 e ss.

¹⁸⁸ Cfr. in particolare T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 382 e ss. e R. ZACZYK, *Die «Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate» und der BGH*, in *GA*, 2006, 414.

¹⁸⁹ R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, in K. AMELUNG (a cura di), *Individuelle Verantwortung*, op. cit., 53.

¹⁹⁰ In tal senso, R. ZACZYK, *Die «Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate»*, op. cit., 412, che riprende la posizione welzeliana volta a considerare il *Täter hinter dem Täter* come *Unbegriff*.

reato¹⁹¹.

La comprensione dei due differenti punti di vista appare immediata: da un lato sta il rigore del principio di personalità della responsabilità penale; dall'altro, invece, la possibilità di un tipo di imputazione non solo giuridica, ma anche dalla fortissima valenza sociale e storica¹⁹².

6. I successivi sviluppi giurisprudenziali dell'Organisationsherrschaft: l'estensione alle organizzazioni lecite e la mittelbare Täterschaft kraft automatischer Erfolgsherbeiführung.

A seguito della nota pronuncia appena esaminata, il BGH iniziò ad utilizzare con una certa costanza la figura del dominio sul fatto in virtù di apparati di potere organizzati. Tuttavia, il concetto venne applicato estensivamente, anche a fattispecie concrete molto distanti dal modello ideale di applicazione della teoria.

Una vicenda assai nota riguarda la responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione di un'azienda. La pronuncia, conosciuta come *Lederspray-Urteil*, si appunta principalmente sulle fondamentali questioni dell'imputazione colposa relative alle condotte omissive degli imputati, che rimangono in primissimo piano¹⁹³; tuttavia, in un passaggio si affronta il tema della responsabilità dei suddetti per condotte commissive dolose¹⁹⁴.

La sentenza è antecedente a quella, già trattata, relativa ai *Mauerschützen*; rappresenta,

¹⁹¹ K. AMBOS, *El caso alemán*, op. cit., 25.

¹⁹² K. AMBOS, *El caso alemán*, op. cit., 25.

¹⁹³ Su questo aspetto, legato alla crescente tendenza alla «normativizzazione» in ambito di macrocriminalità, L. SCHULZ, *Perspektiven der Normativierung des objektiven Tatbestands (Erfolg, Handlung, Kausalität) am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung*, in K. LUDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Baden-Baden, 1998, 92; l'Autore opera un efficace parallelo con la sentenza del *Politbüro*.

¹⁹⁴ BGHSt, 37/106. La sentenza è del 1990. Cfr. J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 46. Sul punto, si rimanda anche all'estesa trattazione di G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 165 e ss.

nondimeno, un passo essenziale nel percorso che conduce all'espansione del concetto di autorità, anche per quanto riguarda le organizzazioni *nicht-rechtsgelöste*¹⁹⁵. In questo frangente, infatti, il BGH avrebbe operato un ardito e inedito parallelismo tra responsabilità civile e penale; percorso logico, questo, su cui negli anni successivi si innesteranno le soluzioni offerte dal meccanismo attributivo dell'*Organisationsherrschaft*¹⁹⁶.

Contrariamente a quanto stabilito nel giudizio di merito, la Corte Suprema ammette – seppure con un'argomentazione piuttosto lacunosa – l'esistenza di una posizione di garanzia per precedente agire pericoloso in capo agli amministratori¹⁹⁷; su questa, innesta (anche) una responsabilità di tipo commissivo per le lesioni causate ai consumatori del prodotto dannoso¹⁹⁸. Si delinea, in questo modo, un'ipotesi di «Täterschaft hinter verantwortlichen Tätern» che è stata definita piuttosto peculiare. I giudici fanno riferimento alla struttura organizzativa solo al fine di motivare la condanna con il dominio degli amministratori sullo svolgimento dell'evento dannoso: come è stato notato, la signoria in questo caso non sembra avere alcun connotato *fattuale*, ma si appoggia esclusivamente su criteri e valutazioni di tipo *normativo*¹⁹⁹. Anche la possibilità per gli esecutori materiali – appartenenti alla ditta produttrice o addetta alla distribuzione del prodotto – di influire sulla concreta realizzazione dell'illecito potrebbe integrare una sorta di signoria «fattuale», proprio in virtù della loro maggiore vicinanza al fatto; il BGH, per ragioni repressive che appaiono piuttosto chiare, sceglie di mutuare alcuni criteri dalla dogmatica propria dei reati omissivi per costruire una ipotesi di responsabilità verticistica

¹⁹⁵ Secondo G. HEINE, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, op. cit., 924, la soluzione proposta dal BGH nei casi relativi al *DDR-Unrecht* avrebbe avuto origine da un'insoddisfazione per come erano stati affrontati i crimini del regime nazionalsocialismo, e dal recente orientamento giurisprudenziale in tema di criminalità economica: l'Autore si riferisce proprio alla sentenza *Lederspray*.

¹⁹⁶ In questo senso, T. ROTSCH, *Der ökonomische Täterbegriff*, op. cit., 262.

¹⁹⁷ Su tutti, T. ROTSCH, *Individuelle Haftung im Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 1998, 190 e ss. Si rimanda anche alle riflessioni di G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, 1995, 95 e ss.

¹⁹⁸ § 224 StGB, «Gefährliche Körperverletzung»: J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 46.

¹⁹⁹ Il dibattito relativo alla *Tatherrschaft* come criterio naturalistico-fattuale o criterio normativo di imputazione è ancora acceso, e vede alcuni Autori sostenere posizioni nettamente contrapposte in favore della prima o della seconda soluzione (ad esempio, Roxin o Rogall), e altri optare per una combinazione delle due prospettive (ad es. Ambros): a questo proposito v. H. RADTKE, *Mittelbare Täterschaft trotz Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht*, in *GA*, 2006, 351.

che non appare, negli esiti, troppo dissimile da quella risultante dall'applicazione del controllo in virtù di un apparato organizzativo²⁰⁰.

Un caso interessante fu quello del medico T che prestava assistenza alla paziente settantenne E. Questa versava in stato vegetativo persistente (cd. «sindrome apallica») a seguito di un arresto cardiaco. I danni cerebrali erano irreversibili, ma la respirazione e la circolazione sanguigna erano perfettamente funzionanti; E era nutrita per mezzo di un sondino naso gastrico. Il medico T, d'accordo con il figlio della paziente, S, decise di interrompere la nutrizione artificiale, iniziando a somministrare ad E solo del tè. La morte della paziente sarebbe così dovuta intervenire nelle due-tre settimane seguenti. Al personale ospedaliero venne pertanto prescritto di alimentare E con tè fino all'esaurimento della dose, e comunque non oltre una certa data.

Il responsabile del servizio infermieristico si rivolse al giudice tutelare, il quale negò l'autorizzazione a rimuovere il sondino; il *Landgericht Kempten* condannò T e S per tentato omicidio²⁰¹.

Interessante è la motivazione della Corte federale (che annullerà poi la sentenza con rinvio), la quale apparentemente sembra appoggiarsi all'idea roxiniana di *Organisationsherrschaft*, ma in realtà riempie la formula di nuovi contenuti.

Innanzitutto, ci si allontana qui definitivamente dal requisito della *Rechtsgelöstheit* dell'organizzazione: un'azienda ospedaliera, o una clinica, si pongono come strutture che agiscono infatti pienamente e indubitabilmente nei ranghi dell'ordinamento. Inoltre, è dubbio che si possa parlare di un'organizzazione, quando ad agire furono sostanzialmente due soggetti singoli e non incardinati in alcun sodalizio particolare; infine, non c'è una molteplicità di esecutori materiali fungibili, come invece dovrebbe avvenire nell'apparato di potere immaginato da Roxin²⁰².

I giudici tendono ad affermare l'autoria di T e S sulla base dell'automaticità della

²⁰⁰ Queste considerazioni sono di J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 46 e ss.

²⁰¹ Per la ricostruzione del fatto si rimanda a T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 377.

²⁰² La considerazione critica è di T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 377.

realizzazione dell'evento, dunque sulla sicurezza che l'evento morte si sarebbe senza dubbio verificato a seguito dell'indicazione data dal medico al personale infermieristico²⁰³.

In effetti, non sembra che la soluzione della Corte possa qui essere condivisa; piuttosto, un'interpretazione così estensiva della teoria roxiniana pare aprire la strada a un criterio di imputazione potenzialmente ampissimo e dal funzionamento pericolosamente automatico: una sorta di «autoria in virtù di una causazione automatica dell'evento»²⁰⁴.

Nel 1997, il BGH ebbe modo di pronunciarsi su un caso relativo alla responsabilità di due amministratori di una società che si occupava del trattamento di materiali di scarto (*Abfallsbeseitigungs-Entscheidung*), i quali omisero di operare controlli per verificare che i materiali in entrata non fossero inquinati²⁰⁵. La condotta dei due imputati fu inquadrata nell'autoria mediata, tramite un ragionamento che appare poco rigoroso. La Corte, infatti, parla di responsabilità degli amministratori, intesa qui non come necessario *pendant* di una posizione di garanzia, ma come responsabilità sociale²⁰⁶.

Per di più, le parole della Corte si mantengono piuttosto vaghe riguardo alla classificazione della condotta. Gli imputati avrebbero «aperto e tracciato la via» per lo smaltimento illegale del materiale inquinato: formula di per sé vaga, che si attaglierebbe senza problemi anche ad una condotta di istigazione o complicità²⁰⁷.

²⁰³ Ciò a prescindere dal fatto che nel caso di specie l'evento non si sia concretizzato. T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 377, parla di «Erfolgsverwirklichungssicherheit».

²⁰⁴ Questa la definizione di T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 377 e ss. L'Autore scrive: «Ganz offensichtlich ging es dem BGH schon damals nicht mehr um eine Anwendung der Roxinschen Idee, sondern um die Ausweitung seiner mittelbaren Täterschaft kraft automatischer Erfolgsherbeiführung».

²⁰⁵ T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 377 e ss., opera una ricostruzione piuttosto dettagliata della fattispecie concreta. T e MT, amministratori di una società che trattava scarti per ricavarne materiale riciclabile, non avevano mai operato controlli sul materiale in entrata. Tuttavia, erano consapevoli dell'alta probabilità che questo potesse essere inquinato, specialmente a causa del contatto con sostanze altamente nocive simili alla diossina (policlorobifenili).

²⁰⁶ Si legge in BGH, *NStZ* 1997, 545: «Die Angeklagten mussten als Geschäftsführer dafür sorgen, dass die Abfälle kostengünstig beseitigt wurden. Sie sind dafür verantwortlich, dass die Abfälle an Abnehmer überlassen wurden, die nicht über die Möglichkeiten einer geordneten Abfallbeseitigung verfügten». Commenta T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 378: «Wenn die Richter als Prämisse formulieren, die Angeklagten seien dafür verantwortlich, dass die Abfälle kostengünstig beseitigt wurden, so kann damit nur die soziale, nicht aber die strafrechtliche Verantwortung gemeint sein».

²⁰⁷ «Die Angeklagten haben somit den Weg dahin eröffnet und vorgezeichnet, dass die Abfälle illegal

All'interno della motivazione della *Abfallbeseitigungs-Entscheidung* viene svolta una riflessione sull'essenziale presenza del *Tatinteresse*, accompagnato dal dominio della volontà, con il supporto del necessario elemento soggettivo. Nel caso di specie, i requisiti furono ritenuti chiaramente sussistenti, per l'evidente interesse dell'amministratore della società ad uno smaltimento economico degli scarti di produzione²⁰⁸.

Un anno dopo, il BGH ribadisce l'ammissibilità di un autore dietro un autore pienamente responsabile. Il caso è piuttosto articolato: R controlla di fatto la società C-GmbH. Nel giugno del 1993 viene fondata la società I-Holz GmbH (anche questa concretamente gestita da R), socia unica della società S-GmbH. La società S, a sua volta, aveva acquisito partecipazioni della società C; dunque, R era in sostanza la personalità più influente delle tre società. Dopo varie difficoltà finanziarie, R decide di affidare la gestione di I a suo fratello J, consulente d'azienda, che controlla la società indirettamente, con lo schermo di un prestanome. Nel settembre 1994, I diventa definitivamente insolubile, ma R e J concordano nella decisione di continuare l'attività; si perpetrano truffe e si accumulano debiti fino a 41.000 DM fino all'istanza di fallimento²⁰⁹.

Il *Landgericht Paderborn* qualifica la condotta di R come istigazione, e condanna J come autore di trentacinque truffe; la Corte federale, oltre a riconoscere il vincolo della continuazione, muta il titolo della responsabilità e condanna entrambi i fratelli come autori mediati della truffa.

Ciò che appare fondamentale è che anche in questa pronuncia la Corte rinuncia a qualsiasi esame ulteriore riguardante il decorso causale innescato dalla condotta degli imputati, e soprattutto non indaga sull'esistenza dei presupposti dogmatici dell'*Organisationsherrschaft*, facendo leva esclusivamente su un automatismo derivante

entsorgt wurden»: BGH, *NStZ* 1997, 545. La critica è di T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 378.

²⁰⁸ Sul punto, cfr. J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 48: l'Autore apprezza lo sforzo argomentativo sotteso nella pronuncia in oggetto: a differenza di quanto accadde nel caso *Lederspray*, la Corte si sarebbe qui preoccupata di giustificare più approfonditamente il carattere *penale* della responsabilità degli amministratori, evitando l'automatica equivalenza con la responsabilità civile-commerciale di cui si è accennato in precedenza.

²⁰⁹ BGH, *NJW* 1998, 767 (*Zahlungsunfähigkeits-Entscheidung*): v. J. SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, op. cit., 49).

dalla posizione rivestita da R e J all'interno delle società coinvolte e da una loro condotta isolata (nello specifico, è la decisione comune di proseguire l'attività della società I nonostante l'insolvibilità a fondare l'autoria degli imputati)²¹⁰.

Un'ulteriore applicazione della *mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate* si ebbe nel caso del proprietario di un hotel, che convinse suo cognato ad appiccare fuoco all'edificio al fine di ottenere il premio assicurativo, con cui avrebbe rimodernato l'albergo e risanato le finanze²¹¹.

Il BGH annullò con rinvio la sentenza che aveva condannato entrambi gli imputati per incendio doloso e frode assicurativa, e solo il proprietario dell'hotel per tentata truffa.

La Corte ravvisò un dominio sul fatto in capo a colui che aveva dato l'«ordine» di dare l'edificio alle fiamme e qualificò il cognato come esecutore materiale, autore immediato pienamente responsabile.

Il richiamo all'*Organisationsherrschaft* roxiniana appare quantomeno fuori luogo, dato che non è ravvisabile alcuno dei presupposti per la sua applicazione. Addirittura, sembrerebbero riemergere in questa pronuncia gli echi di quella teoria soggettiva ormai del tutto rigettata dalla dottrina, e in particolare la cd. *Interessentheorie*, secondo la quale sarebbe autore chi agisce «im eigenen Interesse».

In una pronuncia relativa all'organizzazione islamica *Kalifatstaat* operativa in Germania dal 1994 al 2001, anno in cui fu proclamata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht*, il BGH negò la sussistenza dell'*Organisationsherrschaft*²¹².

Ribaltando le conclusioni del procuratore generale, che ravvisava un'autoria mediata confortata dalla struttura gerarchica del sodalizio e dal carattere precettivo della *fatwa*, la

²¹⁰ T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 380.

²¹¹ Si tratta di BGH, JR 1999, 205.

²¹² Il caso riguardava la presenza contemporanea di due califfi all'interno della medesima organizzazione, situazione non permessa in base all'insegnamento di Maometto. Il califfo Kaplan destituì l'anticaliffo ed emanò una *fatwa* contro questi (in base alla quale l'anticaliffo avrebbe dovuto abiurare, o essere ucciso), pubblicata nel giornale dell'associazione e ripetuta più volte durante varie manifestazioni. A seguito dell'incitamento, l'anticaliffo fu assassinato. BGH, NSZ 1999, 503.

Corte nega tale possibilità. Questo poiché mancherebbe una struttura gerarchica paragonabile a quella di un apparato di tipo militare, o di tipo simile a quello operante nella Repubblica Democratica Tedesca²¹³.

Contrariamente a quanto sancito nelle pronunce precedentemente esaminate, qui il BGH non applica la teoria dell'*Organisationsherrschaft*. Eppure il ragionamento non cambia: se la Corte avesse ravvisato la sussistenza del presupposto della struttura gerarchica in tale sodalizio, nulla si sarebbe frapposto all'accoglimento di quell'automatismo nel decorso causale innescato da un'unica condotta isolata.

Automatismo in base al quale la garanzia dell'esecuzione di una direttiva o di un comando del superiore gerarchico (latamente inteso) equivale alla realizzazione garantita dell'evento tipico²¹⁴.

Dopo il 2000, il BGH sembra aver progressivamente ristretto l'ambito di applicazione della *mittelbare Täterschaft durch Organisationsherrschaft*.

In particolare, si ricorda qui una pronuncia del 2003: la sentenza è piuttosto lunga e descrive minuziosamente il complesso quadro fattuale; al contrario, non molto spazio è concesso alle questioni dogmatiche²¹⁵.

Nel caso di specie, l'imputato era un medico a capo di uno studio veterinario composto da una dozzina di altri veterinari a lui sottoposti. Questi pose in essere una serie di condotte in violazione della *Arzneimittelgesetz* (normativa sul servizio farmaceutico), mettendo in commercio e distribuendo illegalmente farmaci a prescrizione medica obbligatoria.

Il veterinario si trovava in posizione apicale all'interno del suo studio medico, dalla

²¹³ Così espressamente in BGH, *NStZ* 1999, 503: «Es fehle bereits an einer einem militärischen Apparat vergleichbaren Organisationsstruktur mit festgelegten Befehlssträngen, die die strikte Erfüllung der jeweiligen Befehle und deren Überwachung gewährleisten und somit den Befehlenden die Herrschaft über ihre Anordnung ermöglichen».

²¹⁴ L'osservazione è di T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 381: «Gewährleistung der Erfüllung von Befehlen meint nun aber nichts anderes als garantierte Umsetzung von Anweisungen in (tatbestandsmäßige) Erfolge».

²¹⁵ La sentenza in esame è BGH, *JR* 2004, 245.

struttura rigidamente accentrata e gerarchica; inoltre, anche attraverso il cambiamento del nome dei farmaci e le indicazioni date ai medici sottoposti era riuscito a creare le condizioni per distribuire illegalmente i farmaci²¹⁶. Non solo: l'imputato avrebbe consapevolmente sfruttato le condizioni da lui stesso predisposte per far sì che l'illegale distribuzione dei farmaci avvenisse anche per mano dei suoi sottoposti, i quali erano *di fatto* vincolati alle disposizioni del loro datore di lavoro. Tali considerazioni condussero la Corte federale ad inquadrare la fattispecie come tipico caso di autoria mediata tramite sfruttamento di un apparato di potere organizzato²¹⁷.

Dunque, è ormai pacifico, per la giurisprudenza, che il *Machtapparat* possa essere di per sé un'organizzazione pienamente lecita ed operante nel quadro dell'ordinamento; ciò, tuttavia, non può stupire alla luce dell'evoluzione pratica della teoria roxiniana.

La vera novità è qui il tipo di argomentazione su cui si fa leva per affermare l'autoria mediata dell'imputato: per la prima volta non si richiama alcun concetto assimilabile al *Wille zur Tatherrschaft*, ma si utilizza un approccio di tipo più oggettivo²¹⁸. Infatti, il ruolo dominante dell'autore mediato è dedotto da circostanze puramente fattuali, e non si fa mai riferimento a supposti atteggiamenti interiori o all'interesse dell'agente al compimento dell'illecito. Il dolo dei veterinari sottoposti è riconosciuto, ma non fa venir meno la *Tatherrschaft* di colui che è a capo dello studio²¹⁹.

L'allontanamento dalla teoria soggettiva appare un dato di segno positivo; quel che rimane, tuttavia, è la sensazione che si continui ad applicare estensivamente un meccanismo di imputazione automatico della responsabilità, in contesti ormai molto

²¹⁶ Sostiene il BGH: «Danach lag hier in allen fraglichen Fällen mittelbare Täterschaft vor. Der Angeklagte hatte durch die streng hierarchische Organisation seiner Praxis, durch die Umbenennung der Medikamente und die Anweisungen an die bei ihm angestellten Tierärzte, diese Medikamente in bestimmter Weise zu gebrauchen, die Rahmenbedingungen für die Medikamentenabgabe geschaffen», BGH, JR 2004, 246.

²¹⁷ «Er hat diese Rahmenbedingungen nicht nur geschaffen, sondern bewusst ausgenutzt, um zu erreichen, dass auch seine angestellten Tierärzte die Arzneimittel für Tiere abgaben, zu deren Behandlung sie nicht zugelassen waren. Den angestellten Tierärzte gegenüber hatte er bei wertender Betrachtung Tatherrschaft, denn aufgrund seiner Stellung als Arbeitgeber waren sie *rein faktisch* an seine Weisungen gebunden». Corsivo mio. BGH, JR 2004, 246.

²¹⁸ T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 383.

²¹⁹ Ciò è ben evidente in BGH, JR 2004, 246: «Seine beherrschende Rolle wurde durch seine Verschleierungsmaßnahmen verstärkt, auch wenn der Vorsatz der angestellten Tierärzte damit nicht ausgeschlossen war, da davon ausgegangen werden kann, dass sie wussten, welche Medikamente zugelassen waren».

distanti da quelli prospettati dalla dottrina più risalente²²⁰.

In un altro caso, la Corte ribadisce i presupposti fondamentali per l'applicazione dell'*Organisationsherrschaft*, trasponendo i concetti già accolti nella pronuncia contro i membri del *Nationaler Verteidigungsrat* nell'ambito della criminalità economica; stavolta, tuttavia, lo scopo è quello di limitare l'operatività del criterio.

Una pronuncia del *Landgericht Darmstadt* aveva condannato l'amministratore di varie società insolventi come autore mediato di truffa; in base alla ricostruzione del tribunale di primo grado, questo soggetto avrebbe agito come *Hintermann* rispetto a colui che aveva fondato le società amministrate dall'imputato²²¹.

Il BGH rifiuta tale qualificazione proprio per la mancanza di una struttura organizzata sussistente tra i due soggetti. Innanzitutto, si richiamano i precedenti sull'autoria mediata per sfruttamento di un apparato di potere organizzato, e in particolare la già citata sentenza del 1994: l'*Hintermann* deve operare attraverso una struttura organizzata di tipo statale, imprenditoriale o economica, all'interno della quale e tramite la quale il suo contributo cagiona automaticamente un decorso causale regolare. L'autore mediato dev'essere consapevole di tali circostanze; deve sfruttare la prontezza incondizionata a commettere il fatto propria dell'esecutore materiale; infine, deve volere la realizzazione dell'evento come risultato della sua condotta²²².

La Corte sottolinea, tuttavia, che «eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der *räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar*

²²⁰ T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 384, prova a definire la recente tendenza giurisprudenziale modellata sulla base della teoria roxiniana (ma completamente affrancatasi da questa) come «*Schaffung und Ausnutzung von durch Organisationsstrukturen geschaffenen Rahmenbedingungen*».

²²¹ Il contesto fattuale è brevemente riportato in BGH, *NStZ* 2008, 89.

²²² Questo è quanto già sancito in BGH, *JZ* 1995, 45, e ripetuto in BGH, *NStZ* 2008, 90: «Die Rechtsprechung hat bestimmte Formen der mittelbaren Täterschaft unter dem Begriff der Organisationsdelikts erfasst [...]. In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter».

*Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht»*²²³.

Mancano qui, pertanto, gli elementi necessari per ravvisare un'*Organisationsherrschaft*, e in particolar modo manca l'ultimo presupposto menzionato (i due soggetti lavoravano fianco a fianco, tanto che l'amministratore fu definito «la mano destra» dell'altro imputato).

Se non c'è sufficiente distanza spaziale, temporale e gerarchica tra il vertice dell'organizzazione e l'autore immediato, allora è necessario dare precedenza alla soluzione della coautoria: qui la Corte restringe il campo d'applicazione dell'autoria mediata, scandendo con precisione e concisione i passaggi logici argomentativi²²⁴.

Il percorso qui proposto non consente di tracciare una linea argomentativa sicura e lineare, procedente in una progressione.

Al di là di quanto sinora osservato, l'affermazione secondo cui il dominio sul fatto costituisce un reale e concreto aiuto per l'interprete può essere facilmente messa in discussione ove si consideri che il giudice spesso è costretto a fare riferimento alla «wertende Betrachtung der gesamten Umstände», e a enumerare una serie di criteri quali il grado dell'interesse alla realizzazione del fatto, l'entità del contributo, «il dominio sul fatto o almeno la volontà di averlo»²²⁵.

La formula è richiamata anche da giurisprudenza recentissima: un esempio interessante è costituito da un caso relativo a un gruppo organizzato di *hooligans* di estrema destra, conosciuti anche come «Hooligans Elbflorenz»²²⁶. Il gruppo era strutturato in base a una gerarchia piuttosto rigida: la maggior parte delle azioni – perlopiù aggressioni violente e combattimenti con gruppi rivali – non avveniva se non previamente decisa o approvata dal «caporione» del sodalizio. Nella vicenda in oggetto – relativa a un caso di lesioni personali dolose –, dopo aver valutato la sussistenza di una responsabilità

²²³ BGH, *NStZ* 2008, 90. Corsivo mio.

²²⁴ Cfr. V. KREY, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2*, Stuttgart, 2008, 58.

²²⁵ Così ad esempio in BGH 37, 289 (291), citata, tra gli altri, da E. SCHMIDHÄUSER, «Tatherrschaft» als *Deckname*, op. cit., 362.

²²⁶ BGHSt 233/14, del 22 gennaio 2015.

degli imputati «di vertice» ai sensi del § 129 StGB Abs. 4 (*Rädelsführer oder Hintermänner einer kriminellen Vereinigung*)²²⁷, la Corte Suprema rigetta l'automatismo per cui il vertice dell'organizzazione avrebbe potuto porre in essere un contributo così rilevante da essere qualificato in termini di autoria, invitando il giudice del rinvio a svolgere ulteriori, più dettagliati accertamenti di merito.

Così si esprime il BGH: «Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein»²²⁸. Si conclude osservando che, in base alla considerazione di quanto esposto e alle risultanze del giudizio di merito, non sarebbe possibile giungere alla conclusione della responsabilità dell'imputato in posizione apicale a titolo di coautoria per lo specifico fatto di reato in oggetto.

La soluzione della Corte appare senza dubbio ispirata dal rispetto dei principi di necessaria personalità della responsabilità penale e del *fair labelling*. Rimane il forte dubbio che, anche in questo caso, la rigidità del dato normativo non costituisca, prima che una solida guida per l'interprete, una formula vaga e in espansione, da dover riempire con concetti a loro volta estremamente duttili, che hanno il pregio di flettersi alle peculiarità del caso concreto.

7. Considerazioni conclusive. Cenni alla functioneel daderschap.

Sembra ormai innegabile che la materia in esame faccia fatica a piegarsi ai classici principii del reato concorsuale; in Germania, in particolare, la differenziazione normativa

²²⁷ Non ci si soffermerà sulla questione della qualificazione della tifoseria come associazione ex § 129 StGB, per quanto la questione sia centrale nell'economia della sentenza, e l'esito positivo di questa classificazione non sia da sottovalutare. Sul tema della distinzione tra associazione e banda criminale nel diritto tedesco, v. di recente F. C. SCHROEDER, *Vereinigung, Bande, Gruppe & Co. Die organisationsbezogenen Straftatbestände des deutschen Strafgesetzbuchs*, in *ZIS*, 2014, 389 e ss.

²²⁸ BGHSt 233/14, 40.

tra autore e partecipe pone un ulteriore ostacolo contro cui queste forme di criminalità si scontrano facilmente²²⁹.

La paternità della teoria dell'*Organisationsherrschaft*, così come interpretata e applicata più volte dal BGH per risolvere tali casi problematici, è stata rivendicata con vigore²³⁰; tuttavia, dall'analisi delle pronunce appare piuttosto che la Corte abbia percorso una via autonoma, delineando una figura di autoria mediata per dominio del fatto che ha preso via via le distanze dalle formulazioni originarie²³¹.

L'impressione è che, *mutatis mutandis*, le corti cerchino di aggirare l'ostacolo probatorio e dogmatico ravvisando nelle condotte di autoria l'utilizzo di un meccanismo dal funzionamento automatico. In altri e più precisi termini: l'autore mediato non è solo chi ha predisposto l'apparato organizzato di potere, ma chi ne ha consapevolmente sfruttato il funzionamento, ottenendo la realizzazione dell'evento illecito in maniera automatica²³².

In Italia la giurisprudenza ha spesso fatto leva sulla connotazione piramidale e verticistica del sodalizio, per rimarcare la pericolosità e facilitare l'accertamento della responsabilità in sede processuale; in Germania a volte si è oltrepassato il confine, e si è applicata la teoria del dominio sul fatto anche a fattispecie concrete cui difficilmente si attaglia la teoria di matrice roxiniana: sarebbe a dire, anche a casi in cui non sarebbe in alcun modo ravvisabile neppure l'esistenza di un'organizzazione²³³.

Fondare in questo modo una condotta di autoria, in particolare in un sistema poggiato sulla differenziazione dei contributi concorsuali, sembra basare il titolo della responsabilità su un concetto del tutto aperto, flessibile, dunque incerto. Sin dalle prime formulazioni della teoria lo stesso Roxin, peraltro, valorizzava il carattere concreto e, dunque, adattabile della nozione di *Tatherrschaft*, che permetteva di colorare ogni volta

²²⁹ Per una considerazione simile, incentrata soprattutto sulla criminalità economica, v. K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, 47.

²³⁰ Per avere un quadro nitido delle due visioni contrastanti (sebbene in larga parte concordi), si rimanda a C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, op. cit., 293 e ss, e a F. C. SCHROEDER, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, op. cit., 569 e ss.

²³¹ Tra gli altri, v. T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 387.

²³² T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 387.

²³³ Si pensi ad esempio a BGH, *JR* 1999, 205, sulla frode assicurativa.

di significati diversi la condotta di autoria²³⁴.

Tale concetto, a maggior ragione nell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza tedesca, permetterebbe di valutare quale sia, all'interno del reato concorsuale, il contributo più incisivo, punendolo con la pena prevista per l'autore, in modo non dissimile da quanto è avvenuto con l'accoglimento delle teorie soggettive. Questo, chiaramente, fa sì che la distinzione codicistica tra autoria e complicità diventi definitivamente sfumata e confusa, creando una situazione simile a quella che si avrebbe con l'accoglimento di un modello unitario di tipizzazione²³⁵.

Infatti, l'imputazione sul piano tipico non avverrebbe più sulla base della descrizione normativa della condotta, ma su un parametro di tipo valutativo: la distinzione tra autore e partecipe verrebbe a rilevare solamente al momento della commisurazione, o comunque della valutazione della pericolosità ed incisività dell'apporto concorsuale, similmente a quanto avverrebbe in un ordinamento modellato sulla cd. *Einheitstäterschaft*.

Secondo alcuni Autori, un parziale accantonamento del principio di personalità della responsabilità penale, insieme all'applicazione estremamente estensiva ed eterogenea della *Tatherrschaftslehre* di stampo roxiniano, avrebbe permesso alla giurisprudenza di perpetuare una tendenza assai risalente, pur facendo apparente utilizzo di nuove categorie dogmatiche: in questa prospettiva, l'*Organisationsherrschaft* non sarebbe altro che la *descrizione della volontà di dominare il fatto*²³⁶.

A questo punto, la critica sarebbe la stessa da rivolgere alla teoria soggettiva, applicata ad esempio nel caso Staschynskij: la figura elaborata dal *Bundesgerichtshof* avrebbe scarso valore dogmatico, e sarebbe del tutto orientata al piano della commisurazione della pena più severa al contributo concorsuale percepito come più lesivo, o maggiormente

²³⁴ Quest'aspetto è già stato brevemente trattato nella prima parte del presente capitolo. Si rimanda a C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 251.

²³⁵ In tal senso, T. ROTSCH, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, op. cit., 380, che considera, inoltre, come l'ordinamento mal sopporti l'ostinazione a mantenere un sistema differenziato di partecipazione.

²³⁶ Così R. ZACZYK, *Die «Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate»*, op. cit., 414: «Die vorgebliche Willensherrschaft des Organisators ist also nicht die Herrschaft über den die Tat ausführenden Willen, sondern sie ist Beschreibung des Willens, die Tat zu beherrschen. Der Organisator will die Tat als eigene. "Spiritus rector" und "animus auctoris" ähneln sich nicht nur sprachlich». La conclusione è estrema, benché sia innegabile un certo utilizzo disinvolto e intercambiabile di *Tatherrschaft* e *Wille zur Tatherrschaft*: cfr. ad esempio le cadenze argomentative della pronuncia appena richiamata relativa agli *Hooligans Elbflorenz*.

carico di disvalore²³⁷.

L'interprete tedesco ha a disposizione un modello che è al tempo stesso rigidamente incardinato in categorie dogmatiche nella sua struttura, e vacuo nel suo contenuto. Non potrebbe essere altrimenti: «l'inesauribile ricchezza del reale» si manifesta con particolare evidenza in tema di compartecipazione criminosa, e l'obiettivo di definire puntualmente le figure sul piano tipico in una disposizione di parte generale appare quantomeno utopistica²³⁸.

Non è un caso, in effetti, che il legislatore tedesco non si spinga davvero fino in fondo nello sforzo definitorio: i §§ 25, 26 e 27 non esprimono, a rigor di logica, la definizione dei tipi concorsuali, ma stabiliscono – in termini piuttosto aperti – chi deve essere *punito come autore*, e chi *come complice*²³⁹.

In conclusione, è la nozione di *esecuzione* a sembrare irrinunciabile per qualsiasi tentativo di tipizzazione e definizione del contributo concorsuale, poiché è attorno a questa che è costruita essenzialmente la figura di autore: l'esecuzione individua l'autore immediato, il coautore e dunque, in via residuale, il complice.

Pertanto, le figure concorsuali, dove tipizzate, sono formalmente legate alla materialità della condotta. Tuttavia, nei casi esaminati ciò non appare soddisfacente: l'interprete è

²³⁷ Tra gli altri, G. SPENDEL, *Der «Täter hinter dem Täter»*, op. cit., 161. L'Autore, nel contestare l'esito delle sentenze *Badewanne* e *Staschynskij*, scrisse: «Die beiden dogmatisch verfehlten Entscheidungen sind offensichtlich vom "Ergebnis", d.h. vom Strafmaß her bestimmt».

Un'ulteriore riflessione sul piano comparato è suggerita dall'esempio spagnolo: qui il codice penale prevede una differenziazione sul piano tipico tra autore e partecipe; inoltre, le condotte sono descritte in modo piuttosto ampio, così da permettere un'interpretazione meno rigida soprattutto delle figure di istigazione e coautoria. Ciò che più rileva, tuttavia, è che non è prevista alcuna distinzione nel trattamento sanzionatorio: così, spesso la giurisprudenza può far leva anche sulla figura della complicità necessaria. Per quanto riguarda la figura dell'autore mediato, infine, va rilevato che in particolar modo il concetto di fungibilità dell'esecutore materiale ha suscitato non poche perplessità nella sua applicazione al caso concreto: nel giudicare gli attentati terroristici compiuti dall'ETA, la giurisprudenza non ha potuto fare a meno di notare che le particolari relazioni personali sussistenti tra i membri del gruppo impedivano di classificarlo come vero e proprio apparato organizzato nel senso «roxiniano» del termine. Per un'ampia analisi sul tema, si rimanda ad A. GIL GIL, *El caso español*, in K. AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 89 e ss.

²³⁸ V. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 111 e ss.

