

Pasquale Mastrolia ha conseguito il Dottorato di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Pavia. È autore, per la medesima collana, di *La tutela penale dei Beni Culturali nel metaverso. Profili de iure condito e prospettive de iure condendo*, in AA.VV., *Le nuove frontiere dei beni culturali: il metaverso. Percorsi tra Diritto, Cultura e Tecnologia*, a cura di A. Borroni, 2024.

ISBN:9791281063211
edizione digitale

ASM
Agenda di Studi
sul Mediterraneo

V:
Università
degli Studi
della Campania
Luigi Vanvitelli
Dipartimento di Scienze Politiche

COSME
Consorzio per lo Sviluppo
della Ricerca e della
Cultura

MiC
DIREZIONE GENERALE
EDUCAZIONE,
RICERCA E
ISTITUTI CULTURALI

Vol.
II

DOCUMENTI-MONUMENTI
DELL'IDENTITÀ EUROPEA

P. Mastrolia - *Aberratio Ictus*



ABERRATIO ICTUS

Principio di colpevolezza e tutela
della integrità fisica
nella imputazione soggettiva dell'evento

di Pasquale Mastrolia

Introduzione di Andrea Borroni

DIRITTO, CULTURA, SOCIETÀ

L'opera affronta le principali questioni inerenti al reato aberrante di cui all'art. 82 c.p. Dopo una concisa illustrazione della fenomenologia dell'errore dall'angolazione della filosofia del linguaggio, l'Autore espone i termini fondamentali del dibattito dottrinale e dell'esperienza giurisprudenziale in terra germanica fra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, rilevando il loro influsso sulla evoluzione della legislazione italiana sul tema. Successivamente l'analisi si concentra sul quadro normativo vigente in materia, nonché sulle interrelazioni fra quest'ultimo e l'assetto normativo del fenomeno della divergenza fra 'il voluto' e 'il realizzato' (in riferimento all'omicidio preterintenzionale e al cd. concorso anomalo). Completano la trattazione l'indagine di diritto comparato e l'indicazione di prospettive di riforma della materia.

In copertina: R. Magritte, *La reproduction interdite*, 1937
Museum Boijmans Van Beuningen, Rotterdam (NL)

Napoli 2024

DOCUMENTI-MONUMENTI DELL'IDENTITÀ EUROPEA
Diritto, Cultura, Società

ABERRATIO ICTUS

**Principio di colpevolezza e tutela
della integrità fisica
nella imputazione soggettiva dell'evento**

di

PASQUALE MASTROLIA

**MINISTERO DELLA CULTURA
DIREZIONE GENERALE EDUCAZIONE, RICERCA
ISTITUTI CULTURALI
ROMA 2024**

Collana europea:

Documenti-monumenti dell'identità europea

Sezioni:

Storia, memoria, identità

Archivi, libri, testimoni

Diritto, cultura, società

Le Regioni italiane: un profilo per il patrimonio culturale

Istituti che aderiscono alla convenzione per la formazione della Collana Documenti- monumenti dell'identità europea e responsabili delle strutture:

Centro di Ricerca interdipartimentale COSME (Centro-Osservatorio sul Mezzogiorno d'Europa), Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*;

Università degli Studi di Milano, Statale;

Università degli Studi di Salerno;

Johannes Gutenberg-Universität Mainz;

Universidad Autónoma de Madrid;

Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne;

Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*;

Direttore Generale "Formazione e Ricerca", MiC;

Direzione Generale Archivi; MiC;

Istituto Centrale per gli Archivi (ICAR);

Istituto Centrale per il Catalogo (ICCU);

Biblioteca Nazionale di Napoli; Biblioteca

Nazionale di Roma;

CNR, Napoli, Istituto di Studi sulle Società del Mediterraneo;

CRN, Palermo, Beni Culturali.

Comitato scientifico delle sezioni della Collana Documenti-monumenti dell'identità europea:

sezione

Storia, memoria, identità

Antonio Álvarez-Ossorio Alvariano, Cristina Bravo Lozano, Antimo Cesaro, Giuseppe Cirillo, Cinzia Cremonini, Fulvia D'Aloisio, Antonino De Francesco, Andrea De Pasquale, Francesco Eriberto d'Ippolito, Pasquale Femia, Pedro García Martín, Manfredi Merluzzi, Aurelio Musi, Maria Anna Noto, Roberto Quirós Rosado, Lina Scalisi, Matthias Schnettger, Pierre Serna, Giulio Sodano, Antonio Tisci.

sezione

Archivi, libri, testimoni

Salvatore Barbagallo, Simonetta Buttò, Gabriele Capone, Andrea De Pasquale, Roberto De Rose, Francesco Failla, Micaela Procaccia, Silvia Trani.

sezione

Diritto, cultura, società

Sezione A Fondo Diritto - Filologia e critica del diritto civile

diretta da Pasquale Femia

Mauro Grondona, Malte-Christian Gruber, Stefano Pagliantini, Gunther Teubner, Giuseppe Vettori

Sezione B Civilistica e civiltà comunicativa - Dottrina, letteratura giuridica, medialità

diretta da Vincenza Conte

Rocco Alessio Albanese, Chiara Angiolini, Giuseppe Cirillo, Luis Lloredo Alix, Michael Monterossi, Mario Romano, Carmen Saggiomo, Daniela Santarpià, Antonio Vercellone, Giuseppe Versaci

Sezione C Diritto Comparato

Diretta da Andrea Borroni e Gianni Piccinelli

Andrea Borroni, Antimo Cesaro, Francesco Eriberto d'Ippolito, Pasquale Femia, Gian Maria Piccinelli, Antonio Tisci.

sezione

Le Regioni italiane: un profilo per il patrimonio culturale

Giuseppe Cirillo, Andrea De Pasquale, Gregorio Angelini, Maria Concetta Calabrese, Giorgio Caravale, Giuseppe Caridi, Elisa Novi Chavarría, Cinzia Cremonini, Antonino De Francesco, Francesco Failla, Egidio Ivetic, Antonio Lerra, Stefano Levati, Luca Lo Basso, Luca Mannori, Manfredi Merluzzi, Aurelio Musi, Maria Anna Noto, Antonio Puca, Alice B. Raviola, Carmen Saggiomo, Lina Scalisi, Giulio Sodano Angelantonio Spagnoletti, Marco Trotta, Marcello Verga, Andrea Zannini.

Coordinamento editoriale:

Maria Anna Noto, Antonio Puca, Paola Viviani

Comitato di redazione:

Salvatore Barbagallo, Vincenzo Barra, Francesco Campenni, Silvia D'Agata, Elvira Diana, Angelo di Falco, Amalia Franciosi, Claudia Iodice, Maria Senatore Poliseti, Ferdinando Salemme, Michela Sessa, Miriam Sette.

Volumi editi e in programmazione

sezione - Storia, memoria, identità

Giuseppe Cirillo, *Emblems of Power in the Europe of the Bourbons. Semantic Research Paths on Historical Archives. Ontology* edited by Francesco Moscato (2018);

The Modern State in Naples and Bourbon Europe: historiography and sources, by Giuseppe Cirillo (International conference, Caserta-December, Monday 5th-Tuesday 6th) (2018);

G. Cirillo, *I Savoia e le nobiltà italiane. La storiografia aristocratica e la difficile costruzione di un'identità*, 2020

The Europe of "decentralised courts". Palaces and royal sites: the construction of the political image of the Bourbons. Italy, Spain, France, by Giuseppe Cirillo and Roberto Quirós Rosado (2022).

G. Cirillo, *Nobilitare gli antenati. I linguaggi delle nuove aristocrazie nella Napoli di Carlo II*, 2023

In preparazione:

Antonio Álvarez-Ossorio Alvariño, *La corte santa. El gobierno de la piedad en la corte de Mariana de Austria y Carlos II*

La Casa de Medinaceli: entre la república de los grandes y el cambio dinástico (1671-1711), a cura di Juan Sánchez García de la Cruz y Gabriel Téllez Calvín

R. Quirós Rosado, *Un priorato para la dinastía. La Casa de Lorena y la Orden de Malta en la Castilla de Carlos II y Felipe V*

A. Di Falco, *Dar a cada uno lo que es suyo Gerarchie e conflitti di precedenza nella simbologia politica della Monarchia cattolica*

sezione - Archivi, libri, testimoni

Marco Lanzini, *L'utile oggetto di ammassare notizie. Archivi e archivisti a Milano tra Settecento e Ottocento*

sezione - Diritto, cultura, società

Sezione C – Diritto Comparato

Le nuove frontiere dei Beni Culturali: il Metaverso. Percorsi tra diritto, cultura e tecnologia a cura di Andrea Borroni

sezione - Le Regioni italiane: un profilo per il patrimonio culturale

La Puglia. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Angelantonio Spagnoletti

La Campania. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Giuseppe Cirillo – Maria Anna Noto – Giulio Sodano

In preparazione:

La Sicilia. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Lina. Scalisi

Il Lazio. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Manfredi Merluzzi e Giorgio Caravale

La Lombardia. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Cinzia Cremonini e Stefano Levati

Il Piemonte. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Alice B. Raviola

La Liguria. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Luca Lo Basso

La Toscana. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Marcello Verga e Luca Mannori

La Calabria. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Giuseppe Caridi

La Basilicata. Un profilo per i Beni Culturali, a cura di Antonio Lerra

Ogni volume è sottoposto ad un doppio referaggio anonimo di due docenti universitari di due diversi Paesi dell'Unione Europea.

