

La delicata posizione del giudice tra applicazione del diritto ed imparzialità nel sistema penale tedesco

Il complesso equilibrio del § 339 StGB (Codice penale della RFT) tra potere decisorio del giudice e suoi limiti, a garanzia della fiducia collettiva nel sistema giustizia

07 Aprile 2019

Armin Kapeller

Abstract

Il delitto previsto e punito dal § 339 del Codice penale della RFT è uno dei più abominevoli delitti, sia per la qualifica rivestita dai soggetti attivi, che per le conseguenze di questa Strafthat non soltanto per “l’utente” della giustizia, ma per l’intera comunità in quanto mina alle fondamenta la fiducia che ciascuno di noi dovrebbe (poter) avere nella giustizia e nel “funzionamento” della stessa.

Indice

1. Scopo della norma
2. Soggetti attivi del delitto *de quo*
3. Il concetto di Rechtssache, Leitung und Entscheidung
4. In che cosa consiste la Rechtsbeugung
5. Esempi di Rechtsbeugung
6. Soggetti attivi del delitto di Rechtsbeugung diversi dal giudice
7. Gli esclusi dal “Täterkreis”
8. Elementi oggettivi del reato previsto e punito dal § 339 StGB
9. Elemento soggettivo e tentativo
10. Concorso di persone
11. Pena edittale e conseguenze di una condanna (rinvio al capitolo 9).

1. Scopo della norma

Un giudice o un altro pubblico ufficiale oppure un arbitro, che, in qualità di presidente o partecipando a una decisione giurisdizionale, **applica falsamente** una norma, con il proposito di **favorire o di danneggiare una delle parti**, è punito con pena detentiva da 1 a 5 anni. Così dispone il § 339 StGB.

Il fine perseguito dalla norma di cui al citato paragrafo è di **tutelare la giurisdizione (interna) da “Angriffe von innen”**, da violazioni commesse da chi amministra la giustizia. Il legislatore ha inteso garantire – in tal modo – la fiducia che la comunità ha/deve avere nell'imparzialità, nel buon funzionamento della giustizia e nella “Rechtstreue” degli organi giurisdizionali, oltre che **assicurare l'effettiva applicazione del diritto**. Con il disposto del § 339 StGB, che prevede un Sonderdelikt (reato qualificato), il legislatore ha avuto di mira anche la “Sicherung und Wahrung der **Verantwortlichkeit**” del giudice (inteso, questo concetto, in senso ampio), **il rispetto “von Recht und Gesetz durch den Richter”** (Articoli 20, comma 3, e 97, comma 1, della Costituzione federale, GG). Al § 339 StGB va riconosciuta “eine zentrale Stellung im Rechtsstaat”.

Non specificamente oggetto di tutela, per effetto del citato paragrafo, è, secondo la dottrina prevalente, l'indipendenza del giudice. Per quanto concerne **gli interessi degli “utenti” della giustizia**, secondo parte della dottrina, gli stessi vengono **tutelati soltanto indirettamente** (“di riflesso”). Questa **tesi non è condivisa** dallo Scholderer e da Matt/Renzikovsky/Sinner, sussistendo, ad avviso degli stessi, il diritto di ogni persona soggetta alla giurisdizione, “auf richtige Rechtsanwendung”.

2. Soggetti attivi del delitto *de quo*

Soggetto attivo del reato di cui al § 339 StGB (per la cui individuazione è decisiva, non tanto l’“*Amtsstellung*”, quanto la **funzione concretamente espletata**, “die konkrete Funktion des Amtsträgers”) è, **anzitutto, il giudice**, quale organo che agisce/decide “weisungsfrei” (senza essere obbligato a rispettare direttive) e che è soggetto (soltanto) alla legge, nonchè **tenuto all'imparzialità** (vedansi, per esempio, BGH St 24, 326-327; 34, 146-148; 35, 224-230).

Se il giudice è il soggetto attivo “tipico” del reato previsto e punito dal § 339 StGB, questa norma ricomprende però anche **altre persone** che non hanno la qualifica vera e propria di giudice, ma che hanno **doveri analoghi**, qualora gli stessi, nelle loro decisioni, siano dotati di “**Leitungsbefugnis**” e possano **decidere “weisungsfrei”**. Essi, in questi casi, hanno doveri non dissimili da quelli del giudice e, in caso di violazione di questi doveri, si rendono **responsabili – anch'essi – di un “Pflichtdelikt”** (delitto contro i propri doveri). Per Richter (giudice) s'intende la persona indicata nel § 11, comma 1, numero 3, StGB (in quest'elencazione sono compresi anche gli “ehrenamtlichen Richter”, giudici onorari) e l'espressione è da intendersi in senso funzionale.