²³⁹ Gli *incipit* delle tre disposizioni mostrano il punto con evidenza (*Als Täter/Anstifter/Gehilfe wird bestraft [...]*). Sul punto, v. S. POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer» y «hacer cometer», op. cit., 1233.

spesso costretto a operare una lettura estensiva dell'*actus reus*, utile a punire più gravemente i soggetti più responsabili, classificandoli come autori sul piano tipico: il principio del *fair labelling* è così apparentemente rispettato; in realtà, si produce un'inversione del giudizio, che giustifica esiti già determinati *a posteriori* sulla base di esigenze di dosimetria sanzionatoria.

L'analisi storica ha mostrato che la distinzione tra autoria e complicità, lungi dal rappresentare una necessità logica, nasce principalmente per una questione processuale, e ciò contribuisce a spiegare la centralità dell'esecuzione nel procedimento definitorio e di tecnica normativa. Ciò diventa un problema quando si tratta di coniugare la categoria di autoria *stricto sensu*, legata all'esecuzione materiale della condotta, con un trattamento sanzionatorio più severo: il concetto di autoria deve necessariamente espandersi, ricomprendendo condotte che man mano si allontanano dall'*actus reus*, e assumere un significato – per così dire – simbolico²⁴⁰.

Così scrive Ferrando Mantovani nel suo manuale: «Fin dai primordi della scienza penale il problema [della scelta tra un modello di responsabilità differenziata e di pari responsabilità in tema di concorso] si impose alla attenzione dei criminalisti e dei legislatori, senza di regola pervenirsi a soluzioni generali ed unitarie e tanto meno rigide. Se incertezze e contraddizioni si riscontrano nel diritto romano e longobardo, pure nel diritto comune e statutario manca una direttiva precisa e rigorosa. Mentre talora si prevede la parità di pena per certi concorrenti e la diversità per altri, non di rado si affida al giudice il compito di adeguare la pena alla attività concretamente svolta da ciascun concorrente. Nel complesso, pur essendo particolarmente avvertita l'esigenza di differenziare i concorrenti, la loro diversa punibilità viene valutata in concreto più che in rapporto ad astratte forme di partecipazione. L'aver accentrato l'attenzione su queste forme astratte è un demerito della dottrina successiva, la quale, postulando che la “esecuzione” comporti una responsabilità maggiore delle altre forme di concorso, ha finito per contrapporre

²⁴⁰ J. KEILER, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, Antwerpen, 2013, 194, scrive che il fenomeno è evidente negli ordinamenti che partono dal presupposto dell'accoglimento di un concetto *restrittivo* di autore. In realtà, si è precedentemente notato che l'equazione tra cd. modello unitario-*Einheitstäterbegriff* non sembra corretta; tuttavia, si condivide in linea di massima l'osservazione dell'Autore, in questo caso specificamente diretta ai casi di «partecipazione verticale».

l'“autore” al “partecipe”»²⁴¹.

Pur non essendo direttamente oggetto di questa tesi, appare interessante a questo proposito fare un breve accenno all'esperienza olandese. Si è già detto del percorso seguito dalla giurisprudenza tedesca nell'estendere l'elaborazione dottrinale alla criminalità imprenditoriale ed economica; in Olanda accadde qualcosa di molto simile²⁴².

Le regole generali in tema di partecipazione sono agli artt. 47 e 48 del codice penale (*Wetboek van strafrecht*). All'art. 47 è stabilito che vengono puniti come autori coloro che commettono il fatto (*plegen*), anche attraverso altri (*doen plegen*) o congiuntamente con altri (*medeplegen*). A questi sono accostati coloro che dolosamente determinano o istigano taluno a commettere il fatto per mezzo di doni, promesse, abuso di autorità, violenza, minaccia o inganno, o fornendo l'opportunità, i mezzi o le informazioni²⁴³. All'art. 48, invece, è delinata una responsabilità a titolo di complicità per coloro che dolosamente contribuiscono alla commissione di un reato, o forniscono l'opportunità, i mezzi o le informazioni a tal fine necessarie. Infine, all'art. 49 è previsto che la pena sia ridotta di un terzo nel caso di condanna a titolo di complicità²⁴⁴.

La disciplina olandese – pur essendo indubbiamente connotata da una maggior precisione nella descrizione delle condotte – condivide, dunque, con quella tedesca, la distinzione sul piano tipico tra autoria e complicità, cui consegue una distinzione obbligatoria sul piano del trattamento sanzionatorio.

Il problema della cd. partecipazione verticale si pose in particolare in una nota sentenza ormai risalente al 1954, conosciuta come *IJzerdraad-arrest*. Il caso riguardava una ditta esportatrice di filo di ferro (*ijzerdraad*): per questo tipo di commercio, nel dopoguerra,

²⁴¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 497.

²⁴² Le sintetiche riflessioni che seguiranno non sono solo il frutto di uno studio individuale, ma anche e soprattutto di un utilissimo confronto con alcuni studiosi del Willem Pompe Instituut di Utrecht: il Prof. John Vervaele, ma anche i Proff. Ferry De Jong ed Eelke Sikkema, e il collega Mark Hornmann.

²⁴³ Il campo applicativo dell'*uitlokking* (istigazione) è piuttosto diverso da quello dell'*Anstiftung* tedesca: sebbene la prassi giudiziale sia incline a un'interpretazione abbastanza ampia dei requisiti enumerati all'art. 47, l'elencazione tipica delle condotte esclude dallo spettro della norma il mero incoraggiamento, la persuasione, la supplica, la provocazione o la sfida: cfr. J. KEILER – D. ROEF, *Comparative concepts of criminal law*, Antwerpen, 2015, 237.

²⁴⁴ La letteratura sul tema, come si può immaginare, è quasi esclusivamente in lingua olandese. Per una descrizione più completa dei vari tipi, si rimanda ad uno dei manuali più diffusi: J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, 2009, 477 e ss.

era necessaria una particolare licenza; il proprietario di una piccola società di esportazione fu accusato di aver compilato i moduli necessari con false dichiarazioni²⁴⁵. L'argomento centrale della difesa era la mancata esecuzione personale della condotta, che era invece stata posta in essere dai sottoposti. In questa occasione, il *Hoge Raad* (Corte di Cassazione) elaborò due fondamentali criteri atti a imputare all'imprenditore i fatti commessi all'interno dell'impresa: la collocazione nella sfera di potere (*beschikkingmacht*) del soggetto apicale e l'accettazione in via generale (*aanvaarding*) delle condotte materialmente realizzate dai sottoposti²⁴⁶.

Il tema aprirebbe numerosi quesiti, soprattutto in ordine alla responsabilità colposa e omissiva dell'imprenditore²⁴⁷; quello che qui interessa maggiormente notare, tuttavia, è che la giurisprudenza di legittimità olandese – a differenza di quanto è accaduto in Germania – ha come punto di partenza la criminalità economica, e non passa attraverso la categoria dell'autoria mediata, pur presente nel dettato normativo: espande, invece, lo stesso concetto di commissione (*plegen*)²⁴⁸.

Il percorso della giurisprudenza olandese riveste particolare importanza soprattutto per le importantissime conseguenze in tema di responsabilità delle persone giuridiche, in cui

²⁴⁵ Hoge Raad, 23 febbraio 1954, NJ 1954/378; per una sintetica ricostruzione, B. F. KEULEN – F. VELLINGA-SCHOOTSTRA – A. VAN DIJK – K. LINDENBERG – H. WOLSWIJK, *Daderschap en deelneming doorgelicht. Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraktijk tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht*, Groningen, 2010, 27.

²⁴⁶ Nel caso di specie, l'imputato non fu condannato proprio per la mancata integrazione del criterio dell'accettazione. Cfr. E. GRITTER, *Functioneel plegen door een natuurlijke persoon*, in J. B. J. VAN DER LEIJ (a cura di), *Plegen en deelnemen*, Deventer, 2007, 17 e ss.

²⁴⁷ Peraltro, è sostanzialmente incontestata l'equiparazione tra azione e omissione nella materia trattata: v. più nello specifico J. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, Padova, 2003, 160 e ss.

²⁴⁸ Cfr. W. VELLINGA – F. VELLINGA-SCHOOTSTRA, *Eenheid in daderschap?*, in A. HARTEVELD – D. H. DE JONG – E. STAMHUIS (a cura di), *System in ontwikkeling, Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen, 2005, 527, secondo cui il codice olandese sarebbe stato, peraltro, il primo a introdurre una vera e propria previsione codicistica dell'autoria mediata, mutuata dall'art. 271 del *Gemeentewet* (la «Legge sui Comuni»; in particolare, in tema di infrazioni tributarie). Sulla distinzione tra *plegen* e *doen plegen*, nella prospettiva di un'interpretazione flessibile ed espansa dell'autoria tradizionale, su tutti, A. VAN WOENSEL, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, 1993, 107 e ss. J. KEILER – D. ROEF, *Comparative concepts of criminal law*, op. cit., 236, notano come il campo applicativo del *doen plegen*, proprio a seguito dell'interpretazione in senso funzionale dell'autoria (*functioneel daderschap*), si sia grandemente ridotto, fin quasi a scomparire.

gioca senza dubbio un ruolo pionieristico. Nel 1976 ci fu una fondamentale novazione legislativa, che introdusse nel codice penale una previsione di parte generale (art. 51 WvS), secondo la quale *tutti* i reati, senza eccezioni, possono essere commessi sia da persone fisiche, sia da persone giuridiche²⁴⁹.

La direzione, dunque, anche alla luce di questa novità sul piano codicistico, fu quella di costruire una definizione di autoria *funzionale*, proprio a partire dal problema della responsabilità della persona fisica all'interno dell'organizzazione²⁵⁰. Sarà con la sentenza *Kabeljauw*, nel 1979, che la Corte Suprema estenderà gli *IJzerdraad-criteria* alle persone giuridiche²⁵¹, confermando così quella tendenza all'ammorbidente della nozione di autore che non si basa più sul comportamento «reale» del soggetto, ma sulla sua competenza funzionale all'interno dell'organizzazione²⁵².

Benché il concetto di autoria sinora delineato consegna un'immagine di agente piuttosto «passivo», descrivendo perlopiù un atteggiamento di tipo omissivo, il *Hoge Raad* ha avuto modo di estendere la *functioneel daderschap* (o «autoria funzionale») anche al di fuori della criminalità economica, ammettendo la possibilità di imputare a titolo di autoria non un illecito economico o tributario, ma un'ipotesi di omicidio²⁵³. In questo modo, il versante omissivo della *functioneel daderschap* viene a costituire solo il limite estremo di espansione del concetto; la caratteristica fondativa dell'autoria

²⁴⁹ V. H. DE DOELDER, *Criminal Liability of Corporations: A Dutch Update*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, München, 2008, 566.

²⁵⁰ Cfr. J. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi*, op. cit., 149.

²⁵¹ Un'altra sentenza fondamentale che non può non essere richiamata, ma che tuttavia esula dal tema specifico del presente lavoro, è il *Drijfmeist-arrest* del 2003, che opera un parziale *overruling* della pronuncia *IJzerdraad* precisando il concetto di «accettazione» della condotta, ma solo ed esclusivamente in tema di responsabilità delle persone giuridiche. Sul tema si rimanda a M. KESSLER, *Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmeistarrest*, in B. F. KEULEN – G. KNIGGE – H. D. WOLSWIJK (a cura di), *Pet af Liber Amicorum D. H. De Jong*, Nijmegen, 2007, 201, 201 e ss. (204) e, in lingua inglese, a B. F. KEULEN – E. GRITTER, *Corporate Criminal Liability in the Netherlands*, in *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, 557 e ss.

²⁵² Il tema è trattato in J. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi*, op. cit., 149 e ss. Non è possibile in questa sede fare approfondito riferimento alla disciplina vigente in Italia dopo la l. 231/2001 e successive modifiche, che richiama in certa misura il requisito della funzionalità; per una riflessione in prospettiva comparata con l'ordinamento olandese, si rimanda, tra gli altri, al lavoro di E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011, 272 e ss.

²⁵³ *Hoge Raad*, 20 maggio 1990, *NJ* 1991, 217, relativo a un'ipotesi di aborto eseguito illegittimamente: v. H. VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law*, op. cit., 617.

funzionale diventa la capacità del soggetto di determinare altri a commettere delitti, in virtù della sua *funzione* e dell'*autorità* che esercita su questi²⁵⁴.

Da ultimo, si noti che, proprio per le origini della categoria – non legate al peculiare ambito del crimine organizzato e della criminalità sistemica, a differenza di quanto è accaduto in Germania²⁵⁵ – questa non ha visto limitare la propria applicazione alle organizzazioni dalla rigida struttura gerarchica, ma si presenta come concetto ancora più flessibile e duttile dell'*Organisationsherrschaft*, non necessitando, per prassi, degli stessi requisiti applicativi²⁵⁶.

È appena il caso di notare che entrambe le soluzioni dipartono dall'accoglimento, in entrambi gli ordinamenti, della cd. teoria sociale dell'azione, gemmata dal fallimento della tradizionale teoria causale e dalle difficoltà poste dalla teoria finalistica in tema di reati colposi e omissivi. Pertanto, il significato dell'azione non sta nella condotta in sé, ma nel contesto in cui essa stessa nasce e si sviluppa; ciò conduce all'inevitabile smaterializzazione dell'*actus reus*, e questo non può non avere evidenti ricadute in tema di autoria e complicità – nonostante, si ricorda, il dato positivo rimanga saldamente incentrato sul requisito dell'*esecuzione*²⁵⁷.

Terminata l'indagine comparata, rimane dunque da analizzare come i modelli sinora descritti abbiano esplicitato la loro influenza al di fuori dell'ambito europeo, e come si siano combinati in un'ottica sovranazionale.

²⁵⁴ Così, H. VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law*, op. cit., 617.

²⁵⁵ Approfondiscono il peculiare contesto su cui si concentra il dibattito olandese sul crimine «sistemico» (un complesso intreccio di criminalità economica e interna alla pubblica amministrazione) H. VAN DE BUNT – W. HUISMAN, *Organizational Crime in the Netherlands*, in *Crime and Justice*, 2007, 217 e ss.

²⁵⁶ La riflessione è ancora di H. VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law*, op. cit., 618.

²⁵⁷ Per questa considerazione, si rimanda a J. KEILER, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, op. cit., 57 e ss.

CAPITOLO IV

LE RECIPROCHE INFLUENZE TRA MODELLI: L'ESEMPIO DELL'ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER I CRIMINI CHE COSTITUISCONO GRAVI VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. Il *dominio de la organización* nella giurisprudenza delle Corti nazionali sudamericane. – 2.1. *Il processo alle Giunte militari in Argentina*. – 2.2. *La condanna dei colonnelli Contreras ed Espinoza in Cile*. – 2.3. *Il caso dell'Uruguay*. – 2.4. *I criteri di imputazione della responsabilità in Colombia: il caso Machuca*. – 2.5. *La prima applicazione dell'Organisationsherrschaft in Perù: il processo ad Abimael Guzmán Reynoso*. – 2.6. *Il processo a carico del presidente peruviano Alberto Fujimori Fujimori*. – 2.7. *Il curioso caso «Mensalão»*. – 3. *L'indirect perpetration through organized structures of power* come nuovo criterio d'imputazione accolto dalla Corte Penale Internazionale. – 3.1. *La compartecipazione nello Statuto di Roma*. – 3.2. *Joint Criminal Enterprise e conspiracy nella giurisprudenza dei Tribunali ad hoc*. – 3.3. *L'accoglimento dell'Organisationsherrschaft da parte della Corte Penale Internazionale*. – 3.4. *La responsabilità del superiore. Brevi note conclusive*.

1. Breve premessa.

Una delle maggiori sfide nella punizione delle violazioni dei diritti umani consiste nel determinare con precisione la responsabilità e nel pesare accuratamente il contributo individuale¹. Questo include, in particolare, il delicato compito di definire modalità di attribuzione della responsabilità appropriate per quei partecipi che non contribuiscono materialmente alla commissione del crimine².

¹ La questione, evidentemente, apre scenari interessanti e dibattuti non solo in ambito giuridico, ma anche in una prospettiva più marcatamente filosofica. *Ex multis* – in volumi collettanei interamente dedicati al tema – si segnalano T. ISAACS, *Collective Moral Responsibility and Collective Intention*, in P. A. FRENCH – H. K. WETTSTEIN (a cura di), *Shared Intentions and Collective Responsibility*, Oxford, 2006, 59 e ss. e D. LUBAN, *State Criminality and the Ambition of International Criminal Law*, in T. ISAACS – R. VERNON (a cura di), *Accountability for Collective Wrongdoing*, New York, 2011, 61 e ss.

² V. F. JESSBERGER – J. GENEUSS, *On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?*, in *JICJ*, 2008, 855; E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, 2012, 8 e ss. Peraltro, in materia di responsabilità individuale e collettiva sul piano del diritto internazionale, appare interessante anche rimandare alle

In tempi piuttosto recenti, la teoria dell'autoria per sfruttamento di un apparato di potere organizzato ha guadagnato un discreto successo fuori dal suo Paese d'origine. Non a caso, in tutte le vicende di cui si tratterà, la questione è quella della commissione di crimini perpetrati da una pluralità di soggetti che agiscono in concorso tra di loro, incardinati in una struttura dal funzionamento – più o meno – rigidamente gerarchico³.

Inoltre, di regola, gli elementi oggettivi del crimine sono posti in essere da esecutori materiali pienamente responsabili: per questi motivi si comprendono le difficoltà di adattamento delle categorie dogmatiche di diritto interno, e il successo recentemente tributato dalla giurisprudenza alla teoria della *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*⁴.

In questo capitolo si analizzeranno, dapprima, rimandi più o meno espliciti alla figura roxiniana in alcune sentenze di Corti sudamericane, in applicazione dei rispettivi diritti nazionali. È piuttosto impressionante notare come in tutto il territorio sudamericano la categoria dell'*Organisationsherrschaft* – concepita in seno al diritto tedesco, per regolare questioni di diritto interno – sia stata applicata e persino parzialmente rimeditata (come nel caso dell'articolata sentenza contro il Presidente Fujimori).

Il fenomeno ha probabilmente più di una causa. Da un lato, è innegabile l'autorevolezza che la dottrina tedesca esercita anche – soprattutto? – presso i Paesi ispanofoni, ed è noto che questa venga spesso utilizzata *ad adiuvandum* nelle argomentazioni giudiziali⁵. D'altra parte, i processi di cui si parlerà nei paragrafi seguenti sono processi a grande valenza politica e dall'enorme significato storico: come si è visto, è proprio in questi casi che la costruzione roxiniana gioca il suo ruolo essenziale come meccanismo duttile e valutativo⁶.

riflessioni di H. KELSEN, *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, in *California Law Review*, 1943, 530 e ss.

³ Cfr. G. WERLE – B. BURGHARDT, *Indirect Perpetration: A Perfect Fit for International Prosecution of Armchair Killers?*, in *JICJ*, 2011, 85 e ss. e ID., *Claus Roxin on Crimes as Part of Organized Power Structures*, in *JICJ*, 2011, 191 e ss.

⁴ Una panoramica completa della questione è contenuta in H. OLÁSULO, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, 2009, 116 e ss.

⁵ V. J. CEREZO MIR, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, in *ZIS*, 2009, 211, nota 96, e più diffusamente in ID., *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, 635 e ss.

⁶ Nella maggior parte dei casi, l'influenza esercitata dalla dottrina tedesca sulle pronunce delle corti sudamericane è – per così dire – giustificata dalla presenza di disposizioni generali molto simili in tema

Si passerà, infine, all'esame delle recenti tendenze della Corte Penale Internazionale, che ha contribuito in maniera definitiva a dare risalto a questo modello attributivo della responsabilità individuale.

2. Il dominio de la organización nella giurisprudenza delle corti nazionali sudamericane.

2.1. Il processo alle Giunte militari in Argentina.

Nel capitolo precedente si è già trattata una pronuncia fondamentale della Corte federale tedesca, in cui per la prima volta si è aperta la strada al riconoscimento giurisprudenziale dell'*Organisationsherrschaft* nel Paese in cui tale teoria fu concepita⁷.

Tuttavia, la tappa fondamentale che segna la primissima applicazione espressa della costruzione roxiniana è la sentenza della Corte Federale d'Appello di Buenos Aires contro le Giunte militari argentine⁸.

Imputati furono i capi di stato maggiore di esercito, marina e aeronautica, vertici delle tre giunte militari che si succedettero al governo del Paese, per i crimini commessi durante il periodo della dittatura (cd. «Processo di riorganizzazione nazionale», compreso tra il 1976 e il 1983)⁹. Non avendo personalmente e concretamente sequestrato, né torturato, né ucciso, la *Fiscalía* propose di qualificare le condotte di tali soggetti come espressione di autoria mediata in virtù dello sfruttamento di un apparato di potere organizzato,

di concorso di persone; tuttavia, come si vedrà, in un isolato caso la dottrina dell'*Organisationsherrschaft* è stata utilizzata persino dai giudici brasiliani: in un sistema, dunque, che conosce un modello di partecipazione unitario paragonabile a quello italiano.

⁷ BGH, JZ 1995, 45. Peraltro, per un'interessante trattazione della pronuncia e del contesto fattuale in cui essa si inserì, anche tenendo conto delle successive evoluzioni nella giurisprudenza della Corte Penale Internazionale, si rinvia a G. WERLE – B. BURGHARDT, *The German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) on Indirect Perpetration. Introductory Note*, in JICJ, 2011, 207 e ss.

⁸ Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, causa n° 13/84, *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, del 9.12.1985, reperibile in <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

⁹ Per una breve ricostruzione dei fatti, tra gli altri, H. OLÁSULO, *The Criminal Responsibility of Senior Political*, op. cit., 127.

facendo leva sulla nota teoria roxiniana, ma soprattutto sulla lettera dell'art. 45 del codice penale argentino e sull'art. 514 del *Código de Justicia Militar*¹⁰.

La difesa, d'altro canto, oppose una serie di argomentazioni contro la prospettazione dell'accusa: innanzitutto, l'impianto del codice penale argentino non sarebbe fondato sul dominio del fatto, ma sull'esecuzione dell'azione tipica, seguendo una teoria di stampo formale-oggettivo. Attribuire una responsabilità a titolo di autoria al di fuori dei contorni delineati dal tipo legale, peraltro, porterebbe a violare il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ancora, si dubita dell'ammissibilità dell'autoria mediata nel caso di esecutore pienamente responsabile: tale circostanza farebbe venir meno automaticamente la possibilità che chi opera ai vertici posseda un pieno dominio del fatto; inoltre, sembra che la teoria dell'apparato organizzato di potere, osteggiata dalla dottrina per i numerosi problemi che crea in sede applicativa, nasca con presupposti fattuali diversi da quelli del caso di specie. Infine, in base alla teoria dell'accessorietà della partecipazione, non si potrebbe neppure sostenere che gli imputati siano istigatori¹¹.

La Corte sostenne la posizione della pubblica accusa.

In primo luogo, si nota che il codice militare non segue la teoria formale-oggettiva della partecipazione: affermazione che verrebbe corroborata proprio dal dettato dell'art. 514, che, infatti, pone un'eccezione in virtù del particolare rapporto di subordinazione e dell'essenza stessa della gerarchia militare, basata sull'obbedienza e sulla disciplina¹².

Inoltre, viene svolta un'articolata analisi storica sulla redazione e interpretazione dell'art. 45 del *Código penal*, arrivando a due conclusioni nel merito: da un lato, l'ordinamento sembrerebbe annoverare tra le condotte di autoria anche quelle del *cómplice primario* e del determinatore; dall'altro, il concetto di determinatore includerebbe condotte comprese tra l'istigazione e l'autoria mediata¹³.

¹⁰ Art. 45: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo».

Art. 514: «Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y solo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden».

¹¹ V. Cámara Federal Nacional, 9.12.1985, cit., p. 257. La difesa, inoltre, non manca di sottolineare l'eccezionalità del caso in esame e l'inadeguatezza dei criteri tradizionali nel potervi far fronte.

¹² Cámara Federal Nacional, 9.12.1985, cit., 259.

¹³ Cámara Federal Nacional, 9.12.1985, cit., 269.

La Corte Federale d'Appello ravvisò il dominio sul fatto da parte degli imputati, poiché essi indubitabilmente avevano il controllo di un intero apparato complesso preordinato alla repressione del dissenso. Dopo il colpo di Stato, infatti, i comandanti delle Giunte avevano il pieno comando anche delle forze di sicurezza, ponendosi così come autorità assoluta, unica, senza rivali all'interno del Paese.

Tenuto conto delle circostanze, chi ha materialmente perpetrato il crimine perde di importanza: in questo caso il controllo dei vertici è totale, e anche se un subordinato rifiutasse di obbedire verrebbe immediatamente rimpiazzato da un altro soggetto in grado di conformarsi alle direttive. Ciò comporta che il piano predisposto non è in nessun modo nelle mani dell'esecutore, il quale non è che un mero ingranaggio di un enorme meccanismo¹⁴.

La formula qui utilizzata non fa che richiamare l'«*ersetzbare Rädchen im Getriebe des Machtapparates*»¹⁵, dunque il requisito della *Fungibilität* roxiniana. La Corte sostiene che si tratti qui di un dominio su una «volontà indeterminata»: si è sicuri della verifica del fatto, ma chiunque potrebbe concretamente porlo in essere¹⁶.

L'apporto degli imputati alla commissione dei crimini appare, secondo quanto esposto nella sentenza, ancora più pregnante: i centri di detenzione necessitavano di finanziamento e organizzazione, ed è *impensabile* che i vertici delle Giunte militari *non fossero a conoscenza* della loro esistenza e attività¹⁷.

Infine, solo la presenza degli imputati al potere avrebbe potuto garantire l'impunità per tali condotte: formalmente, la Costituzione e il codice penale rimanevano in vigore; l'incredibile coesistenza prolungata del sistema «legale» e di quello applicato nella lotta

¹⁴ Si veda Cámara Federal Nacional, 9.12.1985, cit., 267: «En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria».

¹⁵ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 245.

¹⁶ Cámara Federal Nacional, 9.12.1985, cit., 268: «El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una “voluntad indeterminada”, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá». Come non ha rilevanza chi concretamente agisce, così non sembra averne l'identità precisa delle vittime: gli ordini si riferirebbero generalmente a tutti i «sovversivi».

¹⁷ L'argomentazione, una sorta di *praesumptio de praesumpto*, appare molto simile ad alcune già viste: si pensi a quanto già osservato nel capitolo II, in merito ad alcune decisioni della giurisprudenza italiana negli «anni di piombo», riguardo ai processi di cui in Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, cit., 209 e Cass., Sez. II, 9 febbraio 1995, Avanzini e altri, cit., 689.

alla *guerrilla* fu indubbiamente il risultato della predisposizione di uno stabile apparato ai cui vertici si ponevano i comandanti delle Giunte¹⁸.

La classificazione operata dalla *Cámara Federal* fu rifiutata dalla Corte Suprema. I giudici della Corte partivano da un rifiuto totale della teoria del dominio del fatto, che non avrebbe avuto alcun aggancio con il diritto vigente in Argentina. La Corte d'Appello avrebbe così interpretato in maniera eccessivamente estensiva l'art. 45 del codice penale, in violazione del principio di legalità; inoltre, l'art. 514 del CJM non sarebbe applicabile al caso concreto¹⁹.

La Corte preferì dunque inquadrare le condotte degli imputati come atti di partecipazione necessaria²⁰; tuttavia, la sentenza della *Cámara Federal* costituì un importante precedente cui si ispirarono numerose pronunce seguenti di altre corti nazionali sudamericane, relativamente a casi simili.

2.2. La condanna dei colonnelli Contreras ed Espinoza in Cile.

Il contesto fattuale del caso in esame sembra presentare numerose affinità con quanto già visto in merito alla sentenza *Staschynskij*²¹.

I due imputati ricoprivano i vertici della polizia segreta cilena creata nel primo periodo della dittatura di Augusto Pinochet Ugarte, la DINA (*Dirección de Inteligencia Nacional*): sin dalla sua creazione, il colonnello Manuel Contreras ne assunse le vesti di Direttore.

Il processo si instaurò a seguito dell'assassinio di Orlando Letelier del Solar, membro

¹⁸ Fu così rigettato l'argomento della difesa che vedeva i crimini come atti commessi da singoli sottoposti nell'eccesso delle loro funzioni. V. *Cámara Federal Nacional*, 9.12.1985, cit., 268.

¹⁹ Secondo la Corte Suprema, infatti, i delitti commessi in esecuzione di un ordine di servizio «Son aquellos conexos con el ámbito de la función, y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas». Per un'efficace ricostruzione della sentenza d'appello e della successiva pronuncia della Corte Suprema si rinvia a E. MALARINO, *El caso argentino*, in K. AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, op. cit., 39 e ss.

²⁰ È stato peraltro sostenuto che, pur accogliendo la teoria roxiniana, i giudici della Corte d'Appello di fatto trattarono gli *ex* comandanti come partecipi necessari, facendo dipendere la loro punibilità dal fatto commesso dall'autore immediato. Ad esempio, in caso di omicidio preterintenzionale seguito a tortura, non voluto dall'esecutore della condotta tipica, fu il comandante ad essere indicato come autore mediato del delitto preterintenzionale dell'autore immediato. In merito, cfr. E. MALARINO, *El caso argentino*, op. cit., pp. 60 ss.

²¹ V. capitolo III, sezione II.

del governo Allende e strenuo oppositore di Pinochet²². In base alla ricostruzione operata nel giudizio di prima istanza, che ebbe luogo davanti alla Corte Suprema cilena il 12 novembre 1993, fu lo stesso Contreras a prendere la decisione di uccidere Letelier.

Avendo il pieno controllo della DINA, divenuta a tutti gli effetti un corpo militarizzato nel 1974, il colonnello diede incarico ad Espinoza di creare le condizioni necessarie per l'assassinio. Infine, fu Michael Townley, agente segreto della CIA e collaboratore di Contreras, a perpetrare materialmente l'omicidio, a Washington, il 21 settembre 1976, dopo una lunga attività di spionaggio.

La sentenza descrive, dunque, un'attività svolta su vari livelli, posti in scala gerarchica; in particolare, si sottolinea come entrambi i colonnelli operarono in accordo, lasciando a Townley solamente il compimento dell'ultima fase del piano criminoso²³.

Nondimeno, viene fondata la situazione di subordinazione dell'agente statunitense ai vertici della DINA; punto, questo, che assume particolare rilevanza alla luce del successivo inquadramento nell'ambito dell'autoria mediata delle condotte dei colonnelli²⁴.

In questo modo la Corte sottolinea l'effetto coercitivo dell'ordine ricevuto dall'autore materiale, ed esclude così che gli alti ufficiali della polizia segreta possano essere semplicemente degli istigatori; il contesto è quello tipico dell'autoria mediata per sfruttamento di un apparato di potere organizzato, poiché i vertici sono in grado di usare il loro potere per dare ordini e garantirne l'attuazione, anche attraverso l'interscambiabilità degli esecutori: così, la resistenza e l'opposizione del subordinato non hanno alcun impatto sulla realizzazione dell'illecito²⁵.

²² Per la ricostruzione dei fatti, si rimanda, su tutti, a F. MUÑOZ CONDE – H. OLÁSOLO, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain*, in *JICJ*, 2011, 120 e ss.

²³ Così, testualmente, la Corte Suprema evidenzia che i due ufficiali, «obrando en mutuo concierto, despacharon a Townley hacia Estados Unidos con la misión de dar muerte a Letelier en cumplimiento de la última etapa del plan, que comprendió anteriormente una operación de seguimiento y vigilancia del ex ministro». Gli stralci salienti della sentenza sono rinvenibili in J. L. GUZMÁN DALBORA, *El caso chileno*, in K. AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, op. Cit., 74 e ss.

²⁴ Townley «estaba en una situación de sometimiento a la jefatura de la DINA, por su carácter de agente de facto de ella y la circunstancia de que él y su familia vivían al amparo y bajo el control de ese servicio de inteligencia [...], a lo cual se suma su asimilación psicológica al aparato militar de la DINA y su consiguiente concepto de lealtad hacia ésta». V. J. L. GUZMÁN DALBORA, *El caso chileno*, op. cit., 75.

²⁵ L'aspetto viene evidenziato da F. MUÑOZ CONDE – H. OLÁSOLO, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power*, op. cit., 121: «The notion of instigation would have required an act of persuasion without the coercive nature of the order to kill received by

Parimenti, viene brevemente ricostruito il rapporto di prossimità tra i due gerarchi, i quali vennero pertanto equiparati nel trattamento e definiti «coautori mediati», in base all'espressa menzione della teoria roxiniana.

La Corte Suprema non fa riferimento ad alcun concetto derivato dal diritto penale internazionale: le sue argomentazioni fanno leva esclusivamente sul dettato del codice penale cileno del 1874²⁶. I detrattori non mancano di notare come la soluzione sia priva di ogni aggancio sia alla lettera del codice, sia a precedenti della giurisprudenza nazionale in materia. Da un lato, non è rinvenibile all'art. 15 alcun cenno alla possibilità di ammettere un autore mediato per dominio del fatto; dall'altro, lo sfruttamento del concetto di coercizione sarebbe da escludere recisamente, essendo l'esecutore materiale pienamente responsabile²⁷.

Come è stato autorevolmente sostenuto, qui come in altri casi la forzatura del dato normativo è stata probabilmente eccessiva: dato che né Contreras né Espinoza realizzarono alcun atto di esecuzione, sarebbe stato forse più corretto qualificarli come partecipi, e rispettivamente come istigatore e come complice. Questo non avrebbe precluso alla Corte di comminare loro la stessa pena prevista per l'autore immediato, che pur essendo una «rotella dell'ingranaggio», è colui che effettivamente pone in essere l'azione criminosa²⁸.

Townley from the DINA's director through the DINA's chef of operation».

²⁶ Per tale considerazione, cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *La giurisprudenza cilena di fronte ai crimini internazionali: come Giano bifronte* (trad. it. E. CORN), in G. FORNASARI – E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, 245.

In special modo, rileva qui la lettera dell'art. 15: «Se consideran autores:

(1) Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

(2) Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

(3) Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él».

Va infine specificato che l'art. 14 definisce responsabili del crimine gli autori, i complici e i favoreggiatori; all'art. 16 si fornisce una definizione di complice (sostanzialmente ricavata in via residuale dal disposto dell'art. 15). Non è prevista una distinzione dei partecipi sul piano della commisurazione della pena.

²⁷ Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *El caso chileno*, op. cit., 78 e ss.

²⁸ Questa la posizione di J. L. GUZMÁN DALBORA, *El caso chileno*, op. cit., 83: secondo l'Autore, una tale soluzione «deja incólume el juicio jurídico que merece el autor, pero también el juicio moral e histórico congruente a esas “ruedecillas” que, sin embargo, son las que jalan el gatillo, hacen explotar bombas y siegan vidas humanas».

2.3. Il caso dell'Uruguay.

Le pronunce delle Corti uruguayane in merito alle ripetute violazioni dei diritti umani perpetrate dai vertici del governo o delle forze armate sembrano potersi riunire sotto un minimo comune denominatore: traspare, infatti, una certa confusione riguardo ai criteri di imputazione per autoria²⁹.

La prima sentenza che qui giova ricordare fu quella pronunciata in condanna di Juan María Bordaberry Arocena, riconosciuto coautore di dieci delitti d'omicidio pluriaggravato in concorso materiale, ai sensi dell'art. 61 comma 4 del codice penale uruguayano³⁰.

Il JLP (*Juzgado Letrado en lo Penal*) non fa alcun riferimento al dominio di un apparato organizzato di potere; anzi, il Tribunale specifica che il dittatore non aveva il controllo effettivo sulle operazioni repressive che le Forze Armate uruguayane attuarono tra il 1973 e il 1976³¹.

Tuttavia, le argomentazioni per fondare la coautoria ricordano da vicino quelle già utilizzate da altre corti per la classificazione delle condotte nell'ambito dell'*Organisationsherrschaft*.

Innanzitutto, l'imputazione di Bordaberry come coautore è basata su un atto isolato (la firma del decreto 464/973, col quale venne sciolto il Parlamento e si instaurò un regime dittatoriale che durò per tre anni, dal 1973 al 1976); con tale atto, il dittatore avrebbe concesso impunità alle ripetute violazioni compiute dalle Forze Armate, sebbene nella

²⁹ In tal senso, P. GALAIN PALERMO, *La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione* (trad. it. A. MATERIA e A. MENGHINI), in G. FORNASARI – E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali*, op. cit., 188 e ss.