© 2024 Ministero della Cultura
Direzione Generale di Educazione,
Ricerca e Istituti culturali
ISBN 9791281063211
Edizione digitale

Stampato nel mese di giugno 2024
a cura della Tipografia Gutenberg di Libertyprint S.r.l. - Fisciano (SA)

Indice

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	p.	XI
<i>Introduzione di Andrea Borroni</i>	p.	XIII
Cap. I Inquadramento concettuale e normativo del tema	p.	13
1. <i>Premessa. Origine e sviluppo dell'aberratio ictus come problema d'imputazione per i delitti di sangue</i>	p.	13
2. <i>Errori e incidenti, error in persona e aberratio ictus</i>	p.	18
3. <i>L'art. 82 nella trama delle norme che disciplinano il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato. Aberratio ictus ed errore sul fatto</i>	p.	24
3.1. <i>Aberratio ictus ed error in persona: i profili differenziali (rinvio)</i>	p.	28
3.1.1. <i>I profili comuni: l'imputazione dei fatti circostanziali (rinvio)</i>	p.	36
3.2. <i>Aberratio ictus e aberratio delicti</i>	p.	39
4. <i>Prima verifica dei rilievi svolti. L'aberratio ictus non sostanzia una situazione di errore</i>	p.	48
4.1. (Segue): <i>fisionomia dell'aberratio ictus</i>	p.	53
4.2. (Segue): <i>l'omogeneità strutturale tra l'aberratio ictus, l'omicidio preterintenzionale e il reato aggravato dall'evento</i>	p.	66
5. <i>Il perdurante dibattito sulla funzione dell'art. 82: tra conferma delle regole generali in materia di imputazione dolosa, deroga rientrante nell'alveo del principio di colpevolezza e paradigma di responsabilità oggettiva</i>	p.	70
Cap. II Profili diacronici. Prima sezione: lo stato del problema alle origini della dogmatica penalistica	p.	81
1. <i>I termini della questione nella letteratura tedesca del diciannovesimo secolo</i>	p.	81
2. <i>Lo scarso influsso del dibattito tedesco in Italia. Il predominio della tesi favorevole all'unitaria imputazione dolosa</i>	p.	100
2.1. <i>Epilogo: il comune inquadramento dell'error in persona e dell'aberratio ictus nell'art. 52 del codice Zanardelli</i>	p.	107
Cap. II Profili diacronici. Seconda sezione: gli sviluppi del dibattito nell'esperienza giuridica continentale	p.	115
1. <i>Gli schieramenti in campo nella dottrina e l'evoluzione del diritto vivente in Germania agli albori del ventesimo secolo</i>	p.	115
2. <i>L'elaborazione dell'aberratio ictus nel codice Rocco: la distinzione normativa dei casi di error in persona e di aberratio</i>	p.	130
2.1. (Segue): <i>lo scorporo dell'aberratio delicti dall'aberratio ictus e l'illusione ottica di una colpevolezza differenziata</i>	p.	137
3. <i>La fattispecie itinerante: il nomadismo dell'aberratio ictus fra i luoghi del codice fino all'insediamento nella sistematica del concorso di reati</i>	p.	144
4. <i>Rilievi conclusivi. L'utilitarismo illiberale alla base dell'art. 82 c.p.</i>	p.	148
Cap. III Analisi della fattispecie e dei suoi rapporti con le altre figure di discordanza tra il 'voluto' e il 'compiuto' nell'ordinamento penale	p.	153
1. <i>Una questione preliminare: i limiti alla 'generalizzazione' dell'art. 82 c.p.</i>	p.	153

2. <i>Profili strutturali: la necessità di un reato consumato secondo il paradigma dell'art. 82. Critica</i>	p.	165
2.1. (Segue): <i>latitudini dell'equivalenza tra il voluto e il cagionato</i>	p.	172
3. <i>L'“uso dei mezzi di esecuzione” come indicatore dell'esistenza di un delitto tentato contro la vittima designata. Critica</i>	p.	176
3.1. <i>Il caso fortuito come limite alla portata della fictio doli imposta dalla norma. Critica</i>	p.	190
4. <i>Le persone offese dal reato aberrante. Il sacrificio del diritto di difesa della vittima designata per la rassicurazione della collettività</i>	p.	196
5. <i>L'aberratio plurilesiva: l'apprendista stregone e la reviviscenza delle garanzie processuali della vittima designata</i>	p.	200
5.1. <i>La natura giuridica e l'ambito di applicazione</i>	p.	207
5.2. <i>La lesione di più persone diverse dalla vittima designata e oltre alla vittima designata</i>	p.	220
6. <i>Il regime di imputazione delle circostanze ai sensi dell'art. 60 c.p.</i>	p.	225
7. <i>Aberratio ictus e legittima difesa</i>	p.	231
8. <i>L'omicidio preterintenzionale aberrante: la fattispecie monolesiva</i>	p.	238
8.1. <i>La fattispecie bilesiva</i>	p.	242
9. <i>L'aberratio ictus nel concorso di persone nel reato</i>	p.	245
 Cap. IV <i>L'aberratio ictus nel prisma del diritto comparato</i>	p.	255
1. <i>L'origine della questione nella tradizione giuridica di common law: dal felony murder al general malice</i>	p.	255
1.1. <i>L'ambito applicativo della norma</i>	p.	264
2. <i>La posizione del problema nel dibattito dottrinale: il versante politico-criminale</i>	p.	276
3. <i>Lo stato del dibattito in Germania. La sua irriducibilità alla contrapposizione “monisti” - “pluralisti”</i>	p.	293
4. <i>La teoria dell'equivalenza: la concezione imperativistica</i>	p.	296
4.1. <i>la concezione ‘personalistica’ (o dell'equivalenza materiale)</i>	p.	297
5. <i>Teorie ‘pluraliste’: la Visualisierungstheorie</i>	p.	303
5.1. <i>La teoria della realizzazione del piano</i>	p.	308
6. <i>La divergenza fra voluto e realizzato nel concorso di persone. Introduzione</i>	p.	314
6.1. <i>Excursus: il caso “Rose-Rosabl”</i>	p.	317
6.2. <i>Excursus: l'“Hoferbenfall” (o “Rose-Rosabl II”). L'aberratio plurilesiva per l'istigatore</i>	p.	324
7. <i>Considerazioni finali</i>	p.	327
8. <i>L'ordinamento spagnolo: lo stato del dibattito prima e dopo la Ley Orgánica n. 8 del 1983</i>	p.	329
8.1. <i>Oltre le tesi dell'unitarietà e della pluralità di reati. La teoria del nesso di rischio di Silva Sanchez</i>	p.	334
9. <i>L'ordinamento francese</i>	p.	337
 Cap. V <i>Le prospettive di riforma</i>	p.	345
1. <i>L'itinerario della riforma: l'abrogazione degli artt. 82 e 83 c.p.</i>	p.	345
2. <i>Una proposta: una fattispecie aberrante per la parte speciale e una fattispecie aberrante per la parte generale</i>	p.	348

2.1. Omicidio aberrante, lesione personale aberrante e morte derivante da diverso delitto: per una revisione della disciplina in tema di divergenza fra il voluto e il realizzato.	p.	352
2.2. La fattispecie di parte generale. Excursus: l'oggetto del dolo nei delitti contro beni diversi dalla 'integrità umana'.	p.	365
3. Rilievi di sintesi e considerazioni finali.	p.	375
<i>Bibliografia</i>	p.	381
<i>Indice dei nomi</i>	p.	401

Elenco delle abbreviazioni

<i>Annali dir. proc. pen.</i>	Annali di diritto e procedura penale
<i>Arch. giur.</i>	Archivio giuridico
<i>Arch. pen.</i>	Archivio penale
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Crim. Law Philos.</i>	Criminal Law and Philosophy
<i>Crim. Law Rev.</i>	Criminal Law Review
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>Dir. pen. cont.</i>	Diritto penale contemporaneo
<i>Dir. pen. proc.</i>	Diritto penale e processo
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>Notre Dame J.L. Ethics &</i>	Notre Dame Journal of Law, Ethics &
<i>Pub. Pol'y</i>	Public Policy
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>GA</i>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>Giur.it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. pen.</i>	Giustizia penale
<i>Ind. pen.</i>	Indice penale
<i>ICLQ</i>	International & Comparative Law Quarterly
<i>JRE</i>	Jahrbuch für Recht und Ethik
<i>Jur. Ausbildung</i>	Juristische Ausbildung
<i>Jus</i>	Jus. Rivista di scienze giuridiche
<i>KritV</i>	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
<i>Leg. pen.</i>	Legislazione penale (La)
<i>Law Philos</i>	Law and Philosophy
<i>NsTZ</i>	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>Nss. D. I.</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>Oxf. J. Leg.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>PAS</i>	Proceedings of the Aristotelian Society
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Sc. pos.</i>	Scuola positiva (La)
<i>Sist. pen.</i>	Sistema penale
<i>Studium iuris</i>	Studium iuris

Studi urbinati

Tex. Law Rev.