Occorre precisare che nel concetto di Richter sono **compresi** anche i componenti di **giurisdizioni speciali** (Sondergerichte, quali erano stati istituiti nell'ex DDR).

“**Andere Amtsträger**”, che possono essere **soggetti attivi** del reato *de quo*, **sono**: i “Rechtspfleger”, i Pubblici Ministeri, il personale di cancelleria in occasione di determinati adempimenti di servizio (come vedremo), i componenti di una commissione di inchiesta.

3. Il concetto di Rechtssache, Leitung und Entscheidung

Per **“Rechtssache”** s’intende una vertenza, nella quale sono coinvolte più “parti”, portatori di interessi contrastanti, vertenza da risolvere secondo norme di diritto, se a deciderle è un giudice (si veda RGSt 71, 315) o persona equiparata allo stesso. La decisione, tenuto conto di quanto previsto dall’articolo 20, comma 3, GG (Costituzione federale tedesca), può avere per oggetto anche un provvedimento emanato dalla Pubblica Amministrazione (si veda BGHSt 24, 326-327). **Non è invece il caso di parlare di “Rechtssache”**, se chi agisce è un semplice rappresentante della Pubblica Amministrazione (“Repräsentant der Verwaltung”). I criteri distintivi fondamentali, ai fini dell’individuazione di una “Rechtssache”, sono costituiti dalla cosiddetta **sachlichen Unabhängigkeit**, in particolare dalla **“Weisungsfreiheit”** (non soggezione a direttive: si veda BGHSt 34, 146-148) e dal fatto che il **procedimento sia interamente disciplinato da norme di diritto** (BGHSt 40, 169-177). Di “Rechtssache” può parlarsi, anche se adempimenti tipici del giudice sono stati **delegati** – per legge – ad altra persona e se vi è “sachliche Unabhängigkeit”, anch’essa sancita per legge nonchè “Bindung nur an Gesetz und Recht”, come prevista dal § 9 del “Rechtspfleger-Gesetz” (si veda BGHSt 35, 224-231).

L’espressione “bei Leitung oder Entscheidung”, impiegata dal § 339 StGB, implica che il soggetto attivo del reato: 1) o presiede un procedimento interamente disciplinato da norme di legge oppure 2) nella decisione, gli è riconosciuta una discrezionalità determinante (si veda BGHSt 41, 247-262). “Entscheidung” vuol dire che il provvedimento contiene una statuizione produttiva di conseguenze sul piano giuridico.

L’“Entscheidung” **non deve necessariamente essere conclusiva del procedimento**. Per questo motivo, riveste carattere di “Entscheidung”, per esempio, anche il provvedimento conclusivo delle indagini preliminari (“Ermittlungsverfahren”), di competenza del Pubblico Ministero.

La **“Leitung der Rechtssache”** **ricomprende** tutti gli adempimenti (che possono essere anche non di carattere giuridico), intesi alla definizione del procedimento (si veda BGHSt 12 191/192). È da notare, a proposito di **organi collegiali**, che una funzione direttiva non viene, sempre e necessariamente, riconosciuta al solo presidente. Infatti, se il procedimento è di **competenza di una “Strafkammer”** (vedansi i §§ 60, 73 e 74 GVG, Gerichtsverfassungsgesetz, Ordinamento giudiziario), **“Leitungsfunktion”** è riconosciuta **pure al giudice a latere** (“Beisitzer”), che è responsabile della “Sachaufklärung”.

Il fatto (“Tathandlung”) deve essere **commesso in occasione della “Leitung” o dell’“Entscheidung der Rechtssache”**, vale a dire, deve essere riscontrabile un “zeitlicher und sachlicher Zusammenhang”.