³⁰ In Uruguay è prevista la distinzione tra autori, coautori e complici. All'art. 60 si trova una bipartizione tra autore immediato e autore mediato (che è solo chi determina persone non imputabili o non punibili a commettere il delitto); l'art. 61 prevede che: «Se consideran coautores:

(1) Los que fuera del caso comprendido en el inciso 2° del artículo anterior, determinan a otros a cometer el delito.

(2) Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo.

(3) Los que cooperan directamente, en el período de la consumación.

(4) Los que cooperan a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer».

³¹ Il testo integrale della sentenza definitiva del *JLP de 11° Turno* del 9.02.2010 è in <http://new.pensamientopenal.com.ar/01042010/latinoamerica06.pdf>.

sentenza venga specificato che egli non aveva il dominio dell'apparato³².

Dunque, la responsabilità di Bordaberry venne sostanzialmente valutata come violazione di un dovere, derivata dalla sua qualità di massimo gerarca; eppure, i giudici non fanno leva sulla violazione di un obbligo specifico, bensì sul comma 4 dell'art. 61, inquadrando conseguentemente la sua condotta nell'ambito della coautoria, per aver prestato un contributo essenziale al reato³³.

Pur non citando la teoria roxiniana, il JLP evidenziò come tale contributo essenziale mostrasse che Bordaberry aveva quantomeno un controllo condiviso con gli altri coautori sulla commissione del crimine³⁴.

In buona sostanza, per provare la coautoria già affermata nel giudizio di primo grado (ovvero, almeno la partecipazione del Bordaberry nella fase precedente all'inizio dell'esecuzione dei delitti), si fa leva sulla posizione apicale rivestita dal soggetto, senza giungere però ad attribuirgli una vera e propria «responsabilità del superiore» ex art. 61 comma 2³⁵.

Un caso parimenti interessante è quello del generale Miguel Dalmao e del colonnello José Nelson Chialanza, per i quali nel novembre 2010 fu disposto il processo e la detenzione a causa dell'omicidio della militante Nibia Sabalsagaray³⁶.

Qui si conferma che Dalmao e Chialanza ebbero il dominio sull'apparato dei servizi segreti militari (S2), e che dunque avevano il controllo totale sulle azioni dei loro sottoposti; a tale costruzione a prima vista basata sulla *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate* si affianca un'imputazione basata sulla responsabilità del superiore, senza però dar conto di come fosse costruita la posizione di garanzia³⁷.

³² Cfr. F. MUÑOZ CONDE – H. OLÁSULO, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power*, op. cit., 133.

³³ Così, P. GALAIN PALERMO, *La giustizia di transizione in Uruguay*, op. cit., 190.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE – H. OLÁSULO, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power*, op. cit., 134.

³⁵ Per un'analisi dettagliata del giudizio di primo grado, si rimanda a J. L. GONZÁLES GONZÁLES – P. GALAIN PALERMO, *Uruguay*, in K. AMBOS – E. MALARINO (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia*, Montevideo, 2008, 316 e ss.

³⁶ Per una breve ricostruzione di quanto disposto dal giudice Rolando Vomero (*Tribunal de Apelaciones Penal de 3° Turno*) si rinvia a P. GALAIN PALERMO, *La giustizia di transizione in Uruguay*, op. cit., 194 e ss.

³⁷ *Mutatis mutandis*, una simile conversione del contributo naturalisticamente omissivo in commissivo venne talvolta attuata anche dalla giurisprudenza italiana, in alcuni casi già esaminati al capitolo II. V., ad esempio, Cass., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, cit., 3113.

I due ufficiali vengono definiti coautori del delitto, in parte aderendo al punto di vista dell'*indirect perpetration*, dunque considerandoli autori del fatto *commissivo*; in parte, facendo riferimento alla dottrina della responsabilità del superiore (dunque, si parla qui di realizzazione di un reato *commissivo mediante omissione*).

La soluzione è poco convincente: non viene fondata la posizione di garanzia, né viene data prova dell'asserito dominio sul fatto degli imputati; inoltre, non sembra condivisibile il richiamo all'art. 28 StCPI in merito all'imputazione di un delitto comune quale l'omicidio³⁸.

2.4. I criteri di imputazione della responsabilità in Colombia: il caso Machuca.

La pronuncia concerne l'attentato terroristico del 18 ottobre 1998 all'infrastruttura petrolifera nei pressi del villaggio di Machuca, da parte dell'Esercito di Liberazione Nazionale. La deflagrazione dell'esplosivo provocò un incendio di proporzioni considerevoli, nonché il ferimento e la morte di più di un centinaio di persone³⁹.

Non essendo stato possibile identificare i soggetti che materialmente posizionarono la bomba, la *Fiscalía General* formulò un'imputazione per omicidio, lesioni personali, terrorismo e rivolta a carico dei tre dirigenti della compagnia *Cimarrón*, appartenente al Fronte José Antonio Galán, e di sette membri della Direzione Nazionale dell'ELN: il provvedimento dell'accusa qualificò tali soggetti come «coautori determinatori»⁴⁰.

La classificazione è certamente inusuale⁴¹; peraltro, non venne avallata dal *Juzgado*

³⁸ Tale disposizione contiene, infatti, esclusivamente un meccanismo per l'imputazione di crimini internazionali. Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La giustizia di transizione in Uruguay*, op. cit., 195.

³⁹ Per una descrizione del contesto fattuale e rilievi specialmente in merito alla sentenza della Corte Suprema, v. F. MUÑOZ CONDE – H. OLÁSULO, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power*, op. cit., 123 e ss. Diffusamente, anche W. F. VÁSQUEZ RAMÍREZ, *La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano*, in *Diálogos de Derecho y Política*, 2012, 14 e ss.

⁴⁰ Cfr. C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, in K. AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, op. cit., 158.

⁴¹ Tra l'altro, si sottolinea che il nuovo codice penale colombiano prevede autoria immediata, mediata e coautoria all'art. 29, che recita: «Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte». Il determinatore, invece, viene annoverato tra i partecipi all'art. 30, assieme al complice (con un trattamento sanzionatorio differenziato: pena

Segundo Penal, che optò per la soluzione della coautoria⁴².

Anche e soprattutto sulla base delle rivendicazioni compiute da alcuni soggetti di spicco del sodalizio, venne ritenuto chiaro che i membri dell'ELN fossero gli unici responsabili dell'attentato; in particolare, la responsabilità per gli omicidi e le lesioni fu attribuita a titolo di dolo eventuale.

Nondimeno, il Tribunale di primo grado, con formulazione certamente equivoca, inserì nella motivazione la nozione di *determinazione*, definendo determinatore il soggetto da cui nasce l'idea o la risoluzione della condotta punibile, e che generalmente non pone in essere direttamente o materialmente l'azione, quasi a voler confortare con un ulteriore argomento (per la verità poco pertinente) l'esito della sentenza⁴³.

In seguito, inoltre, venne dato conto della struttura rigidamente gerarchica dell'ELN e delle sue regole di stretta obbedienza; nonostante questo possa ricordare i presupposti per l'applicazione della teoria dell'*Organisationsherrschaft*, in realtà i giudici di prima istanza non ne fecero alcuna menzione esplicita, optando infine per la soluzione della coautoria⁴⁴.

È interessante notare come la decisione di attribuire una responsabilità a titolo di coautoria ai membri del COCE (*Comando Central* dell'ELN) e ai dirigenti della compagnia *Cimarrón* sembri basarsi sostanzialmente su una suddivisione di competenze interna all'organizzazione.

La difesa appellò la sentenza di primo grado, e in seconda istanza si giunse a nuove conclusioni. La *Sala de Decisión Penal* del Tribunale Superiore di Antioquia assolse parzialmente gli imputati, mantenendo unicamente la condanna per il reato di rivolta.

Infatti, venne negata la sussistenza del dolo eventuale, soprattutto in base alla considerazione che nel villaggio di Machuca vivevano molti simpatizzanti dei *guerrilleros*; inoltre, lo stato di povertà in cui versava la popolazione non era indifferente

equiparata a quella prevista per autore per il primo; obbligatoriamente diminuita per il secondo).

⁴² Sentenza del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia del 25.05.2004, i cui passi salienti sono riportati in C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, op. cit., 159 e ss.

⁴³ Cfr. C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, op. cit., 160.

⁴⁴ Nella sentenza, ad esempio, si evidenzia che «la organización ELN tiene su propia estructura, y [...] existe una jerarquía u organigrama, en el que de manera precisa se indican las funciones de los que dirigen, y de quienes obedecen. [...] Las órdenes por tanto devienen de los jefes o líderes del grupo y quienes están por debajo en mando son llamados a obedecer so pena de incurrir en sanciones dentro de la misma agrupación, disciplina que a decir de ellos mismos, es rígida». C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, op. cit., 160.

all'ELN. Qualificare la condotta come colposa esclude automaticamente che gli imputati potessero essere condannati come determinatori; la Corte sviluppò un'argomentazione rigidamente basata sul carattere necessariamente personale della responsabilità penale⁴⁵.

In primo grado, dunque, la struttura rigidamente gerarchica dell'organizzazione avrebbe funto da grimaldello per non addentrarsi eccessivamente nelle difficoltà probatorie che il caso presentava; tuttavia, in appello la soluzione non sembra presentare meno contraddizioni, dato che nell'intera sentenza si afferma che vi fosse stato effettivamente un ordine da parte della «cupola» dell'ELN, per poi negare qualsiasi conseguenza giuridica a tale mandato⁴⁶.

Nel ricorso straordinario alla Corte Suprema per violazione di legge sostanziale, la *Procuraduría General* sottolineò le incongruenze emerse in appello, e in special modo l'assoluzione basata sulla circostanza che gli imputati non potessero esser definiti come *determinatori*, quando in realtà la sentenza di primo grado li condannò come *coautori*. Secondo tale ricostruzione, nonostante la confusione terminologica in cui incorsero tanto la *Fiscalía* quanto il giudice di prima istanza (che designarono gli imputati talvolta come «autori», talvolta come «determinatori», «coautori determinatori» o «coautori»), sembra innegabile che la responsabilità per le condotte debba ricadere sugli imputati, «en su inequívoca condición de autores mediatos que utilizaron a otros como instrumentos o ejecutores fungibles»⁴⁷.

Il ricorso mirò, quindi, ad una qualificazione delle condotte nell'ambito dell'autoria mediata per sfruttamento di un apparato di potere organizzato.

La Corte Suprema accolse il ricorso, censurando quanto deciso in seconda istanza, chiaramente in violazione diretta di legge sostanziale⁴⁸; tuttavia, non condivise neppure

⁴⁵ Secondo i giudici d'appello, in prima istanza ci si era fatti eccessivamente impressionare dall'enormità della tragedia. Così si legge nella ricapitolazione effettuata dalla Corte Suprema (sentenza n. 23825 del 7.03.2007, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Nicolás Rodríguez Bautista y otros, 9): «Sencilla y claramente se quiere es significar que como la responsabilidad penal es individual y la imputación jurídica debe invariablemente proyectarse a señalar la acción particularizada del delincuente, en la forma puntual y específica que impone como garantía el derecho penal democrático, aquí entonces no se podía venir a decir, con la facilidad como se hizo, que como la orden criminal debió haber venido de la “cúpula”, todos sus integrantes tienen que ser entonces responsables como determinadores de los delitos».

⁴⁶ CSJ, n. 23825, cit., 72.

⁴⁷ Cfr. C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, op. cit., 164.

⁴⁸ «Es así que [...] el Tribunal Superior de Antioquia incurrió en violación directa de la ley sustancial, porque no discute que el Ejército de Liberación Nacional ELN tiene entre sus políticas la de atacar la

l'impostazione del ricorso, poiché gli esecutori materiali erano, indubbiamente, soggetti pienamente responsabili: non esisterebbe, pertanto, alcun «sujeto de atrás», dato che chi collocò l'esplosivo lo fece per proprie convinzioni ideologiche e politiche, senza essere stato strumentalizzato né ingannato da alcuno⁴⁹.

Dunque, in ultima istanza si condannarono gli imputati per «coautoria impropria», esito che lascia perplessi: ammettere una distinzione tra coautoria propria e impropria appare, infatti, poco fondato a livello dogmatico. È stato notato che la struttura verticistica dell'ELN sembra poco compatibile con un'ideazione comune del piano criminoso⁵⁰; la figura della «coautoria impropria», così delineata, apparirebbe pericolosamente vicina ad un concetto estensivo di autore, accolta per evitare l'impunità di alcuni soggetti le cui condotte non presentano i presupposti oggettivi e soggettivi della coautoria⁵¹.

2.5. La prima applicazione dell'Organisationsherrschaft in Perù: il processo ad Abimael Guzmán Reynoso.

A seguito del cd. massacro di Lucanamarca, avvenuto nel 1983, in Perù venne avviato un processo a carico di Abimael Guzmán, fondatore e *leader* del gruppo terrorista *Sendero Luminoso*, e di alcuni suoi stretti collaboratori⁵².

infraestructura petrolera, ni que el grupo “Cimarrones” perpetró el atentado, no duda que el incendio que acabó literalmente con personas y bienes en Machuca se produjo con la ignición del crudo regado por la tubería destruida y acepta que los procesados son directivos o líderes de ese grupo armado ilegal; y, pese a todo ello, les negó la calidad de *coautores*». CSJ, n. 23825, cit., 61.

⁴⁹ «Se estima preciso aclarar que en este caso no existe *autoría mediata*, ni hay “sujeto de atrás” [...], porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos – los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación – desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños». CSJ, n. 23825, cit., 73.

⁵⁰ È vero che la coautoria non era disciplinata dal vecchio codice del 1980, vigente all'epoca dei fatti; tuttavia, l'accordo comune è presupposto comunemente accolto dalla dottrina e ha trovato espressione nel nuovo art. 29, il quale stabilisce che: «Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte».

⁵¹ In merito, e a conclusione di una dettagliata disamina delle varie soluzioni accolte nell'*iter* giudiziario riguardante il caso *Machuca*, cfr. C. LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, op. cit., 180 e ss.

⁵² Guzmán e la sua compagna Elena Iparraguirre vennero catturati nel 1992 e subirono una condanna all'ergastolo; tuttavia, a seguito dell'abrogazione di alcune leggi antiterrorismo da parte dell'allora presidente Fujimori, la condanna fu annullata nel 2003. Per un ampio resoconto sul quadro fattuale, v.

In primo grado, alla cupola del sodalizio vennero imputati i reati di terrorismo, terrorismo aggravato, affiliazione a organizzazione terroristica, incitamento e apologia del terrorismo e omicidio qualificato; il Tribunale condannò Guzmán Reynoso applicando per la prima volta esplicitamente la teoria roxiniana dell'*Organisationsherrschaft*⁵³.

Guzmán, posto al vertice dell'organizzazione, ordinò egli stesso l'esecuzione del massacro; inoltre, fu l'artefice della linea politica e ideologica generale cui si ispirava il movimento, incentrata in massima parte sull'azione militare⁵⁴.

Venne così accentuato il ruolo dominante dell'imputato, reso possibile dalla posizione apicale rivestita, dalla struttura fortemente accentrata, dalla rigida disciplina dell'apparato e dal rigoroso controllo che egli svolgeva sull'attività degli altri membri. Il Tribunale concluse, dunque, con l'attribuzione della responsabilità in capo al Guzmán in qualità di autore mediato: irrilevante apparve la circostanza che gli appartenenti al gruppo terroristico che materialmente eseguirono la condotta criminosa fossero soggetti penalmente responsabili⁵⁵.

L'applicazione dell'autoria mediata in virtù dello sfruttamento di un apparato di potere organizzato è giustificata dal Tribunale mediante la constatazione che le tradizionali forme di autoria e partecipazione mal si attagliano ai casi in cui un soggetto dirige e controlla un'associazione criminale⁵⁶.

Furono rigettate le argomentazioni della difesa, volte ad escludere la soluzione dell'*Organisationsherrschaft* in quanto non applicabile alle organizzazioni non statali; per la verità, come già visto, secondo la visione originaria di Roxin tale figura si attaglierebbe a qualunque tipo di apparato che risponda ai necessari requisiti, tra cui la *Rechtsgelöstheit*:

Digest of Terrorist Cases, documento dell'UNODC, New York, 2010, 11.

⁵³ Sala Penal Nacional, Expediente acumulado n. 560-03 del 13.10.2006, caso Abimael Guzmán Reynoso, in <http://www.icj.org/IMG/GuzmanDecision.pdf>.

⁵⁴ «Guzmán Reynoso no sólo aprobaba los planes militares u ordenaba la ejecución de concretos atentados, sino que también planificaba dónde, cómo, a quién y de que manera se podían realizar determinados atentados». Sala Penal Nacional, Exp. n. 560-03, cit., 170.

⁵⁵ Cfr. Sala Penal Nacional, Exp. n. 560-03, cit., 165 e ss.

⁵⁶ La Corte, chiaramente, si riferisce al codice penale vigente all'epoca dei fatti. Si ricorda che l'attuale codice penale peruviano conosce un sistema differenziato delle forme di partecipazione: all'art. 23 sono previste le condotte di autoria, autoria mediata e coautoria («El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...»); all'art. 24 è definita l'istigazione, punita come l'autoria; infine, all'art. 25 si distingue tra complice primario e secondario: solo quest'ultimo può godere di una pena attenuata.

sembrerebbe dunque pertinente la sua utilizzazione nel caso concreto⁵⁷.

La *Sala Penal* sviluppa piuttosto dettagliatamente il ragionamento sull'esistenza dei presupposti per l'applicazione della teoria roxiniana. Viene dato conto del funzionamento concreto del gruppo terroristico, al fine di definirlo come vero e proprio apparato di potere organizzato⁵⁸; inoltre, il requisito della fungibilità è basato sulla possibilità di sostituzione del membro che non intenda realizzare il piano, circostanza che ne assicurerebbe l'esecuzione globale⁵⁹.

Infine, un'ulteriore prova della bontà della soluzione dell'autoria mediata si troverebbe, ad opinione dei giudici di prima istanza, non solo nella dottrina tedesca e nelle elaborazioni dei giuristi peruviani, ma alla lettera a) dell'inciso 3 dell'art. 25 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, che espressamente ammette tale titolo di imputazione anche in caso di sfruttamento di esecutori materiali pienamente responsabili⁶⁰.

In seconda istanza, la Corte Suprema di Giustizia si pronunciò in seguito al ricorso per nullità proposto dalla difesa, confermando l'esito della precedente pronuncia⁶¹.

⁵⁷ Secondo la difesa, la teoria «no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay el deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior». Per Roxin uno dei presupposti fondamentali è invece che l'organizzazione operi ai margini del diritto, poiché se operasse all'interno dell'ordinamento giuridico la forza normativa delle leggi conserverebbe maggior peso rispetto agli ordini illeciti impartiti all'interno del gruppo: cfr. I. MEINI, *El caso peruano*, in K. AMBOS (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, op. cit., 134.

⁵⁸ «Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurada y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder». Sala Penal Nacional, Exp. n. 560-03, cit., 162.

⁵⁹ «La fungibilidad o más propiamente la intercambiabilidad de los ejecutores se funda en que la negativa del ejecutor de llevar a cabo el plan no impide que éste efectivamente se realice, ya que si él no cumple la orden, según el organigrama del aparato de poder inmediatamente otro le suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan global». Sala Penal Nacional, Exp. n. 560-03, cit., 161. Alcuni Autori, peraltro, mettono in discussione la sussistenza o quantomeno la dimostrazione di tale presupposto nella sentenza citata: cfr. D. C. CARO CORÍA, *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana* (trad. it. G. FORNASARI), in G. FORNASARI – E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali*, op. cit., 158, secondo cui il solo fatto che l'organizzazione fosse una «macchina da combattimento» consistente di circa 33000 esecutori non basterebbe a garantire il successo di un'azione criminosa.

⁶⁰ Cfr. Sala Penal Nacional, Exp. n. 560-03, cit., 167.

⁶¹ Va peraltro sottolineato che il giudice Villa Stein espresse una posizione parzialmente discordante, aderendo alla soluzione della coautoria: da un lato perché l'organizzazione era composta da una pluralità di cellule, ognuna con una propria competenza autonoma nell'esecuzione delle direttive della cupola; dall'altro, perché ogni membro dell'apparato sembrava possedere un codominio sul fatto. Concorde, D.

La sentenza conferma la sussistenza di tutti i presupposti dell'apparato organizzato analizzati in primo grado. In particolare, si sottolinea la compatibilità dell'autoria mediata con il codice vigente all'epoca dei fatti e la struttura centralizzata e verticistica dell'associazione⁶²; la nozione di fungibilità, in prima istanza ambigua e controversa, viene agganciata alla verticalità del sodalizio, argomentando che firmare la «carta di soggezione al presidente Gonzalo» (pseudonimo del Guzmán) significava sottomettersi incondizionatamente alla volontà del *leader* e rinunciare in qualche modo alla propria identità civile. In simili circostanze, chiunque avrebbe potuto sostituire il soggetto che non avesse portato a termine l'operazione pianificata⁶³.

La Corte Suprema sembrò adagiarsi sulle risultanze di primo grado e sulla «dottrina dominante»⁶⁴, nominando nuovamente i tre presupposti roxiniani per l'applicazione dell'*Organisationsherrschaft* senza fornire ulteriori argomentazioni, e confermò la condanna a Guzmán Reynoso come autore mediato per sfruttamento di un apparato organizzato di potere⁶⁵.

2.6. Il processo a carico del presidente peruviano Alberto Fujimori Fujimori.

È curioso notare che l'altra importante condanna in cui in Perù si riconobbe l'applicabilità dell'*Organisationsherrschaft* fu quella a carico del più grande avversario di gruppi sovversivi come *Sendero Luminoso* e il *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru*: il presidente Alberto Fujimori. Questi fu eletto nel 1990; i metodi via via più violenti dei militari incaricati della repressione si tradussero in sistematiche violazioni dei diritti umani, e portarono al cd. *auto-golpe*, con cui Fujimori sciolse le Camere e la Corte

C. CARO CORIA, *Perù*, in K. AMBOS – E. MALARINO (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, op. cit., 302.

⁶² La Corte parla di «rígido centralismo donde las órdenes o directivas de la dirección nacional, Comité Central, simplemente se acataban en base a una férrea disciplina partidaria»: Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de nulidad n° 5385-2006, del 14.12.2007, sentenza reperibile in http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf, 28.

⁶³ Corte Suprema de Justicia de la República, n° 5385-2006, cit., 28.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la República, n° 5385-2006, cit., 29.

⁶⁵ Per un'ampia critica sulla sentenza della Corte Suprema, I. MEINI, *El caso peruano*, op. cit., 140 e ss.

Suprema, imponendo una svolta decisamente autoritaria al suo regime, nel 1992⁶⁶.

Uno dei suoi più grandi successi fu proprio la cattura del *leader* terrorista Abimael Guzmán Reynoso; fu rieleto per ben due volte, nel 1995 e nel 2000⁶⁷. Nel novembre del 2000, a seguito di una serie di scandali per corruzione, si rifugiò in Giappone, rinunciando al mandato presidenziale con un documento spedito via fax⁶⁸.

Con l'avvento del governo democratico di transizione di Valentín Paniagua Corazao fu istituita la Commissione per la Verità e la Riconciliazione (CVR), che nel 2003 presentò il suo rapporto finale all'allora presidente Alejandro Toledo. In tale relazione si trova la prima affermazione, seppur chiaramente priva di conseguenze punitive, del coinvolgimento di Fujimori nelle violazioni perpetrate durante il regime⁶⁹.

I due addebiti fondamentali mossi al dittatore riguardano il massacro di *Barrios Altos*, un quartiere popolare al centro di Lima in cui morirono quindici persone e ne furono ferite quattro, e quello de *La Cantuta*, che comportò la morte di nove studenti e un professore dell'università Enrique Guzmán y Valle.

Tali azioni si inserivano nel quadro della politica antisovversiva: l'attività repressiva era svolta sotto la supervisione di Fujimori; la *Dirección de Inteligencia del Ejército* (DINTE) e il *Servicio de Inteligencia Nacional* (SIN), ovvero l'esercito e i servizi segreti, si occupavano della parte logistica e dell'individuazione degli obiettivi da colpire. Infine, al gruppo paramilitare *Colina* era riservata la realizzazione materiale delle direttive⁷⁰.

Il primo vero attore della vicenda processuale fu la Corte Interamericana dei Diritti Umani; nel 2001 questa dichiarò inammissibili le disposizioni di amnistia, prescrizione e la previsione di cause di esclusione della responsabilità che impedivano di indagare sui presunti responsabili di gravi violazioni dei diritti umani, ed eventualmente di comminare

⁶⁶ Cfr. E. MACULAN, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Arch. pen.*, 2011, 4.

⁶⁷ Fujimori si presentò illegalmente alle elezioni per il terzo mandato. Il presidente e i suoi sostenitori erano determinati ad ottenere la vittoria anche per mezzo di brogli; ciò costò loro un'aspra opposizione interna e una condanna da parte della comunità internazionale.

⁶⁸ Un'ampia ricostruzione fattuale è in J. M. BURT, *Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2009, 386 e ss.

⁶⁹ J. M. BURT, *Guilty as Charged*, op. cit., 392.

⁷⁰ V. K. AMBOS, *Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 553.

loro sanzioni⁷¹.

Tale pronuncia permise di superare l'ostacolo delle leggi di amnistia nella persecuzione dei crimini; inoltre il Perù, in virtù dei suoi obblighi di fronte alla comunità internazionale, si trovò a dover necessariamente intraprendere l'*iter* processuale necessario ad accertare ed eventualmente punire le violazioni poste in essere⁷².

Dopo un iniziale periodo trascorso in Giappone, Fujimori si era rifugiato in Cile, e venne qui arrestato a seguito del mandato di cattura internazionale emesso dal Perù.

In primo grado, la Corte cilena aveva negato l'estradizione per mancanza di indizi sufficienti; la Seconda sezione della Corte Suprema, revocando la sentenza appellata, la concesse invece all'unanimità.

Si inizia qui a delineare con maggior precisione la forma di responsabilità di Fujimori: nella valutazione degli indizi, la Corte si affida già alla teoria di Claus Roxin e, pur ammettendo che non fosse possibile dimostrare una partecipazione concreta dell'imputato nei crimini commessi, richiama nel percorso argomentativo la concreta possibilità di attribuire all'*ex* presidente un'autoria mediata in virtù del dominio sull'apparato di potere⁷³.

A seguito di tale esito, la Sezione penale speciale della Corte Suprema (preposta a giudicare gli alti funzionari pubblici per i delitti commessi nell'esercizio delle funzioni) sviluppò più approfonditamente le argomentazioni a favore di un'attribuzione della responsabilità per autorità mediata.

⁷¹ La pronuncia ebbe ad oggetto le leggi n. 26479 (amnistia per il personale militare, di polizia e civile) e n. 26492 (interpretazione e delimitazione della legge precedente), emanate sotto il governo Fujimori. Cfr. D. C. CARO CORÍA, *Sulla persecuzione dei crimini internazionali nella giurisprudenza penale peruviana*, op. cit., 163 e ss.

⁷² Cfr. il testo della pronuncia della Corte Interamericana dei Diritti Umani (caso Barrios Altos vs. Perù, 14.03.2001), disponibile in http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf, 18.

⁷³ La sentenza della Seconda sezione della Corte Suprema cilena è disponibile in <http://www.latinreporters.com/perouFujimoriFalloExtradicionChile21092007.pdf>. A pagina 177 si afferma: «hay indicios claros de que Alberto Fujimori Fujimori, habría tenido, después del autogolpe, la concentración de todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia, propició la creación de un organismo especial dentro de las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del “Grupo Colina” y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo, lo que se demuestra por lo premios, ascensos y condecoraciones otorgadas por Fujimori a los integrantes de este grupo y porque muchas personas lo vieron dar órdenes a Montesinos, quien a su vez las entregaba al mencionado Grupo Colina, con lo que habría tenido una participación de autor mediato». Per una critica sulla necessaria vincolatività della formulazione dogmatica adottata nella sentenza di estradizione cilena, cfr. P. GARCÍA CAVERO, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparados de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 596 e ss.

La pronuncia è ampiamente motivata, inquadra con precisione il contesto storico e analizza con attenzione la sussistenza del dominio sul fatto da parte di Fujimori; probabilmente, si tratta della più importante e meditata soluzione giurisprudenziale nell'ambito dell'applicazione dell'*Organisationsherrschaft*⁷⁴.

Vengono esaminati uno ad uno i presupposti roxiniani dell'apparato organizzato di potere. Dapprima si fondano i due elementi *oggettivi*: il «poder de mando» e l'«apartamiento del derecho»; poi, i due requisiti *soggettivi* della «fungibilidad» e della «predisposición a la realización del hecho ilícito»⁷⁵.

Il potere di comando si estrinseca in due forme: da un lato, quello che si realizza a livello strategico nei confronti del livello intermedio; dall'altro, quello che si esercita a livello intermedio verso gli esecutori materiali. In ogni caso, la relazione sarà sempre di tipo verticale. In base a tale struttura, chiaramente, solo chi è a capo del livello strategico ha il dominio totale dell'apparato⁷⁶.

La Corte richiama l'ormai nota considerazione sull'accrescimento della responsabilità man mano che si sale nella gerarchia dell'apparato e ci si allontana dunque dal luogo della commissione del delitto, facendo riferimento all'opera roxiniana, nonché ai processi *Eichmann*, *Sendero Luminoso* e alla condanna delle Giunte militari in Argentina⁷⁷.

Per quanto riguarda il secondo requisito oggettivo (*apartamiento del derecho*), viene sottolineato che per «diritto» non si intende tanto il diritto nazionale, quanto piuttosto una combinazione di questo con il diritto internazionale, che assume un ruolo preponderante⁷⁸.

Se così non fosse, l'apparato di potere a disposizione di Fujimori non potrebbe essere

⁷⁴ Per un approfondito commento su questa sentenza, si rimanda a I. MEINI, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema*, in *ZIS*, 2009, 603 e ss.

⁷⁵ Per una critica sulla considerazione di tali elementi soggettivi come veri e propri presupposti dell'*Organisationsherrschaft*, v. R. PARIONA ARANA, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 614. Secondo l'Autore, i veri requisiti fondamentali sarebbero quelli oggettivi, mentre fungibilità e predisposizione alla commissione del fatto illecito sarebbero solo caratteristiche che normalmente si accompagnano a tali situazioni.

⁷⁶ La pronuncia dedica moltissimo spazio alla dimostrazione dei presupposti, citando la più recente dottrina. Cfr. la sentenza della Sezione penale speciale della Corte Suprema, disponibile in <http://www.contexto.org/pdfs/sentencia.pdf>, 635 e ss.

⁷⁷ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 639.

⁷⁸ Scettico sull'opportunità di elencare la *Rechtsgelöstheit* tra i presupposti necessari, K. AMBOS, *The Fujimori Judgement. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus*, in *JICJ*, 2011, 154: l'Autore nota come ogni singolo delitto, di per sé considerato, comporti un'azione al di fuori del diritto.

considerato operante al di fuori del diritto; invece costituisce un esempio lampante, probabilmente il più grave, della costruzione roxiniana, in quanto organizzazione in grado di annullare, snaturare e distorcere a suo piacimento l'ordinamento giuridico interno, al fine di perpetrare violazioni sistematiche dei diritti umani nel quadro di un «sistema normativo alternativo», solo apparentemente legittimo⁷⁹.

Interessante è l'analisi sui requisiti soggettivi. È stato già affrontato il dibattito tra Roxin e Schroeder riguardo *Fungibilität* e «risoluzione incondizionata dell'esecutore materiale a commettere il fatto» (*unbedingte Tatbereitschaft der Ausführenden*)⁸⁰.

Qui un presupposto non esclude l'altro: entrambi concorrono a fondare l'autoria mediata dell'accusato.

Per quanto riguarda l'intercambiabilità dell'esecutore, vanno distinte due prospettive. La fungibilità può essere vista innanzitutto da un'angolazione *negativa*, che implica l'immediata sostituibilità dell'agente che si rifiuti di commettere il delitto: se in base al funzionamento automatico dell'apparato esiste sempre un esecutore in grado di prendere il posto di colui che non perpetra l'azione, ciò significa che la desistenza del singolo non può mai incidere sulla concretizzazione effettiva dell'evento⁸¹.

Inoltre, si avrebbe una sorta di fungibilità *positiva* guardando la questione dal punto di vista di chi detiene il dominio: egli, infatti, ha una maggiore garanzia del successo della sua impresa delittuosa, poiché è in grado di contare su un elevato numero di esecutori che può valutare in base alle capacità e alle abilità, scegliendo la migliore opzione⁸².

Questo primo presupposto soggettivo ha attirato le critiche di parte della dottrina, che ha sostenuto come la definizione stessa di fungibilità si ponga in contrasto con il principio di responsabilità per fatto proprio, essendo nulla più di un'aspettativa concernente il fatto illecito di un terzo⁸³; inoltre, alcuni sottolineano che l'intercambiabilità non sarebbe altro

⁷⁹ Così, ampiamente, Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 642.

⁸⁰ V. quanto già illustrato al capitolo III. Su tutti, si rimanda a F. C. SCHROEDER, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, op. cit., 569 e ss.

⁸¹ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 645.

⁸² Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 646. È interessante notare che proprio l'argomentazione basata sulle capacità e abilità del singolo esecutore fu utilizzata da Schroeder per ribattere alla necessità del requisito della fungibilità; e ciò poiché, secondo Roxin, l'intercambiabilità presupponeva che l'esecutore fosse una figura anonima (dunque fungibile) agli occhi dell'*Hintermann*. Cfr. F. C. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., 168 e C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., 245.

⁸³ Per tale critica si rinvia a I. MEINI, *La autoría mediata por dominio de la organización*, op. cit., 607.

che un mero dato naturalistico che accompagna normalmente le situazioni di autoria mediata per sfruttamento di un apparato di potere organizzato⁸⁴.

L'ultimo requisito, non previsto da Roxin nelle prime formulazioni della sua teoria e individuato per la prima volta da Schroeder nella sua *Habilitationschrift*, è la predisposizione alla realizzazione del fatto illecito⁸⁵.

La circostanza che l'esecutore possieda tale requisito soggettivo è strettamente legata alla sua adesione alla struttura organizzata: «En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuyente común»⁸⁶.

Peraltro, in base a tale meccanismo, che la Corte definisce di «psicología colectiva», maggiore è la predisposizione dell'autore immediato, minore sarà l'esercizio del potere di comando di cui necessita l'autore mediato⁸⁷.

Va precisato che la *erhöhte Tatgeneigtheit des Tatvollstreckers* è stata recentemente ammessa da Roxin tra le caratteristiche dell'*Organisationsherrschaft*⁸⁸; i giudici di prima istanza ne danno conto, e ammettono la sussistenza anche di quest'ultimo presupposto nel caso concreto⁸⁹.

Da ultimo, la sentenza richiama le disposizioni dello Statuto di Roma in materia di responsabilità del superiore e autoria mediata in virtù di apparati di potere organizzati, evidenziando che l'applicazione della teoria roxiniana si pone perfettamente in linea con le più recenti tendenze giurisprudenziali in prospettiva internazionale⁹⁰.

⁸⁴ R. PARIONA ARANA, *La autoría mediata por organización*, op. cit., 614.

⁸⁵ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 649: «En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito».

⁸⁶ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 650.

⁸⁷ C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, op. cit., 296. V. anche K. AMBOS, *Sobre la «organización» en el dominio de la organización*, in *InDret*, 2011, 7 e ss.: la disposizione al fatto dell'autore immediato può essere definita come «organisationstypische Tatgeneigtheit», concetto che pone in risalto il predominio dell'intero apparato sulla volontà del singolo.

⁸⁸ V. ad esempio C. ROXIN, *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, in *ZIS*, 2009, 567, ma anche C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, op. cit., 298 e ss.