J. Crim. Law

U. Pa. L. Rev.

ZJS

Studi Urbinati di scienze giuridiche,
politiche ed economiche

Texas Law Review

The Journal of Criminal Law

University of Pennsylvania Law Review

Zeitschrift für das Juristische Studium

Introduzione

Aberratio ictus ed errore: un banco di prova per la tenuta del sistema giuridico

di Andrea Borroni

Il tema dell'*aberratio ictus* rientra a pieno titolo nel novero dei grandi classici del diritto penale, non solo nazionale, ma, per ovvie ragioni di trasversalità del tema, anche straniero.

Il lavoro che qui si introduce procede in maniera metodologicamente seria, partendo inizialmente con una separazione dal nucleo della *quaestio iuris* di tutte quelle situazioni di fatto che empiricamente si avvicinano: dapprima procedendo 'in via di eliminazione', mediante il raffronto con 'situazioni di vita' funzionalmente consimili a quella *aberrante* e, successivamente, internamente, delineando l'oggetto della trattazione. La tecnica della sottrazione si basa su processi di atomizzazione (segmentazione e eliminazione delle varianti confusorie) che, se da un lato, tolgono alcuni profili di complessità cari ai giuristi, dall'altro lato, permettono, in un dominio attento alla verifica di tutti gli elementi propri di una fattispecie come il diritto penale, di cristallizzare l'essenza del fatto in termini chirurgici.

Come noto, la caratterizzazione per sottrazione muove i propri passi nel terreno della multidisciplinarietà, dalla demarcazione alla prospettiva della filosofia del linguaggio, capaci di lumeggiare i contorni del concetto di errore così come quello di incidente.

D'altro canto, il tema dell'errore è un grande classico del diritto civile e del diritto comparato ma prima ancora di tutte le scienze di

carattere cognitivo: costituendo un elemento cardine in materia di perfezionamento del contratto e rappresentando un terreno fertile per l'analisi delle differenze tra le regole operazionali degli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*¹, la trattazione dello stesso risulta essere diffusamente approfondita; essendo, però, quello di errore un concetto dalla portata generale, esso trova cittadinanza giuridica anche nel diritto penale², ove l'*aberratio ictus* è uno dei contesti in cui la fenomenologia di questo meglio si manifesta, si sviluppa e si dipana.

Il filtro della filosofia analitica permette di sottoporre a revisione critica l'attrazione dell'*aberratio ictus* nell'orbita dell'errore, che in modo traluzio si perpetua nella letteratura manualistica e specialistica attraverso la distinzione fra l'errore-motivo,

¹ Differenze che affondano le proprie radici nel diverso percorso evolutivo seguito dalla teoria dei vizi del consenso: da un lato, con particolare riferimento al sistema francese e a quello italiano, si è avuto un approccio di carattere sostanziale, stando al quale la teoria dei vizi si fonda sui tre pilastri di dolo, errore e violenza; dall'altro lato, nei sistemi di *common law*, si è manifestato un approccio di carattere rimediabile.

² Nonostante la maggior parte degli studi in letteratura di diritto comparato abbia coperto in maniera sistematica le tematiche del diritto privato e del diritto civile in generale, sta emergendo con sempre maggiore chiarezza un filone di studi legato alla comparazione in materia penalistica. Noto come *comparative criminal law* o diritto penale comparato, esso recupera i grandi scritti delle letterature straniere, tedesca e statunitense *in primis* (tra i maggiori esponenti, M.D. Dubber, S.C. Thaman, A. Eser) e si sviluppa parallelamente al progressivo diffondersi di fattispecie criminose transnazionali per le quali si rende necessaria un'intersezione tra i valori e i principi di diritto penale dei diversi ordinamenti anche al di fuori della sfera accademica. L'anello di congiunzione tra questi due diversi domini della comparazione può essere individuato nella figura di Jeremy Bentham: padre dell'utilitarismo – di cui si rinvengono tracce finanche nel codice penale indiano del 1860 – e giurista vissuto a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, questi si è particolarmente stagiato sullo sfondo della storiografia comparatistica per l'originalità del pensiero e per aver toccato numerosi e diversi temi della comparazione; in particolare, nel 1811 aveva scritto a James Madison offrendosi di lavorare alla codificazione del diritto statunitense, attività della quale era un fermo sostenitore con riferimento a tutti i settori del diritto.

asseritamente costitutivo della fattispecie di cui all'art. 47 c.p., e l'errore-inabilità, asseritamente costitutivo delle fattispecie di *aberratio* (artt. 82 e 83 c.p.). Si rileva, pertanto, come l'errore di cui all'art. 47 c.p. designa un fenomeno inerente alla fase 'del giudizio' e si risolve nella fallace cognizione (intellettiva o percettiva) dell'agente su un elemento (condotta, qualifica soggettiva, evento, fine dell'azione se rilevante per la fattispecie astratta) del fatto tipico; l'incidente non appartiene, invece, alla fase 'del giudizio', ricadendo, nell'ideale sviluppo dell'*iter criminis*, nella fase di attuazione, e non già in quella di formazione, della volontà offensiva. La caratterizzazione esterna prosegue sull'asse normativo mediante la differenziazione delle fattispecie di *aberratio* da quelle finitime dell'omicidio preterintenzionale e delle fattispecie aggravate dall'evento.

La caratterizzazione interna si sviluppa mediante l'esemplificazione di un caso immaginario declinato in molteplici varianti, delle quali una suscettiva di inquadramento nella fattispecie aberrante.

Certo è che l'imputazione a titolo di dolo del fatto nell'art. 82 rappresenta (consustanzialmente) una forma di responsabilità oggettiva e, tuttavia, al contempo, neanche la fattispecie di errore sul fatto pare rispondere pienamente a un principio di colpevolezza laicamente inteso. E, invero, laconicamente l'art. 47 c.p. non preclude l'imputazione a titolo di dolo del fatto commesso contro persona diversa da quella rappresentata (come si ricava anche, *a contrario*, dall'art. 60 c.p. in materia di *error in persona*).

Siffatto scarto semantico fra il concetto psicologico di volontà e l'istituto giuridico-penale del dolo (ma la disciplina del dolo

civilistico ne è ammantata similmente³⁾ rivela come anche il principio di colpevolezza, concepito dal pensiero illuministico-liberale in funzione di limite insormontabile dalle istanze di politica criminale, sia permeato dalle medesime esigenze di prevenzione generale alle quali sarebbe destinato a contrapporsi.

Affiora, quindi, la necessità di riformare l'assetto normativo in materia di *aberratio* temperando l'esigenza, imposta dalla Suprema Carta, di attuazione del principio di responsabilità penale per fatto proprio e colpevole e, dall'altro lato, le istanze politico-criminali, le quali, in tema di tutela di beni coesenziali alla pacifica convivenza, come la integrità personale, interferiscono nella configurazione normativa di una colpevolezza autenticamente laica, ossia connotata dalla integrale congruenza fra il titolo formale di ascrizione della responsabilità penale (reato doloso – reato colposo) e il coefficiente psicologico della condotta (volontà – colpa)⁴.

La genealogia della questione inerente al titolo soggettivo di imputazione dell'offesa aberrante nel pensiero giuridico moderno prende le mosse dalla ricostruzione dell'assetto dottrinale nella

³ Il fenomeno del dolo, come quello dell'errore, è trasversale in natura: come nel diritto penale, nel cui contesto svolge le funzioni alle quali si è accennato, anche nel diritto civile esso s'impenna sull'elemento volitivo, rientrando tra i vizi della volontà volti a inficiare la validità di un negozio giuridico causando una serie di effetti che sono stati ampiamente discussi dalla letteratura comparatistica nei vari sistemi.