Come sopra accennato, la norma di cui al § 339 StGB ha lo scopo di **assicurare la “Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht”**, come previsto dall’articolo 20, comma 3, GG, dal § 92, comma 2, numero 2, StGB, nonché dall’art. 97, comma 1, GG. **Per “Recht” s’intende** l’insieme di tutte le norme che costituiscono l’ordinamento giuridico (“Rechtsordnung”), in particolare delle leggi e dei regolamenti, di norme di diritto sostanziale e processuale (si veda BGHSt 42, 343).

“**Recht ist der Maßstab, an dem eine mögliche ‘Beugung’ zu bemessen ist**” è il criterio per individuare una possibile “Beugung” (letteralmente: piegamento), un’“alterazione” del diritto. “**Rechtsbeugung**” può essere **definita** come falsa, dolosa applicazione del diritto a vantaggio o in danno di una delle parti in un procedimento giurisdizionale. È stato detto che il § 339 StGB sarebbe accostabile all’articolo 323 del codice penale italiano. Vi è però una **differenza fondamentale** nel senso che l’articolo 323 del codice penale, richiede, per l’integrazione della fattispecie, un ingiusto vantaggio **patrimoniale**, mentre il § 339 StGB parla genericamente di Vorteil (vantaggio) o di Nachteil (svantaggio/danno).

4. In che cosa consiste la Rechtsbeugung

La “Beugung des Rechts” consiste in un’“**objektiven Unvertretbarkeit der Rechtsanwendung**”, vale a dire, in un’applicazione del diritto che **non** è – oggettivamente e logicamente – **sostenibile**. Per quanto concerne le cosiddette **Ermessensentscheidungen**, nelle quali è riconosciuta una certa discrezionalità, la “Vertretbarkeit” dipende dalla sussistenza di una motivazione, che sia “**methodisch korrekt (begründet)**”. In questi casi è ammissibile “eine erhebliche Einschränkung der Überprüfbarkeit”; in ogni caso di discrezionalità, però, **non può esservi “Pflichtverletzung”** (violazione dei doveri). Come già esposto in precedenti articoli, l’“Ermessen” deve sempre essere inteso come “**pflichtgemäß**”, vale a dire, estraneo a ogni “Willkür”, a ogni arbitrio e, ovviamente, a interessi **privati**.

La “**Rechtsbeugung**” (che può concretarsi nella **violazione**, grave e fatta scientemente, sia di **norme di diritto sostanziale**, che di diritto **processuale**) è configurabile **in qualsiasi fase del procedimento**, purché attinente alla “Leitung” o all’“Entscheidung” dello stesso. Si distinguono in proposito: **1)** “Sachverhaltsverfälschungen”, in particolare, indagini incomplete o volutamente “unilaterali” o comunque condotte senza un minimo di oggettività, **2)** manifesta, erronea applicazione di norme e **3)** “Ermessensmissbrauch” (“abuso” in sede di decisioni discrezionali). Si parla in proposito di “logischer und methodischer Falschheit”. “Rechtsbeugung” è stata ravvisata pure in alcuni casi, in cui era stato **violato palesemente il “Beschleunigungsgrundsatz”**, consentendo, in tal modo, all’imputato, di beneficiare della prescrizione. Questo è **un caso tipico di “Rechtsbeugung”** mediante “**Verletzung des Verfahrensrechtes durch Unterlassung**” (omissione). Vi sono state condanne, per il delitto previsto e punito dal § 339 StGB, anche perchè il giudice **non si era attivato subito**, “obwohl besondere Umstände sofortiges Handeln zwingend geboten hätten” (nonostante particolari circostanze avessero imposto di provvedere senza dilazione alcuna).

La cosiddetta “**zögerliche Bearbeitung**” integra la fattispecie prevista e punita dal § 339 StGB, qualora la stessa sia **riconducibile (o motivata, che dir si voglia) a “sachfremde Erwägungen zum Vorteil oder zum Nachteil einer Partei”**. Per quanto concerne le “**Verständigungen**” di cui al § 257 c StGB (accostabili al cosiddetto patteggiamento previsto dal codice di procedura penale italiano agli articoli 444 e seguenti), si rende responsabile di “Rechtsbeugung” il giudice, **se l’“Absprache wird heimlich getroffen”** e non secondo quanto prescritto dal paragrafo ora menzionato. In questi casi, si ha “Missachtung des Transparenz- und Mitteilungsgebotes”.

“**Jede staatliche Tätigkeit hat nach Rechtsgrundsätzen zu erfolgen**”; questo vale, in particolare, per l’attività giurisdizionale.