⁸⁹ P. GARCÍA CAVERO, *La autoría mediata por dominio de la voluntad*, op. cit., 602, ritiene non raggiunta la prova della sussistenza concreta dei requisiti soggettivi, sebbene questi siano esposti in maniera molto articolata sul piano teorico.

⁹⁰ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 652 e ss. La Corte spiega perché non ritiene corretta l'applicazione dell'art. 28 StCPI, che prevede una responsabilità omissiva, dunque meno pregnante e adeguata al ruolo concretamente svolto da Fujimori.

In conclusione, la *Sala penal especial* condannò Alberto Fujimori Fujimori a venticinque anni di reclusione e ad un ingente risarcimento per le vittime dei crimini, con un'amplissima riflessione che potrebbe essere così riassunta: «En todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios»⁹¹.

La sentenza di secondo grado, confermando tutte le risultanze emerse in prima istanza e accogliendo in pieno l'impianto dogmatico proposto, ammise a sua volta la responsabilità del Fujimori per autoria mediata in virtù di dominio del fatto per mezzo di un apparato di potere organizzato⁹².

La condanna dell'*ex* presidente peruviano non fu accolta in senso unanime da parte della dottrina: furono proposte qualificazioni alternative, come l'istigazione, la complicità necessaria e la coautoria.

Il paradigma ascrittivo dell'istigazione sembra problematico a causa della mancanza di un rapporto diretto tra istigatore e istigato: sarebbe necessario ammettere un'istigazione a catena dal funzionamento automatico che segue la catena di comando interna all'apparato⁹³. Inoltre, l'istigazione, come già in precedenza notato, non appare carica del disvalore che connota le condotte di autoria⁹⁴.

Una simile considerazione può esser fatta per il paradigma della complicità necessaria, prevista nel codice peruviano all'art. 25: sul piano sanzionatorio a Fujimori si sarebbe potuta comminare comunque la pena prevista per l'autore, ma la figura del *cooperador necesario* non sembra attagliarsi appieno alla rilevanza del contributo concorsuale prestato dal dittatore⁹⁵.

Jakobs, sostenitore di un'attribuzione di responsabilità a titolo coautoria, anche in

⁹¹ Sezione penale speciale della Corte Suprema, cit., 654.

⁹² La sentenza della Prima sala transitoria della Corte Suprema, Exp. n. 19-2001-09- a.v. del 30.12.2009 è disponibile in <http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf>.

⁹³ Così A. GIL GIL, *El caso español*, op. cit., 122.

⁹⁴ Favorevole all'ascrizione della responsabilità in qualità di istigatore per Fujimori, R. D. HERZBERG, *Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an der Verbrechen seines Machtapparates*, in ZIS, 2009, 580.

⁹⁵ E. MACULAN, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani*, op. cit., 26.

questo caso – come nelle ipotesi, già trattate, dell'applicazione dell'*Organisationsherrschaft* da parte del BGH tedesco – sottolinea la contraddittorietà insita nel considerare un esecutore materiale sia come autore pienamente responsabile, sia come rotella fungibile di un ingranaggio⁹⁶. Tuttavia, si è già visto come anche tale conclusione può prestare il fianco a critiche, se si afferma che per aversi coautoria è necessario un piano comune o un'esecuzione materiale condivisa⁹⁷.

2.7. Il curioso caso «Mensalão».

La lunga e complessa vicenda conosciuta come «scandalo Mensalão» (o «dell'assegno mensile») ha avuto luogo in Brasile durante la prima fase del Governo del Presidente Lula, finendo sotto i riflettori come il più grande processo per corruzione nella storia brasiliana, in cui furono coinvolti politici di spicco, membri del Governo e del Parlamento⁹⁸. L'elaboratissimo capo d'accusa si snodava principalmente attorno all'ampio schema corruttivo creato e perpetuato da parte della classe politica, al fine di assicurarsi supporto elettorale. Per acquisire il denaro necessario alla compravendita di voti, era necessario che la classe politica, a sua volta, assicurasse determinati benefici a parte della classe imprenditoriale, i cui vantaggi erano garantiti da istituzioni pubbliche e private, controllate direttamente o indirettamente dal Governo Federale⁹⁹.

Una delle questioni più discusse davanti al *Supremo Tribunal Federal* fu senza dubbio quella relativa alle regole di compartecipazione applicabili ai singoli soggetti operanti in un quadro così articolato.

È fondamentale premettere che la disciplina brasiliana sul concorso di persone è del

⁹⁶ Cfr. G. JAKOBS, *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 576 e ss.

⁹⁷ Su tutti, G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, op. cit., 525.

⁹⁸ AP/470 STF (Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal). La sentenza consta di più di 8000 pagine ed è reperibile in <http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Per una versione sintetica: <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>.

⁹⁹ Di recente, un intero volume della rivista giuridica tedesca *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* è stato dedicato proprio a questa vicenda. Per la presentazione del caso, v. l'introduzione fornita da K. AMBOS – E. ROMERO DE VASCONCELOS, *Introduction to the special issue on the Brazilian Mensalão case*, in *ZIS*, 2014, 259 e ss. Il processo ha avuto una quarantina di imputati, e i giudici sono arrivati a comminare una pena massima di 40 anni di reclusione.

tutto simile a quella italiana. All'art. 29 del *Código penal* è stabilito che chi, in qualsiasi modo, concorre nel reato è punito con la pena per questo previsto; al § 1 è prevista un'attenuante paragonabile al nostro art. 114 c.p. sul contributo di minima importanza (*participação de menor importância*). A ciò fa da *pendant* la disposizione di cui all'art. 13, traduzione codicistica della formula della *condicio sine qua non*¹⁰⁰.

Ebbene, la – criticatissima – sentenza in oggetto arriva a qualificare come autori i vertici politici e imprenditoriali posti sotto accusa, applicando una combinazione della teoria welzeliana del dominio sul fatto e dell'*Organisationsherrschaft* roxiniana.

Non è la prima volta che la Corte Suprema brasiliana fa riferimento alla dottrina tedesca¹⁰¹; tuttavia, proprio per la significatività della pronuncia e le straordinarie dimensioni dell'apparato argomentativo, salta particolarmente all'occhio lo scarso impegno dedicato a una più attenta analisi delle differenti declinazioni della signoria sul fatto e, soprattutto, della compatibilità delle teorie richiamate con la disciplina codicistica brasiliana.

In primo luogo, come già accennato, non si opera alcuna distinzione tra la locuzione *Tatherrschaft* e *Organisationsherrschaft*. I concetti vengono richiamati in maniera vaga e imprecisa, senza tenere conto delle sostanziali differenze tra loro intercorrenti (ad esempio – e la questione, si capisce, è centrale – è estranea alla visione di Welzel la possibilità di ravvisare un autore dietro un autore pienamente responsabile)¹⁰². Inoltre, in maniera del tutto opposta rispetto a quanto già visto per la sentenza Fujimori, nemmeno un accenno viene fatto ai requisiti di applicabilità della teoria – nemmeno al controverso requisito della *Rechtsgelöstheit*, che in questo caso non può evidentemente essere ritenuto sussistente¹⁰³.

¹⁰⁰ L. GRECO – A. LEITE, *Die «Rezeption» der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung («Mensalão-Fall», Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)*, in *ZIS*, 2014, 287. Il codice penale brasiliano, entrato in vigore nel 1940, si sarebbe in effetti ispirato proprio a modelli di causalità e compartecipazione delineati nel Codice Rocco: così anche K. DETZER, *Die Problematik der Einheitstäterlösung. Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des OWiG unter Berücksichtigung des italienischen und österreichischen Strafrechts*, Erlangen, 1972, 63 e ss.

¹⁰¹ Altri casi giurisprudenziali sono esposti in P. R. ALFLEN, *Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF*, in *ZIS*, 2014, 277 e ss.

¹⁰² V. *supra*, Cap. III Sez. I.

¹⁰³ Cfr. L. GRECO – A. LEITE, *Die «Rezeption» der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., 288. Gli Autori notano come il compito fosse tutto sommato semplice: i

Il requisito della fungibilità è trattato in modo alquanto originale: a questo proposito, non si fa riferimento all'esecutore materiale, bensì alla speculare essenzialità del ruolo del soggetto apicale¹⁰⁴.

Il *Supremo Tribunal* trapianta un concetto superfluo, del tutto estraneo all'ordinamento brasiliano. L'*Organisationsherrschaft* nasce e continua ad esistere come *Abgrenzungskriterium* nel modello differenziato tedesco, ma arriva in questo caso a fondare *tout court* la responsabilità di alcuni soggetti che, altrimenti, rischierebbero di andare assolti per le note difficoltà probatorie che si presentano nel momento della verifica della causalità del contributo causale del vertice¹⁰⁵.

Dunque, la Corte si appoggia interamente alla possibilità di configurare il dominio sul fatto, esonerandosi dal compito di un puntuale esame relativo all'elemento soggettivo (ritenuto sussistente con la classica formula «l'imputato non poteva non sapere»); parimenti, rimane oscura la natura degli illeciti attribuiti: dall'argomentazione, infatti, non sembra evincersi nulla riguardo alla forma commissiva od omissiva delle condotte¹⁰⁶.

In conclusione, la *Positionsherrschaft* coniata dai giudici brasiliani, oltre a essere del tutto incompatibile con la disciplina nazionale sul concorso di persone e – prima ancora – con i principii che regolano l'attribuzione della responsabilità penale¹⁰⁷, è una riproposizione scorretta e confusa della teoria del dominio sul fatto di stampo tedesco.

L'autorevolezza scientifica data dal richiamo alla dottrina roxiniana sembra consentire alla Corte, da un lato, di smarcarsi dalla necessità di fornire argomentazioni più puntuali e convincenti che giustifichino gli esiti della pronuncia; dall'altro, di arrivare a delle condanne «esemplari», ancora una volta in un processo dalla enorme valenza mediatica,

giudici brasiliani avrebbero potuto fare riferimento diretto alla giurisprudenza del *Mauerschützen-Fall*, o a quella parte della dottrina che rigetta l'illiceità dell'organizzazione come requisito fondamentale per l'integrazione della categoria.

¹⁰⁴ Peraltro, a questo riguardo può notarsi una certa somiglianza con qualche pronuncia della Cassazione già analizzata *supra*, Cap. II, sez. II (cfr. anche le conclusioni di C. RAPISARDA, nota a Ass. Torino, 26 luglio 1983).

¹⁰⁵ Difficoltà di cui – non a caso – si è già ampiamente discusso *supra*, nell'indagine relativa alla giurisprudenza italiana.

¹⁰⁶ In senso fortemente critico, L. GRECO – A. LEITE, *Die «Rezeption» der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., 289 e ss. L'Autore (cfr. anche L. GRECO, *Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip*, in *ZIS*, 2011, 9 e ss.), non manca di sottolineare la vicinanza tra *Geschäftsherrenhaftung* e *Organisationsherrschaft*, rinvenendo la linea di discriminazione proprio nella natura (rispettivamente) omissiva e commissiva della condotta dell'autore mediato.

¹⁰⁷ P. R. ALFLEN, *Domínio do fato como critério de delimitação da autoria*, op. cit., 283.

storica, politica e sociale¹⁰⁸.

3. *L'indirect perpetration through organized structures of power come nuovo criterio d'imputazione accolto dalla Corte Penale Internazionale.*

3.1. La compartecipazione nello Statuto di Roma.

Quella della corretta attribuzione della responsabilità individuale è da sempre una delle questioni centrali davanti alle giurisdizioni penali sovranazionali. Il tema ha conosciuto un'evoluzione; a un'impostazione spesso definita «unitaria» (sebbene nella peculiare declinazione ispirata alla *conspiracy* anglosassone), si è andata gradatamente sostituendo, in tempi più recenti, l'adesione a un modello attributivo che ricorda da vicino la teoria roxiniana¹⁰⁹.

La dettagliata formulazione delle previsioni dedicate alla responsabilità individuale gioca certamente un ruolo di primo piano nel fenomeno appena evocato: il sistema delineato dallo Statuto appare certamente più vicino alla tradizione continentale¹¹⁰.

Gli artt. 6-8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale contengono descrizioni in forma monosoggettiva delle condotte punibili; è all'art. 25 comma 3 lett. a-e che viene disciplinato il fenomeno del concorso di persone¹¹¹.

Lo Statuto – secondo l'opinione più diffusa, che guarda esclusivamente alla

¹⁰⁸ L. GRECO – A. LEITE, *Die «Rezeption» der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., 291.

¹⁰⁹ Cfr., tra gli altri, quanto esposto in R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 426 e ss.

¹¹⁰ Sul tema – in senso fortemente critico – cfr. la nota *dissenting opinion* del giudice Fulford (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, 6 e ss.). G. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International*, Oxford, 2007, 332 e ss., sottolinea come lo Statuto *crei l'impressione* di non differire da un normale codice, nonostante le peculiarità dei crimini che ne costituiscono l'ambito applicativo.

¹¹¹ Dall'inserimento di tali disposizioni all'interno dei principi generali della responsabilità si comprende subito come queste adempiano alla funzione di estendere la tipicità delle fattispecie previste agli artt. 6-8 StCPI ad alcuni contributi concorsuali altrimenti atipici, cosa che accade di norma anche negli ordinamenti interni, come già visto ai capitoli II e III. Cfr. F. ARGIRÒ, *La compartecipazione criminosa nello Statuto della Corte penale internazionale*, Roma, 2005, 1.

tipizzazione delle condotte – accoglierebbe un sistema differenziato delle forme di partecipazione, descrivendo le condotte di autoria, istigazione e complicità, al fine di permettere una più attenta considerazione del peso del contributo criminoso prestato da ciascuno; per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, tuttavia, non è prevista alcuna distinzione tra autori e complici sul piano tipico¹¹².

Ciò ha portato qualche Autore a dubitare fortemente della natura differenziata del modello proposto nello Statuto: infatti, in un modello differenziato inteso in senso «puro», come già più volte ribadito, alla qualificazione del tipo di contributo si accompagna la previsione di una distinzione sul piano sanzionatorio¹¹³. La semplice elencazione delle condotte concorsuali, così come delineata all'art. 25, più che una soluzione orientata all'adozione di un modello differenziato – e al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale – appare un'opzione che prende le mosse dal diverso principio, pur fondamentale, di legalità e tassatività¹¹⁴.

In particolare, interessa qui quanto disposto alla lettera a) del comma 3 dell'art. 25: un soggetto è responsabile di una violazione sottoposta a giurisdizione della Corte penale internazionale se commette il crimine «whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally

¹¹² Si riporta qui il dettato dell'art. 25 co. 3 StCPI in una delle versioni ufficiali:

«In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

- (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;
- (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;
- (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;
- (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or
 - (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;
- (e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites other to commit genocide».

Estesamente, W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010, 421 e ss.

¹¹³ Sul punto, diffusamente, K. HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, op. cit., 25 e ss.

¹¹⁴ Di questo parere sono V. MILITELLO, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute*, in *JICJ*, 2007, 948 e ss., e F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *JICJ*, 2003, 35, il quale, pur ammettendo i limiti derivanti dall'adozione di un modello differenziato «puro», addita la disciplina menzionata come incoerente e contraddittoria.

responsible».

Vengono dunque prese in considerazione le ipotesi dell'autoria immediata, della coautoria e dell'autoria mediata; in quest'ultimo caso, ciò che maggiormente rileva è la precisazione riguardante la responsabilità dell'esecutore materiale¹¹⁵.

Appare relativamente semplice comprendere la *ratio* che ispirò tale scelta: l'imputazione per autoria mediata in caso di strumento pienamente responsabile risulta infatti particolarmente adatta in quegli apparati gerarchici di potere politico o militare, formale o di fatto, che entrano spesso in gioco nella commissione di crimini internazionali¹¹⁶.

Tuttavia, il modello dell'*indirect perpetration* può sollevare – e ha effettivamente sollevato – non poche difficoltà interpretative, specialmente tenendo conto della difficile delimitazione tra autoria mediata e coautoria (o tra autoria mediata e istigazione), nonché del rapporto tra responsabilità del *perpetrator behind the perpetrator* e *command responsibility*.

Al fine di avere un quadro completo della questione, appare opportuno fare riferimento al modello concorsuale prevalente fino all'ingresso della dottrina roxiniana nello scenario della giustizia penale internazionale, operando una breve digressione relativa all'utilizzo della teoria della *Joint Criminal Enterprise* e ai suoi rapporti con la *conspiracy* di origine anglosassone.

3.2. Joint Criminal Enterprise e conspiracy nella giurisprudenza dei Tribunali ad hoc.

La soluzione della coautoria è stata la via battuta dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*. Nello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia la disciplina della partecipazione è meno dettagliata rispetto a quella prevista nello StCPI. All'art. 7 è stabilito che: «A person

¹¹⁵ Come si è già avuto modo di notare, il problema dell'applicabilità dell'autoria mediata in caso di autore immediato pienamente responsabile ha occupato a lungo la dottrina tedesca, in mancanza di una previsione simile al § 25 StGB.

¹¹⁶ Così, *ex multis*, M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI – V. CACCAMO – M. COSTI – E. FRONZA – A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2016, in corso di pubblicazione; E. VAN SLEDREGT, *The Curious Case of International Criminal Liability*, in *JICJ*, 2012, 1174.

who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime»¹¹⁷.

Non vi è dunque distinzione sanzionatoria tra partecipi¹¹⁸; tuttavia, come già visto, in ambiti come questo una condanna come autore mantiene una connotazione (simbolica) di non scarso rilievo¹¹⁹. È per questo motivo che la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* è stata tesa ad espandere la portata del termine «commit», riconducendovi anche la condotta di chi, pur non avendo fornito alcun apporto materiale, avesse comunque partecipato alla realizzazione del crimine condividendo il *common criminal purpose* al punto tale da non poter essere qualificato come mero compartecipe¹²⁰.

L'espressione di tale esigenza viene comunemente fatta risalire alla sentenza *Tadić*¹²¹, e la conseguente elaborazione della teoria è inevitabilmente legata al nome di Antonio Cassese, giudice in quel processo¹²².

Semplificando, si potrebbe dire che per attribuire la responsabilità individuale in base alla JCE siano necessari tre requisiti: la pluralità di soggetti coinvolti nella commissione

¹¹⁷ La medesima disposizione è contenuta nello Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (art. 6). Si noti, tuttavia, che la condotta di pianificazione o programmazione risulta assente dal dettato dello Statuto di Roma: A. M. MAUGERI, *Autoria, coautoria, autoria mediata e responsabilità da comando: «actio finium regundorum» alla luce della giurisprudenza della Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2502.

¹¹⁸ V. G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, op. cit., 574, per una riflessione critica su tale nuova frontiera del concorso criminoso, che lascia sullo sfondo l'apporto materiale del singolo per attribuire centrale rilevanza al proposito comune, considerando l'illecito concorsuale nel suo insieme. La preoccupazione dell'Autore si concentra principalmente sull'influenza che questa teoria potrebbe avere sull'interpretazione delle discipline statuali in materia di concorso di persone.

¹¹⁹ Non solo. La commisurazione della pena può essere fortemente condizionata dall'attribuzione di una responsabilità a titolo di autoria o di complicità, pur nel silenzio del dettato normativo: v. ad esempio ICTY, *Vasiljević*, IT-98-32-A, Camera d'Appello, 25 febbraio 2004, in cui la pena venne diminuita di cinque anni a seguito della (ri)qualificazione dell'imputato come complice, e non come coautore.

¹²⁰ Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2011, 164 e ss., a cui si rinvia per una panoramica sulla complessa problematica relativa all'applicazione della JCE e sulle sue tre diverse forme di manifestazione (*basic, systemic ed extended*), così come delineate dalla Corte d'Appello nel caso *Tadić*. Sull'estensione della nozione di commissione al di là dell'esecuzione materiale in alcune pronunce del Tribunale per il Ruanda (specialmente *Gacumbitsi* e *Seromba*), v. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Stretching the Boundaries of Commission Liability. The ICTR Appeal Judgement in Seromba*, in *JICJ*, 2008, 795.

¹²¹ I motivi dell'esigenza dell'applicazione della JCE sono ben espressi in ICTY, *Tadić*, IT-94-1-A, Camera d'Appello, 15 luglio 1999, 82, dove si legge: «all those who have engaged in serious violations of international humanitarian law, whatever the manner in which they may have perpetrated, or participated in the perpetration of those violations, must be brought to justice».

¹²² Per una lettura della JCE che la renda compatibile con i principi fondamentali della responsabilità penale, non si può che rimandare ad A. CASSESE, *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *JICJ*, 2007, 109 e ss.

del crimine; l'esistenza di un piano, progetto o proposito criminoso comune; la partecipazione significativa di un individuo al piano comune¹²³.

La connotazione soggettiva della JCE e il suo *focus* sulla dimensione collettiva dell'illecito hanno portato a ravvisare qualche somiglianza con la *conspiracy* anglosassone¹²⁴.

La *Joint Criminal Enterprise* è spesso definita come esempio di modello «unitario», in contrasto con la disciplina attualmente delineata allo Statuto di Roma; e il modello unitario cui si fa riferimento a livello sovranazionale è, senza dubbio, la *complicity* così come intesa negli ordinamenti di *common law*¹²⁵.

Sarebbe impossibile in questa sede trattare estesamente il tema della *conspiracy* e del concorso di persone, che naturalmente assumono connotati parzialmente diversi nel sistema inglese e nel diritto statunitense¹²⁶. Ciò che qui interessa è notare che la fattispecie di *conspiracy* ruota essenzialmente attorno al concetto di accordo teso a commettere un

¹²³ V. A. CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., 163. Singolarmente, in base all'evoluzione della giurisprudenza sul tema, il contributo punibile a titolo di complicità finisce per essere più pregnante del contributo di autoria (essendo richiesto non solo un apporto *significativo*, ma un'efficacia *sostanziale* della condotta di partecipazione): così M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, op. cit.

¹²⁴ Cfr., su tutti, K. J. M. SMITH, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, 1991. Alla *conspiracy* anglosassone si ispirò esplicitamente la giurisprudenza del Tribunale di Norimberga, parzialmente ripresa dai Tribunali *ad hoc*: G. GINSBURGS – V. N. KUDRIAVTSEV, *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht, 1990, 238 e ss. Per un'indagine riferita più specificamente al Tribunale per il Ruanda, N. JØRGENSEN, *A Reappraisal of the Abandoned Nuremberg Concept of Criminal Organizations in the Context of Justice in Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 2001, 386 e ss. W. J. WAGNER, *Conspiracy in Civil Law Countries*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1951, 171 e ss., in una prospettiva di diritto comparato, nota come fu proprio in occasione del Processo di Norimberga che emersero le differenti, possibili caratteristiche della *conspiracy*, così come diversamente intesa in vari Paesi di *civil law* (il riferimento è in particolare a Francia, Germania, Italia e Polonia).

¹²⁵ V. ad esempio K. HAMDORF, *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime. A Comparison of German and English Law*, in *JICJ*, 2007, 208 e ss. Sul pragmatismo dell'approccio «unitario» inglese a questo riguardo, v. W. WILSON, *A Rational Scheme of Liability for Participating in Crime*, in *Criminal Law Review*, 2008, 3 e ss.: «It allows for the kind of sentencing flexibility which can punish the (non-perpetrating) instigators of crime as severely, or more severely, than their hired-hands, while also allowing the more typical accessory to be punished less severely than the perpetrator»). Cfr. anche H. VAN DER WILT, *Joint Criminal Enterprise. Possibilities and Limitations*, in *JICJ*, 2007, 91 e ss.

¹²⁶ Per una sintetica panoramica, cfr. A. J. ASHWORTH, *United Kingdom*, e P. H. ROBINSON, *United States*, in K. J. HELLER – M. DUBBER (a cura di), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2011, 538 e ss. e 577 e ss., ma anche la chiara esposizione di R. CARD – R. CROSS – P. A. JONES, *Criminal Law*, Oxford, 2010, 765 e ss. Inoltre, il lavoro di E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy*, op. cit., 97 e ss. pone molto chiaramente in evidenza le varie funzioni svolte da tale figura, rilevante non solo in tema di complicità, ma altresì per quanto riguarda la disciplina del tentativo, anche in relazione alla sua genesi storica.

reato, che viene punito in quanto tale¹²⁷; inoltre, per quanto riguarda le regole relative al concorso, nessuna distinzione sanzionatoria è prevista tra partecipi, sebbene non manchino elencazioni di condotte tipiche di partecipazione¹²⁸.

Dunque, si ribadisce, quando si parla di modello unitario di concorso nell'ambito del diritto penale internazionale sono queste le categorie di approdo. Nondimeno, nonostante le profonde differenze strutturali tra famiglia di *common law* e ordinamenti di tradizione continentale, le questioni sollevate sono ricorrenti e si somigliano: la necessaria causalità del contributo concorsuale¹²⁹; il ricorso a criteri più ampi e flessibili per determinare la soglia del contributo minimo punibile, come quello dell'aumento del rischio¹³⁰; soprattutto – per quanto riguarda in particolare l'esperienza italiana – la forte analogia tra ruolo della *conspiracy* e l'interpretazione estensiva del concorso morale come strumento per incriminare i vertici di organizzazioni¹³¹.

L'indeterminatezza di tale figura dogmatica, infatti, giocò un ruolo non secondario nella sua applicazione in funzione politico-repressiva: l'esempio è quello dell'incriminazione dei *leaders* di organizzazioni sindacali, o dei vertici del partito comunista negli Stati Uniti¹³².

¹²⁷ Si noti che l'istituto della *conspiracy* in Inghilterra ha visto ridurre notevolmente il suo campo applicativo a partire dalla riforma apportata dal *Criminal Law Act* del 1977: S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, 470 e ss. Peraltro, a questo riguardo va sottolineata una differenza di grande importanza con la JCE, in cui i membri non sono puniti per il mero fatto dell'accordo: v. A. CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., 163.

¹²⁸ Ad esempio, per quanto riguarda il diritto inglese, alla Sez. 8 dell'Accessories and Abettors Act del 1861 è così previsto: «Whosoever shall aid, abet, counsel or procure the commission of any indictable offence [...] shall be liable to be tried, convicted and indicted as a principal offender». Anche in seno alla dottrina anglosassone è stata avanzata qualche perplessità su tale disciplina, auspicando una distinzione più netta tra le varie figure di partecipazione – soprattutto alla luce di una comparazione con l'ordinamento tedesco: T. HÖRNLE, *Commentary to «Complicity and Causality»*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 146 e ss. *Contra*, favorevole a una distinzione che non si rifletta sul piano tipico, ma che tenga conto in particolar modo della *mens rea* del concorrente, M. MOORE, *Causing, Aiding, and the Superfluity of Accomplice Liability*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, 395 e ss. (452). Infine, si segnala un'autorevolissima critica sul piano terminologico, rivolta all'uso poco evocativo del termine *principal*, rispetto al più stigmatizzante *perpetrator*: G. WILLIAMS, *Complicity, Purpose and the Draft Code – 1*, in *Criminal Law Review*, 1990, 5.

¹²⁹ V. J. GARDNER, *Complicity and causality*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 127 e ss., e il seguente ID., *Response, Moore on Complicity and Causation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, 432 e ss. (443): per l'Autore, la centralità del disvalore di evento non consentirebbe di punire alcun contributo che non sia causale rispetto alla realizzazione collettiva.

¹³⁰ Soprattutto in relazione alla disciplina del *Model Penal Code* statunitense, ma con cenni anche al diritto britannico, v. C. KUTZ, *Causeless complicity*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 294 e ss. (300).

¹³¹ E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy*, op. cit., 52 e ss.

¹³² Per un'ampia e dettagliata analisi, v. P. HENNING, *Individual Liability for Conduct by Criminal*

Se in Italia la forza espansiva della categoria del concorso morale ha consentito una estensione dell'incriminabilità delle condotte dei soggetti apicali, nel sistema di matrice anglosassone (e soprattutto negli Stati Uniti), è stata l'omnicomprensività e la flessibilità del concetto di accordo criminoso a permettere alle Corti di arrivare ai medesimi esiti repressivi¹³³.

Non a caso, la nota definizione statunitense della *conspiracy* come «darling of the modern prosecutor's nursery» è stata ironicamente ripresa per connotare l'aspetto repressivo della dottrina della *Joint Criminal Enterprise*¹³⁴; la sua applicazione è apparsa da subito utilissima a riempire la lacuna di punibilità causata sia dagli stringenti *standard probatori* richiesti per l'integrazione della *command responsibility*, sia dall'alta soglia di efficacia causale necessaria per ravvisare una responsabilità a titolo di concorso¹³⁵.

In effetti, tornando al caso *Tadić*: l'imputato era stato assolto dalla *Trial Chamber* per quanto riguardava il capo d'imputazione più grave, non essendo stato provato *beyond reasonable doubt* che il soggetto avesse effettivamente preso parte all'omicidio di cinque uomini di religione islamica nel villaggio bosniaco di Jaskići.

La Corte d'Appello modificò parzialmente il verdetto di primo grado, condannando l'imputato per omicidio come crimine contro l'umanità. Innanzitutto, si ritenne provato che il gruppo armato di cui l'imputato era parte commise gli omicidi; a seguito di quest'assunto, la responsabilità di Tadić fu ammessa sulla base della condivisione del *common purpose* da parte dell'intero gruppo, sebbene non potesse provarsi in alcun modo

Organizations in the United States, in *Wayne Law Review*, 1998, 1314 e ss.

¹³³ In particolare sull'evoluzione giurisprudenziale da *Dennis v. U.S.* a *Yates v. U.S.*, in una prospettiva comparata con il nostro ordinamento: E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy*, op. cit., 136 e ss. (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹³⁴ J. D. OHLIN, *The Co-Perpetrator Model of Joint Criminal Enterprise*, in *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, 2008, 739, attribuisce la definizione al giudice Learned Hand. In senso critico, ironizzando sull'acronimo, anche M. E. BADAR, «*Just Convict Everyone!*» – *Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again*, in *International Criminal Law Review*, 2006, 293 e ss.

S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008, 262, rileva come i giudici dell'Aja siano stati attenti a respingere la comparazione tra JCE e *conspiracy*, temendo di incappare nelle stesse critiche rivolte al Tribunale di Norimberga nell'immediato dopoguerra. L'Autore, tuttavia, suggerisce criticamente che i più recenti sviluppi della JCE – che si allontanano dal requisito del *common plan* – non conducono necessariamente l'interprete a doverla preferire alla figura della *conspiracy*.

¹³⁵ In tal senso, C. FARHANG, *Point of No Return: Joint Criminal Enterprise in Brdanin*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 138.

che questi prese personalmente parte alla realizzazione degli omicidi¹³⁶.

Presso l'ICTY, dunque, iniziarono a delinearci già in quest'occasione le tre forme di JCE, così come comunemente descritte da dottrina e giurisprudenza. Queste si distinguono principalmente per il differente atteggiamento soggettivo che connota la condotta individuale: nella cd. JCE I (*liability for a common purpose*) è richiesto che tutti i partecipanti all'impresa comune condividano lo stesso intento criminoso; invece, per l'integrazione della terza forma, o «liability based on foresight and voluntary assumption of risk» – la più «debole» e criticata – è ritenuta sufficiente la sussistenza del dolo eventuale¹³⁷. La forma intermedia, o *sistemica*, non sembra discostarsi grandemente dalla prima. La differenza sta nella peculiare manifestazione oggettiva del piano comune: generalmente, si tratta di strutture organizzate, preordinate al maltrattamento o all'uccisione degli internati¹³⁸.

Il primo capo d'accusa che fa esplicita menzione della categoria si avrà solo anni più tardi, con la condanna al *leader* serbo Slobodan Milošević¹³⁹; tuttavia, negli stessi anni, il Tribunale per la *ex* Jugoslavia mostrava di non possedere un orientamento coerente relativamente al tema in oggetto.

¹³⁶ Tadić fu condannato a 25 anni di reclusione, e si vide applicare la terza forma di JCE. Cfr. quanto esposto in A. MARSTON DANNER – J. S. MARTINEZ, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2005, 104.

¹³⁷ Questo, peraltro, può sollevare gravi perplessità se solo si pensi alla compatibilità di questa forma di imputazione rispetto ai crimini connotati da dolo specifico: v. M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, op. cit. La medesima questione, non a caso, ha occupato anche la dottrina britannica: cfr. M. GILES, *Complicity – the Problems of Joint Enterprise*, in *Criminal Law Review*, 1990, 383 e ss.

La terza forma di JCE può ritenersi integrata quando uno o più membri di una JCE I o II commettono crimini che esulano dal piano comune. Si comprende, dunque, come in questo caso l'attribuzione della responsabilità del singolo ruoti interamente attorno all'elemento soggettivo, che rischia spesso di scivolare verso figure di confine, come la *recklessness*, o addirittura la colpa. Questa declinazione della *Joint Criminal Enterprise* è stata avvicinata alla cd. *Pinkerton rule* di matrice statunitense, costruita in maniera del tutto affine. Sul tema – in senso moderatamente critico – v. ad es. A. KREIT, *Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton*, in *American University Law Review*, 2008, 585 e ss.; M. NOFERI, *Towards Attenuation: A «New» Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability*, in *American Journal of Criminal Law*, 2006, 91 e ss. e J. DRESSLER, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, in *Hastings Law Journal*, 1985, 91, (nota 1); più specificamente in una prospettiva di diritto penale internazionale, J. D. OHLIN, *Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, 147 e ss.

¹³⁸ Tra gli altri, v. A. CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., 164 e ss.

¹³⁹ Cfr. A. MARSTON DANNER – J. S. MARTINEZ, *Guilty Associations*, op. cit., 107 e C. KRESS, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, in *GA*, 2006, 306.

Un notissimo esempio è il processo a Milomir Stakić, *ex* presidente del Consiglio della difesa nazionale dei popoli e dell'unità di crisi della Municipalità di Prijedor, nel nord della Repubblica Serba. La *Trial Chamber* combinò la teoria roxiniana del dominio sul fatto e la coautoria, al fine di trovare un'interpretazione soddisfacente del termine «commit» di cui all'art. 7 dello Statuto TPY.

Stakić controllava la burocrazia civile locale, che forniva apporto logistico per coloro che commisero personalmente i crimini contestati: dunque, non poteva neppure dirsi *mastermind* della struttura verticale che comprendeva gli esecutori materiali¹⁴⁰.

La Corte afferma che fare riferimento alla nozione controversa e – per certi versi – superflua di JCE porterebbe a introdurre surrettiziamente un nuovo crimine: l'appartenenza a un'organizzazione criminale. Il concetto di «joint control over the act», al contrario, sarebbe più conforme a ciò che nella maggior parte degli ordinamenti viene inteso come significato di «commissione»¹⁴¹. Inoltre, la Corte stessa nota che, in base all'applicazione della teoria roxiniana del dominio sul fatto – espressamente evocata –, l'imputato sarebbe potuto essere condannato a titolo di coautoria¹⁴².

Questa prospettiva, secondo l'opinione della Camera Preliminare, consentirebbe di dare maggior peso al disvalore oggettivo del contributo, impedendo le indebite soggettivizzazioni cui va inevitabilmente incontro l'applicazione della dottrina della *Joint Criminal Enterprise*¹⁴³.

Tuttavia, la Camera d'Appello negò la possibilità di ascrivere una responsabilità a titolo di coautoria mediata, tornando al modello del *common criminal purpose*, ritenuto più conforme al diritto internazionale consuetudinario¹⁴⁴.

¹⁴⁰ ICTY, *Stakić*, IT-97-24-T, Camera di Prima Istanza, 31 luglio 2003: v. J. D. OHLIN, *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 784.

¹⁴¹ Cfr. ICTY, *Stakić*, cit., 123: «The Trial Chamber is aware that the end result of its definition of co-perpetration approaches that of the aforementioned joint criminal enterprise and even overlaps in part. However, the Trial Chamber opines that this definition is closer to what most legal systems understand as “committing” and avoids the misleading impression that a new crime not foreseen in the Statute of this Tribunal has been introduced through the backdoor». Per una critica affine, sulla base del principio di determinatezza e, soprattutto, di personalità della responsabilità penale, cfr. K. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, in *JICJ*, 2007, 159 e ss.