⁴ Il bisogno di dover ricorrere al sistema giudiziario per dirimere controversie di tal genere è sempre stato considerato con diffidenza, tanto che nel *common law* di matrice anglosassone si preferiva deferire quei casi di reale necessità alla corona: seguendo una logica di centralizzazione del potere giudiziario, il Re in quanto personificazione dello Stato poteva avocare a sé determinate controversie, per preservare la pace del regno (cd. *king's peace*) e l'ordine pubblico da quegli eventi suscettibili di causarne un turbamento.

letteratura germanica del diciannovesimo secolo, nella quale conviene distinguere gli orientamenti in seno alla cd. “scuola” hegeliana, su un fronte, e gli orientamenti degli studiosi di ascendenza illuministico-liberale, su quello opposto.

Dalle contrapposizioni interne fra gli studiosi inscrivibili nella medesima area di influenza giuridico-filosofica emerge l’elevata capacità divisa della questione: nella cd. “scuola” hegeliana la concezione della pena di matrice assolutistica, già di origine kantiana, ossia di rimozione del delitto mediante l’irrogazione della pena che riafferma la vigenza della legge violata, si attaglia sia alla imputazione a titolo di dolo dell’offesa aberrante, sia al riconoscimento di una responsabilità a titolo concorsuale (reato tentato e reato colposo). Concependo in senso forte il carattere assoluto della sanzione penale, si dovrebbe escludere – seguendo Berner e Hälschner – la natura dolosa dell’offesa aberrante, perché il fatto avrebbe estrinsecato solo parzialmente la volontà delittuosa (ossia nel tentativo nei confronti della vittima designata). Concependo in senso debole il carattere assoluto della sanzione penale si dovrebbe viceversa affermare – seguendo Köstlin – la responsabilità dolosa dell’agente per il fatto realizzato, in quanto l’incidente occorso nella attuazione della volontà criminosa non osterebbe al completo dispiegamento di quest’ultima nel fatto (nell’omicidio aberrante, ad esempio, la volontà di uccidere un uomo si sarebbe manifestata nella uccisione di un uomo). Con il linguaggio della dogmatica si può affermare che secondo il primo indirizzo l’*aberratio* costituirebbe un caso di errore sul (o ignoranza del) fatto, ossia di divergenza fra il voluto e il realizzato atta a precludere l’imputazione a titolo di dolo dell’evento tipico;

viceversa seguendo il secondo indirizzo l'*aberratio* costituirebbe un caso di errore di diritto, in quanto la legge penale incriminerebbe la condotta volontaria che, ad esempio, in caso di omicidio, determini la morte di una persona qualunque: in tal senso l'agente verserebbe, quindi, in errore sulla portata del precetto in materia di omicidio, il quale assoggetterebbe alla pena del delitto doloso la condotta diretta a causare la morte di un uomo dalla quale sia conseguita la morte di un uomo, ancorché diverso, a causa di una circostanza accidentale occorsa nella esecuzione del reato, da quello contro il quale la condotta era diretta⁵.

⁵ Per il diritto privato comparato – e, per derivazione, per il diritto commerciale comparato – l'istituto dell'errore è stato oggetto di analisi sotto il profilo in primo luogo semantico. In termini generali, l'errore emerge in un momento precedente rispetto a quello dell'incontro delle volontà delle parti e finisce per sostanzarsi in un accordo che, altrimenti, non sarebbe mai stato concluso. Più nello specifico è possibile distinguere tra errore come vizio del consenso (errore-vizio), il quale deriva da una falsa rappresentazione della realtà, ed errore ostativo, laddove coincida con dichiarazioni inesatte da parte di uno dei soggetti contraenti – e, a tal proposito, nel *common law* sono emerse le fattispecie del *mistake as the nature of a written document* e del *mistake in expressing contract*. Gli elementi in comune tra le due macro-famiglie di *civil law* e *common law* derivano altresì dalle influenze di matrice romanistica; tuttavia, all'errore, di fatto, sono attribuiti significati e connotazioni che non sempre corrispondono – si pensi, a titolo esemplificativo, all'inglese *mistake* che non è totalmente sovrapponibile al concetto di *error* nel diritto scozzese, di *erreur* in quello belga e francese o di errore per l'ordinamento italiano. *Breviter*, nella tradizione di *civil law* la disciplina dei vizi del consenso prende abbrivio dallo *ius* romano, subisce le influenze della dottrina dell'epoca classica, dei Glossatori, del diritto canonico e del giusnaturalismo tipico del XVII secolo. In Francia, le teorie di Domat e Pothier porteranno alla previsione, cristallizzata nell'art. 1100 del *Code Napoleon* del 1804, secondo la quale «*l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet*»; previsione mitigata successivamente dall'opera dell'organo giudicante e dalla riforma del 2016, che comportarono il passaggio dal concetto di errore sulla sostanza a quello di errore sulle qualità essenziali del contratto: viene così in rilievo il solo errore *déterminant*, vale a dire quell'errore senza il quale il soggetto non avrebbe concluso il contratto. Diversi altri Paesi, come Germania, Svizzera e Italia, accoglieranno poi gli spunti di derivazione francese.

Quanto all'indirizzo di pensiero di ascendenza illuministica si rileva una contrapposizione dai risultati analoghi a quelli della cd. "scuola" hegeliana, ma sorretta da difformi argomenti. Per taluni Autori (Beling, Feuerbach, Kohler e Wächter), poiché l'ordinamento sanzionerebbe unicamente la volontaria lesione di un diritto altrui, oggettivata nella violazione della legge penale, l'offesa aberrante integrerebbe sempre gli estremi di un reato doloso consumato, in quanto la volontà di ledere un diritto altrui sarebbe sfociata nella lesione di quel medesimo diritto altrui.

Viceversa, per talaltri (principalmente Binding) andrebbe esclusa la responsabilità a titolo di reato doloso consumato, giacché il relativo trattamento sanzionatorio risulterebbe sproporzionato rispetto alla estrinsecazione della volontà dell'agente nel fatto realizzato. Rispetto agli esponenti del pensiero di matrice illuministico-liberale unicamente la posizione che esclude la responsabilità a titolo di dolo dell'offesa aberrante si conforma alla funzione della pena: se quest'ultima, intesa all'epoca nell'accezione restrittiva della reclusione, deve assolvere efficacia intimidatrice della collettività con il sacrificio della libertà personale del colpevole in misura proporzionata al grado di congruenza tra il fatto di reato commesso e la volontà offensiva, il reato aberrante (*sub specie: ictus*) non può essere equiparato, ai fini del trattamento sanzionatorio, a un fatto di reato *sostanzialmente* doloso.

Con riguardo alla evoluzione normativa della disciplina dell'*aberratio ictus* nell'ordinamento interno si rileva la costante condivisione – dai Codici preunitari, attraverso il Codice Zanardelli, fino al Codice penale vigente – dell'ascrizione a titolo doloso del fatto realizzato. Cionondimeno, nel Progetto

preliminare (1927) del vigente Codice penale l'*aberratio ictus* e l'*aberratio delicti* risultano originariamente regolate nella medesima disposizione (art. 120) con un ambito sanzionatorio più prossimo a quello del concorso fra un reato doloso e un reato colposo, rispetto a quello dell'unico reato doloso consumato. Nel dibattito in seno alla Commissione incaricata della elaborazione del progetto di Codice prevalse la posizione favorevole allo scorporo dell'*aberratio delicti* dalla fattispecie generale di *aberratio*, contemporaneamente mitigando il trattamento sanzionatorio della prima ipotesi (quella attualmente disciplinata dall'art. 83 c.p.) e irrobustendo quello della fattispecie *aberrante* generale (l'attuale art. 82 c.p.), che la letteratura perviene a nominare *aberratio ictus*.

Nella dottrina italiana del diciannovesimo e ventesimo secolo l'imputazione a titolo di dolo del fatto nell'*aberratio ictus* trova, al netto di qualche isolata eccezione (Brusa, Arena) adesione incondizionata: sia nella opinione di giuristi di estrazione illuministica (Carrara, Conti, Impallomeni, Nicolini), sia in quella di giuristi di ascendenza idealistica (Pessina).

L'analisi che, poi, è presente nel testo principale, prosegue analizzando le interrelazioni tra la fattispecie di cui all'art. 82 c.p. e le fattispecie di contenuto omogeneo, censurando le contraddizioni con i principi di colpevolezza, prevedibilità e proporzionalità della sanzione penale, ingenerati nel sistema penale dalla imputazione a titolo doloso dell'offesa aberrante. In linea generale trova conferma l'ipotesi iniziale: la colpevolezza, originariamente concepita come garanzia individuale contro il ricorso arbitrario, da parte del potere legislativo, alla sanzione

penale, risulta essa medesima asservita, sovente, a funzioni repressive.