Va osservato che vi è **giurisprudenza del BGH** (Corte suprema federale), secondo la quale, l'“Unvertretbarkeit”, di per sé sola, **non sarebbe atta a integrare quell’“erhebliche Maß an Unrecht”**, che è presupposto della “Rechtsbeugung” (vedansi BGHSt 41, 247-251 e 43, 183-190). La fattispecie prevista e punita dal § 339 StGB sarebbe integrata soltanto qualora il “Rechtsbruch” costituisca un **“elementaren Verstoß** (una violazione elementare, gravissima) **gegen die Rechtspflege”**, vale a dire, se il soggetto attivo del reato “hat sich bewusst in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates, **statt an Recht und Gesetz**, an seinen eigenen Maßstäben ausgerichtet” (vedansi BGHSt 38, 381-383 e 40, 169-178). Anche una pluralità “gravierender Rechtsfehler” può essere considerata quale indizio in ordine all'esistenza del “subjektiven Rechtsbeugungstatbestand” (si veda BGHSt 59, 144-149f).

5. Esempi di Rechtsbeugung

Tra i molti **esempi di “Rechtsbeugung”**, oltre alla **1) Sachverhaltsfälschung** (errata, dolosa rappresentazione dei fatti, BGHSt 40, 169-181), integrano gli estremi del reato *de quo*, **2) l'omissione** (voluta) di accertamento dei fatti in sede di procedimento disciplinare, **3) l'inosservanza del principio fondamentale: “In dubio pro reo”**, **4) l'adozione di provvedimenti non previsti dalla legge** (BGHSt 32, 357-359), **5) l'emanazione di condanne (a morte) motivate “politicamente”**, come è avvenuto nell'ex DDR (BGHSt 41, 317-326), **6) l'ingiustificata procrastinazione di decisioni a seguito di “sofortiger Beschwerde gegen Ordnungshaft”**, **7) direttive del dirigente della “Staatsanwaltschaft”**, di non dare seguito a denunce concernenti determinati reati, **8) l'omissione sistematica dell’“Aufklärungspflicht”** in occasione di decisioni concernenti misure privative della libertà personale previste dal codice di procedura penale (StPO).

Non vi è poi dubbio circa la ravvisabilità del **delitto di “Rechtsbeugung”**, se, per esempio, un “picciliddo”, in udienza, improvvisamente asserisce che “le foto non ci sono”. Ciò **con lo scopo** di poter chiudere – in fretta e furia – baracca e burattini. Indovini il lettore, chi sia quello **“zugunsten”** del quale il “picciliddo” ha agito e quello **“zum Nachteil”** del quale ha “operato”. Ma, che cosa – pare – non si debba fare per arrivare... **Così funziona** la “GIUSTIZA” da qualche parte... Ora “a dritta”, ora “a mancina”, a seconda della convenienza, per dirla con il Camilleri. In casi del genere **non resta altro che** : occhi al cielo e rassegnati scuotimenti di testa (“Kopfschütteln”).

6. Soggetti attivi del delitto *de quo* diversi dal giudice

Può essere **soggetto attivo** del reato previsto e punito dal § 339 StGB, il **Pubblico Ministero**, al quale, **nel corso delle indagini preliminari**, va riconosciuta una “Leitungs- und Entscheidungsfunktion”, nei limiti in cui ha il potere di compiere proprie “Sachentscheidungen” (per esempio, “Verfahrenseinstellungen”, archiviazioni; in questo senso vedansi BGHSt 32, 357-359, 38, 381-382 e 40, 169-171). **Altresí** nei casi in cui adotta **provvedimenti nell'ambito “eigener Verfahrenshoheit”**, vale a dire di competenza propria (si pensi, ad esempio, a richieste intese a ottenere l'emissione di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere, di prosecuzione della stessa, di richiesta di un'ordinanza di perquisizione domiciliare, BGHSt 40, 272ff e 41, 247-248 ff). È invece ipotizzabile una **mera “Teilnahme”** in sede di “Anklageerhebung”.

Anche nell'ambito **“sitzungspolizeilicher Maßnahmen”** (disciplina di udienza), può essere commessa **“Rechtsbeugung”**; parimenti in sede di **“Beschwerden”** (reclami) contro questi provvedimenti di natura ordinatoria.