¹⁴² Cfr. J. D. OHLIN, *Searching for the Hintermann. In Praise of Subjective Theories of Imputation*, in *JICJ*, 2014, 327.

¹⁴³ Così A. M. MAUGERI, *Autoria, coautoria, autoria mediata e responsabilità da comando*, op. cit., 2501.

¹⁴⁴ ICTY, *Stakić*, IT-97-24-A, Camera d'Appello, 22 marzo 2006, 24: «This mode of liability, as defined and applied by the Trial Chamber, does not have support in customary international law or in the settled

Dunque, nell'ambito della responsabilità dei vertici nel diritto penale internazionale, la *Joint Criminal Enterprise* ha giocato un ruolo fondamentale¹⁴⁵: in particolare, ciò è stato valido per l'applicazione della JCE I e III (*basic ed extended form*), mentre la cd. *systemic*, o *concentration camp form* è stata utilizzata principalmente per incriminare i soggetti classificabili come «quadri intermedi»¹⁴⁶.

Numerosi sono stati i tentativi volti a ricondurre la JCE entro il rispetto dei principi fondamentali del diritto penale – in particolar modo, quello della responsabilità personale; è stato sostenuto, ad esempio, che tale modello si confacesse esclusivamente all'imputazione della condotta concorsuale in capo ai vertici del gruppo, partendo dall'assunto che per questi sarebbero meno pressanti le istanze garantistiche sottese al principio in parola¹⁴⁷.

La natura stessa della JCE, il suo porsi come «combinazione spuria di titoli di imputazione tra loro strutturalmente diversi»¹⁴⁸, che tende a equiparare e livellare i contributi e ad esaltare eccessivamente l'atteggiamento soggettivo del singolo – spesso assai lontano dal dolo intenzionale, e più simile alla mera *prevedibilità* dell'evento

jurisprudence of this Tribunal, which is binding on the Trial Chambers. By way of contrast, joint criminal enterprise is a mode of liability which is “firmly established in customary international law” and is routinely applied in the Tribunal’s jurisprudence». Inoltre, sottolinea la Corte, «joint criminal enterprise is the mode of liability under which the Appellant was charged in the Indictment, and to which he responded at trial». Critico sul punto, S. DARCY, *Collective Responsibility and Accountability under International Law*, Leiden, 2007, 247.

Sulla nozione di *customary international law*, in questo specifico contesto, v. G. FLETCHER, *The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law*, in *JICJ*, 2012, 1030: l'Autore interpreta questa locuzione come qualcosa di molto simile ad un'embrionale *Dogmatik*.

¹⁴⁵ Cfr. ICTY, *Karadžić*, IT-95-5/18-PT, atto d'accusa, 19 ottobre 2009: la JCE è qui utilizzata per qualificare la condotta del «key member of an overarching joint criminal enterprise». Per un interessante confronto tra JCE e *indirect perpetration* si rimanda a S. MANACORDA – C. MELONI, *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?*, in *JICJ*, 2011, 159 e ss.

¹⁴⁶ V. E. VAN SLIEDREGT, *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, in *JICJ*, 2007, 187, e S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., 258. Complementarmente, la JCE I descriverebbe un'ipotesi di classica coautoria orizzontale, mentre le altre due declinazioni si attaglierebbero più correttamente ai casi di cd. partecipazione verticale: K. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, in *JICJ*, 2007, 180 e ss. C. FARHANG, *Point of No Return*, op. cit., 137 e ss. (159), nota criticamente che fino alle sentenze *Brđanin* e *Krajišnik* la JCE era utilizzata principalmente come meccanismo di imputazione a titolo di autoria, in base a un'interpretazione più restrittiva; solo in seguito a queste due pronunce l'ambito applicativo viene esteso anche a soggetti portatori di una responsabilità meno pregnante («non JCE-principals»).

¹⁴⁷ In tal senso, A. MARSTON DANNER – J. S. MARTINEZ, *Guilty Associations*, op. cit., 144 e ss.

¹⁴⁸ S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., 258.

criminoso (nella versione *extended*), contribuisce a spiegare la diversa piega presa dal dibattito in seno alla Corte penale internazionale, anche ponendo mente alla diversa disciplina delineata all'art. 25 dello Statuto di Roma.

Infine, è stato opportunamente notato l'elemento di profonda novità apportato dal Trattato istitutivo della Corte penale internazionale. Gli altri Tribunali *ad hoc* – da Norimberga a L'Aia – soffrivano del difetto congenito della limitatezza della giurisdizione, e tendevano ad appoggiarsi sulla prassi giudiziale precedente, anche e soprattutto per una questione di legittimazione. Per contro, l'universalità e l'originalità della giurisdizione creata dallo Statuto di Roma la rendono un *unicum* nel panorama sinora conosciuto: la Corte *può* seguire le tendenze dell'ICTY e dell'ICTR, ma è libera di non farlo, e l'evoluzione della dottrina sulla partecipazione sembra confermare quest'ultima tendenza¹⁴⁹. Ciò emerge con evidenza nel raffronto tra quanto asserito in *Stakić* e le opposte conclusioni che – si vedrà – la Corte trae nel caso *Lubanga*, a proposito dell'accoglimento della dottrina della *co-perpetration* nel diritto internazionale consuetudinario¹⁵⁰.

3.3. *L'accoglimento dell'Organisationsherrschaft da parte della Corte Penale Internazionale*

Il 29 gennaio 2007, la Camera Preliminare I confermò le accuse a carico di Thomas Lubanga Dyilo. Secondo la tesi del *Prosecutor*, Lubanga era *leader* dell'Unione dei Patrioti Congolesi (UPC), nonché comandante del gruppo armato Forze Patriottiche per la Liberazione del Congo (FPLC). I crimini contestati erano quelli del reclutamento e

¹⁴⁹ La riflessione è di H. OLÁSULO, *The Criminal Responsibility of Senior Political*, op. cit., 334, che definisce quanto esposto «*tabula rasa principle*».

¹⁵⁰ La necessaria sinteticità dell'esposizione non permette di dar conto dell'impiego e dell'evoluzione della dottrina della JCE in altri Tribunali penali internazionali e «misti»; si tratta di una categoria tutt'altro che abbandonata per l'imputazione di gravi violazioni dei diritti umani. Cfr. ad esempio A. GIL GIL – E. MACULAN, *Current Trends in the Definition of «Perpetrator» by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga case to the Katanga judgement*, in *Leiden Journal of International Law*, 2015, 352, anche per dei riferimenti bibliografici.

impiego di bambini-soldato, non ancora quindicenni, proprio all'interno del FPLC¹⁵¹.

L'analisi dei requisiti per stabilire la (co)autoria di Lubanga nei crimini contestati, ai sensi dell'art. 25 co. 3 lett. a) dello Statuto, fu cruciale e affrontata estesamente, poiché non sussisteva alcuna prova sul fatto che l'imputato avesse *personalmente* reclutato bambini-soldato¹⁵².

Come già accennato, la Corte si distacca dall'orientamento precedentemente formatosi in seno alla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, enfatizzando la diversa opzione legislativa dello Statuto¹⁵³.

Si precisa, dunque, che la coautoria si riconosce in base al criterio del controllo sul crimine, esercitato non dal singolo, ma dall'intera compagine; inoltre, altro requisito fondamentale è l'*essenzialità* del contributo concorsuale per la realizzazione¹⁵⁴. In un passo breve ma evocativo si mette bene in evidenza l'intreccio tra dominio sull'apparato e accordo comune: «La notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime a pour origine le principe de la division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée. Ainsi, bien qu'aucune de ces personnes ne détiennent le contrôle d'ensemble de l'infraction parce qu'elles dépendent toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle car chacune d'elles pourrait compromettre la commission du crime si elle n'exécutait pas sa tâche»¹⁵⁵.

¹⁵¹ Una breve ricostruzione del caso in K. AMBOS, *Das Erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga). Eine kritische Analyse der Rechtsfragen*, in *ZIS*, 2012, 328.

¹⁵² T. WEIGEND, *Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, in *JICJ*, 2008, 476.

¹⁵³ A questo proposito, non si può non precisare che all'art. 25 co. 3 lett. d) StCPI è in effetti disciplinata una sorta di responsabilità basata sulla teoria della JCE; tuttavia, per il momento, la Corte sembra voler assegnare a questa disposizione un ruolo perlopiù residuale, e sicuramente assai più marginale rispetto a quello già segnalato con riguardo alla prassi dell'ICTY: R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale*, op. cit., 437; T. WEIGEND, *Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration*, op. cit., 478. Si segnala l'opinione contraria di K. J. HELLER, *Lubanga Decision Roundtable: More on Co-Perpetration*, in <http://opiniojuris.org/2012/03/16/lubanga-decision-roundtable-more-on-co-perpetration/>, in cui si sottolinea il diverso requisito soggettivo richiesto per la configurabilità della JCE I (*intent*) e quello previsto all'art. 30 StCPI (*intent or knowledge that the crime will be committed in the ordinary course of events*).

¹⁵⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 1035.

¹⁵⁵ ICC, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Camera Preliminare I, 29 gennaio 2007, 97.

Tuttavia, la CPI non sembra delineare espressamente una nuova e ulteriore forma di *Organisationsherrschaft*: è stato sostenuto che la combinazione tra coautoria e autoria mediata apparirebbe qui piuttosto una coincidenza fattuale, che non impedirebbe in alcun modo la sussunzione della fattispecie nella previsione dell'art. 25 comma 3 lett. a)¹⁵⁶.

Per quanto riguarda la fondazione dogmatica e pratica della teoria del dominio sul fatto, è ancora in *Lubanga* che la Corte pone le basi che verranno poi riprese nella sentenza contro *Katanga* e *Chui*. La Camera Preliminare riprende la classica argomentazione della dottrina tedesca in cui si distingue tra teorie soggettive e oggettive, per approdare, infine, alla soluzione intermedia dell'*Organisationsherrschaft*¹⁵⁷.

La giustificazione per l'applicazione di tale teoria è nella sua accettazione da parte di numerosi ordinamenti nazionali – ribaltando del tutto quanto affermato all'ICTY in *Stakić* –, nonché la considerazione che questo sarebbe l'unico criterio a permettere una chiara distinzione tra autore e partecipe¹⁵⁸.

«La notion de contrôle exercé sur le crime constitue une troisième approche de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, et contrairement à ce que prétend la Défense, elle est appliquée dans de nombreux systèmes juridiques»¹⁵⁹. E ancora: «Ayant écarté les approches objective et subjective de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, la Chambre est d'avis, au même titre que l'Accusation et à la différence de la jurisprudence des tribunaux ad hoc, que le Statut a consacré la troisième approche, qui est fondée sur la notion d'exercice d'un contrôle sur le crime»¹⁶⁰.

La *Trial Chamber* ha confermato nel 2012 la condanna a Lubanga, e in questa

¹⁵⁶ Così, T. WEIGEND, *Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept*, in *JICJ*, 2011, 110, secondo il quale: «Co-perpetrators can contribute in various ways to the commission of the crime, and one contribution can be to provide a human “instrument” under the control of the co-perpetrator».

¹⁵⁷ In una prospettiva teorica, v. anche la proposta di J. SCHLÖSSER, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, Berlin, 2004, 59 e ss., che mira a sostituire l'*Organisationsherrschaft* con la «sua» *soziale Tatherrschaft*.

¹⁵⁸ Ma cfr. le considerazioni di P. J. STEPHENS, *Collective Criminality and Individual Responsibility: the Constraints of Interpretation*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, 539 e ss., sulle motivazioni pratiche sottese alla scelta della Corte.

¹⁵⁹ ICC, *Lubanga*, Camera Preliminare, cit., 94.

¹⁶⁰ ICC, *Lubanga*, Camera Preliminare, cit., 96. Sulla critica all'eccessiva enfaticizzazione del momento soggettivo, v. anche J. LETNAR ČERNIČ, *Shaping the Spiderweb: Towards the Concept of Joint Commission through Another Person under the Rome Statute and Jurisprudence of the International Criminal Court*, in *Criminal Law Forum*, 2011, 548.

occasione il Presidente Fulford ha espresso le sue perplessità in una notissima *separate opinion*¹⁶¹. La critica si appunta principalmente su due questioni: in primo luogo, la teoria del *control over the crime* sarebbe un concetto integralmente trapiantato da una cultura giuridica del tutto diversa – quella tedesca – in cui la distinzione tra autore e complice riveste centrale importanza per le dirette conseguenze sul piano sanzionatorio¹⁶². Il *plain reading* dell'art. 25 non consentirebbe di rinvenire una gerarchia tra forme di partecipazione, ma solo un'elencazione di possibili modalità di attribuzione della responsabilità; inoltre, sempre in base al chiaro dettato normativo dello Statuto, le acrobazie argomentative volte a giustificare la possibilità di ammettere che un individuo abbia potuto *commettere* un crimine, pur essendo lontano dal *locus commissi delicti*, si rivelerebbero inutili, essendo tale ipotesi già pienamente contemplata all'art. 25¹⁶³.

Un'altra critica fondamentale è quella rivolta al concetto di *essenzialità* del contributo: l'accoglimento della teoria del controllo sul fatto comporterebbe intraprendere un ragionamento ipotetico e controfattuale, proprio per stabilire quando la partecipazione possa essere considerata essenziale¹⁶⁴.

La condanna a *Lubanga* è stata recentemente confermata in appello¹⁶⁵. Alle perplessità sul piano metodologico, relative all'applicazione di una teoria sviluppata in un contesto nazionale a crimini sotto la giurisdizione internazionale, si è risposto che non sarebbe corretto affermare che la teoria del *control over the crime* sia stata meramente trapiantata nel diritto penale internazionale. La Corte ritiene di applicare l'art. 25 in base al significato ordinario delle parole; nello svolgimento dell'attività interpretativa, questa può certamente trovare una guida nelle teorie sviluppatesi in altri ordinamenti e giurisdizioni,

¹⁶¹ ICC, *Lubanga*, 01/04-01/06, 14 marzo 2012, Camera di Prima Istanza, *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*.

¹⁶² *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, cit., 7. *Contra*, J. D. OHLIN, *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga and the Control Theory*, in <http://opiniojuris.org/2012/03/15/lubanga-and-the-control-theory-2/>, secondo cui la distinzione tra *principal* e *accessory* è parte ineliminabile del concetto di *fair labelling*. Sul tema, si rimanda anche all'interessante articolo di T. WEIGEND, *Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective*, in *JICJ*, 2014, 253 e ss.

¹⁶³ *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, cit., 5. A. DI MARTINO, *Lubanga e i bambini-soldato*, op. cit., 1036, nota che espressioni come *plain reading*, *plain text*, *plain language*, *clearly*, *self-evidently*, *readily understandable* appaiono con altissima frequenza nella critica di Fulford.

¹⁶⁴ *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, cit., 11 e ss. J. D. OHLIN, *Lubanga Decision Roundtable*, op. cit., concorda con questa obiezione. Va rilevato che Fulford alla fine rigetta la possibilità di applicare la sua versione di coautoria, così come ricavata dal *plain reading* dello Statuto, per questioni attinenti al diritto di difesa dell'imputato, che aveva strutturato la difesa attorno alla teoria roxiniana.

¹⁶⁵ ICC, *Lubanga*, 01/04-01/06 A5, Corte d'Appello, 1 dicembre 2014.

al fine di giungere a un'interpretazione coerente e persuasiva degli istituti¹⁶⁶.

La Corte esamina diffusamente il concetto di dominio sull'organizzazione, utilizzandolo come modello di ascrizione della responsabilità in capo agli accusati, anche nel successivo caso *Katanga e Chui*.

Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui erano due militari congolese, combattenti nel fronte avversario a quello di Lubanga; i due erano rispettivamente a capo del FRPI (Fronte Patriottico per la Resistenza nell'Ituri) e del FNI (Fronte Nazionalista e Integrazionista) e appartenenti a due differenti gruppi etnici stanziati nella regione di Ituri, situata nel nord-est della Repubblica Democratica del Congo. Questi unirono le rispettive truppe nell'azione di sterminio perpetrata nel villaggio di Bogoro; morirono molti civili, e furono commesse atrocità poi qualificate come crimini di guerra e contro l'umanità¹⁶⁷.

La Camera Preliminare percorre qui una via piuttosto insolita, combinando coautoria e *Organisationsherrschaft*. Va evidenziato che, in questo caso, non si tratta di un dominio condiviso sul fatto quale potrebbe essere quello di più soggetti al vertice di un medesimo apparato, ma di due gruppi separati che obbediscono ognuno al proprio *leader*, e che cooperano sulla base di un accordo intercorso tra i due capi¹⁶⁸.

Secondo la difesa di Katanga – la posizione di questo imputato fu poi stralciata, e il processo a suo carico proseguì separatamente – all'art. 25 dello Statuto sarebbero previste sia autoria mediata, sia coautoria, ma disgiuntamente. Così recita, infatti, la disposizione: «[...] jointly with another *or* through another person». La *Pre-Trial Chamber*, interpretando la disgiunzione «*or*» nella sua accezione debole, conferma la possibilità di configurare una responsabilità penale personale sulla realizzazione condivisa di un crimine attraverso l'opera di uno o più soggetti, in accordo con quanto disposto dallo Statuto¹⁶⁹.

È stato osservato che la Corte farebbe qui leva sull'art. 25 comma 3 lett. a) StCPI e sulla teoria roxiniana della partecipazione per descrivere una *quarta* possibile

¹⁶⁶ ICC, *Lubanga*, Appello, cit., 171.

¹⁶⁷ Per una ricostruzione fattuale, T. WEIGEND, *Perpetration through an Organization*, op. cit., 92.

¹⁶⁸ T. WEIGEND, *Perpetration through an Organization*, op. cit., 111.

¹⁶⁹ Cfr. ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Camera Preliminare I, 30 settembre 2008, 165.

manifestazione della nozione di dominio sul fatto: tale forma di autoria potrebbe essere definita *co-perpetration based on joint control of the crime*¹⁷⁰.

Per la verità, il procuratore aveva proposto un capo d'imputazione alternativo, facendo leva sulla partecipazione accessoria (art. 25 comma 3 lett. b) StCPI) o sull'autoria *ex art.* 25 comma 3 lett. a). La Camera Preliminare appoggiò subito la qualificazione di (co)autoria mediata, senza neppure esaminare la seconda alternativa¹⁷¹.

Oltre ad aver preso in esame i classici requisiti del dominio sul fatto (in particolare, rigida struttura gerarchica e potere di comando in capo al vertice), la Corte evidenzia come il vero fulcro della questione, che pone un netto discrimine tra condotte di autoria e partecipazione, sia proprio l'*automatismo* con cui avviene la realizzazione del crimine, la quale risulta garantita dall'esecuzione degli ordini¹⁷².

Va rilevato che, pur rigettando il suggerimento avanzato dal giudice Fulford nella sua *separate opinion*, e apparentemente proseguendo sul medesimo orientamento già manifestato in *Lubanga*, la Corte adotta una prospettiva lievemente differente. Per distinguere l'autore dal complice, infatti, si ritiene centrale la circostanza che la condotta del primo sia *costitutiva* per la realizzazione del crimine; la condotta del complice si porrebbe, invece, come meramente accessoria¹⁷³.

Infine, l'applicazione della teoria roxiniana non viene ricondotta, come in precedenza, al disposto dell'art. 21 dello Statuto, ma si giustifica come regola pratica, operativa, che permette di delineare una distinzione tra *principals* e *accessories*¹⁷⁴.

Anche in questo caso si rileva un'autorevole *minority opinion* del giudice van den Wyngaert, la quale – similmente a Fulford – dissente sulla riconducibilità della disposizione statutaria alla costruzione dottrinale tedesca, negando la possibilità di

¹⁷⁰ Questa la posizione di H. OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility of Senior Political*, op. cit., 265.

¹⁷¹ Peraltro, senza neppure valutare l'ammissibilità della tecnica del capo d'imputazione alternativo: cfr. T. WEIGEND, *Perpetration through an Organization*, op. cit., 92.

¹⁷² Il ragionamento incentrato sull'automatismo della realizzazione dell'evento ricorda, *mutatis mutandis*, la tendenza giurisprudenziale tedesca, così come già tratteggiata nel capitolo III.

Cfr. ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, cit., 175: «The leader's ability to secure this automatic compliance with his orders is the basis for his principal – rather than accessory – liability. The highest authority does not merely order the commission of a crime, but through his control over the organisation, essentially decides whether and how the crime would be committed».

¹⁷³ In senso adesivo a questa soluzione, A. GIL GIL – E. MACULAN, *Current Trends in the Definition of «Perpetrator»*, op. cit., 365 e ss.

¹⁷⁴ ICC, *Katanga*, Camera di Prima Istanza, 01/04-01/07, 21 novembre 2012, 1396.

rinvenire una gerarchia tra i titoli di concorso e qualunque conseguenza sul piano sanzionatorio di un'eventuale qualificazione dell'imputato come autore o come complice¹⁷⁵.

L'ultimo caso in esame riguarda il presidente del Sudan Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Sulla scia delle precedenti decisioni *Lubanga* e *Katanga*, per la prima volta il Procuratore Luis Moreno Ocampo fonda l'imputazione esclusivamente sul concetto di dominio sul fatto; per la prima volta, inoltre, si procede con un mandato d'arresto nei confronti di un capo di Stato ancora in carica¹⁷⁶.

L'accusa è di genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra commessi in Darfur, contro le popolazioni Fur, Masalit e Zaghawa. Il Procuratore ha spiccato il primo mandato d'arresto il 14 luglio 2008, e la Camera Preliminare ha riconosciuto l'esistenza di motivi sufficienti per attribuire all'accusato la responsabilità per i crimini contestati¹⁷⁷.

La Corte menziona la possibilità di un'imputazione a titolo di autore o, alternativamente, di coautore mediato: «There are reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir is criminally responsible as an indirect perpetrator, or as an indirect co-perpetrator»¹⁷⁸. Inoltre, viene posto l'accento sul ruolo di Al Bashir come presidente *de jure* e *de facto* del Sudan e capo delle forze armate; posizione che gli avrebbe permesso di svolgere una funzione essenziale nel coordinamento del disegno criminale e nella sua implementazione¹⁷⁹. A ciò va aggiunto lo stretto controllo esercitato dall'imputato su tutte

¹⁷⁵ Van den Wyngaert si è espressa in tal senso sia in riferimento a *Katanga*, sia per quanto riguarda la posizione di Ngudjolo Chui. Un'estesa e articolata riflessione è in ICC, *Katanga*, 01/04-01/07, 7 marzo 2014, *Minority Opinion of Judge Christine van den Wyngaert*, 150 e ss. In senso parzialmente critico, v. H. VEST, *Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?*, in *JICJ*, 2014, 299 e ss. Cfr. anche A. HERZIG, *Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs*, in *ZIS*, 2013, 190.

¹⁷⁶ V. F. JESSBERGER – J. GENEUSS, *On the Application of a Theory of Indirect Perpetration*, op. cit., 853. In realtà il caso *Al Bashir* pone una serie di complessi interrogativi che vanno oltre i modelli di ascrizione della responsabilità: per una panoramica, cfr. B. BURGHARDT – J. GENEUSS, *Der Präsident und sein Gericht. Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir*, in *ZIS*, 2009, 126 e ss. e H. VAN DER WILT, *The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility*, in *JICJ*, 2009, 307 e ss.

¹⁷⁷ ICC, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Camera Preliminare I, 4 marzo 2009, 3. Tuttavia, le prove riguardanti il crimine di genocidio sono state valutate sufficienti solamente nel secondo mandato d'arresto (v. ICC, *Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Camera Preliminare I, 12 luglio 2010, 8).

¹⁷⁸ ICC, *Warrant of Arrest for Al Bashir*, cit., 7.

¹⁷⁹ ICC, *Warrant of Arrest for Al Bashir*, cit., 7.

le ramificazioni dell'apparato, dalle forze militari e di polizia alla milizia filogovernativa dei *Janjawid*; circostanza in grado di garantire la realizzazione quasi automatica degli eventi criminosi pianificati¹⁸⁰.

Al Bashir non è ancora stato giudicato dalla Corte penale internazionale, nonostante anche recentemente (16 settembre 2015) l'Alta Corte sudafricana abbia a sua volta ordinato il suo arresto, in occasione del soggiorno del presidente in Sudafrica per un *summit* dell'Unione Africana. È a tutt'oggi improbabile che il governo sudanese esegua il mandato d'arresto; il Sudan non è tra i firmatari dello Statuto della Corte e tende a contestarne la giurisdizione; inoltre, Al Bashir è ancora in carica: è stato eccepito che un adempimento del mandato potrebbe aggiungere instabilità in un Paese che già presenta gravi problemi di conflittualità interna¹⁸¹.

Come in altri casi simili, anche qui è stato notato che un'imputazione basata sull'art. 28 StCPI non sembra essere divisibile: tale strumento fonderebbe, infatti, una responsabilità meno pregnante, meno incisiva di quella commissiva, sottesa invece ad una condanna *ex art. 25 comma 3 lett. a) StCPI*¹⁸².

3.4. *La responsabilità del superiore. Brevi note conclusive.*

In tema di responsabilità dei vertici, un breve accenno merita la disciplina della cd. *command responsibility*. Per quanto riguarda quanto disposto nello Statuto di Roma, in base all'art. 28 il superiore gerarchico è responsabile dei crimini commessi dai suoi subordinati quando la realizzazione è il risultato di una sua omissione; quando cioè egli abbia violato il suo dovere di prevenire e/o sanzionare le condotte dei suoi sottoposti¹⁸³.

¹⁸⁰ ICC, *Warrant of Arrest for Al Bashir*, cit., 7.

¹⁸¹ Per alcuni approfondimenti in merito, B. BURGHARDT – J. GENEUSS, *Der Präsident und sein Gericht*, op. cit., 140.

¹⁸² F. JESSBERGER – J. GENEUSS, *On the Application of a Theory of Indirect Perpetration*, op. cit., 865.

¹⁸³ La previsione della responsabilità del superiore è materia controversa: si rimanda, su tutti, all'ampia disamina di A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando*, op. cit., e, più sinteticamente, ID., *La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003, 295 e ss. L'elemento soggettivo richiesto è ampio, fino a comprendere il dolo eventuale e la colpa (l'articolo stabilisce che il superiore «either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes»; cfr. C. MELONI, *Command responsibility. Mode of Liability for the Crimes of*

I presupposti oggettivi per l'applicabilità di tale criterio di imputazione, dunque, sono la sussistenza di un rapporto gerarchico effettivo tra i concorrenti e la posizione di garanzia rivestita dal superiore¹⁸⁴.

Non ci si soffermerà qui a lungo nell'esame di tale tematica; nondimeno, appare interessante svolgere qualche precisazione essenziale su questa ipotesi di responsabilità, che parrebbe potenzialmente sovrapporsi a quella dell'autoria mediata per sfruttamento di un apparato di potere organizzato¹⁸⁵.

In primo luogo, ci si è chiesti se l'art. 28 contenesse una sorta di clausola generale, volta a porre in capo al superiore gerarchico una posizione di garanzia per i reati commessi dai sottoposti: in questo caso, la disposizione consentirebbe di imputare a questo i crimini materialmente commessi dai subordinati – a titolo di concorso omissivo – attraverso la funzione incriminatrice dell'art. 25 dello Statuto¹⁸⁶.

La previsione della possibilità di incriminare il superiore che non abbia sanzionato il sottoposto *dopo* la commissione del crimine, tuttavia, appare un argomento dirimente a favore di coloro che interpretano la disposizione nel senso di ravvisarvi una fattispecie autonoma: la mancata punizione del subordinato, infatti, collocandosi *post patratum crimen*, si situa senza dubbio al di fuori dell'area del concorso¹⁸⁷.

Subordinates or Separate Offence of the Superior?, in *JICJ*, 2007, 619 e ss. Per un'indagine storica nella pur risalente prospettiva di un autorevole *common lawyer*, v. F. BOWES SAYRE, *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, in *Harvard Law Review*, 1930, 689 e ss.

¹⁸⁴ Criteri per la verità interpretati spesso estensivamente dalla giurisprudenza: si pensi al caso *Musema*, in cui il Tribunale Penale per il Ruanda ha qualificato come superiore civile il direttore di una fabbrica di lavorazione del tè per le atrocità commesse dai suoi dipendenti. V. T. WEIGEND, *Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 2004, 1012.

¹⁸⁵ Lamenta l'inevitabile ambiguità della categoria, S. ELDAR, *Holding Organized Crime Leaders Accountable for the Crimes of their Subordinates*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2012, 223. Gli esempi sono innumerevoli: A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando*, op. cit., 605 e ss., riporta il caso dell'opinione dissenziente del giudice Shahabuddeen nel processo *Gacumbitsi*, davanti all'ICTR. Qui è particolarmente evidente la sovrapposizione tra *Organisationsherrschaft* e possibilità di *impedire* l'evento.

Si è rilevato che una linea di discriminazione tra le due figure potrebbe essere rappresentata dalla possibilità del *leader* di assicurare l'esecuzione automatica degli ordini, nel qual caso la sua condotta ricadrebbe pienamente nell'autoria (cfr. D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2011, 258). Un'interessante osservazione a riguardo è contenuta in A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale*, in *Ind. pen.*, 2011, 355 e ss.: si nota, infatti, come la scusabilità della mancata esecuzione dell'ordine illegittimo (art. 33 StCPI), dunque la mancanza di un obbligo giuridicamente rilevante in tal senso, renda assai arduo, se non impossibile, configurare un esecutore materiale del tutto fungibile.

¹⁸⁶ Così – dopo un'ampia indagine sulla responsabilità del superiore nell'evoluzione del diritto internazionale – S. DARCY, *Collective Responsibility and Accountability*, op. cit., 349.

¹⁸⁷ In tal senso, A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando*, op. cit., 170 e ss.; v. anche H. VEST,

Inoltre, se si vuole evitare di piegare l'art. 28 a forme di responsabilità oggettiva, appare indispensabile interpretarlo come un'ipotesi di responsabilità (omissiva) per fatto proprio, per il reato commesso dai subordinati: solo così si eviterebbe di incriminare il superiore per la mera posizione gerarchica rivestita, indipendentemente dall'efficacia del suo contributo sul piano causale o psichico¹⁸⁸.

Pertanto, i concetti delineati agli artt. 25 comma 3 lett. a) e 28 appaiono perlopiù complementari. Difatti, com'è agevole notare, la responsabilità per *indirect perpetration* è di tipo commissivo, mentre con la *command responsibility* si configura a tutti gli effetti una responsabilità omissiva; il contributo classificato come autoria mediata, naturalmente, ha un significato più pregnante nell'economia del crimine perpetrato in concorso, e sembrerebbe dunque consistere in un apporto più incisivo¹⁸⁹.

Come si è visto, appare assai complicato tracciare con mano ferma una linea di sviluppo del tema della compartecipazione nell'ambito della giustizia penale internazionale. La dottrina è sgretolata in una miriade di posizioni differenti. Il *background* culturale e giuridico di ogni interprete non può che incidere sensibilmente sul modo in cui il tema viene trattato; infine, è quasi superfluo notare che i casi giudicati dai Tribunali internazionali si riferiscono a contesti storici e sociali estremamente complessi e lontani dalle aule di giustizia in cui vengono analizzati e decisi¹⁹⁰.

A opinioni quasi entusiaste sul modello applicato dalla Corte¹⁹¹ si contrappongono

Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit, Baden-Baden, 2002, 298 e ss. (l'Autore parla di *Führungsherrschaft*).

¹⁸⁸ Quasi testualmente, A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando*, op. cit., 174 e ss.

¹⁸⁹ A tal proposito, G. KIRK McDONALD – O. SWAAK-GOLDMAN, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, volume I, Den Haag, 2000, 21. A sottolineare la delicatezza e ambiguità della distinzione, va rilevato che spesso si è usata la già menzionata tecnica del capo d'imputazione alternativo; per una critica in merito, v. B. I. BONAFÉ, *Finding a Proper Role for Command Responsibility*, in *JICJ*, 2007, 613. Infine, per un'indagine sulle implicazioni sanzionatorie che conseguono alle varie possibili forme di responsabilità del *leader* in base all'art. 28 StCPI, v. V. NERLICH, *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?*, in *JICJ*, 2007, 665 e ss.

¹⁹⁰ Una delle obiezioni mosse proviene da M. OSIEL, *The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*, in *Columbia Law Review*, 2005, 1751 e ss., che nota giustamente come il requisito della rigida struttura gerarchica debba spesso risolversi in una finzione giuridica, trattandosi più spesso di *network* informali e difficilmente localizzabili.

¹⁹¹ V. N. JAIN, *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*, Oxford, 2014, 150 e ss., anche in ID., *The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, 157 e ss.:

vere e proprie proposte di revisione dello Statuto nel senso dell'accoglimento di un modello unitario¹⁹²; più spesso, tuttavia, i commentatori tendono a riportare le soluzioni giurisprudenziali nell'alveo dei principii di legalità e responsabilità personale, anche suggerendo l'utilizzo di criteri «misti», che diano uguale risalto all'elemento oggettivo e soggettivo della partecipazione¹⁹³.

l'Autrice appoggia senza sostanziali riserve l'utilizzo dell'*Organisationsherrschaft* per i crimini internazionali, sebbene riconosca che questa, così come applicata dalla Corte penale internazionale, si allontana notevolmente dagli assunti di partenza del diritto interno (il riferimento è al diritto tedesco, ma anche a quello inglese).

¹⁹² Questa l'interessante proposta di J. STEWART, *The End of «Modes of Liability» for International Crimes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 165 e ss. L'articolo propone vari riferimenti comparati, non solo al modello italiano e brasiliano, ma anche alla già cennata disciplina tedesca degli illeciti amministrativi (§ 14 OWiG).

¹⁹³ Cfr. ad esempio la proposta di J. D. OHLIN, *Searching for the Hintermann. In Praise of Subjective Theories of Imputation*, in *JICJ*, 2014, 337 e ss., che combina la dottrina della JCE e quella del *control over the crime* in una sorta di approccio «soggettivo-funzionale», battezzato *Joint Intentions Theory*.

CAPITOLO V

UNA PROSPETTIVA DI INTEGRAZIONE.

VERSO UN CONCETTO EUROPEO DI PARTECIPAZIONE NEL REATO

SOMMARIO: 1. I settori di intervento dell'Unione europea in materia di criminalità collettiva. – 2. L'armonizzazione della parte generale. – 3. Verso un concetto europeo di partecipazione nel reato: una proposta.

1. I settori di intervento dell'Unione europea in materia di criminalità collettiva.

Tradizionalmente, com'è noto, il diritto penale è percepito come strettamente legato alla sovranità dello Stato; come strumento teoricamente e praticamente orientato alla sicurezza dell'ordine statale, e solo secondariamente e funzionalmente alla difesa della libertà individuale¹.

Il dibattito sulla crescente pluralità e complessità delle fonti del diritto penale non può evidentemente essere richiamato e ricostruito in questa sede. Ci si concentrerà qui più specificamente sul ruolo vieppiù centrale giocato dall'Unione Europea nel coordinamento e nell'armonizzazione dei diritti nazionali, per cercare di rispondere a uno degli interrogativi fondamentali che sottendono al presente lavoro: è pensabile un'armonizzazione degli istituti di diritto sostanziale a livello europeo? Ed eventualmente: in che misura, e con quali strumenti²? Più nello specifico, l'interesse è volto a immaginare

¹ Tra gli altri, G. CORSTENS – J. PRADEL, *European Criminal Law*, The Hague, 2002, 3 e ss.; P. A. ALBRECHT – S. BRAUM, *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, in *European Law Journal*, 1999, 297, richiamano le teorie di Binding e Von Liszt con specifico riguardo allo sviluppo del diritto dell'Unione.

² La questione è stata affrontata in maniera assai puntuale e articolata in un progetto condotto piuttosto recentemente presso l'Università di Maastricht, sotto la supervisione del Prof. André Klip; i risultati del lavoro sono stati riassunti e raccolti nella pubblicazione di A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen, 2011.

una possibile soluzione che, tenendo conto degli esiti dell'indagine sinora svolta, appaia idonea a disciplinare adeguatamente il fenomeno del concorso di persone, in particolare nel peculiare contesto della criminalità sistemica, o collettiva, su cui ci si è concentrati nel corso del presente lavoro, e che pare di rilevanza centrale nell'ambito del diritto penale europeo.