Esemplari dell'asservimento della colpevolezza alle istanze di prevenzione generale (negativa) sono le fattispecie nelle quali si registra uno iato fra il titolo normativo di imputazione (dolo) e l'atteggiamento psicologico dell'agente (colpa o, eventualmente, responsabilità oggettiva): la preterintenzione, criterio di imputazione normativo privo di precipitati empirici, in quanto, dall'angolazione delle scienze dello spirito, un fatto o è voluto o non lo è, la quale è funzionale esclusivamente all'inasprimento della disciplina sanzionatoria (rispetto al cumulo giuridico delle pene derivante dal concorso fra un reato doloso e un reato colposo); il cd. concorso anomalo (art. 116 c.p.) il quale equipara la disciplina sanzionatoria per il concorrente che ha voluto il fatto di reato commesso e il concorrente che ha voluto un fatto diverso e, eventualmente, non fosse in potere di prevedere il fatto di reato divergente. L'*aberratio ictus*, sia monolesiva sia plurilesiva, si inserisce nella trama di siffatte norme incriminatrici, dilatandone in qualche ipotesi – l'omicidio preterintenzionale aberrante – il perimetro applicativo.

Con specifico riguardo al reato aberrante di cui all'art. 82 c.p. rileva la particolare criticità della fattispecie, la quale fonda l'imputazione a titolo di dolo dell'offesa aberrante anche in mancanza degli estremi di un delitto tentato (contro la vittima designata) e/o di un delitto colposo (in danno della vittima occasionale): la norma attende non solo, quindi, una funzione cd. di disciplina, ossia di inasprimento del regime sanzionatorio per un fatto già autonomamente punibile secondo una diversa disposizione di

legge, ma altresì incriminatrice, in quanto estende la superficie del penalmente rilevante assoggettando a pena l'agente per un fatto privo, eventualmente, di rilevanza penale, allorché la condotta diretta contro la vittima designata non integrasse gli estremi del delitto tentato (ad esempio, nel caso di reato impossibile *ex art. 49 c.p.*) e il delitto in danno della vittima occasionale non integrasse quelli del delitto colposo (ad esempio, nel caso di imprevedibilità dell'evento dannoso).

La giurisprudenza italiana, in tale discorso, riconosce concordemente la conformità alla disciplina comune sull'elemento psicologico del reato della imputazione a titolo doloso del fatto nell'art. 82 c.p.

L'*aberratio ictus* nel prisma del diritto comparato

La comparazione giuridica, almeno per gli aspetti che emergono dagli ordinamenti tedesco, spagnolo e francese, non si fonda su istanze di microcomparazione e confronto diretto con la norma di cui all'art. 82 c.p. e norme regolative della medesima situazione, bensì fra l'art. 82 e l'assetto dei principi generali sulla responsabilità penale, ai quali ricorrono la giurisprudenza tedesca, spagnola e francese per l'inquadramento normativo del fatto in mancanza di una particolare disposizione di legge: principi vs. norma di dettaglio, in un affascinante gioco che coinvolge non solo il formante legislativo ma anche il giudicante che a tali dettami deve dare seguito e concreta applicazione.

Nell'ordinamento anglosassone, il quale dispone di un istituto – il *general malice* – appartenente agli albori del *common law*, si rilevano tanto le ragioni storiche, di semplificazione probatoria e di

indurimento della sanzione penale alla sua origine, quanto il progressivo affermarsi in dottrina della critica al medesimo.

Riguardo all'ordinamento tedesco il dibattito si polarizza intorno a due schieramenti contrapposti nella dottrina penalistica: uno, recessivo, nel quale si inscrivono gli esponenti della *Gleichwertigkeitstheorie*, i quali propugnano l'imputazione a titolo doloso dell'offesa aberrante fondata sulla equivalenza, in punto di meritevolezza della tutela penale, fra il bene lesa e quello attentato; un altro, nel quale si inscrivono gli esponenti della *Konkretisierungstheorie*, nel quale si esclude, in linea di principio, l'imputazione a titolo di dolo dell'offesa aberrante, ravvisando i presupposti, eventualmente, soltanto per la fondazione di una responsabilità concorsuale fra un reato doloso e un reato colposo. Più precisamente il primo degli schieramenti si articola in un orientamento, la *materielle Gleichwertigkeitstheorie*, la quale disconosce la responsabilità a titolo di dolo nei casi di *aberratio ictus* contro i beni di natura cd. personale, sulla base del carattere individuale dei beni vita e incolumità fisica; di contro ravvisa la responsabilità a titolo di dolo nei casi di *aberratio ictus* contro i beni di natura patrimoniale, giacché questi ultimi non risulterebbero tutelati dall'ordinamento *in re ipsa*, ma soltanto in quanto proiezione del diritto reale o di un potere equivalente (il possesso) del soggetto passivo del reato. Sotto quest'ultimo profilo risulterebbe quindi non rilevante, quale esimente idonea ad escludere la responsabilità dolosa dell'agente, la circostanza accidentale che ha sviato la condotta verso un bene materialmente distinto da quello rappresentato dall'agente. La *Konkretisierungstheorie* si articola a sua volta nella *Tatplantheorie* e nella *Visualisierungstheorie*: secondo la

Tatplantheorie lo sviamento eziologico dell'azione preclude l'imputazione a titolo di dolo del fatto realizzato, allorché il fatto non abbia realizzato lo scopo della condotta (*Tatplanverwirklichung*); la *Visualisierungstheorie*, la quale esclude la responsabilità dolosa dell'agente soltanto nella ipotesi in cui la vittima occasionale fuoriesca dall'area di rischio attivata dalla condotta tipica. Nella giurisprudenza si esclude concordemente la natura dolosa dell'offesa aberrante, ravvisando nella situazione il concorso fra un reato doloso e un reato colposo.

In ordine all'ordinamento spagnolo si rileva la esclusione della responsabilità dolosa nell'indirizzo maggioritario della dottrina e, all'inverso, il riconoscimento della stessa nella giurisprudenza.

Nell'ordinamento francese risulta consolidata, ancorché alquanto assertivamente, la tesi della natura dolosa del reato aberrante.

Nonostante quanto appena descritto possa essere considerato lo stato dell'arte, il dibattito sulle prospettive di riforma non si è ancora sopito, rimanendo tuttora vivace e attuale.

Le prospettive di riforma

Movendo dalle acquisizioni della comparazione giuridica e della ricostruzione genealogica, sia attraverso la storia del pensiero penalistico sulla questione del titolo di imputazione dell'offesa aberrante, sia attraverso la evoluzione normativa dell'*aberratio ictus* nell'ordinamento italiano, emergono prospettive di riforma dell'assetto normativo della materia secondo le seguenti direttrici:

Abrogare gli artt. 82 e 83 c.p., in quanto *aberratio ictus* e *aberratio delicti* risultano distinte configurazioni giuridiche di un'unitaria situazione di vita: sia, infatti, che il delitto risultante dal fattore

aberrante costituisca un diverso titolo oggettivo (*aberratio delicti*), sia che costituisca un titolo oggettivo corrispondente (*aberratio ictus*) a quello del reato voluto, l'evento lesivo in danno della vittima occasionale non è investito dalla volontà dell'agente e, pertanto, deve essere esclusa la sua imputazione a titolo doloso.

Abrogare il delitto di omicidio preterintenzionale per ragioni di coordinamento sistematico con l'abrogazione dell'art. 82, oltre che in quanto espressione secondo l'unanime dottrina di un paradigma di responsabilità oggettiva.

Strutturare l'art. 586 c.p. come una disposizione a più norme: la prima diretta a designare il fenomeno della *eterogeneità* fra il voluto e il realizzato (di cui alla vigente disposizione del primo comma), in cui l'agente si rappresenta un fatto di reato diverso da quello commesso (ad. es. spaccio di sostanze stupefacenti dal quale deriva la morte dell'assuntore delle medesime); la seconda atta a designare il fenomeno della *omogeneità* fra il voluto e il realizzato, nella ipotesi di cui al novello secondo comma, in cui il fatto voluto, ancorché divergente da quello realizzato, fosse diretto a offendere il medesimo bene di 'categoria' (lesione personale dalla quale deriva la morte del soggetto passivo); la terza diretta a designare il fenomeno della *equivalenza* fra il voluto e il realizzato, di cui al novello terzo comma, in cui il fatto voluto e il fatto realizzato, benché materialmente distinti, integrino il medesimo titolo oggettivo di reato (omicidio tentato verso la vittima designata dal quale deriva la morte della vittima occasionale). Il trattamento sanzionatorio è modulato conseguentemente al grado di congruenza tra l'offesa voluta e l'offesa realizzata: circostanza aggravante a effetto comune, con aumento fino a un terzo della

pena del reato colposo – ossia il fatto non voluto del quale deve essere in ogni caso provata la prevedibilità – (già stabilito al vigente comma primo); circostanza aggravante a effetto speciale con aumento fino alla metà della pena del reato colposo (nella ipotesi di cui al novello secondo comma); circostanza aggravante a effetto speciale con aumento da un terzo alla metà della pena del reato colposo (nella ipotesi di cui al novello terzo comma).