Può essere **soggetto attivo** del reato di **“Rechtsbeugung”** il **“Rechtspfleger”** rispettivamente il **“Nachlassrichter”** in sede di determinazione dell'indennità spettante al **“Nachlasspfleger”** (BGHSt 35, 224, 320). È anche ipotizzabile il reato *de quo* da parte: 1) del **“Rechtspfleger”**, **che procede alla “Festsetzung” dell'indennità** in favore del curatore a conclusione di una procedura di fallimento, 2) del cancelliere che – agendo **“weisungsfrei”** – **determina l'ammontare delle “gerichtlichen Kosten”**. Infine, può essere commessa **“Rechtsbeugung”** in un **procedimento disciplinare (RGSt 69, 213)**.

7. Gli esclusi dal Täterkreis

Vediamo ora brevemente **chi non rientra nel “Täterkreis”** quale configurato dal § 339 StGB.

Si tratta: **1)** dei militari, **2)** dei verbalizzanti in udienza (mancando il presupposto del necessario **“Entscheidungsspielraum”**), **3)** degli appartenenti alla Polizei, che decidono in ordine ad un **“Verwarnungsgeld”**, **4)** dell'ufficiale giudiziario. È da notare poi che nel caso di **meri provvedimenti amministrativi e di semplice “Sachbearbeitung”**, non può esservi **“Rechtsbeugung”** (vedansi BGHSt 34, 147-148 e Corti d'appello di Koblenz, Hamm, Hamburg); **neppure**, se questi atti di natura amministrativa sono **posti in essere dal giudice**, come, per esempio, da quello presso il Tribunale per i minorenni quale **“Vollstreckungs- und Vollzugsleiter”** oppure dal **“Rechtspfleger”**, al quale sono stati **delegati** – dal Pubblico Ministero – **“Vollstreckungssachen”**. Lo stesso discorso vale in materia di **“Steuerfestsetzungsverfahren”** (procedimento di determinazione di imposte), ivi compreso il cosiddetto **Widerspruchsverfahren** (opposizione); in questo senso vedasi BGHSt 24, 326-327.

Infine, **non** è compreso nel **“Täterkreis”**, il dirigente di una **“Vollzugsanstalt”** (casa di reclusione) quando concede agevolazioni in sede di esecuzione della pena.

Il reato previsto e punito dal § 339 StGB è un **“Erfolgssdelikt”** (reato di evento) e l'“Erfolg” è **“eigenständiges Tatbestandsmerkmal”**. **Le violazioni** che integrano la fattispecie prevista dal citato paragrafo, devono essere **“von einigem Gewicht”** (di una certa rilevanza). L'“**Erfolgseintritt**” (il verificarsi dell'evento) si ha, nel caso di emanazione di una sentenza, una volta che è terminata l'“**Urteilsverkündung**” (vale a dire, la lettura del dispositivo di sentenza e l'illustrazione – sommaria – dei motivi essenziali della decisione; ciò può avvenire oralmente oppure anche con una concisa esposizione per iscritto).

8. Elementi oggettivi del reato previsto e punito dal § 339 StGB

Il **concetto di “Partei”** è da intendere in senso lato in quanto comprende **tutti i soggetti di diritto portatori di interessi confliggenti** (vedasi RG St 25, 276-277). **“Partei”** è quindi anche il Pubblico Ministero (e lo Stato, qualora si tratti di procedimento penale, BGHSt 42, 343-352); **non però il difensore**, salvo che non sia **“in eigenen Rechten betroffen”**.

L'agire **“zu Gunsten oder zum Nachteil”**, si sostanzia in una **“zumindest zeitweisen Besserstellung, beziehungsweise Schlechterstellung der Partei”** rispetto alla situazione, nella quale si sarebbe trovata, se il diritto fosse stato applicato **“rettamente”** o comunque in **“vertretbarer Weise”**. Ai fini dell'integrazione della fattispecie *de quo*, **non** è richiesto **“ein bleibender Vorteil oder Schaden/Nachteil”**.