La discussione relativa allo sviluppo del diritto penale europeo si è finora appuntata in maniera preponderante sul principio di mutuo riconoscimento. Sin dal Trattato di Maastricht, la cooperazione giudiziaria in materia penale si è fondata, in primo luogo, su dialogo e collaborazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, nonché sul reciproco riconoscimento delle sentenze emanate da ogni istanza nazionale e sull'applicazione di norme minime comuni³.

Il Trattato di Lisbona, abbattendo la struttura a pilastri, ha aperto la strada a un nuovo diritto penale⁴; il fragile metodo intergovernativo ha lasciato il posto a una vera e propria competenza penale dell'Unione, delineatasi gradualmente già in passato, ma che il Trattato in questione per la prima volta ha sancito espressamente. Inoltre, alle decisioni prese all'unanimità dal Consiglio si sono sostituite regole in linea di massima più flessibili; il potere d'iniziativa non è più condiviso tra Commissione e Stati membri; il Parlamento ha dismesso il suo ruolo meramente consultivo⁵.

Il percorso che ha condotto all'approvazione del Trattato di Lisbona è stato lungo e tortuoso. L'introduzione dell'intera materia dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e

³ *Ex multis*, H. SATZGER, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe «European Criminal Policy Initiative»*, in *ZIS*, 2009, 691 e ss.

⁴ Per un'accurata ricostruzione del graduale percorso evolutivo del diritto penale europeo, v., tra gli altri, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXI, 2002, 499 e ss. e, per gli importantissimi sviluppi più recenti A. WEYEMBERGH, *Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, in A. WEYEMBERGH – F. GALLI (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*, Bruxelles, 2013, 9 e ss. Recentissimo anche D. BRODOWSKI, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*, in *ZIS*, 2015, 79 e ss.

⁵ Così agli artt. 34 (2) e 39 TUE, da modifiche apportate con il Trattato di Amsterdam. Inoltre, era esclusa la possibile efficacia diretta degli atti specifici del terzo pilastro (posizioni comuni, decisioni-quadro, decisioni e convenzioni), sebbene la Corte avesse esteso l'applicabilità del principio dell'interpretazione conforme anche alle decisioni-quadro con la nota pronuncia *Pupino*. Si rimanda a R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, 537 e ss.

giustizia tra le materie proprie dell'Unione Europea – dunque, comprese le questioni di cooperazione giudiziaria in materia penale e di cooperazione fra le forze di polizia – ha costituito un punto di primaria importanza: sia per il dibattito che ne è scaturito, sia per l'inevitabile evoluzione che ciò ha comportato per il diritto penale europeo e di conseguenza per i diritti penali statuali coinvolti⁶. La direzione auspicata e condivisibile è, naturalmente, quella di assicurare un'efficace cooperazione in quei settori in cui le aspettative dei cittadini europei sono elevate, anche in virtù del forte disvalore delle condotte e dell'allarme sociale che queste suscitano (si pensi alla tratta di esseri umani o al terrorismo)⁷.

Tra le introduzioni più importanti è sicuramente annoverabile la previsione di cui all'art. 83 TFUE, che crea la base giuridica per una legislazione dell'Unione in materia penale⁸, sebbene, ben prima dell'entrata in vigore del Trattato del 2009, la materia fosse già stata ampiamente affrontata e disciplinata, pur se con un *modus procedendi* frammentato e settoriale⁹.

In questo rapidissimo *excursus* non si può, inoltre, tralasciare quanto è stato previsto all'art. 86 TFUE, che formalizza (o «costituzionalizza»¹⁰) l'istituzione di una Procura

⁶ Per le difficoltà richiamate, cfr. S. PEERS, *Finally «Fit for Purpose»? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, 47, che ironicamente nota come l'abbattimento del terzo pilastro sembra essere una missione tanto ardua quanto l'uccisione del leggendario Rasputin. Nondimeno, è stato sottolineato che il percorso era già stato imboccato dalla Corte di Giustizia: E. HERLIN-KARNELL, *Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, 227 e ss.

⁷ V. A. WEYEMBERGH – S. DE BIOLLEY, *Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, in A. WEYEMBERGH – F. GALLI (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*, Bruxelles, 2013, 21. A questo proposito, si ricorda quanto auspicato dal Programma di Stoccolma (2010-2014), che combinava questa esigenza con un approccio più immediatamente «pratico-securitario»: cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea*, in *DPC*, 2011, 3.

⁸ Si tratterebbe, com'è noto, di due differenti basi giuridiche: una relativa alle direttive che stabiliscono regole minime sulla definizione di reati e sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentino una dimensione transnazionale; l'altra, che prevede una competenza dell'Unione allorché l'approssimazione delle legislazioni penali appaia indispensabile ad assicurare un'efficace attuazione di politiche europee in settori già oggetto di misure di armonizzazione: A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law*, op. cit., 15 e ss. (24), e F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica «multilivello»*, in *Arch. pen.*, 2011, 170.

⁹ A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law*, op. cit., 15.

¹⁰ R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in G. GRASSO – G. ILLUMINATI – R. SICURELLA

europea. La disposizione non provvede a *fondare* logicamente una competenza dell'Unione in materia sostanziale; tuttavia, è stata interpretata nel senso di *implicare* logicamente una dinamica di necessaria definizione di norme penali aventi carattere sovranazionale¹¹.

Per quanto riguarda settori più specifici, l'Unione Europea già da anni ha approntato singoli strumenti che puntano a una graduale e parziale armonizzazione, in particolare per quanto riguarda la criminalità collettiva.

Il discorso può qui essere distinto in due ambiti: quello della criminalità organizzata, del terrorismo, della tratta di esseri umani – per così dire, seguendo una categorizzazione cara alla dottrina tedesca, dei sodalizi *rechtsgelöste* – e quello della criminalità economica, o della tutela degli interessi finanziari.

Al Piano d'azione contro la criminalità organizzata del 1997, contenente trenta raccomandazioni relative alle modalità – non solo strettamente giuridiche – con cui affrontare il fenomeno a livello europeo¹², segue l'Azione Comune del 1998, emanata sulla base del Piano d'Azione: questo fu il primo strumento legislativo di carattere sovranazionale volto ad armonizzare le disposizioni statuali in materia di partecipazione a una organizzazione criminale. In primo luogo, viene definita la nozione di organizzazione criminale; segue la richiesta agli Stati membri di impegnarsi a prevedere sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive per alcune condotte specifiche, come la partecipazione all'organizzazione criminale e all'accordo in vista della commissione di reati-scopo¹³.

Un altro passaggio fondamentale in questa prospettiva fu la Convenzione delle Nazioni Unite sul Crimine Organizzato Transnazionale (nota come Convenzione di Palermo, del

– S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Catania, 2013, 11.

¹¹ In tal senso, ad esempio, R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, op. cit., 17. Cfr. anche le riflessioni di V. COMI, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, 6 e ss.

¹² C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Milano, 2007, 92.

¹³ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, op. cit., 93: il modello delineato si porrebbe a cavallo tra il paradigma dell'associazione per delinquere e quello della *conspiracy* anglosassone.

2000). Ai negoziati partecipò anche la Comunità Europea, che la firmò e ne è tuttora parte¹⁴.

Il terzo strumento a fornire una definizione di crimine organizzato fu la Decisione quadro adottata dal Consiglio nel 2008¹⁵: questa si distingue per un livello di specificità maggiore rispetto ai precedenti testi¹⁶; tuttavia, il risultato non sembra essere ambizioso come auspicato dalla proposta della Commissione. La linea compromissoria del *dual approach* – a cavallo tra associazione per delinquere e *conspiracy* – viene mantenuta, e ciò si riflette inevitabilmente nel carattere vago della definizione di crimine organizzato come associazione strutturata¹⁷.

La definizione che viene fornita all'art. 1 punto 2 della Decisione quadro, infatti, è perlopiù modellata in negativo: sono esclusi i gruppi aggregatisi in maniera casuale per la commissione di un singolo crimine; all'altro estremo, invece, si esclude che struttura complessa, gerarchia formale e composizione costante debbano costituire requisiti essenziali¹⁸.

¹⁴ È stato sostenuto che la Convenzione di Palermo avrebbe seguito una linea esegetica fortemente improntata al modello di dogmatica europeo-continentale: A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 171.

¹⁵ La Decisione Quadro fu adottata in seguito di una proposta della Commissione Europea, intervenuta nel 2005. Si suggeriva una revisione dell'Azione Comune, al fine di provvedere a una maggiore armonizzazione di settore, soprattutto avendo riguardo alle regole di diritto penale sostanziale, allo scopo di facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni e la cooperazione giudiziaria e di polizia nei casi di rilevanza transnazionale. Le ragioni di ciò furono più d'una: da un lato, l'allarme mondiale creato dagli attacchi terroristici dell'11 settembre; dall'altro, la necessità di un testo che fosse più coerente con la Convenzione di Palermo, e che seguisse l'esempio della Decisione Quadro del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo, che appariva strutturata in maniera più completa: cfr. F. CALDERONI, *A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2008, 270.

¹⁶ V. MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all'interno dell'Unione Europea*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 38 e ss.

¹⁷ V. MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali*, op. cit., 37, suggerisce che sarebbe stato metodologicamente corretto provvedere alla fissazione di *standard* di tipizzazione in tema di concorso di persone, quantomeno parallelamente alla ricerca di una definizione di associazione per delinquere, proprio per l'intima connessione tra le due questioni. Una proposta in tal senso è contenuta in ID., *La partecipazione all'organizzazione criminale come modello di incriminazione europea*, in V. MILITELLO – B. HUBER (a cura di), *Towards a European criminal law against organised crime. Proposals and summaries of the joint European project to counter organised crime*, Freiburg im Breisgau, 2001, 193 e ss.

¹⁸ La critica è di F. CALDERONI, *A Definition that Could not Work*, op. cit., 271. Inevitabilmente, una definizione vaga di criminalità organizzata non può che ripercuotersi anche sulla connessa e tangente questione del concorso di più persone nel reato. L'approccio prescelto nel 2008 ha svelato le sue

Già nell'ambito del terzo pilastro, inoltre, sono state emanate svariate Decisioni quadro in altri settori connessi, dalla lotta al terrorismo¹⁹ alla tratta di esseri umani²⁰, al traffico di stupefacenti²¹: negli articolati si prevede, con formule perlopiù equivalenti, che gli Stati membri debbano provvedere affinché siano punite le condotte di istigazione e complicità nei reati in oggetto.

Per quanto riguarda il tema della criminalità economica, invece, i tentativi di approssimazione-armonizzazione sono stati ben più rilevanti. Oltre a strumenti simili a quelli già richiamati²², si ricorda, su tutti, il Progetto di *Corpus Juris* – la cui ultima versione è intervenuta nel 2000 –, che aveva lo scopo di elaborare alcuni principii fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nel quadro di uno spazio giudiziario europeo²³. Il testo del *Corpus Juris 2000* appare particolarmente interessante ai fini del presente lavoro, poiché per la prima volta si assiste al tentativo – seppure di natura dottrinale, e mai entrato in vigore²⁴ – di elaborare una disposizione comune che enuclei una disciplina sul concorso di persone nel reato, applicabile a una serie limitata di reati²⁵.

debolezze, al di là del dibattito puramente accademico, tanto da condurre il Parlamento a esortare la Commissione a elaborare una nuova proposta (Risoluzioni del 25 ottobre 2011 e del 23 ottobre 2013).

¹⁹ Decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 e, successivamente, 2008/919/GAI del 28 novembre 2008. Per alcune interessanti riflessioni, sebbene rivolte principalmente alle ripercussioni sull'ordinamento tedesco, si segnala M. ZÖLLER, *Strafrechtliche Verfolgung von Terrorismus und politischem Extremismus unter dem Einfluss des Rechts der Europäischen Union*, in *ZIS*, 2014, 402 e ss.

²⁰ Decisione quadro 2002/629/GAI, cui ha fatto seguito la direttiva 2011/36/UE: v. H. SATZGER – F. ZIMMERMANN – G. LANGHELD, *The Directive on Preventing and Combatting Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy – A Critical Evaluation*, in *EuCLR*, 2013, 107 e ss.

²¹ Decisione quadro 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004.

²² Si pensi, ad esempio, alla Decisione quadro 2000/383/GAI del 29 maggio 2000 sulla tutela penale dell'euro, recentemente sostituita dalla direttiva 2014/62/UE del 15 maggio 2014.

²³ Naturalmente, si vuole qui solo dare rapido conto di alcune delle iniziative più significative nella direzione di armonizzare alcuni settori del diritto penale, pur nella consapevolezza che tali iniziative non siano state esenti da critiche, anche autorevoli, riguardo alle finalità e alle modalità: cfr. ad esempio C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, op. cit., 166, e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale*, op. cit., 15 e ss.

²⁴ 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. e proc. pen.*, 2000, 480, la definisce «fonte virtuale».

²⁵ La disciplina di concorso suggerita dai compilatori del Progetto verrà esaminata appena più avanti; al di là del tema specifico in oggetto, il *Corpus Juris* rappresenta, ad oggi, la forma più avanzata di intervento in materia penale mai prospettata nell'ambito del diritto europeo: M. KAIIFA-GBANDI, *The Development towards Harmonization within Criminal Law in the European Union – A Citizen's Perspective*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 255.

A differenza del *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, nato da un'iniziativa istituzionale comunitaria, di natura esclusivamente dottrinale fu il progetto «Eurodelitti», che si propose di allargare il campo d'azione del *Corpus Juris*, comprendendo l'intero ambito del diritto penale dell'economia²⁶.

Inoltre, l'art. 325 TFUE costituisce oggi una base giuridica di rilevantissima importanza, che fonda la competenza del Consiglio in materia di protezione penale degli interessi finanziari dell'UE²⁷: se si ammette che questa disposizione implichi l'esistenza di una vera e propria competenza autonoma in materia penale, l'uso di regolamenti in quest'ambito sembra aprire la strada non solo all'approssimazione o all'armonizzazione del diritto penale, ma a un vero e proprio diritto penale dell'Unione²⁸.

Dunque, il panorama generale – specialmente a partire dall'ultima decade del secolo scorso – comprende tentativi di approssimazione settoriali, per la verità piuttosto numerosi, soprattutto in materia di criminalità collettiva; il Trattato di Lisbona ha certamente contribuito a innervare il dibattito di nuova linfa, prevedendo una base giuridica per una competenza penale propria dell'Unione, e gettando le fondamenta per l'istituzione di una Procura europea.

2. L'armonizzazione della parte generale.

Si impone preliminarmente un chiarimento terminologico. Gli strumenti adottati

²⁶ Tanto da avere una parte speciale molto più sostanziosa, cui sono dedicati almeno 35 articoli. L. FOFFANI, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea: il progetto «Eurodelitti»*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, 2006, 144 e ss. Né il *Corpus Juris*, né gli *Europa-Delikte*, tuttavia, appaiono finalizzati a un'unificazione penale su scala europea, ma piuttosto a «forme di intenso ravvicinamento dei sistemi penali nazionali»: A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto*, op. cit., 512 e ss.

²⁷ R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 126 e ss.

²⁸ In tal senso, tra gli altri, A. WEYEMBERGH, *Approximation of substantive criminal law*, op. cit., 19; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Baden-Baden, 2012, 46 e ss.; M. HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon. Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009*, in *ZIS*, 2009, 416.

nell'ambito del terzo pilastro – nella presente indagine, perlopiù Decisioni quadro – si ponevano come obiettivo primario quello di *approssimare*, avvicinare le legislazioni degli Stati membri²⁹; tuttavia, inevitabilmente, l'approssimazione ha portato con sé una certa dose di *armonizzazione*, intesa come processo di ri-organizzazione di elementi di divergenza e convergenza caratterizzanti sistemi diversi, in relazione a uno *standard* prefissato, in modo da ridurre o evitare frizioni e conflitti³⁰.

La distinzione tra approssimazione e armonizzazione, per la verità, può risultare spesso inafferrabile, risolvendosi in una questione perlopiù di progressione quantitativa³¹. Nell'ambito della presente ricerca, si utilizzerà il termine *armonizzazione* inteso come tendenza graduale alla creazione di *standard* comuni, al fine di garantire un diritto penale europeo «armonico», attraverso un oculato e consapevole utilizzo del metodo storico e comparato³².

La dottrina, in particolare negli ultimi anni, si è spesso dedicata al tema dell'armonizzazione degli istituti e dei principii della parte generale del diritto penale a livello europeo; tuttavia, innegabilmente, permane una certa diffidenza che impone di trattare il tema con cautela³³.

Le ragioni per negare questa possibilità sono di immediata evidenza, e sono state autorevolmente sostenute. In primo piano, da sempre, la nota mancanza di legittimazione

²⁹ L'«approssimazione» è stata definita come il processo di rendere più simili due sistemi diversi, eliminando alcune delle differenze caratteristiche: F. M. TADIĆ, *How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law*, in A. KLIP – H. VAN DER WILT (a cura di), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, 2002, 9. Sul punto, v. anche F. CALDERONI, *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin, 2010, 2 e ss.

³⁰ F. M. TADIĆ, *How harmonious can harmonisation be?*, op. cit., 16.

³¹ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, 2009, 59.

³² Cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto*, op. cit., 516, e le conclusioni di J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica*, in *Revista Penal*, 2004, 149.

³³ Diffidenza chiaramente non propria ed esclusiva della dottrina italiana, ma che costituisce atteggiamento piuttosto diffuso. V. ad esempio, con riguardo all'esperienza tedesca – relativamente al progetto di *Corpus Juris* – le brevi osservazioni di K. TIEDEMANN, *Einleitung: Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, in *GA*, 1998, 107 e ss. Il contributo è ormai risalente, ma la situazione non appare ad oggi sensibilmente mutata.

Per un'efficace sintesi dei *pro* e *contra* di una codificazione penale europea, cfr. F. VIGANÒ, *Verso una «parte generale europea»?*, in G. GRASSO – G. ILLUMINATI – R. SICURELLA – S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, op. cit., 125 e ss.

democratica delle istituzioni europee, lontane dal cittadino, circostanza che le renderebbe inadeguate a legiferare, in particolar modo in una materia così delicata come quella penale³⁴. L'obiezione può ritenersi decisamente superata con l'avvento del Trattato di Lisbona (non solo per le basi giuridiche che questo fornisce in materia penale, ma anche – in misura non trascurabile – per la nuova attenzione alla questione della rappresentatività e della democraticità delle istituzioni).

Rimangono critici, invece, i profili di perplessità riguardanti l'intrinseco carattere statutale del diritto penale, assieme alla indiscutibile difficoltà di conciliare le divergenze dogmatiche, le quali, d'altra parte, emergono con particolare forza proprio nel tentativo di un approccio comune ad alcuni istituti di parte generale – che sono, infatti, rimasti perlopiù immuni da qualsiasi influsso in tal senso³⁵.

Infine, si potrebbe avanzare un'obiezione di natura eminentemente pratica: perché impiegare risorse ed energie per dedicarsi all'arduo tentativo di sviluppare una parte generale del diritto penale europeo, quando è assai dubbia la rilevanza pratica di tale sforzo, a differenza di quanto potrebbe sostenersi, ad esempio, riguardo alle regole di determinazione concreta o di esecuzione della pena³⁶?

Ci si è chiesti, dunque, quale potesse essere il «valore aggiunto» di una simile scelta armonizzatrice; l'interrogativo relativo ad una possibile maggiore efficacia di un'azione comune in materia penale richiederebbe, tra le altre cose, anche un'ampia analisi criminologica, cui gli studiosi del settore non hanno mancato di dedicarsi³⁷.

³⁴ Sebbene ormai risalente, si veda anche il contributo di A. CADOPPI, *Towards a European Criminal Code?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, 2 e ss., per un'efficace distinzione tra le questioni più propriamente politiche e il versante giuridico del tema.

³⁵ V. H.-H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale*, op. cit., 12.

³⁶ L'obiezione è sollevata da F. VIGANÒ, *Verso una «parte generale europea»?*, op. cit., 127.

³⁷ Un buon esempio recente è costituito da un interessante progetto finanziato dalla Commissione Europea e condotto da vari gruppi di studio europei. Cfr. A. DI NICOLA – P. GOUNEV – M. LEVI – J. RUBIN – B. VETTORI (a cura di), *Study on paving the way for future policy initiatives in the field of fight against organised crime: the effectiveness of specific criminal law measures targeting organised crime*, Final Report, February 2015. Per un'esauriente e completa – pur se non recentissima – analisi sul tema, in una prospettiva eminentemente giuridica, cfr. U. SIEBER, *The future of European criminal law: a new approach to the aims and models of the European criminal law system*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Catania, 2008, 733 e ss.

D'altra parte, l'esigenza di un diritto sovranazionale – si è detto – discende anche e soprattutto dall'estensione di alcuni fenomeni, dalla natura transnazionale di certi tipi di criminalità, che il diritto statale non sembra poter affrontare adeguatamente, e che difatti costituiscono, ad oggi, il cuore del diritto penale europeo³⁸.

A ciò si aggiunge la già nominata «crisi» del diritto penale nazionale in termini di effettività e validità³⁹, e il rinnovato assetto delle fonti, con l'erosione progressiva del classico modello piramidale e gerarchico a favore di una logica reticolare, multilivello, in cui è dato risalto primario al rispetto dei diritti individuali, che necessitano di una protezione adeguata e quanto più uniforme nel territorio europeo⁴⁰.

In tal senso, il Programma di Stoccolma – sebbene su un piano perlopiù politico e simbolico – aveva ben messo in evidenza la relazione tra armonizzazione e tutela dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, inteso nella prospettiva individuale di diritto fondamentale alla sicurezza interna all'Unione⁴¹.

Nondimeno, il processo di approssimazione e la cooperazione già esistente esercitano già un'influenza notevolissima nel diritto degli Stati membri, e il fenomeno non può ormai essere ignorato⁴².

³⁸ M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1809. V. anche C. MYLONOPOULOS, *Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts*, in *ZStW*, 2011, 633 e ss.

³⁹ P. A. ALBRECHT – S. BRAUM, *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, op. cit., 297; cfr. anche le recenti riflessioni di A. SUOMINEN, *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, 388 e ss.

⁴⁰ V. A. BERNARDI, *L'eupeizzazione del diritto*, op. cit., 516.

⁴¹ M. KAIAFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *EuCLR*, 2011, 9 e ss. L'Autrice fa riferimento, in particolare, al Piano d'Azione volto a implementare il Programma di Stoccolma, in cui la Commissione afferma per la prima volta che «[T]he Union must resist tendencies to treat security, justice and fundamental rights in isolation from one another»: COM (2010) 171 def. del 20 aprile 2010. L'auspicio è contenuto in svariate fonti di *soft law*, a partire dal *Libro verde sul riavvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea* – COM (2004) 334 def. del 30 aprile 2004. Cfr. F. ROSSI, *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *DPC*, 2015, 7 e ss.

⁴² S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, 276 e ss., sostiene peraltro che attenersi fino in fondo al principio di *ultima ratio* potrebbe risultare in contrasto con il fondamentale principio dell'effettività del diritto europeo. È stata rilevata e criticata, in particolare, la lacuna di una disciplina di parte generale nel settore regolato dai cd. strumenti PIF – senza dubbio, il settore più avanzato di integrazione europea in ambito penale. Con riferimento specifico alla proposta di direttiva PIF del 2012: L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per*

Così, il vero campo d'applicazione delle singole fattispecie di reato non può che essere definito attraverso le regole di diritto penale sostanziale: risulta immancabilmente incompleta qualsiasi previsione per cui non si possano ricavare tutte le condizioni che indichino i confini esatti della responsabilità individuale. Dunque, per un effettivo e coerente percorso di armonizzazione⁴³, non sarebbe pensabile relegare la definizione degli elementi comuni degli istituti di parte generale a un ruolo marginale⁴⁴.

Ammissa la necessità e l'ineluttabilità del processo appena indicato, si impongono due riflessioni: la prima di carattere metodologico; la seconda relativa alle modalità di intervento.

Quest'ultima questione è assai ampia, ed esula dal tema specifico della presente indagine. Una delle soluzioni prospettate è stata quella di un'armonizzazione settoriale, che rinunci a una visione complessiva e generale – per così dire, «illuministica» – del diritto penale, e si proponga di creare una serie di *micro-codificazioni* valide per ogni ambito di intervento (criminalità economica, organizzata...)⁴⁵.

Un'opzione valida potrebbe essere quella di fornire una risposta graduale e articolata in interventi tra loro complementari. Più nello specifico: prevedere una parte generale limitata solo ad alcuni reati, di dimensione transnazionale, che necessitino di

l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea, in DPC, 2013, 14.

⁴³ D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2014, 588, mette in guardia – con due espressioni notissime e ampiamente riprese – dall'armonizzazione «en trompe l'œil», o «de façade». Sottolinea lo sviluppo logicamente incoerente del diritto penale europeo anche A. KLIP, *Conditions for a European Corpus Juris Criminalis*, in M. FAURE – J. SMITS – H. SCHNEIDER (a cura di), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Maastricht, 2002, 109 e ss.

⁴⁴ In questo senso, R. SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law*, op. cit., 242.

⁴⁵ In tal senso, v. K. TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 7; così anche G. FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in G. GRASSO – G. ILLUMINATI – R. SICURELLA – S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, op. cit., 142 e ss. Lo stesso Autore ammette che la soluzione ha il potenziale pregio di rendere più facile il raggiungimento di compromessi tra le varie opzioni dogmatiche statuali, ma appare di difficile attuazione, poiché abbisognerebbe in ogni caso di un programma di coordinamento generale. Secondo C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1537, la materia del concorso di persone nel diritto penale europeo starebbe assumendo i contorni di un problema di parte speciale, allontanandosi gradatamente dall'esangue dogmatica classica «strutturata sulle figure ipostatizzate e obsolete dell'autore, del complice e dell'istigatore».

tutela a livello europeo⁴⁶; contemporaneamente, adoperarsi per ottenere una certa convergenza e approssimazione delle legislazioni nazionali, e rafforzare i meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia⁴⁷.

Sulla questione metodologica, al contrario, non possono sussistere molti dubbi: il metodo più affidabile non può che essere un serio e consapevole approccio di comparazione sincronica e diacronica, al fine di evidenziare i veri punti di convergenza e somiglianza tra ordinamenti. Un utilizzo accurato della comparazione e dell'analisi storica permetterebbe altresì di superare parzialmente le obiezioni relative alla mancanza di legittimazione di iniziative armonizzatrici di questo genere⁴⁸.

3. Verso un concetto europeo di partecipazione nel reato: una proposta.

L'epilogo del presente lavoro è volto a cogliere gli spunti di riflessione disseminati sinora, sollevati dall'indagine storica e dalla comparazione tra tecniche normative e applicazioni giurisprudenziali, unendoli alle suggestioni fornite dagli esempi di integrazione e dialogo a livello sovranazionale, al fine di formulare una proposta che valorizzi le convergenze e i pregi di ogni soluzione.

La prospettiva che si vuole privilegiare, alla luce di quanto sinora detto, è di tipo pratico-funzionale. Una soluzione praticabile a livello sovranazionale potrà essere difficilmente accettata se modellata su opzioni teoriche – opzioni perlopiù in grado di azionare le inevitabili, potenti dinamiche centrifughe dell'orgoglio nazionale.

La ragione della scelta, naturalmente, non può che emergere dal percorso proposto fino ad ora: nella prassi, il modello differenziato non ha dimostrato di essere in grado di

⁴⁶ A tal proposito, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Models for a System of European Criminal Law: Unification vs. Harmonisation?*, in *NJECL*, 2010, 389, rivolge una critica alla previsione dell'art. 83 TFUE e al criterio-guida dei «serious crimes with a cross border dimension», concludendo che l'ampiezza della locuzione potrebbe portare a una criminalizzazione ipertrofica a livello europeo – anche alla luce di una comparazione con quanto accaduto nel diritto penale federale statunitense.

⁴⁷ In tal senso, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Models for a System of European Criminal Law*, op. cit., 397.

⁴⁸ Così, M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale?*, op. cit., 1815 e ss. e A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto*, op. cit., 516.

arginare un'incontrollata interpretazione estensiva dell'*actus reus* – e, di conseguenza, della nozione di autoria, a scapito delle garanzie fornite dai principi di legalità, responsabilità personale e *fair labelling*.

Nello svolgere il ragionamento che condurrà all'esito della ricerca sembra opportuno, innanzitutto, far riferimento ad alcune proposte sinora avanzate dalla dottrina.

Il primo è più importante esempio è quello fornito dal già citato *Corpus Juris 2000*.

Il Progetto conteneva, all'art. 11, una disciplina della compartecipazione applicabile ai reati inseriti nella parte speciale. La disposizione, rubricata «Responsabilità penale individuale», così recita:

«Chiunque può essere dichiarato responsabile dei reati sopra definiti (artt. 1-8) come autore, istigatore o complice:

- è autore principale del reato colui che realizza i fatti incriminati *individualmente*, in concorso con un'altra persona o con un ente (art. 13) o per mezzo di una persona *innocente*;
- è istigatore del reato colui che consapevolmente provoca una persona fisica o un ente (art. 13) alla realizzazione del fatto di reato;
- è complice del reato colui che consapevolmente *aiuta* una persona fisica o un ente (art. 13) a realizzare il fatto di reato.

Il massimo di pena applicabile al *complice* non supera i tre quarti delle pene previste (art. 14)».

L'art. 11 sembra ricalcare il modello tedesco: la distinzione tra autoria, istigazione e complicità non si riempie di una descrizione delle condotte, che rimane vaga. Il complice è colui che *aiuta*, e a tale condotta è ricollegata una diminuzione obbligatoria di pena.

Curiosamente – e contrariamente a quanto rinvenibile, ad esempio, nella formulazione dell'art. 25 StCPI – tra le condotte di (co)autoria non è stata inserita l'ipotesi del *Täter hinter dem Täter*; ipotesi che non sembrerebbe poter essere ricompresa nemmeno nella fattispecie di istigazione, costruita in senso classico, ovvero avendo a mente la situazione fattuale del rapporto diretto tra istigatore e istigato.

Non altrettanto può dirsi dell'altro Progetto di cui si è fatta menzione, cd. «Euro-delikte», che dedica ben sette articoli (artt. 9-15) alla materia del concorso, prevedendo una serie di ipotesi estremamente dettagliate; la proposta, che in sede di Progetto rimase

sostanzialmente invariata, fu di Klaus Tiedemann⁴⁹.

⁴⁹ Dopo una disposizione dedicata all'affermazione del divieto della responsabilità per fatto altrui, così si presenta la proposta, contenuta in K. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge*, in *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, 1998, 510 e ss.:

«Art. 10: Beteiligung an der Straftat.

1. An der Straftat beteiligt sind der Täter, der Anstifter und der Gehilfe.

2. Beteiligte, die freiwillig verhindern, dass die Straftat vollendet wird, werden straflos. Unterbleibt die Tat ohne Zutun des Beteiligten oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Tat zu verhindern».

«Art. 11: Täterschaft.

1. Als Täter bestraft wird, wer die Tat durch eigenes Verhalten *allein* oder *gemeinschaftlich* mit anderen (Abs. 2) begeht. Täter ist auch, wer sich zur Begehung der Tat eines anderen als *Instrument* bedient (mittelbare Täterschaft, Art. 12). Ferner ist Täter, wer *für fremdes Verhalten*, durch das die Tat ganz oder teilweise begangen wird, *inzustehen hat* (Art. 13), wenn in seiner Person die übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit vorliegen.

2. Mittäter ist, wer die Tat zusammen mit einem anderen Täter aufgrund eines *gemeinsamen Tatentschlusses* begeht.

3. Begründen besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit, so kann Täter nur sein, bei wem diese Merkmale vorliegen oder wer die Funktion ausübt, welche diese Merkmale beschreiben. Vertretungsberechtigte Organe einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft sowie Unternehmensleiter oder Personen mit Entscheidungs- oder Kontrollbefugnissen in einem Unternehmen können als Täter auch dann bestraft werden, wenn die besonderen persönlichen Merkmale nur bei der juristischen Person, der Personengesellschaft oder dem Unternehmen vorliegen und die Organe, Leiter oder Entscheidungs- sowie Kontrollbefugten die Ausübung der Funktionen tatsächlich übernommen haben. Abs. 1 bleibt unberührt».

«Art. 12: Mittelbare Täterschaft.

Das Verhalten eines anderen ist dem Täter zuzurechnen, wenn er dieses Verhalten vorsätzlich veranlaßt und dabei in Ausnutzung des Umstands handelt, daß der andere für die Tat infolge eines Irrtums oder eines nur in seiner Person gegebenen Rechtsfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Schuld minderungsgrundes *nicht* oder *nicht voll verantwortlich* ist».

«Art. 13: Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten.

1. Als Täter bestraft wird auch, wer in den Fällen des Absatzes 2 wegen seiner *Herrschaft* über einen anderen *rechtlich dafür einzustehen hat*, daß ein anderer keine rechtswidrige Tat begeht, sofern er von der Tat des anderen Kenntnis hatte und ihre Begehung bei ordnungsgemäßer Aufsicht hätte verhindern oder wesentlich erschweren können. *Die Strafe ist um ein Viertel zu mindern*.

2. Nach Abs. 1 sind verantwortlich:

a) Mitglieder einer *Regierung*, *Amtsträger* und *Soldaten* für Taten, die von Weisungsabhängigen, Untergebenen oder Befehlsempfängern begangen werden, sofern das Handeln des Untergebenen oder des zu beaufsichtigenden Amtsträgers oder Soldaten die zur Aufsicht gehörenden Geschäfte oder Tätigkeiten betrifft,

b) Inhaber oder Leiter eines *Betriebes* oder *Unternehmens* sowie Personen mit *Entscheidungs-* oder *Kontrollbefugnissen* in einem Betrieb oder Unternehmen für Taten, die von den Untergebenen begangen werden und zum Geschäftsbereich des Betriebes oder Unternehmens gehören.

3. Es steht den Mitgliedstaaten frei, über die Fälle des Absatzes 2 hinaus auch denjenigen zum Täter (durch Unterlassen) zu erklären, der Herrschaft über einen anderen oder Obhut über das Opfer und daher rechtlich dafür einzustehen hat, daß ein anderer nicht den Erfolg einer rechtswidrigen Tat herbeiführt. In diesen Fällen *kann* die Strafe um ein Viertel gemindert werden.

4. [...]».

«Art. 14: Anstiftung und Beihilfe.

1. Anstifter ist, wer einen anderen vorsätzlich zur Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat bestimmt, ohne mittelbarer Täter (Art. 12) oder für fremdes Verhalten verantwortlich (Art. 13) zu sein. Der Anstifter wird wie der Täter bestraft.

Si è qui in presenza di un originale e purissimo *Teilnahmemodell*, impostato rigidamente su una concezione restrittiva di autore. Le condotte sono cesellate avendo grande riguardo al principio di tassatività.

Non sorprende che la proposta sia stata formulata da un giurista tedesco: l'intera disciplina sembra modellata con cura proprio per superare gli inconvenienti – ampiamente rilevabili nell'indagine giurisprudenziale – posti dall'opzione legislativa dello *Strafgesetzbuch*⁵⁰. In particolare, si noti come l'autoria mediata venga ricondotta nell'alveo originario dell'*innocent agency*⁵¹; è all'art. 13 che viene minuziosamente disciplinata e risolta la problematica figura dell'*Hintermann* che agisce per mezzo di un soggetto pienamente responsabile: i possibili ambiti di applicazione sono quelli della criminalità per mezzo di apparati statali e dei crimini perpetrati da imprese e società commerciali⁵².