Infine si propone l'introduzione di una nuova fattispecie aberrante di parte generale, diretta a regolare tutte le situazioni di reato aberrante offensivo di beni diversi dalla vita e dalla integrità personale. Anche in quest'ultimo caso si esclude la responsabilità dolosa per il fatto non voluto, con la previsione di una circostanza aggravante a effetto comune (aumento della pena fino a un terzo) per il reato colposo.

L'ipotesi di riforma avanzata ricerca un punto di equilibrio fra la completa attuazione del principio di colpevolezza, la quale imporrebbe di limitare la sanzione penale al grado di adesione psicologica dell'agente al fatto, sia nelle ipotesi di fatto voluto lecito sia in quelle di fatto voluto penalmente rilevante, e le esigenze di prevenzione generale, le quali in tema di protezione dei beni fondamentali dell'uomo – si ricordi che si ricorre all'art. 82 c.p. principalmente in tema di omicidio e lesione personale – richiedono un irrobustimento della disciplina sanzionatoria.

Di fatto, si tratterebbe di una soluzione già pendente all'interno del sistema; ciononostante, nel momento in cui tale metamorfosi costituzionalmente orientata venisse presa in considerazione e attuata, ci si troverebbe dinanzi a un cambiamento radicale, a una vera e propria rivoluzione copernicana del sistema di inflizione

delle pene che creerebbe conseguenze significative, anche dal punto di vista culturale, sul sistema di amministrazione della giustizia, interessando finanche i rapporti tra difesa e accusa e una corsa verso un sistema di contrappesi sostanziali e processuali ineludibile stante l'incidenza sociale e il bene giuridico tutelato⁶.

⁶ In sintesi, i risvolti di una significativa evoluzione e metamorfosi normativa in tema di *aberratio ictus* potrebbero interessare diverse dinamiche del sistema giudiziario; per esempio, è di grande interesse per gli accademici valutare come queste ipotesi applicative dell'istituto *de quo* possano configurarsi all'interno di un sistema in cui si prospetta la separazione delle carriere tra magistratura giudicante e inquirente. In tal senso, volgere lo sguardo ai sistemi di *common law* come spunto di riflessione – se non anche come punto di partenza – per questa e ulteriori riforme non parrebbe un'idea peregrina. D'altronde, anche la disciplina civilistica dell'errore è oggetto di continui ripensamenti, ricatalogazioni, finzioni giuridiche e compromessi e sensibile ai delicati equilibri tra certezza del diritto e giustizia, circolazione del dato giuridico e corrispondenza tra il dichiarato e il voluto.

CAPITOLO I

Inquadramento concettuale e normativo del tema

SOMMARIO: 1. Premessa. Origine e sviluppo dell'*aberratio ictus* come problema d'imputazione per i delitti di sangue. – 2. Errori e incidenti, *error in persona* e *aberratio ictus*. – 3. L'art. 82 nella trama delle norme che disciplinano il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato. *Aberratio ictus* ed errore sul fatto. – 3.1. *Aberratio ictus* ed *error in persona*: i profili differenziali (rinvio). – 3.1.1. I profili comuni: l'imputazione dei fatti circostanziali (rinvio). – 3.2. *Aberratio ictus* e *aberratio delicti*. – 4. Prima verifica dei rilievi svolti. L'*aberratio ictus* non sostanzia una situazione di errore. – 4.1. (*Segue*): fisionomia dell'*aberratio ictus*. – 4.2. (*Segue*): l'omogeneità strutturale tra l'*aberratio ictus*, l'omicidio preterintenzionale e il reato aggravato dall'evento. – 5. Il perdurante dibattito sulla funzione dell'art. 82: tra conferma delle regole generali in materia di imputazione dolosa, deroga rientrante nell'alveo del principio di colpevolezza e paradigma di responsabilità oggettiva.

1. Premessa. Origine e sviluppo dell'*aberratio ictus* come problema d'imputazione per i delitti di sangue.

L'*aberratio ictus* costituisce senz'altro un tema classico del diritto penale, in quanto oggetto di indagine almeno dalla seconda metà del diciannovesimo secolo. Infatti, ancorché la questione inerente alla responsabilità dell'agente per l'offesa in danno di persona diversa da quella prescelta sia dappriincipio affiorata nella tradizione di *common law* inglese del 1600¹, è principalmente merito della letteratura tedesca la tematizzazione dell'*aberratio*, sotto forma di problema concernente la imputazione soggettiva dell'evento, nella speculazione filosofico-penalistica della modernità.

Volendo rintracciare l'occasione che ha stimolato la riflessione penalistica sul tema, si potrebbe richiamare il caso "Rose-Rosahl", deciso dalla Corte

¹ Si tratta dell'istituto del *transferred* (o *general*) *malice* (o *intent*), elaborato (e sviluppato) dalle Corti anglosassoni del diciassettesimo e diciottesimo secolo per assoggettare alla pena capitale, stabilita per il delitto di omicidio (*murder*), il responsabile della morte di persona distinta dalla vittima designata. Sul tema si rinvia alla sezione del lavoro sull'esperienza comparata (*infra*, cap. IV, §§ 1., 1.1., 2., 2.1.).

Suprema prussiana il 5 maggio 1859: un tale Rose, ingaggiato da Rosahl per assassinare un rivale in affari (Schliebe), uccide per un errore di identificazione persona diversa (Harnish). Sia Rose sia Rosahl sono ritenuti colpevoli per il fatto a titolo di omicidio doloso e, per l'effetto, condannati alla pena capitale. Tanto per il primo quanto per il secondo, il fatto – si ritiene – costituisce un caso di concorso di persone in omicidio (doloso), stante l'irrilevanza, anche per Rosahl, della divergenza tra la vittima designata nel mandato criminoso e la persona uccisa.

Tuttavia parte della dottrina tedesca, allo stato predominante, ravvisa soltanto in riferimento a Rosahl gli estremi dell'omicidio colposo. Da quest'ultima angolazione per Rose si profilerebbero gli estremi di una responsabilità a titolo di omicidio doloso per aver ucciso Harnish, mentre in riferimento a Rosahl quelli di una responsabilità a titolo di tentativo di compartecipazione nell'omicidio (§ 30 - 211 *StGB*) per l'uccisione di Schliebe e a titolo di omicidio colposo per l'uccisione di Harnish. Con particolare riferimento a Rosahl dapprima andrebbe esclusa la natura dolosa del fatto, in quanto l'errore nell'identificazione del 'bersaglio' (*error in persona vel in obiecto*) commesso da Rose andrebbe assimilato a uno sviamento dell'azione (*aberratio ictus*) dalla volontà di Rosahl emergente dal mandato omicidiario; quindi si profilerebbe una responsabilità a titolo di omicidio colposo, dipendente dalle carenti indicazioni fornite da quest'ultimo a Rose per identificare Schliebe².

Benché il sintagma *aberratio ictus* evochi un errore nella fase esecutiva del reato compatibile con qualsiasi reato causalmente orientato e con un soggetto passivo od oggetto materiale nel fatto tipico (a titolo esemplificativo, i delitti di danneggiamento, di uccisione di animali o, tra i reati contravvenzionali, la molestia o il disturbo alle persone, il getto pericoloso di cose), nella tematizzazione della questione da parte di dottrina e giurisprudenza la riflessione si polarizza tradizionalmente intorno ai delitti di sangue: soltanto i delitti di omicidio e lesione personale sorreggono il dibattito in ordine alla responsabilità penale – e al suo titolo (dolo o colpa) – dell'agente per l'offesa

² Per l'analisi del caso si rinvia all'ultima sezione dell'elaborato, riservata all'esperienza comparata (*infra*, cap. IV, § 3).

in danno di persona diversa dalla vittima predestinata, mentre nei delitti contro il patrimonio o beni di carattere individuale (ad esempio, la dignità sociale) distinti dalla integrità fisica si arguisce concordemente la natura dolosa del fatto realizzato.