La Corte d'appello di Naumburg (ordinanza dd. 23.4.2012, 1W, 48/12) ha ritenuto l'insussistenza del reato di "Rechtsbeugung", **se il giudice** – dopo che è trascorso il termine previsto dal § 275, comma 1, StPO – al fine di evitare "sicher zu erwartende, disziplinarrechtliche Sanktionen" (sanzioni di carattere disciplinare, la cui inflizione è da reputare certa) **apporta modifiche (o integrazioni) alla concisa motivazione** redatta per iscritto in occasione dell'"Urteilsverkündung". **Di diverso avviso** è stato il **BGH**, statuendo che, se il giudice agisce nel modo ora esposto, preclude a chi intende proporre "Revision" un motivo da dedurre in tale sede ("wird ein Revisionsgrund genommen").

"Vor - beziehungsweise Nachteil" (vantaggio, rispettivamente svantaggio) devono essere **concreti**. Quindi, il pericolo meramente astratto, "einer unvertretbaren Entscheidung", non è tale da integrare l'elemento oggettivo della fattispecie di cui al § 339 StGB (BGHSt 42, 343-351). Tra **"Tathandlung"** ed **evento** deve sussistere un **nesso causale e oggettivo** ("muss sich kausal und objektiv ergeben").

9. Elemento soggettivo e tentativo

Per quanto concerne **l'elemento soggettivo del reato di "Rechtsbeugung"**, va osservato che per integrare la fattispecie, generalmente si ritiene che basti il **dolo generico** ("bedingter Vorsatz"); in questo senso si veda BGHSt 40, 276 e 41, 336. Il giudice può essere condannato per il delitto *de quo*, se è concretamente convinto che l'applicazione del diritto sia **"unvertretbar"**; in altre parole, occorre **"ein bewusst, überzeugungswidriger Rechtsbruch, eine bewusste Abkehr von Recht und Gesetz"**. "Rechtsblindheit und Verblendung oder sonstige Vorwerfbarkeit des Versehens eines rechtlichen Fehlers" costituiscono soltanto **"Fahrlässigkeit"** (colpa) e, quindi, **non sono punibili ex § 339 StGB**. Il BGH, nella sentenza dd. 13.5.2015, ha affermato che a seguito della nuova formulazione del § 339 StGB, è atto a integrare la fattispecie, il dolo generico, a differenza di quanto ritenuto dalla stessa Corte in precedenza.

È punibile il **tentativo**, trattandosi di delitto (Verbrechen) – si veda il § 23, comma 1, prima parte, StGB.

Di importanza tutt'altro che secondaria, è **l'"Unterlassungsstrafbarkeit"**, la commissione del delitto di cui al § 339 StGB mediante **omissione**. Questa norma, a differenza di molte altre contenute nello StGB, **non prevede un cosiddetto "minder schweren Fall"** (un caso di gravità minore). "Soccorre", però – ai fini di un'attenuazione della sanzione – il combinato disposto dei §§ 13, comma 2 e 49, comma 1, StGB. In alcuni casi, per effetto di queste norme, il magistrato, condannato per il delitto previsto e punito dal § 339 StGB, **non è stato destituito**, essendogli stata inflitta la **pena detentiva inferiore a un anno** (si veda § 45, comma 1, StGB). Le conseguenze, se il magistrato viene condannato alla pena detentiva di un anno o a pena superiore, sono **gravi** in quanto, **oltre alla destituzione** ("Amtsverlust"), è previsto pure che il condannato **non** possa esercitare, né **l'attività professionale forense** (§ 14, comma 2, numero 2, della legge sull'ordinamento forense), né **quella di notaio** (§ 49 dell'Ordinamento della professione di notaio).

Secondo una **tesi dottrina**, la distinzione tra "Tun und Unterlassen" sarebbe superflua. I soggetti attivi del reato previsto e punito dal § 339 StGB, sono infatti particolarmente obbligati ("besonders verpflichtet"), stante la loro posizione di garanti. Se la violazione ("Rechtsbruch") viene commessa con un **comportamento attivo o omissivo**, "so stellt dies **keinen qualitativen Unterschied** dar" (non costituisce una differenza sotto il profilo qualitativo).

10. Concorso di persone

Tra i soggetti ricompresi nel § 339 StGB, è configurabile, sia “**mittelbare Täterschaft**”, che “**Mittäterschaft**”, posto che non si tratta di un “**eigenhändigen Delikt**”. Persone non ricomprese nel “**Täterkreis**” individuato dal § 339 StGB, possono essere **soltanto** “**Teilnehmer**”.