L'impronta estremamente garantistica, la precisione e la ponderatezza di una soluzione siffatta non possono che essere apprezzate e prese a esempio; tuttavia, appare quantomeno legittimo obiettare sul carattere compromissorio di una simile scelta⁵³. Oltre a quanto già

2. Gehilfe ist, wer einem anderen vorsätzlich durch einen untergeordneten Tatbeitrag Hilfe zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat leistet, ohne Mittäter (Art. 11 Abs. 2) oder für fremdes Verhalten verantwortlich (Art. 13) zu sein. Die Strafe für den Gehilfen ist zu mindern.

3. Auf das Unrecht der Tat bezogene besondere persönliche Merkmale werden dem Anstifter oder Gehilfen zugerechnet, wenn sie in der Person des anderen vorliegen und der Anstifter oder Gehilfe hiervon Kenntnis hat.

4. Versuchte Anstiftung ist strafbar, wenn der Versuch der Straftat, zu der angestiftet werden soll, strafbar ist. Art. 10 Abs. 2 gilt entsprechend.

5. Versuchte Beihilfe ist straflos».

«Art. 15: Verabredung einer Tat.

Verabreden mehrere, als Beteiligte eine Tat zu begehen, und wird die Tat nicht zumindest von einem Beteiligten versucht, so ist die Verabredung nur strafbar, wenn dies ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist». Corsivo mio.

⁵⁰ K. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht*, op. cit., 505, tuttavia, svolge una riflessione ben più ampia a livello comparato, e situa la genesi del modello differenziato nel pensiero giuridico del medioevo italiano.

⁵¹ Sull'*innocent agency* propriamente intesa, in una completa prospettiva di *common law*, si rimanda all'articolo di P. ALLDRIDGE, *The Doctrine of Innocent Agency*, in *Criminal Law Forum*, 1990, 45 e ss.

⁵² Si ricorda, comunque, che il progetto era destinato a trovare applicazione in materia di diritto penale europeo dell'economia.

La specifica previsione dell'art. 13 permetterebbe di superare una delle critiche generalmente rivolte ai *Beteiligungsmodelle*: ovvero, la difficoltà nel pervenire a esiti adeguati in termini di punibilità nel contesto di strutture economiche e organizzative, caratterizzate da un elevato grado di divisione del lavoro e da complesse gerarchie. Cfr. J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law*, op. cit., 189.

⁵³ *Contra*, K. AMBOS, *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible?*

detto, anche la punibilità dell'istigazione non accolta e l'obbligatoria diminuzione di pena per il complice – sulla quale, peraltro, si sono già ripetutamente espresse riserve – lasciano trasparire l'evidentissima volontà di evitare qualsiasi concessione all'*Einheitstäterlösung*⁵⁴. La disciplina che ne risulta potrebbe ragionevolmente condurre a qualche incertezza applicativa da parte di giuristi non familiari con il modello differenziato dello *Strafgesetzbuch*.

Le più recenti proposte avanzate dalla dottrina bilanciano le tendenze sinora descritte, propendendo maggiormente per l'adozione di un modello unitario – e non sembra un caso che gli Autori che hanno recentemente dedicato i loro lavori a questo tema, auspicando un tale esito, siano entrambi austriaci⁵⁵.

A Wolfgang Schöberl va riconosciuto il merito di avere introdotto una riflessione sull'auspicabilità dell'adozione di un modello unitario. La sua ricerca si basa sulla comparazione tra alcuni ordinamenti europei, segnatamente Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia, Norvegia e Islanda.

La soluzione di Schöberl mira a eliminare del tutto – quantomeno in via nominale – la categoria della complicità, sebbene non manchi la possibilità di mitigare discrezionalmente la sanzione nel caso del contributo di minore importanza⁵⁶; inoltre, si

Some Preliminary Reflections, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 182 e ss., che a seguito di una rapida panoramica comparata conclude sostenendo che non possa rinvenirsi un concetto comune di partecipazione in seno all'UE, ma sottolinea come il modello unitario sia in realtà proprio solo di pochi, isolati ordinamenti (Italia, Austria, Danimarca e Norvegia). In realtà, la premessa non appare del tutto condivisibile: l'Autore, pur dando conto delle diverse caratteristiche delle varie opzioni di tecnica normativa, fa riferimento complessivamente al *Beteiligungsmodell* senza distinguere, ad esempio, tra ordinamenti che prevedono una distinzione di trattamento sanzionatorio tra partecipi e quelli che si limitano a distinguere le forme di partecipazione solo su un piano nominale.

⁵⁴ Critico sul punto – pur apprezzando la qualità complessiva della proposta – K. HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, op. cit., 390: alla discussione riguardante la parte generale del Progetto, nota l'Autore, gli unici rappresentanti di ordinamenti che accolgono un modello unitario furono due giuristi italiani (Palazzo e Manacorda); austriaci, danesi e inglesi presero parte unicamente alle discussioni relative alle disposizioni di parte speciale.

⁵⁵ Si è già accennato in precedenza che l'*österreichisches Strafgesetzbuch* accoglie quella che i giuristi austriaci indicano come *funktionale Einheitstäterschaft*: v. cap. II, sez. I, par. 2. Peraltro, come indicato nel capitolo precedente, anche nell'ambito del diritto penale internazionale non sono mancate voci – per quanto isolate – a sostegno di tale soluzione: v. J. STEWART, *The End of «Modes of Liability»*, op. cit., 165 e ss.

⁵⁶ Il testo dell'articolato che l'Autore stesso tratteggia si apre con la seguente disposizione: «Alle an der Straftat Beteiligten sind Täter»: W. SCHÖBERL, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell. Die*

ammette il tentativo di concorso, sebbene solo nell'ipotesi in cui il partecipe tenti di realizzare la fattispecie personalmente, o nel peculiare caso del tentativo di omissione nell'impedire l'esecuzione immediata da parte di un terzo⁵⁷.

La soluzione è espressamente volta a evitare di lasciare aperte spinose questioni di natura dogmatica, che non potrebbero essere adeguatamente affrontate in una discussione a livello europeo. Nonostante si possa parzialmente concordare sul punto, anche questa proposta, come quella esaminata precedentemente, non sembra costituire il frutto di un intento compromissorio, risultando eccessivamente sbilanciata a favore del modello unitario.

Un ampliamento così incontrollato dell'autoria, non accompagnato da specificazioni riguardanti le condotte concretamente punibili sul piano tipico, ma corredato solo da un vago riferimento al contributo di *minore* (non minima!) importanza, svela un approccio poco sensibile al rispetto del principio di responsabilità personale e di tassatività.

Johannes Keiler, pur partendo da simili premesse, approda a esiti decisamente più apprezzabili sul piano delle garanzie individuali.

In primo luogo, condivisibilmente, l'Autore relativizza la centralità e la reale diffusione del *Beteiligungssystem* in prospettiva comparata⁵⁸. L'indagine condotta in merito agli ordinamenti tedesco e olandese rivela infatti inevitabilmente, come già visto, un'espansione del concetto di autoria che travalica ampiamente quanto previsto dal dettato normativo dello *Strafgesetzbuch* e dal *Wetboek van strafrecht*⁵⁹.

Conseguentemente, si afferma che un approccio «misto», che combina concetto sociale e normativo di *actus reus*, è quello che più fedelmente rispecchia il pensiero contemporaneo relativo alle condotte di autoria, in una prospettiva europea⁶⁰.

Un simile punto di partenza, inoltre, recherebbe con sé l'inestimabile vantaggio pratico di adattarsi assai facilmente alle forme complesse di illecito che costituiscono il cuore del

strafrechtliche Beteiligungsregelung in Österreich und den nordischen Ländern, Berlin, 2006, 270.

⁵⁷ W. SCHÖBERL, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell*, op. cit., 270.

⁵⁸ Viene operato anche un riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che secondo Keiler avrebbe «chiaramente adottato un approccio unitario». Tuttavia, il richiamo è al peculiare ambito della *competition law*, e non sembra del tutto pertinente. V. J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 191.

⁵⁹ J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 185.

⁶⁰ J. KEILER, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, op. cit., 508 e ss.

diritto penale europeo (criminalità organizzata, terrorismo, riciclaggio...) ⁶¹.

Assunto ciò, Keiler immagina la possibilità di formulare una disposizione che preveda una figura ampia di autoria, che prenda le distanze dal requisito dell'esecuzione tipica e si fondi, invece, sul concetto di *substantial responsibility*; adottare un tale approccio di tipo normativo equivarrebbe a descrivere in termini più appropriati le caratteristiche della criminalità sistemica contemporanea, in cui *Schlüsselfigur des Geschehens* è il soggetto più lontano dalla realizzazione personale della fattispecie incriminatrice ⁶².

Tale disposizione centrale dovrebbe essere poi corredata da un'ulteriore previsione *autonoma*, che permetta di punire i casi di *minor assistance*, individuati in via residuale ⁶³.

In questa maniera si supererebbe l'annosa questione dell'*actio finium regundorum* tra autoria e complicità, spostando l'attenzione sul più pressante problema della delimitazione dei confini *esterni* della partecipazione ⁶⁴. La disciplina unirebbe così il vantaggio dell'agilità applicativa al rispetto delle garanzie individuali, risultando idonea a descrivere adeguatamente le moderne forme di criminalità sistemica ⁶⁵.

La prospettiva appare interessante, ma non convince del tutto. La configurazione di una *inchoate offence* autonoma sul modello inglese per le condotte di minore assistenza appare un ottimo modo per risolvere la questione del principio del *fair labelling*, sempre centrale in tema di concorso di persone. Nondimeno, si dissente sull'efficacia di tale soluzione nel senso di una agevole delimitazione dei confini *interni* della compartecipazione, dato che la *auxiliary offence* è definita dall'Autore in via meramente residuale, a partire dall'ampio e indeterminato concetto di *substantial responsibility*.

Nel proporre un suggerimento al termine della presente indagine si è pienamente consapevoli della complessità della materia trattata, difficilmente imbrigliabile da

⁶¹ Cfr. J. KEILER, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, op. cit., 508 e ss.

⁶² Ancora, J. KEILER, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, op. cit., 517, anche in J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 196.

⁶³ La peculiarità della proposta attiene soprattutto a questo profilo: la costruzione della figura di *trivial o minor assistance* come *inchoate offence*, sul modello di quanto previsto dal Serious Crime Act del 2007: J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 185, nota 65.

⁶⁴ J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 196.

⁶⁵ J. KEILER, *Towards a European Concept of participation in crime*, op. cit., 196.

disposizioni di parte generale, esposta ciclicamente al sollevarsi del vento delle istanze repressive, articolata in infinite potenziali sfumature fattuali – di cui non si è scelto di esaminare che una parte, quella della criminalità sistemica. Si cercherà, per quanto possibile, di attenersi scrupolosamente agli esiti del percorso storico e di comparazione sincronica, ipotizzando una soluzione che si ponga come equo e bilanciato compromesso tra differenti tradizioni giuridiche, ma anche tra il rispetto delle garanzie individuali della responsabilità personale e del *fair labelling* e l'agilità sul piano della prassi applicativa.

Una via praticabile a livello europeo, dunque, potrebbe essere quella di concepire, in primo luogo, una disposizione centrale in cui si prevedano le figure classiche di compartecipazione, anche eventualmente provvedendo a una definizione: d'altra parte, il fatto che l'autoria sia legata all'esecuzione della condotta tipica sembra costituire uno dei pochi dati comuni alla maggior parte degli ordinamenti europei, nonché l'unico elemento storicamente fondato.

La previsione delle figure classiche di partecipazione potrebbe costituire, inoltre, quantomeno uno stimolo – prima per la pubblica accusa, poi per il giudice – nella direzione di una più corretta individuazione del titolo di responsabilità, nel rispetto del principio di *fair labelling* e, conseguentemente, di un'efficace esplicitazione del principio di difesa.

Non sembra indispensabile, invece, collegare all'autoria una misura necessariamente maggiore di responsabilità⁶⁶ – proprio come si dissente fermamente dall'opportunità di prevedere una diminuzione di pena obbligatoria per il complice, fonte di innumerevoli ostacoli pratici negli ordinamenti in cui tale ipotesi è prevista.

⁶⁶ J. VOGEL, *How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models*, in *Cahiers de Défense Sociale*, 2002, 166 e ss., scrive che la questione della criminalità sistemica ha «espanso», ma non «diluito» la responsabilità penale, mostrandosi a favore di una prospettiva normativa e non naturalistica per il timore dell'impunità dei soggetti apicali, che hanno il potere di rappresentanza, decisione e controllo. Per questo motivo, conclude, questi individui «*are material authors and should be made responsible*». Non si condivide il passaggio logico in base al quale solo una qualificazione a titolo di autoria potrebbe soddisfare l'esigenza di sanzionare adeguatamente le condotte dei soggetti di vertice. Ciò può avere a che fare, al limite, con esigenze simboliche, ma non è necessariamente in connessione con alcuna questione relativa alla punibilità. Un marchio rimprovero, del resto, può ben essere mantenuto e comunicato attraverso la motivazione della sentenza, evidenziando il ruolo dell'individuo e la sua qualità di *mastermind* – separando, dunque, la qualifica tecnica dal messaggio stigmatizzante: in tal senso, cfr. A. GIL GIL – E. MACULAN, *Current Trends in the Definition of «Perpetrator»*, op. cit., 371.

A questo proposito, un adeguato corredo di circostanze aggravanti e attenuanti sembra costituire lo strumento più pratico al fine di dosare con precisione la rilevanza di ogni singolo contributo⁶⁷.

La critica spesso rivolta al modello unitario è quella dell'eccessivo spostamento del *focus* sul piano della commisurazione della sanzione, come se questo comportasse una totale delega in bianco consegnata all'arbitrio giudiziale. Delle fattispecie circostanziali basate sulla condotta effettivamente tenuta, sulla sua efficacia e incisività rispetto all'evento, ma anche sulla rilevanza funzionale del ruolo all'interno del fatto collettivo – dunque, fattispecie modellabili anche tenendo conto delle peculiarità del fenomeno della criminalità «di sistema», nelle sue varie forme – potrebbero rappresentare un ausilio diretto per il giudice, assai più incisivo e concreto rispetto a dei semplici indici di commisurazione in senso stretto, e fornito di un coefficiente di tipicità decisamente più elevato, ma al tempo stesso più flessibile di quanto non consentirebbe una previsione sul piano della stretta tipicità. Alla disciplina circostanziale potrebbe altresì essere delegato il ruolo di fornire delle specificazioni rispetto alla fase in cui il contributo viene prestato (esecutiva o preparatoria).

Infine, sembra opportuno svolgere un'ultima riflessione sulla peculiarità delle ipotesi di concorso che costituiscono l'oggetto del presente lavoro. Come si è già notato in precedenza, una delle maggiori difficoltà consiste nel riuscire a tracciare una solida linea di demarcazione tra la responsabilità per i reati-fine e la connessa, ma autonoma, responsabilità associativa. La questione appare ancora più articolata e complessa considerando che sono state spesso immaginate e auspiccate modalità di attribuzione della responsabilità concorsuale che si innestano e dipartono dalla dimensione collettiva dell'organizzazione.

⁶⁷ In particolare, sul carattere angusto della nozione formale di autore, e sulla necessità del legislatore di provvedere a un'opportuna descrizione delle condotte connotate da maggior disvalore attraverso la previsione di circostanze, nell'ambito del diritto penale internazionale cfr. A. M. MAUGERI, *Autoria, coautoria, autoria mediata e responsabilità da comando*, op. cit., 2497; sull'inquadramento delle ipotesi di *leadership* mediante tale strumento, in una prospettiva di riforma della disciplina italiana, G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988 (agg. 2000), 92.

Le posizioni sul tema sono varie. All'estremo si pone la teorizzazione di Lampe, che riprende l'istituto della dichiarazione di criminosità delle organizzazioni, così come applicato a Norimberga, e propone la notissima distinzione tra *Systemunrecht* e *Unrechtssystem*, orientandosi a una forma di responsabilità di tipo collettivo⁶⁸.

Una diversa prospettiva (Klaus Marxen) ritiene di valorizzare le peculiarità del crimine plurisoggettivo – soprattutto nell'ambito del diritto penale internazionale –, collegando la commissione del singolo reato all'appartenenza a una struttura organizzata. Lo schema di imputazione si compone di tre elementi, concatenati da due relazioni: il singolo e la sua condotta sono ricondotti alla dimensione collettiva della compagine criminosa, sulla base del criterio dell'appartenenza; il gruppo – in cui l'individuo è pressoché annichilito – realizza la fattispecie di reato. Solo in questo modo sarebbe possibile imputare il risultato collettivo al singolo, senza la necessità di provare direttamente l'efficacia causale del contributo rispetto all'evento⁶⁹.

Non sembra superfluo sottolineare, ancora una volta, l'importanza di un'incriminazione che si ponga sul piano strettamente individuale, e che rifugga dalle tendenze volte alla collettivizzazione⁷⁰; ciò, anche al fine di evitare indebite sovrapposizioni con i delitti di partecipazione alle fattispecie associative⁷¹.

⁶⁸ E.-J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, 683 e ss. Per un commento, cfr. G. JAKOBS, *Beteiligung*, in *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, 561 e ss. Critici, S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., 213 e ss. e H. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, op. cit., 320 e ss.

⁶⁹ K. MARXEN, *Beteiligung an schwerem systematischen Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre*, in K. LUDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, op. cit., 231 e ss.

⁷⁰ R. WENIN, *La responsabilità individuale nel diritto penale internazionale*, in G. FORNASARI – R. WENIN (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi. Merano 26-27 ottobre 2007*, Trento, 2009, 149 e ss.

⁷¹ Per questo motivo non sembra potersi condividere, ad esempio, la proposta di S. ELДАР, *Punishing Organized Crime Leaders for the Crimes of their Subordinates*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2010, 183 e ss., che sottolinea che la maggiore responsabilità del soggetto apicale derivi non dal più elevato disvalore della sua condotta, ma dalla circostanza che a questo sarebbero imputabili un maggior numero di crimini: una simile impostazione rischia di rendere del tutto indistinguibili i confini tra imputazione a titolo di concorso e partecipazione a un'associazione, in un gran numero di casi. In questo senso, anche le conclusioni di S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., 287 e ss., che auspica l'introduzione di fattispecie associative anche nel diritto penale internazionale, in modo da non dover assistere a forzate estensioni delle regole concorsuali. Cfr. altresì l'interessante contributo di M. CANCIO MELIÀ, *The Wrongfulness of Crimes of Unlawful Association*, in *New Criminal Law Review*, 2008, 581 e ss.

La questione appena sollevata, in realtà, permette di fare chiarezza su un ulteriore, fondamentale profilo, che viene a più voci reiterato quasi a mo' di *denia*, sulla *perdurante incapacità delle norme sul concorso di regolare efficacemente i casi di illeciti «di sistema»*. La considerazione è evidentemente corretta e decisamente impossibile da smentire; inoltre, evidentemente, in una proposta a livello europeo la questione della criminalità di sistema non può che risultare di primissimo piano, dato che l'eventuale disciplina comune o armonizzata dovrà non di rado applicarsi a ipotesi simili.

Tuttavia, si precisa che una qualsiasi disciplina della compartecipazione che si proponga come *specificamente* pensata per la criminalità sistemica – sulla base dell'inefficacia delle norme classiche nel regolare le ipotesi di criminalità concorsuale «tradizionale» –, se a tutta prima potrebbe offrire delle rassicurazioni, nel senso di garantire una più corretta descrizione della fattispecie concreta, d'altra parte si esporrebbe almeno a tre serie obiezioni.

In primo luogo, rischierebbero di ripercuotersi sulla disciplina del concorso – già di per sé oscura e complessa – le incertezze che già caratterizzano la definizione di organizzazione, di criminalità organizzata, o di fattispecie associativa⁷².

Inoltre, ci si potrebbe chiedere su quali presupposti concepire eventualmente una soluzione siffatta. Se potrebbe apparire problematico accostare la criminalità economica e quella organizzata, nella prospettiva in oggetto sembra ancora più arduo individuare linee descrittive coerenti all'interno delle stesse organizzazioni *rechtsgelöste*, che non sempre presentano tratti comuni riguardo alla rigidità delle strutture gerarchiche interne o alla divisione del lavoro.

Infine, si potrebbero altresì avanzare le obiezioni che generalmente vengono mosse a ogni sistema strutturato nel senso di prevedere doppi binari, regimi differenziati, diritti modulari⁷³: scelte «di lotta», non egualitarie⁷⁴, in cui il «binario» di disciplina viene

⁷² Tra le critiche più note, quella di E. R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, 1999, 63 e ss.

⁷³ V. P. G. MOROSINI, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 393.

⁷⁴ Cfr. le osservazioni di G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive*, op. cit., 3504,

imboccato non a seguito di un accurato accertamento processuale, ma già a partire dal momento dell'imputazione del fatto di reato, provocando un sensibile abbassamento degli *standard* di garanzia.

in particolare sul fenomeno mafioso.

SINTESI E CONCLUSIONI

Al termine della presente indagine, si intende tirare le fila delle riflessioni già svolte ed esposte di volta in volta all'esito dei singoli capitoli, nell'ordine in cui queste sono state proposte, cercando di lasciar emergere il filo conduttore che le lega.

1. L'indagine storica parte da alcune osservazioni relative al delitto di *furtum* in diritto romano. La genesi della distinzione tra autoria e complicità, in quest'ambito – il più fertile e sicuro per condurre una ricerca completa in tema di partecipazione – appare basata su finalità eminentemente pratiche, relative alle azioni esperibili: l'azione reipersecutoria poteva ragionevolmente colpire solo l'autore, che in questo senso era inteso come colui che, con la sua condotta, integrava gli estremi della condotta tipica (*contrectatio*). Dunque, la delimitazione tra le due principali figure non si appunta ancora né su definizioni paragonabili a quelle contemporanee, né su una pretesa necessità di graduazione della responsabilità¹.

Il diritto medievale, talvolta indicato – specialmente dalla dottrina di lingua tedesca – come la culla del modello differenziato, mostra un'inclinazione alla sistematizzazione della materia, a partire dalle fonti romanistiche. Nondimeno, la principale distinzione tra le forme di partecipazione viene fatta correre sul filo della causalità: la figura di colui che *causam delicto dedit*, l'*Ursacher*, non corrisponde esattamente a ciò che oggi definiremmo autore, o *Täter*, corrispondendo a una categoria più ampia del tutto indipendente dalla valutazione di circostanze relative al disvalore del contributo fornito.

Si è dunque proposto un percorso che tenesse conto del diverso sviluppo della materia, avendo riguardo a due differenti linee direttrici: quella dell'attenzione al profilo *definitorio* delle condotte concorsuali, e quella relativa all'elaborazione di *corretti meccanismi di graduazione* della responsabilità.

¹ Anche questo, come già sottolineato, è spiegabile con il sistema di pene fisse vigente nel diritto romano classico. Solo a partire dalla *cognitio extra ordinem* è possibile ravvisare una prima apertura alla possibilità di graduare la sanzione per il partecipe (non necessariamente nel senso dell'attenuazione).

L'evoluzione storica non mostra una progressiva maggior attenzione alla tassatività e alla determinatezza nella definizione degli elementi oggettivi tipici del contributo. Un esempio per tutti: la realtà statutaria degli *iura propria* era costellata di previsioni assai dettagliate, molto più di quanto possa rinvenirsi nei codici penali contemporanei.

Alla progressiva astrazione e concettualizzazione della disciplina della compartecipazione, si è accompagnata – questo sì – una sempre maggiore sensibilità per una corretta graduazione della responsabilità individuale, una crescente attenzione per il *fair labelling*, per un'imputazione che si mantenga strettamente e rigidamente personale, anche all'interno del fatto collettivo.

È solo alle soglie della modernità, a partire dal XVII secolo, che si registra una prima, reale tendenza all'individualizzazione della sanzione, a causa dell'emergere di una nuova sensibilità volta a legare più strettamente la pena all'individuo.

Pertanto, può affermarsi che la storia del pensiero giuridico ci consegna, nell'ordine: una figura di autore indissolubilmente legata all'esecuzione della condotta tipica; una progressiva astrazione sul piano definitorio (dalle dettagliatissime descrizioni statutarie, o dei codici pre-unitari, alle più generali previsioni delle attuali codificazioni); uno sforzo individualizzante sempre maggiore nell'attribuzione della responsabilità; infine, un andamento non lineare della materia, grandemente esposta alle istanze di politica criminale di volta in volta emergenti sul piano storico.

2. Il secondo passaggio argomentativo, dedicato alla comparazione tra l'ordinamento italiano e quello tedesco, è volto a ricercare elementi di convergenza nel trattamento della criminalità sistemica, a partire da due discipline di parte generale apparentemente del tutto divergenti sul piano tipico.

La vaghezza della disposizione di cui all'art. 110 c.p., in cui le forme di partecipazione si fondono indistintamente, e il progressivo allentamento del principio rigidamente causale a essa sotteso, sembrano aver aperto la strada a un atteggiamento giurisprudenziale piuttosto sciatto, in cui il concorso morale diventa un insidioso catalizzatore automatico della responsabilità individuale, consentendo di individuare forme verticistiche di responsabilità.

In Italia la giurisprudenza ha spesso fatto leva sulla connotazione piramidale e verticistica del sodalizio, per rimarcare la pericolosità e facilitare l'accertamento della responsabilità in sede processuale; in Germania a volte si è oltrepassato il confine, e si è applicata la teoria del dominio sul fatto anche a fattispecie concrete cui difficilmente si ataglia la teoria di matrice roxiniana – su cui si è concentrata l'indagine in via principale: sarebbe a dire, anche a casi in cui non sarebbe in alcun modo ravvisabile neppure l'esistenza di un'organizzazione.

Fondare in questo modo una condotta di autoria, in particolare in un sistema poggiato sulla differenziazione dei contributi concorsuali, equivale a basare il titolo della responsabilità su un concetto del tutto aperto, flessibile, dunque incerto. Sin dalle prime formulazioni della teoria lo stesso Roxin, peraltro, valorizzava il carattere concreto e, dunque, adattabile della nozione di *Tatherrschaft*, che permetteva di colorare ogni volta di significati diversi la condotta di autoria.

La comparazione con l'ordinamento tedesco, pertanto, rivela con particolare chiarezza due fondamentali profili: in primo luogo, all'adozione di un modello differenziato «puro» non sembra accompagnarsi un corrispondente recupero in termini di garanzie; in secondo luogo, la previsione di un trattamento sanzionatorio più mite per il complice già sul piano tipico risulta fonte di innumerevoli inconvenienti pratici. La via prescelta da dottrina e giurisprudenza è stata quella di un'interpretazione estensiva, in senso normativo, dell'*actus reus*, che ha espanso incontrollatamente la nozione di autoria, specialmente nell'ambito della criminalità sistemica (lecita e illecita), aggirando quasi completamente il dettato normativo. Ciò è mostrato con evidenza anche dal breve accenno all'esperienza olandese, che ha conosciuto una «normativizzazione» dell'autoria ancora più accentuata, nonostante una disciplina concorsuale di parte generale persino più dettagliata di quella fornita dallo *Strafgesetzbuch*.

3. L'ampio riferimento all'*Organisationsherrschaft* da parte delle Corti sudamericane in tema di gravi violazioni dei diritti umani sembra essere solo parzialmente spiegabile con l'innegabile l'autorevolezza che la dottrina tedesca esercita presso i Paesi ispanofoni: è noto che questa venga spesso utilizzata *ad adiuvandum* nelle argomentazioni giudiziali. D'altra parte, i processi di cui si è trattato hanno riguardato vicende di criminalità

sistemica a grande valenza politica e dall'enorme significato storico: come si è visto, è proprio in questi casi che la costruzione roxiniana gioca il suo ruolo essenziale come meccanismo duttile e valutativo.

4. L'esperienza del diritto penale internazionale – in particolare l'analisi relativa alla giurisprudenza della Corte penale internazionale e allo Statuto di Roma – mostra che, pur in presenza di una disposizione contenente elencazioni dettagliate di condotte concorsuali, la formazione e il *background* di ogni giurista tende a esercitare spinte centrifughe che rendono assai difficile la possibilità di rinvenire un terreno comune di dialogo². Come tratteggiato, nessun modello di disciplina nazionale sembra perfetto: d'altra parte, la maggior parte delle opzioni di tecnica legislativa menzionate nel corso del presente lavoro riceve feroci critiche nell'ordinamento di appartenenza. Tuttavia, inevitabilmente, nel confronto con sistemi diversi emerge un'orgogliosa tendenza ad arroccarsi sulle proprie posizioni. I giuristi tedeschi si mostrano restii ad abbandonare le garanzie apparentemente tutelate dalla distinzione tra autoria e complicità e le complesse ed articolate costruzioni dogmatiche elaborate in dottrina; l'approccio dei *common lawyers* appare certamente più pragmatico, e questo potrebbe paradossalmente costituire una delle cause del successo della dottrina roxiniana, così come rimodellata nel diritto penale internazionale³: il *control over the crime* può definirsi una soluzione *case-oriented*, cui solo recentemente la Corte sta cercando di rinvenire più solidi fondamenti dogmatici⁴.

5. La stessa impronta «nazionalistica» è inevitabilmente presente all'interno del dibattito sull'armonizzazione della parte generale del diritto penale a livello europeo, e soprattutto nelle prime, embrionali riflessioni sulla possibile costruzione di un concetto europeo di partecipazione nel reato.

² A riguardo, per interessanti considerazioni di metodo, v. ad esempio M. DELMAS-MARTY, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, in *JICJ*, 2003, 13 e ss.

³ R. CRYER – A. HUNT, *Principles of criminal liability for collective crimes in common law countries*, in O. DE FROUVILLE (a cura di), *Punir les crimes de masse: Entreprise criminelle commune ou coaction? Actes de la Journée d'études du 14 mai 2010 organisée à l'Hôtel de Paul, Montpellier par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (I.D.E.D.H.)*, 2012, 105, evidenziano la particolare attitudine della teoria roxiniana ad affrontare i casi di criminalità sistemica.

⁴ Sulla perdurante incomprensione tra *civil* e *common lawyers* riguardo al significato di *Dogmatik*, si rimanda al bellissimo articolo di G. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, in *JICJ*, 2011, 179 e ss.

Le soluzioni avanzate dalla dottrina appaiono spesso aprioristicamente sbilanciate e poco attente al profilo compromissorio, che sembra l'unico aspetto in grado di conferire sufficiente legittimazione a qualsiasi proposta che voglia aspirare a un certo grado di condivisione.

Anche tenendo conto delle peculiarità della criminalità transnazionale, sembrerebbe opportuno delineare una soluzione che unisca il pregio dell'agilità applicativa al necessario rispetto dei principii fondamentali che reggono l'imputazione penale: una soluzione di tipo pratico-funzionale, che non si ponga come risposta settoriale alla questione della responsabilità concorsuale nella criminalità di sistema, ma che possa costituire un criterio generale di disciplina della compartecipazione.

La soluzione proposta consiste nel prevedere una disposizione centrale che contenga un'elencazione e una definizione delle tradizionali forme di partecipazione, così da stimolare una più corretta e puntuale contestazione del contributo concorsuale in sede processuale; tuttavia, non necessariamente una qualificazione in termini di autoria o complicità dovrebbe risolversi automaticamente in un'attribuzione maggiore o minore di responsabilità: sembrerebbe più opportuno prevedere un corredo di circostanze aggravanti e attenuanti, al fine di dosare con precisione la rilevanza di ogni singolo contributo.

Delle fattispecie circostanziali basate sulla gravità della condotta effettivamente tenuta, sulla sua efficacia e incisività rispetto all'evento, ma anche sulla rilevanza funzionale del ruolo all'interno del fatto collettivo potrebbero rappresentare un buon bilanciamento: da un lato, prevedendo criteri assai più incisivi e concreti rispetto a dei semplici indici commisurativi; dall'altro, contenendo un coefficiente di tipicità decisamente più elevato, ma al tempo stesso più flessibile di quanto non consentirebbe una previsione sul piano della stretta tipicità.

In questo modo si garantirebbe, in primo luogo, un'attenta caratterizzazione del valore e del peso del contributo concorsuale, dunque il rispetto del principio del *fair labelling* (e conseguentemente, del diritto di difesa) e della necessaria personalità della responsabilità penale.

In secondo luogo, si eviterebbero rigide categorizzazioni e, corrispondentemente, si vedrebbe diminuito il pericolo di cedere a tendenze interpretative eccessivamente estensive dell'*actus reus*, che lasciano ineluttabilmente sfumare qualsiasi possibilità di rinvenire un sicuro criterio per una corretta distinzione di trattamento tra contributi.

Infine, non si determinerebbe – come spesso lamentano e temono i sostenitori del modello differenziato «puro» – un totale spostamento del *focus* sul piano della commisurazione della sanzione, se ciò è inteso nel senso di consegnare una delega in bianco all'arbitrio giudiziale: delle circostanze attentamente calibrate potrebbero, al contrario, costituire un importante ausilio diretto e concreto per il giudice.