Sicché conviene fin d'ora rilevare che, dopo oltre quattro secoli di storia dall'emersione della questione nel diritto anglosassone, il campo applicativo dell'*aberratio ictus* sembra immutato: al di fuori di qualche sporadica pronuncia³, non si registra traccia nelle rassegne giurisprudenziali italiane e straniere di riferimenti a reati aberranti diversi dall'omicidio e dalle lesioni personali⁴. In tal senso l'art. 82 del codice penale profila con estrema precisione terminologica la 'situazione di vita' che la scienza giuridica moderna denomina *aberratio ictus*.

L'origine del legame preponderante tra l'*aberratio ictus* e i delitti di sangue dipende dal valore primario rivestito dalla integrità fisica, da intendere come sintesi dei beni vita e incolumità personale. L'importanza cardinale di siffatti beni per la convivenza civile ha senz'altro influito, in funzione di accertamento del fatto e di punizione del colpevole, sulla gemmazione dai delitti di sangue, in particolare dai fatti di omicidio, delle categorie angolari della dogmatica penalistica: dal corpus delicti nel diritto processuale al nesso di causalità, al dolo e, di riflesso, all'errore nel diritto sostanziale.

Cionondimeno, sebbene concepito e sviluppato nella forma di un problema d'imputazione circoscritto ai reati di sangue, l'*aberratio ictus* non eserciterebbe una forza attrattiva di siffatta sul dibattito scientifico se fosse equiparato, in rapporto alle conseguenze sanzionatorie, alle fattispecie di errore e aberratio di cui, rispettivamente, agli artt. 47 e 83 c.p.

Se infatti, stando al combinato disposto degli artt. 42, comma primo, e 43 c.p., la responsabilità dolosa (sub specie, per il requisito della

³ In tema di danneggiamento aberrante v. Cass., Sez. I, 22 ottobre 2012, n. 43192, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1, 46 ss.; Trib. Arezzo, 29 aprile 2014, in *Leggi d'Italia, Massima redazionale*, 2014; in tema di minaccia, ingiuria e molestie aberranti cfr. Trib. Bologna, 23 ottobre 2013, n. 2122, in *Corti di merito*, 2013, 443 ss.

⁴ In tal senso G. PILEGGI, *Il reato aberrante (aberratio ictus)*, Roma, Gangemi Editore, 1986, 1, considera la disciplina di cui all'art. 82 c.p. un «particolarismo normativo».

rappresentazione) importa la conoscenza da parte dell'agente di tutti i dati del fatto costitutivi della fattispecie, l'ignoranza di uno di siffatti dati-elementi – nei casi di aberratio, il soggetto passivo del reato consumato – non è compatibile con l'ascrizione a titolo di dolo dell'evento. Al più, ricorrendone i presupposti, dalla ignoranza può insorgere la responsabilità colposa per il fatto, ma in nessun caso dolosa⁵. Sicché si deve riconoscere nell'art. 82 c.p., aderendo alla communis opinio nella dottrina contemporanea, uno dei lasciti del pensiero giuridico canonistico costituito dalla teorica del “versari in re illicita”, in nota contraddizione con il diritto penale della colpevolezza costituzionalmente fondato.

Sennonché mette conto notare che financo negli ordinamenti in cui il fenomeno aberrante non è regolato da una specifica norma, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza si segnala un nutrito orientamento che inquadra nel reato doloso consumato il fatto realizzato. Inoltre anche la dottrina italiana annovera tra le sue fila un cospicuo e autorevole indirizzo di pensiero che ravvisa nella norma in commento semplice funzione, per così dire, ricognitiva del diritto positivo in materia di responsabilità dolosa, segnatamente in materia di oggetto della imputazione a titolo doloso⁶.

⁵ Analogamente M. MASUCCI, *Aberratio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Catenacci e al., Milano, 2006, 2: «Nel ricostruire il dolo appare allora indispensabile riferirsi all'evento come preciso dato storico, ponendo il problema della sua effettiva appartenenza ad un soggetto. (...) Non dovrebbe dimenticarsi che sul piano della legislazione ordinaria l'art. 43, riferendo il dolo all'evento come conseguenza della condotta, dà fondamento positivo alla necessità che in esso si riflettano il decorso causale ed il suo risultato concreto». Concorde, ancorché secondo un dissimile ordine di argomentazioni, G. ESPOSITO, *Dalla divergenza dell'oggetto materiale nel concorso di persone “anomalo” all'aberratio causae. riflessioni in materia di dolo*, in *Indice penale*, 2001, 3, 1168 ss.

⁶ Con il lessico dell'ermeneutica giuridica si disquisirebbe di una norma – l'art. 82 c.p. – con funzione interpretativa e “monitoria”: interpretativa in quanto declinante le regole sovrintendenti l'imputazione soggettiva, ossia, usando la dizione benthamiana, «non una legge nell'accezione precipua del termine, vale a dire l'estrinsecazione di un atto di volontà del Legislatore in un determinato tempo, bensì esclusivamente l'attestazione del diritto vigente in una determinata materia» (J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1823, 302); “monitoria”, in quanto assolverebbe la funzione di rinforzare la vigenza della

Dall'angolo visuale di codesto indirizzo interpretativo, l'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione risulterebbe un dato incolore, ai fini del giudizio di colpevolezza, dell'accadimento storico, giacché sia l'elemento oggettivo (ad esempio, la causazione della morte di un uomo) sia l'elemento soggettivo (la volontà di uccidere un uomo) costitutivi del reato (l'art. 575 c.p.) si sarebbero concretizzati nel fatto.

Non si trascura che l'orientamento poc'anzi indicato è stato costantemente avversato da quello che qualifica la vicenda aberrante alla stregua del concorso, eventuale, fra il tentativo contro la vittima designata e il reato colposo in danno della vittima occasionale. Del pari non sembrano residuare dubbi sul fatto che quest'ultimo orientamento sia l'unico conforme a un diritto penale improntato al carattere personalistico dell'illecito penale. Sennonché si ritiene opportuno indagare le origini della persistenza, ancora attuale, nel tempo in cui è matura la rilettura del diritto penale alla luce del principio di colpevolezza, dell'indirizzo che ravvisa nel caso un'ipotesi ordinaria di responsabilità dolosa.

Dall'angolazione filosofico-giuridica l'ascrizione a titolo doloso del fatto realizzato sembra riposare sulla sopravvalutazione della funzione prescrittiva della norma giuridica⁷ rispetto a quella descrittiva: ancorché la vicenda aberrante configuri, eventualmente, un delitto tentato verso la persona designata e un reato colposo in danno della persona diversa, l'art. 82 c.p. attribuisce rilevanza penale, come reato doloso, soltanto al fatto in danno di

disciplina ordinaria in materia di imputazione soggettiva, puntualizzandone il contenuto mediante la specifica regolamentazione della situazione *aberrante*.

⁷ Ancorché non in riferimento all'art. 82, autorevole dottrina (M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffrè, 1951, 133) ha negato la compatibilità fra imperativismo e responsabilità oggettiva, in quanto non si potrebbe ricavare dalle norme che imputano il fatto in assenza di dolo e colpa dell'agente, «alcun appello alla volontà» del colpevole. Proprio perché l'imputazione dell'evento prescinde dal dolo e dalla colpa dell'agente, la norma incriminatrice non concreterebbe un precetto diretto alla volontà di quest'ultimo. In realtà, considerando che le ipotesi normative di responsabilità oggettiva accedono o a reati già perfetti (art. 586 c.p.), o ad atti (art. 584 c.p.) o a condotte (artt. 82, 83 c.p.) dirette a commettere reati, sembra che esse configurino imperativi rafforzati (dal rafforzamento della sanzione) diretti a dissuadere i consociati dai 'reati-base' ovvero dagli atti/condotte diretti a commetterli.

quest'ultima, giacché rispondente a una volontà in antitesi con il precetto ordinamentale⁸. In linea con siffatto ordine di idee la configurazione normativa dell'*aberratio ictus* risponderebbe a istanze della cd. giustizia sostanziale, sanzionando l'agente per aver leso proprio l'interesse che aveva in animo di offendere, e precludendo conseguentemente l'accertamento sia della idoneità offensiva della condotta nei confronti della vittima designata sia della prevedibilità del fatto in danno della vittima occasionale⁹.

In realtà – come ci si accinge a dimostrare – l'art. 82 c.p. indica una grave battuta di arresto nella attestazione, conforme al dettato costituzionale, di un paradigma di responsabilità penale senz'altro fondato su «criteri di effettiva e concreta appartenenza spirituale» del fatto all'agente, ma contemporaneamente restio a ogni «forma di addebito etico e moralistico»¹⁰.