Ai fini della valutazione, se una persona debba essere considerata “**Täter oder Teilnehmer**”, occorre riferirsi al disposto del § 28, comma 1, StGB. È da notare che viene considerato “**Teilnehmer**” non soltanto il “**Gehilfe**” (§ 27, comma 1, StGB), “**l’aiutante**”, ma **anche l’**“**Anstifter**” (colui che induce).

Il Pubblico Ministero, nella fase delle indagini preliminari (“**Ermittlungsverfahren**”), può essere **non soltanto** “**Täter**”, **ma anche** “**Teilnehmer**”. Una volta concluse le indagini preliminari, può essere considerato – nella maggior parte dei casi – soltanto “**Teilnehmer**”.

Per quanto concerne il problema della “**Täterschaft**” e della “**Teilnahme bei Gremienentscheidungen**” (decisioni di un collegio), la Corte suprema federale – tenuto conto del fatto che determinante è la “**rechtsverletzende Tätigkeit**” – è orientata nel senso che la “**Zustimmung zur Entscheidung begründet die Täterschaft**”; irrilevante, secondo la più recente giurisprudenza del BGH, è invece una “**Mitwirkung an der Verkündung oder Ausfertigung**” (lettura del dispositivo oppure redazione della motivazione). In questo senso si veda BGHSt 1, 217-222. Vi è stata – **nel passato** – giurisprudenza secondo la quale, il giudice, che fa parte di un collegio e che **si è opposto** a una “**rechtsbeugischen Entscheidung**”, **ma viene** “**überstimmt**”, non sarebbe responsabile del delitto previsto e punito dal § 339 StGB. Questo indirizzo giurisprudenziale, attualmente, non viene più seguito.

Se la “**Zustimmung**” è ridotta alla **mera** “**Abstimmung**” (deliberazione), possono sorgere (a causa del “**Beratungsgeheimnis**”, segreto della camera di consiglio, § 43 del Richtergesetz, DRiG, che obbliga il giudice a osservare il segreto della camera di consiglio anche una volta che ha **terminato** il servizio) **difficoltà in sede probatoria** per quanto concerne la responsabilità dei singoli componenti del collegio. Molto discussa è la tesi secondo la quale la **responsabilità penale** sarebbe ravvisabile qualora il **giudice firmi** “**das rechtsbeugende Urteil**”.

Nel caso di **ripetute** “**Rechtsverletzungen**” aventi lo stesso scopo e commesse “**im selben Verfahrensabschnitt**”, si ha “**eine einheitliche Tat**” (il BGHSt 40, 169-181 e 41, 247-250) ha ravvisato un’“**interne Konkurrenz**”).

11. Pena edittale e conseguenze di una condanna (rinvio al capitolo 9)

Il delitto previsto dal § 339 StGB è punito con la **reclusione da uno a cinque anni**. Come già esposto sopra, il § 339 StGB non prevede un cosiddetto *minder schweren Fall*. In sede di **determinazione della pena**, occorre, in particolare, **tenere conto**, della gravità del danno causato rispettivamente del vantaggio procurato a una delle parti, dello scopo perseguito con questo delitto, dell’importanza, all’interno dell’ordinamento, delle norme violate.

A proposito delle **conseguenze di una condanna** per un magistrato ritenuto responsabile del delitto *de quo*, si rinvia a quanto già esposto sopra.

Per quanto concerne il “**Beratungsgeheimnis**” previsto dal § 43 DRiG, è da aggiungere che, secondo un orientamento delle giurisdizioni superiori, questo segreto **non** può essere invocato in sede di accertamento del delitto di “**Rechtsbeugung**” e che, allo stato, nei processi per *Rechtsbeugung*, **non** è (neppure) previsto l’“**Ausschluss der Öffentlichkeit**” (procedersi a porte chiuse), come invece è stato auspicato da autorevole dottrina. C’è stato, infatti, chi ha chiesto – a tal fine – un’integrazione del § 172 GVG (Ordinamento giudiziario), integrazione, che – finora – non è ancora intervenuta.

Se un procedimento per “Rechtsbeugung” è di una certa complessità, la “**große Strafkammer**” (§ 76, comma 2, numero 3, GVG) ricorre alla “Mitwirkung eines **dritten Berufsrichters**” (BGHSt 2011, 463).

TAG: *Diritto Tedesco, penale, giudice, RFT*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.