BIBLIOGRAFIA

ADAM Roberto – TIZZANO Antonio, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014

ALBANESE Bernardo, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA* 23, 1953, 5

ALBEGGIANI Ferdinando, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 403

ALBRECHT Peter-Alexis – BRAUM Stefan, *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, in *European Law Journal*, 1999, 293

ALEO Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 2005

ALFLEN Pablo Rodrigo, *Dominio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF*, in *ZIS*, 2014, 274

ALICE Gianpaolo, *Correlazione tra accusa e sentenza e atti di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1101

ALLDRIDGE Peter, *The Doctrine of Innocent Agency*, in *Criminal Law Forum*, 1990, 45

AMATI Enrico – CACCAMO Valentina – COSTI Matteo – FRONZA Emanuela – VALLINI Antonio, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2016, in corso di pubblicazione

AMATO Fausto Maria, *Il processo Cusani: profili penal-sostanziali*, in *Foro it.*, 1995, 27

AMATO Giovanna, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra «diritto penale giurisprudenziale» e legalità*, in *DPC*, 2014

AMAYA GARCÍA Victor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid, 1993

AMBOS Kai, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*, in *GA*, 1998, 226

AMBOS Kai, *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 173

AMBOS Kai, *100 Jahre Belings «Lehre vom Verbrechen»: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?*, in *ZIS*, 2006, 464

AMBOS Kai, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, in *JICJ*, 2007, 159

AMBOS Kai (a cura di), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, 2008

AMBOS Kai – MALARINO Ezequiel (a cura di), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia*, Montevideo, 2008

AMBOS Kai, *Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 552

AMBOS Kai, *Sobre la «organización» en el dominio de la organización*, in *InDret*, 2011

AMBOS Kai, *The Fujimori Judgement. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus*, in *JICJ*, 2011, 137

AMBOS Kai, *Das Erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga). Eine kritische Analyse der Rechtsfragen*, in *ZIS*, 2012, 313

AMBOS Kai, *Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann*, in *Revista de Derecho Penal*, 2012, 9

AMBOS Kai – ROMERO DE VASCONCELOS Eneas, *Introduction to the special issue on the Brazilian Mensalão case*, in *ZIS*, 2014, 259

AMELUNG Knut (a cura di), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000

ARENDETT Hannah, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2008

ARGIRÒ Flavio, *La compartecipazione criminosa nello Statuto della Corte penale internazionale*, Roma, 2005

ARGIRÒ Flavio, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole di esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, in *Cass. pen.*, 2008, 1189

BADAR Mohamed Elewa, «*Just Convict Everyone!*» – *Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again*, in *International Criminal Law Review*, 2006, 293

BALZARINI Marco, *In tema di repressione «extra ordinem» del furto nel diritto classico*, in *BIDR* 72, 1969, 205

BASILE Enrico, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità d'impresa (Trib. Firenze, 16 aprile 2012)*, in *Giur. Comm.*, III, 2014, 511

BAUER Anton, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen, 1833

BAUER Anton, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840

BERNARDI Alessandro, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXI, 2002

BERNARDI Alessandro, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea*, in *DPC*, 2011

BERTOROTTA Francesco, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1273

BETTIOL Giuseppe – PETTOELLO MANTOVANI Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986

BIANCHI Manuel, *La «complicità» mediante condotte «quotidiane». Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Ind. pen.*, 2009, 37

BIANCHI Manuel, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013

BINDING Karl, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1902

BLAIOTTA Rocco, *Scientology: una religione al cospetto della legge*, in *Cass. pen.*, 1996, 1426

BLOY René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985

BLOY René, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, in *GA*, 1996, 424

BOCK Dennis, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin, 2006

BOCK Dennis, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage*, in *ZIS*, 2006, 7

BOHLANDER Michael, *Principles of German Criminal Law*, Oxford, 2009

BONAFÉ Beatrice Ilaria, *Finding a Proper Role for Command Responsibility*, in *JICJ*, 2007, 599

BORRELLI Giuseppe, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della «contiguità mafiosa»*, in *Cass. pen.*, 2007, 1074

BORRELLI Giuseppe, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a

cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010

BORSARI Riccardo, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007

BORSARI Riccardo – PROVOLO Debora, *Associazione per delinquere*, in G. FORNASARI – S. RIONDATO (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Torino, 2013, 23

BOWES SAYRE Francis, *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, in *Harvard Law Review*, 1930, 689

BRAMMSEN Joerg – APEL Simon, *Anstiftung oder Täterschaft? «Organisationsherrschaft» in Wirtschaftsunternehmen*, in *ZJS*, 2008, 256

BRASIELLO Ugo, voce *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 561

BRICOLA Franco, *Commento all'art. 25, comma 2 e 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 227

BRODOWSKI Dominik, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*, in *ZIS*, 2015, 79

BUNT (VAN DE) Henk – HUISMAN Wim, *Organizational Crime in the Netherlands*, in *Crime and Justice*, 2007, 217

BURGHARDT Boris – GENEUSS Julia, *Der Präsident und sein Gericht. Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir*, in *ZIS*, 2009, 126

BURI (VON) Maximilian, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860

BURI (VON) Maximilian, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873

BURT Jo-Marie, *Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations*, in *International Journal of Transitional Justice*,

2009, 384

CADOPPI Alberto, *Towards a European Criminal Code?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, 2

CALDERONI Francesco, *A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2008, 265

CALDERONI Francesco, *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin, 2010

CAMAIONI Salvatore, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009

CANCIO MELIÁ Manuel, *The Wrongfulness of Crimes of Unlawful Association*, in *New Criminal Law Review*, 2008, 563

CANZIO Giovanni, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1975*, in *Cass. pen.*, 1996, 1795

CANZIO Giovanni, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine: la responsabilità dei capi di «Cosa nostra» per gli omicidi «eccellenti» ascrivibili all'associazione mafiosa*, in *Foro it.*, 1996, 587

CARD Richard – CROSS Rupert – JONES Philip Asterley, *Criminal Law*, Oxford, 2010

CARO CORIA Dino Carlos, *Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*, in *ZIS*, 2009, 581

CARRARA Francesco, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1860

CASCIONE Cosimo, *Nota minima sulla responsabilità dei «ministri» per «repetundae»*, in *Estudos em Homenagem a Luis Fabiano Corrêa*, São Paulo, 2014, 30

CASSESE Antonio, *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *JICJ*, 2007, 109

CASSESE Antonio, *Eichmann: Is Evil So Banal?*, in *JICJ*, 2009, 645

CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2011

CENTONZE Alessandro, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008

CEREZO MIR José, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, 635

CEREZO MIR José, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, in *ZIS*, 2009, 200

CHARALAMBAKIS Aristoteles, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 625

CIARLA Chiara Maria, *La semplice presenza fisica (se non meramente casuale) rileva ai fini del concorso di persone nel reato*, in *Diritto e Giustizia*, 2010, 362

CLARKE Peter, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford, 2007

COMI Vincenzo, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, 1

CONRAT (COHN) Max, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Berlin, 1880

CONTENTO Gaetano, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, in *Ind. pen.*, 1981, 35

CORDERO Franco, *Procedura penale*, Milano, 2012

CORNACCHIA Luigi, *Il problema della cd. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. CANESTRARI – G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001

CORSTENS Geert – PRADEL Jean, *European Criminal Law*, The Hague, 2002

CORVI Angela, *Regole di esperienza e prova del concorso morale dei vertici dell'associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri sodali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 782

CORVI Angela, *Alla ricerca del «fatto» penalmente rilevante nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 375

CRAMER Peter, *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, 389

CRIVELLARI Giulio, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1889

CRYER Robert – HUNT Adrian, *Principles of criminal liability for collective crimes in common law countries*, in O. DE FROUVILLE (a cura di), *Punir les crimes de masse: Entreprise criminelle commune ou coaction? Actes de la Journée d'études du 14 mai 2010 organisée à l'Hôtel de Paul, Montpellier par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (I.D.E.D.H.)*, 2012, 73

DAHM Georg, *Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*, Breslau, 1927

DARCY Shane, *Collective Responsibility and Accountability under International Law*, Leiden, 2007

DE DOELDER Hans, *Criminal Liability of Corporations: A Dutch Update*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, München, 2008

DE FRANCESCO Gennaro Vittorio, *Sulla necessità della distinzione tra autore e partecipe*

nell'applicazione delle circostanze della minima partecipazione e del numero delle persone, in *Foro pen.*, 1970, 36

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Riflessioni sulla struttura della banda armata, sui suoi rapporti con gli altri reati politici di associazione, e sui limiti alla responsabilità dei componenti la banda per la commissione dei delitti-scopo*, in *Cass. pen.*, 1986, 710

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone nel reato ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1266

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3487

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Profili di una «codificazione» europea dei principi generali della responsabilità penale*, in *Politica del diritto*, 1999, 323

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV. (A. Cadoppi et al.), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328

DE FRANCESCO Giovannangelo, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 389

DE HULLU Jaap, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, 2009

DE MAGLIE Cristina, *Teoria e prassi nei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 924

DE SIMONE Giulio, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *DPC*, 2010

DE SIMONE Giulio, *Il «fatto di connessione» tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 33

DE SIMONE Giulio, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012

DEAN Fabio, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 133

DEL CORSO Stefano, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1985, 622

DELL'ANDRO Renato, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956

DELMAS-MARTY Mireille, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, in *JICJ*, 2003, 13

DENCKER Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996

DETZER Klaus, *Die Problematik der Einheitstäterlösung. Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des OWiG unter Berücksichtigung des italienischen und österreichischen Strafrechts*, Erlangen, 1972

DI MARTINO Alberto, *Täterschaft und Teilnahme im Statut des IStGH und Anpassungsbedarf der italienischen Regelung*, in *ZStW*, 2007, 429

DI MARTINO Alberto, *Concorso di persone*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, II

DI MARTINO Alberto, *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 1027

DONINI Massimo, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 175

DONINI Massimo, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808

DRESSLER Joshua, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, in *Hastings Law Journal*, 1985, 91

DUBBER Markus, *Criminalizing Complicity. A Comparative Analysis*, in *JICJ*, 2007, 977

ELDAR Shachar, *Punishing Organized Crime Leaders for the Crimes of their Subordinates*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2010, 183

ELDAR Shachar, *Holding Organized Crime Leaders Accountable for the Crimes of their Subordinates*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2012, 207

ELTZ Louis Anthony, *Cooperation in Crime. An Historical Conspectus and Commentary*, Washington D. C., 1942

ENGELMANN Woldemar August, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, Leipzig, 1913

ENGERT Florian, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer? Die Wege des österreichischen und deutschen Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2005

FARGNOLI Iole, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006

FARHANG Cliff, *Point of No Return: Joint Criminal Enterprise in Brđanin*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 137

FASSONE Elvio, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in V. GREVI (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993

FERRETTI Paolo, *Alle radici di un diritto penale europeo: da Gaio [D. 47, 2, 55 (54), 4] al Corpus Juris. Alcune considerazioni in materia di complicità*, in *Ann. Univ. Ferrara*, XV (2001), 103

FERRETTI Paolo, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005

FERRI Enrico, *La Scuola Positiva di diritto criminale*, Siena, 1883

FERRINI Contardo, *Diritto penale romano*, Roma, 1976

FEUERBACH Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1812

FIANDACA Giovanni, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola di «cosa nostra»*, in *Foro it.*, 1993, 15

FIANDACA Giovanni, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, 21

FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007

FIORE Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 380

FLETCHER George, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International*, Oxford, 2007

FLETCHER George, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 2010, 1499

FLETCHER George, *New Court, Old Dogmatik*, in *JICJ*, 2011, 179

FLETCHER George, *The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law*, in *JICJ*, 2012, 1029

FLICK Giovanni Maria, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, 2013, 505

FLORE Daniel, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2014

FLORIA HIDALGO Maria Dolores, *La Casuística del Furto en la Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1991

FOFFANI Luigi (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale:*

prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno, Milano, 2006

FORNASARI Gabriele, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993

FORNASARI Gabriele – MENGHINI Antonia, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005

FORNASARI Gabriele – FRONZA Emanuela (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011

GALLAS Wilhelm, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme*, in *Sonderheft der ZStW*, 1957

GALLAS Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968

GALLO Ettore, *Concorso di persone nel reato e reati associativi (Rapporti fra la partecipazione all'associazione criminosa e il concorso nei reati oggetto del programma)*, in *Rass. giust. milit.*, 1983, 1

GALLO Ettore – MUSCO Enzo, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984

GALLO Marcello, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957

GAMBERINI Alessandro, *Responsabilità per reato associativo e concorso nei reati-fine*, in *Foro it.*, 1986, 150

GARCÍA CAVERO Percy, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparados de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 596

GARDNER John, *Complicity and causality*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 127

GARDNER John, *Response, Moore on Complicity and Causation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, 432

GAROFALO Luigi, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008

GIL GIL Alicia – MACULAN Elena, *Current Trends in the Definition of «Perpetrator» by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga case to the Katanga judgement*, in *Leiden Journal of International Law*, 2015, 349

GILES Marianne, *Complicity – the Problems of Joint Enterprise*, in *Criminal Law Review*, 1990, 383

GINSBURGS George – KUDRIAVTSEV Vladimir Nikolaevich, *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht, 1990

GIOFFREDI Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970

GIULIANI BALESTRINO Ubaldo, *L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 650

GIULIANI BALESTRINO Ubaldo, *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 768

GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos, *Models for a System of European Criminal Law: Unification vs. Harmonisation?*, in *NJECL*, 2010, 385

GRANDE Elisabetta, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993

GRASSO Giovanni – SICURELLA Rosaria (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007

GRASSO Giovanni – SICURELLA Rosaria (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Catania, 2008

GRASSO Giovanni – PICOTTI Lorenzo – SICURELLA Rosaria (a cura di), *L'evoluzione del*

diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Milano, 2011

GRASSO Giovanni – ILLUMINATI Giulio – SICURELLA Rosaria – ALLEGREZZA Silvia (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Catania, 2013

GRECO Luís, *Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip*, in *ZIS*, 2011, 9

GRECO Luís – LEITE Alaor, *Die «Rezeption» der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung («Mensalão-Fall», Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)*, in *ZIS*, 2014, 285

GRIMM Jacob – GRIMM Wilhelm, *Deutsches Wörterbuch*, in www.dwb.uni-trier.de/de

GRISPIGNI Filippo, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952

GRITTER Erik, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, Groningen, 2003

GUERRINI Roberto, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997

HAAS Volker, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Berlin, 2008

HAMDORF Kai, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht: ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Freiburg im Breisgau, 2002

HAMDORF Kai, *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime. A Comparison of German and English Law*, in *JICJ*, 2007, 208

HEGER Martin, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon. Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009*, in *ZIS*, 2009, 406

HEINE Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, 1995

HEINE Günter, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. NS- und DDR-Unrecht im Vergleich der Rechtsprechung*, in *JZ*, 2000, 920

HELPER Margareth, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013

HELLER Kevin Jon – DUBBER Markus (a cura di), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2011

HELLER Kevin Jon, *Lubanga Decision Roundtable: More on Co-Perpetration*, in <http://opiniojuris.org/2012/03/16/lubanga-decision-roundtable-more-on-co-perpetration/>

HENNING Peter, *Individual Liability for Conduct by Criminal Organizations in the United States*, in *Wayne Law Review*, 1998, 1305

HERLIN-KARNELL Ester, *Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, 227

HERLITZ Carl Erik, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin*, Uppsala, 1992

HERZBERG Rolf Dietrich, *Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an der Verbrechen seines Machtapparates*, in *ZIS*, 2009, 576

HERZIG Andreas, *Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs*, in *ZIS*, 2013, 189

HOLLÁN Miklós, *Towards more harmonised criminal law in the European Union. International seminar 1-3 September 2003*, Budapest, 2004

HÖRNLE Tatjana, *Commentary to «Complicity and Causality»*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 143

HOYER Andreas, *Kombinationen von Täterschaft und Teilnahme beim Hintermann*, in *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, 379

HRUSCHKA Joachim, *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe*, in *JR*, 1983, 177

HUVELIN Paul, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Roma, 1968 (rist. an. ed. Lyon-Paris, 1915)

IMPALLOMENI Giovan Battista, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900

INSOLERA Gaetano, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986

INSOLERA Gaetano, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988 (agg. 2000), 66

INSOLERA Gaetano, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 440

INSOLERA Gaetano, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 563

ISAACS Tracy, *Collective Moral Responsibility and Collective Intention*, in P. A. FRENCH – H. K. WETTSTEIN (a cura di), *Shared Intentions and Collective Responsibility*, Oxford, 2006, 59

JÄGER Herbert, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Freiburg im Breisgau, 1967

JAIN Neha, *The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, 157

JAIN Neha, *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual*

Modes of Responsibility for Collective Crimes, Oxford, 2014

JAKOBS Günther, *Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, in *GA*, 1994, 1

JAKOBS Günther, *Anmerkung [zu BGH v. 26. 7. 1994 – 5 StR 98/94]*, in *NStZ*, 1995, 26

JAKOBS Günther, *Akzessorietät – Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, in *GA*, 1996, 253

JAKOBS Günther, *Beteiligung*, in *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, 561

JAKOBS Günther, *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 572

JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978

JESSBERGER Florian – GENEUSS Julia, *On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?*, in *JICJ*, 2008, 853

JESSBERGER Florian, *On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity. IG Farben on Trial*, in *JICJ*, 2010, 783

JOHANNSEN Sven Leif Erik, *Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung*, Berlin, 2009

JØRGENSEN Nina, *A Reappraisal of the Abandoned Nuremberg Concept of Criminal Organizations in the Context of Justice in Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 2001, 371

JUNG Heike, *Claus Roxin, Xavier Marias und der Strafgrund der Anstiftung*, in *GA*, 2006, 301

KAIAFA-GBANDI Maria, *The Development towards Harmonization within Criminal Law in the European Union – A Citizen's Perspective*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 239

KAIAFA-GBANDI Maria, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *EuCLR*, 2011, 7

KEILER Johannes, *Actus reus and participation in European Criminal Law*, Antwerpen, 2013

KEILER Johannes – ROEF David, *Comparative concepts of criminal law*, Antwerpen, 2015

KELSEN Hans, *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, in *California Law Review*, 1943, 530

KESSLER Marc, *Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest*, in B. F. KEULEN – G. KNIGGE – H. D. WOLSWIJK (a cura di), *Pet af. Liber Amicorum D. H. De Jong*, Nijmegen, 2007, 201

KEULEN Berend F. – GRITTER Erik, *Corporate Criminal Liability in the Netherlands*, in *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010

KEULEN Berend F. – VELLINGA-SCHOOTSTRA Feikje – VAN DIJK Alwin – LINDENBERG Kai – WOLSWIJK Hein, *Daderschap en deelneming doorgelicht. Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht*, Groningen, 2010

KIENAPFEL Diethelm, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1971

KIENAPFEL Diethelm, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, in H. MÜLLER-DIETZ (a cura di), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln, 1971

KIENAPFEL Diethelm, *Zur Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, in *NJW*, 1983, 2236

KINDHÄUSER Urs, *Zum Begriff der Beihilfe*, in *Festschrift für Harro Otto zum 70.*

Geburtstag am 1. April 2007, Köln, 2007, 355

KIRK McDONALD Gabrielle – SWAAK-GOLDMAN Olivia, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, I, Den Haag, 2000

KITZINGER Friedrich, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. Betrachtungen über ihr Wesen und ihre bisherige Wirksamkeit*, München, 1905

KLIP André, *Conditions for a European Corpus Juris Criminalis*, in M. FAURE – J. SMITS – H. SCHNEIDER (a cura di), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Maastricht, 2002, 109

KLIP André – WILT (VAN DER) Harmen (a cura di), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, 2002

KLIP André, *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen 2011

KÖSTLIN Christian Reinhard, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß*, Tübingen, 1859

KREIT Alex, *Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton*, in *American University Law Review*, 2008, 585

KRESS Claus, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, in *GA*, 2006, 304

KREY Volker, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2, Stuttgart, 2008

KÜPPER Georg, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, in *GA*, 1998, 519

KUTZ Christopher, *Causeless complicity*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 289

LAMPE Ernst-Joachim, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, 683

LATAGLIATA Angelo Raffaele, *voce Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 595

LATAGLIATA Angelo Raffaele, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964

LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm – RISSING-VAN SAAN Ruth – TIEDEMANN Klaus (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2006

LEBIGRE Arlette, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris, 1967

LEIJ (VAN DER) Jan Bastiaan Johannes (a cura di), *Plegen en deelnemen*, Deventer, 2007

LETNAR ČERNIČ Jernej, *Shaping the Spiderweb: Towards the Concept of Joint Commission through Another Person under the Rome Statute and Jurisprudence of the International Criminal Court*, in *Criminal Law Forum*, 2011, 539

LISZT (VON) Franz, in *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, V, Berlin, 1896

LISZT (VON) Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900

LO FORTE Guido, *L'atteggiarsi delle associazioni mafiose sulla base delle esperienze processuali acquisite: la mafia siciliana*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 99, vol. I, sez. I

LONGO Giannetto, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR* 20, 1956, 611

LUBAN David, *State Criminality and the Ambition of International Criminal Law*, in T. ISAACS – R. VERNON (a cura di), *Accountability for Collective Wrongdoing*, New York, 2011, 61

LÜDERSSEN Klaus (a cura di), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Baden-Baden, 1998

MACCORMACK Geoffrey, *Ope consilio furtum factum*, in *TR LI*, 1983, 271

MACULAN Elena, *La responsabilità dei soggetti con poteri di comando e controllo di organizzazioni criminali per gli omicidi commessi dagli aderenti sottoposti*, in *Cass. pen.*, 2010, 1436

MACULAN Elena, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Arch. pen.*, 2011, 1

MAGRI Francesco, *La teorica scientifica della complicità*, Prato, 1896

MAIHOLD Harald, *Zur Geschichte der Verbandsstrafe*, in *Himeji Law Review*, 2005, 361

MAIWALD Manfred, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979

MANACORDA Stefano, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008

MANACORDA Stefano – MELONI Chantal, *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?*, in *JICJ*, 2011, 159

MANTOVANI Ferrando, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *JICJ*, 2003, 26

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1981

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS Elena, *La responsabilità penale dell'imprenditore, dei quadri intermedi e dei subordinati per i reati commessi avvalendosi della struttura organizzata dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 153

MARINUCCI Giorgio, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 445

MARLIE Marcus, *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Baden Baden, 2009

MARONGIU Antonio, voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 564

MARSTON DANNER Allison – MARTINEZ S. Jenny, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2005, 75

MAUGERI Anna Maria, *La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003, 295

MAUGERI Anna Maria, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007

MAUGERI Anna Maria, *Autoria, coautoria, autoria mediata e responsabilità da comando: «actio finium regundorum» alla luce della giurisprudenza della Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2471

MAUGERI Anna Maria, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale*, in *Ind. pen.*, 2011, 253

MAURACH Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954

MEINI Iván, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 – 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema*, in *ZIS*, 2009, 603

MELANDER Sakari, *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, 274

MELILLO Giovanni, *Sulla responsabilità dei singoli componenti della «cupola» di «Cosa nostra» per i delitti decisi dall'organismo di vertice*, in *Cass. pen.*, 2002, 975

MELONI Chantal, *Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?*, in *JICJ*, 2007, 619

MILITELLO Vincenzo, *La partecipazione all'organizzazione criminale come modello di incriminazione europea*, in V. MILITELLO – B. HUBER (a cura di), *Towards a European criminal law against organised crime. Proposals and summaries of the joint European project to counter organised crime*, Freiburg im Breisgau, 2001, 193

MILITELLO Vincenzo, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute*, in *JICJ*, 2007, 941

MILITELLO Vincenzo, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all'interno dell'Unione Europea*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 23

MILLER Dennis, *Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht. Ein Beitrag zur Geschichte und Gegenwart von Einheits- und Differenzierungsmodellen der strafbaren Beteiligung mehrerer Personen*, in M. MAIWALD (a cura di), *Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Frankfurt am Main, 2007

MITSILEGAS Valsamis, *EU Criminal Law*, Oxford, 2009

MOCCIA Sergio, *Autoria mediata e «apparati di potere organizzati»*, in *Arch. pen.*, 1984, 388

MONACO Lucio, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano, 1982

MOORE Michael, *Causing, Aiding, and the Superfluity of Accomplice Liability*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, 395

MOROSINI Pier Giorgio, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 387

MOROZINIS Ioannis, *Dogmatik der Organisationsdelikte: Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Berlin, 2010

MORRIS Herbert, *George Fletcher and Collective Guilt: A Critical Commentary on the 2001 Storrs Lectures*, in *Notre Dame Law Review*, 2003, 731

MORSELLI Elio, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 415

MUÑOZ CONDE Francisco, *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen «nichtrechtsgelöster» Organisationen?*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001

MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?*, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, 31

MUÑOZ CONDE Francisco – OLÁSULO Héctor, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain*, in *JICJ*, 2011, 113

MURMANN Uwe, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in *GA*, 1996, 269

MURMANN Uwe, *Mittelbare Täterschaft. Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB)*, in *JA*, 2008, 321

MYLONOPOULOS Christos, *Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts*, in *ZStW*, 2011, 633

NAUCKE Wolfgang, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1996

NEPPI MODONA Guido – VIOLANTE Luciano, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso*

di lezioni universitarie, Torino, 1978

NERLICH Volker, *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?*, in *JICJ*, 2007, 665

NOFERI Mark, *Towards Attenuation: A «New» Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability*, in *American Journal of Criminal Law*, 2006, 91

NOLLKAEMPER André – WILT (VAN DER) Harmen, *System Criminality in International Law*, Cambridge, 2009

NOTARO Domenico, *Art. 416-bis c.p. e «metodo mafioso», tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1481

OHLIN Jens David, *Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *JICJ*, 2007, 69

OHLIN Jens David, *The Co-Perpetrator Model of Joint Criminal Enterprise*, in *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, 2008, 739

OHLIN Jens David, *Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, 147

OHLIN Jens David, *Joint Criminal Confusion*, in *New Criminal Law Review*, 2009, 406

OHLIN Jens David, *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 771

OHLIN Jens David, *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga and the Control Theory*, in <http://opiniojuris.org/2012/03/15/lubanga-and-the-control-theory-2/>

OHLIN Jens David – SLIEDREGT (VAN) Elies – WEIGEND Thomas, *Assessing the Control Theory*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, 725

OHLIN Jens David, *Searching for the Hintermann. In Praise of Subjective Theories of Imputation*, in *JICJ*, 2014, 325

OLÁSULO Héctor, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, 2009

OSIEL Mark, *The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*, in *Columbia Law Review*, 2005, 1751

OTTO Harro, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates (Mittelbare Täterschaft, Organisationsherrschaft, Tatherrschaft, Gestaltungsherrschaft)*, in *Jura* 2001, 753

PADOVANI Tullio, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973

PADOVANI Tullio, *Il concorso dell'associato nei delitti-scopo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 761

PADOVANI Tullio, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 395

PADOVANI Tullio, *Note sul cd. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 1

PAGLIARO Antonio, *Suggerimenti di metodo sulla riforma del concorso di persone*, in *Criminologia e psicopatologia forense*, 1988, 37

PALAZZO Francesco, *Associazioni illecite e illecito delle associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 418

PALIERO Carlo Enrico, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 466

PALIERO Carlo Enrico, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1516

PAMPALONI Muzio, *La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio)*, in *Studi sopra il delitto di furto*, Torino, 1900

PARIONA ARANA Raúl, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 609

PAVANELLO Elisa, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011

PEDRAZZI Cesare, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952

PEERS Steve, *Finally «Fit for Purpose»? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, 47

PEÑARANDA RAMOS Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990

PEPPE Leo (a cura di), *Persone giuridiche e storia del diritto*, Torino, 2004

PICOTTI Lorenzo, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *DPC*, 2013

PIFFERI Michele, *Generalia delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Milano, 2006

PIFFERI Michele, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Finzioni argomentative e logiche punitive*, in *Historia et ius* [www.historiaetius.eu], 2012, 1

PIKA Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988

PIVA Daniele, *Presenza sul luogo del reato ed effettività del contributo concorsuale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1534

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, *«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El «autor detrás del autor». De la autoría funcional a la responsabilidad penale de las personas jurídicas*, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, 1233

PROVOLO Debora, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2011

PUFENDORF Samuel, *De iure naturae et gentium: libri octo*, Lund, 1672

PUGLIESE Giovanni, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, 1982, 722

QUAGLIONI Diego, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, 49

RADTKE Henning, *Mittelbare Täterschaft trotz Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht*, in *GA*, 2006, 350

RAPISARDA Carmelo, *Nota a Ass. Torino, 26 luglio 1983; Ass. Genova 26 febbraio 1983; Ass. Roma 24 gennaio 1983*, in *Foro it.*, 187

REIN Wilhelm, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1844

RENZIKOWSKI Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997

RISICATO Lucia, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001

RISICATO Lucia, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007

RISICATO Lucia, *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. e proc. pen.*, 2002, 282

ROCCO Alfredo, *Relazione del Guardasigilli sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte I, Roma, 1929

ROGALL Klaus, *Bewältigung von Systemkriminalität*, in C. ROXIN – G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV. Strafrecht und Strafprozeßrecht*, München, 2000, 383

ROMANO Mario – GRASSO Giovanni, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2004-2011

ROMOLI Federico, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica «multilivello»*, in *Arch. pen.*, 2011, 155

RONCO Mauro, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979

RONCO Mauro, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 815

ROSSI Francesco, *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *DPC*, 2015

ROTSCH Thomas, *Individuelle Haftung in Grossunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, 1998

ROTSCH Thomas, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, in *ZStW*, 2000, 518

ROTSCH Thomas, *Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik*, in *ZIS*, 2007, 260

ROTSCH Thomas, *«Einheitstäterschaft» statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre*, Tübingen, 2009

ROTSCH Thomas, *Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus*, in *ZIS*, 2009, 549

ROXIN Claus, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1963, 193

ROXIN Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973

ROXIN Claus, *Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter»*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, 173

ROXIN Claus, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993

ROXIN Claus, *Anmerkung [zu BGH v. 26. 7. 1994 – 5StR 98/94]*, in *JZ*, 1995, 49

ROXIN Claus, *Was ist Beihilfe?*, in *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, 1995, 501

ROXIN Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 7^a ed., 2001

ROXIN Claus, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in *ZIS*, 2006, 293

ROXIN Claus, *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshof in Peru*, in *ZIS*, 2009, 565

RUDOLPHI Hans Joachim, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, 369

SAMMARCO Giorgio, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979

SAMMARCO Giorgio, *Il concetto di autore e partecipe nel reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1009

SÁNCHEZ-OSTIZ Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2008

SATZGER Helmut, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik. Anlass für das Manifest*

der internationalen Wissenschaftlergruppe «European Criminal Policy Initiative», in ZIS, 2009, 691

SATZGER Helmut, *International and European Criminal Law*, Baden-Baden, 2012

SATZGER Helmut – ZIMMERMANN Frank – LANGHELD Georg, *The Directive on Preventing and Combatting Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy – A Critical Evaluation*, in *EuCLR*, 2013, 107

SAVIGNY (VON) Friedrich Carl, *Storia del diritto romano nel medio evo*, Firenze, 1844

SBRICCOLI Mario, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini. 1874-1900*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI, 1987, 105

SBRICCOLI Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009

SCHABAS William, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010

SCHABAS William, *The Contribution of the Eichmann Trial to International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, 667

SCHAFFSTEIN Friedrich, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht insbesondere bei der Beihilfe*, in *Festschrift für R. M. Honig*, Göttingen, 1970

SCHILD Wolfgang, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin, 1994

SCHILD Wolfgang, *Tatherrschaftslehren*, Frankfurt am Main, 2009

SCHLÖSSER Jan, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004

SCHLÖSSER Jan, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, Berlin, 2004

SCHLÖSSER Jan, *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen, Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26. 8. 2003 und Urteil vom 13. 5. 2004*, in *GA*, 2007, 161

SCHMIDT Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1995

SCHMIDHÄUSER Eberhard, *«Tatherrschaft» als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 343

SCHÖBERL Wolfgang, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell. Die strafrechtliche Beteiligungsregelung in Österreich und den nordischen Ländern*, Berlin, 2006

SCHÖNKE Adolf – SCHRÖDER Horst (a cura di), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 1997

SCHROEDER Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin, 1965

SCHROEDER Friedrich-Christian, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis*, in *JR*, 1995

SCHROEDER Friedrich-Christian, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, in *ZIS*, 2009, 569

SCHROEDER Friedrich-Christian, *Vereinigung, Bande, Gruppe & Co. Die organisationsbezogenen Straftatbestände des deutschen Strafgesetzbuchs*, in *ZIS*, 2014, 389

SCHUMANN Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986

SCHÜNEMANN Bernd, *Die Rechtsfigur des «Täters hinter dem Täter» und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen*, in *ZIS*, 2006, 301

SCHWALM Georg, *Zu einigen ungelösten Problemen (Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder selbsttötung)*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, 548

SCIARRONE Rocco, *Complici, soci e alleati. Una ricerca sull'area grigia della mafia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, 63

SEMERARO Pietro, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986

SEMINARA Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987

SERENI Andrea, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000

SERENI Andrea, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008

SIGHELE Scipio, *La teorica positiva della complicità*, Torino, 1894

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica*, in *Revista Penal*, 2004, 138

SINISCALCO Marco, voce *Autore mediato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 443

SLIEDREGT (VAN) Elies, *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, in *JICJ*, 2007, 184

SLIEDREGT (VAN) Elies, *The Curious Case of International Criminal Liability*, in *JICJ*, 2012, 1171

SLIEDREGT (VAN) Elies, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, 2012

SMITH Keith J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, 1991

SOTIS Carlo, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Milano, 2007

SPAGNOLO Giuseppe, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo commessi da altri associati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 42

SPENDEL Günter, *Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur?*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, 147

STEPHENS Pamela J., *Collective Criminality and Individual Responsibility: the Constraints of Interpretation*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, 501

STEWART James, *The End of «Modes of Liability» for International Crimes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 165

STORTONI Luigi, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981

STRATENWERTH Günter, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957

STRATENWERTH Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln, 2000

STÜBEL Christoph Carl, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828

SUOMINEN Annika, *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, 388

THOMAS Joseph Anthony Charles, *Contrectatio, Complicity and Furtum*, in *Iura* 13, 1962, 70

TIEDEMANN Klaus, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 3

TIEDEMANN Klaus, *Einleitung: Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, in *GA*, 1998, 107

TIEDEMANN Klaus, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge*, in *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, 1998, 496

TRIFFTERER Otto – SCHMOLLER Kurt, *Die österreichische Beteiligungslehre. Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?*, Wien, 1983

TRÖNDLE Herbert – FISCHER Thomas (a cura di), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1999

TULUMELLO Giovanni, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 2499

TURONE Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008

URBAN Carolin, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen, 2004

VACCA Letizia, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 1982, 682

VÁSQUEZ RAMÍREZ Walter Fabián, *La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano*, in *Diálogos de Derecho y Política*, 2012

VASSALLI Giuliano, *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, Milano, 1992, 535

VASSALLI Giuliano, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 10

VASSALLI Giuliano, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 121

VELLINGA Wim – VELLINGA-SCHOOTSTRA Feikje, *Eenheid in daderschap?*, in A. HARTEVELD – D. H. DE JONG – E. STAMHUIS (a cura di), *System in ontwikkeling, Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen, 2005, 527

VERVAELE John, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, Padova, 2003, 135

VEST Hans, *Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?*, in *ZStW*, 2001, 457

VEST Hans, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002

VEST Hans, *Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?*, in *JICJ*, 2014, 295

VIEHWEG Theodor, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, 1953

VIGNALE Lucia, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1358

VINCIGUERRA Sergio, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002

VISCONTI Costantino, *Proposte per recidere il nodo mafia-impresе*, in *DPC*, 2014

VISCONTI Costantino, *A Roma una mafia c'è. E si vede... A proposito di Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2015 [dep. 9 giugno 2015], n. 24535, Pres. Agrò, Rel. De Amicis e Cass., sez. VI pen., 10 marzo 2014 [dep. 9 giugno 2015], n. 24536, Pres. Agrò, Rel. Mogini*, in *DPC*, 2015

VOGEL Joachim, *How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models*, in *Cahiers de Défense Sociale*, 2002, 151

VOLK Klaus, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998

VOLK Klaus, *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 563

WAGNER Wienczyslaw J., *Conspiracy in Civil Law Countries*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1951, 171

WEIGEND Thomas, *Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 2004, 999

WEIGEND Thomas, *Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, in *JICJ*, 2008, 471

WEIGEND Thomas, *Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept*, in *JICJ*, 2011, 91

WEIGEND Thomas, *Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective*, in *JICJ*, 2014, 253

WEIBER Bettina, *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

WELP Jürgen, *Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, in *VOR*, 1972, 299

WELZEL Hans, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949

WELZEL Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958

WENIN Roberto, *La responsabilità individuale nel diritto penale internazionale*, in G.

FORNASARI – R. WENIN (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi. Merano 26-27 ottobre 2007*, Trento, 2009, 137

WERLE Gerhardt – BURGHARDT Boris, *Indirect Perpetration: A Perfect Fit for International Prosecution of Armchair Killers?*, in *JICJ*, 2011, 85

WERLE Gerhardt – BURGHARDT Boris, *Claus Roxin on Crimes as Part of Organized Power Structures*, in *JICJ*, 2011, 191

WERLE Gerhardt – BURGHARDT Boris, *The German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) on Indirect Perpetration. Introductory Note*, in *JICJ*, 2011, 207

WESSELS Johannes – BEULKE Werner, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2000

WEYEMBERGH Anne – GALLI Francesca (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*, Bruxelles, 2013

WEYEMBERGH Anne (a cura di), *L'harmonisation des législations. Condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004

WILDA Wilhelm Eduard, *Geschichte des deutschen Strafrechts. Erster Band: Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842

WILLIAMS Glanville, *Complicity, Purpose and the Draft Code – 1*, in *Criminal Law Review*, 1990, 4

WILSON William, *A Rational Scheme of Liability for Participating in Crime*, in *Criminal Law Review*, 2008, 3

WILT (VAN DER) Harmen, *Joint Criminal Enterprise. Possibilities and Limitations*, in *JICJ*, 2007, 91

WILT (VAN DER) Harmen, *The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility*, in *JICJ*, 2009, 307

WILT (VAN DER) Harmen, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some Reflections Sparked off by the Case against the Former Peruvian President Alberto Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 615

WINKEL Laurens, «*Sciens dolo malo*» et «*ope consilio*»: ancêtres des conceptions modernes?, in *Mélanges Felix Wubbe*, 1993, 571

WOENSEL (VAN) Alexandra, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, 1993

WOHLERS Wolfgang, *Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft*, in *ZStW*, 1996, 61

ZACZYK Rainer, *Die «Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate» und der BGH*, in *GA*, 2006, 411

ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999, 63

ZIESCHANG Frank, *Gibt es den Täter hinter dem Täter?*, in *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 505

ZÖLLER Mark, *Strafrechtliche Verfolgung von Terrorismus und politischem Extremismus unter dem Einfluss des Rechts der Europäischen Union*, in *ZIS*, 2014, 402

ZORZI GIUSTINIANI Flavia, *Stretching the Boundaries of Commission Liability. The ICTR Appeal Judgement in Seromba*, in *JICJ*, 2008, 783