2. Errori e incidenti, *error in persona e aberratio ictus*.

Nella introduzione al tema si ha avuto cura di osservare che l'*aberratio ictus* si presenta al pensiero giuridico moderno, analogamente alle altre disposizioni che regolano il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato, a guisa

⁸ In ossequio a una costruzione puramente normativa *à la* Kelsen della responsabilità penale, nella quale l'elemento psicologico del fatto scolora nel titolo legale di imputazione del fatto costitutivo di reato. Sul tema cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Aalen, Mohr Siebeck, 1984, 156: «Altrettanto poco significativa, al pari del principio di causalità, è la teoria dello scopo per descrivere il rapporto fra il soggetto attivo e l'oggetto giuridico del reato. Se il fatto illecito ha costituito il fine dell'azione, ossia se è stato voluto dal soggetto, è senz'altro determinante per il giudizio di imputazione. Tuttavia anche nei casi in cui si può considerare voluto un fatto imputato dalla legge all'agente, è inesatto ritenere che l'imputazione dolosa presupponga e dipenda dalla volontà dell'agente. L'imputazione costituisce sempre il risultato di un procedimento normativo! (...) Il fatto non è doloso perché l'agente lo ha voluto, ma perché la legge lo imputa a titolo di dolo». ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Mohr Siebeck, 1934, 216 ss., sul ruolo assorbente dell'azione nel giudizio di imputazione con la conseguente relegazione dell'evento nella sfera delle condizioni obiettive di punibilità.

⁹ Sul punto, in senso critico, si veda M. ROMANO, *Contributo all'analisi della «aberratio ictus»*, Milano, Giuffrè, 1970, 89 ss.

¹⁰ G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 109 ss.

di un problema di determinazione del titolo di imputazione soggettiva dell'evento nei delitti di sangue. Al di fuori di alcuni frammenti nel diritto comune, nei quali già si rinviene il lemma, può attribuirsi a Pfothenauer la paternità dell'espressione *aberratio ictus*, nel significato correntemente ad esso ascritto.

Come conviene a ogni esercizio definitorio, l'Autore cesella la nozione di *aberratio* ricalcando l'area di intersezione con le figure finitime del cd. errore-motivo e dell'*error in persona* (quest'ultima intesa come *species* del primo):

Si definisce in errore colui che ritiene esistente l'inesistente, afferma ciò che deve essere negato, nega ciò che deve essere affermato; versa in una situazione di *aberratio*, viceversa, colui che, intenzionato a offendere qualcuno, manca 'il bersaglio' al quale era diretto il colpo. Il primo errore deriva da una eccessiva impazienza dell'intelletto, che impedisce alla vista di discernere e scoprire ciò che si nasconde sotto l'inganno; il secondo dall'uso improprio delle forze del corpo, ovvero da altre cause estrinseche sopraggiunte alla condotta. (...) Sicché risulta evidente la differenza intercorrente tra la situazione di colui che uccide una persona, confusa per errore con la persona che voleva uccidere, dalla situazione di colui il quale, intenzionato a uccidere una persona, commette un errore al momento del colpo e ne uccide un'altra¹¹.

A ben vedere, tuttavia, distinguere l'*aberratio ictus* dalle fattispecie contigue dell'errore sul fatto e dell'*error in persona* non è sufficiente per una completa *actio finium regundorum* della situazione aberrante. Al più, il raffronto con l'errore sul fatto e l'*error in persona* permette di rimarcare il confine interno tra le singole ipotesi di errore; non basta, invece, a enucleare il contenuto dell'*aberratio ictus*, nel quale risiede il fondamento della divergenza tra il fatto realizzato e la volontà dell'agente. Infatti, mentre la nozione di errore si deduce a contrario da quella di dolo, nei termini di mancata rappresentazione del fatto di reato, *aberratio ictus* e dolo non interagiscono secondo la medesima contrapposizione dialettica. Ciononostante, a causa del richiamo nel testo dell'art. 82 c.p. al fenomeno dell'errore, si attribuiscono alla fattispecie speciale (l'*aberratio ictus*) i lineamenti della fattispecie generale (l'errore), collocando così l'*aberratio ictus* nella tematica della divergenza tra fatto e volontà.

¹¹ E. K. PFOTENHAUER., *De delicto per errorem in persona commisso*, Halle, Gebauer, 1828, 7 ss.

Senonché, mentre errore e dolo sostanziano entrambi atteggiamenti psicologici pertinenti alla fase di formazione della volontà lesiva, l'aberratio prende forma nello svolgimento della condotta. A conferma di quanto rilevato, è sufficiente notare che mentre errore e volontà non possono, ad ogni evidenza, concorrere nella realizzazione dello stesso fatto di reato, niente pregiudica il concorso di aberratio ictus ed errore nella stessa vicenda: in tal senso basta integrare l'usuale esempio della battuta di caccia in tema di errore sul fatto, aggiungendo alla difettosa cognizione del 'bersaglio' – l'uomo 'confuso' con la selvaggina – un difetto di mira da parte dell'agente, dal quale consegue l'offesa a persona diversa da quella 'scambiata' con la selvaggina. In entrambe le ipotesi – volontà correttamente formata e volontà viziata da una conoscenza difettosa – se a causa di un errore nell'esecuzione del reato l'agente colpisce una persona distinta dal 'bersaglio', il risultato conseguito resta estraneo alla sua volontà.

Come affiora già in fase di analisi preliminare, in quest'ultimo frangente la persona offesa non costituisce l'oggetto di una falsa (o vera) rappresentazione da parte del soggetto. Invero l'offesa in danno della vittima effettiva non costituisce affatto oggetto della rappresentazione psichica dell'agente al tempo della condotta: quest'ultimo non formula un giudizio, come nell'ipotesi dell'errore, fallace sul soggetto passivo-oggetto materiale del reato (la vittima occasionale), il quale non è attinto dall'attività intellettuale dell'agente.

Breve: l'errore integra necessariamente la divergenza fra il voluto e il realizzato, ma la divergenza fra il voluto e il realizzato non concreta necessariamente un errore, come nel caso dell'aberratio.

Sul tema John Austin ha rimarcato che, già secondo il comune sentire, non ogniqualevolta il soggetto ottiene un risultato diverso da quello voluto, esso dipende da un 'errore'. Quando l'azione è motivata da una erronea conoscenza della realtà si assiste a un 'errore'; quando, invece, l'azione è sorretta da una conoscenza esatta della realtà, ma nel corso del suo svolgimento è alterata dal maldestro uso dei mezzi di esecuzione del reato o dal verificarsi di circostanze casuali, si assiste a un 'incidente'.

Conviene mutuare gli esempi addotti da Austin per indicare la linea di demarcazione tra l'*errore* e l'*incidente*.

A possiede un asino e ne possiede uno anche B ed entrambi pascolano nello stesso campo. Un giorno A decide di uccidere il proprio asino. Si reca al campo, mira ed esplose il colpo. L'animale stramazza al suolo. Tuttavia, dopo essersi avvicinato alla carcassa, scopre di aver ucciso sciaguratamente l'asino di B. A bussa alla porta di B. Come giustifica il fatto? Si è trattato di un errore o di un incidente? Di nuovo, A vuole uccidere il proprio asino. Mira e spara ma, contestualmente all'esplosione del colpo, gli animali si muovono e il proiettile trafigge l'asino di B. A bussa alla porta di B. Come giustifica il fatto? Si è trattato di un errore o di un incidente?¹²

Entrambi i casi rivelano una divergenza fra il voluto e il realizzato: tuttavia il primo profila un'ipotesi di errore, giacché l'agente *riteneva* di perseguire il risultato voluto, mentre, in realtà, aveva diretto la condotta verso un risultato *diverso*; il secondo, invece, profila un'ipotesi di incidente, giacché l'agente ha effettivamente diretto la condotta verso il risultato voluto, ma, in seguito a circostanze accidentali, ha conseguito un diverso risultato. Nel primo caso l'agente non aveva consapevolezza di ciò che stava tentando di fare, in quanto incapace di distinguere il proprio asino da quello appartenente all'amico; nel secondo aveva contezza di ciò che stava tentando di fare, in quanto aveva correttamente individuato il proprio asino, ma, a causa dell'improvviso movimento degli animali, ha colpito quello dell'amico. Ricalca con precisione il *discrimen* tra *error in persona vel in obiecto* e *aberratio ictus* Jakobs, allorché ravvisa, riguardo all'*error in persona*, il susseguirsi di un «errore di valutazione» (delle conseguenze giuridico-penali condizionate alla condotta) a un «errore di conoscenza» (sulla identità del soggetto passivo), quanto all'*aberratio ictus*, viceversa, il susseguirsi di un «errore di conoscenza» (sul soggetto passivo

¹² J. AUSTIN, *A Plea for Excuses: The Presidential Address*, in *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 1956, 57, 10, nt. 4. Prospetta una coppia di esempi omogenei, richiamando espressamente lo scritto di Austin, F. TOEPEL, *Error in persona vel obiecto und aberratio ictus*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1994, 2, 413. Una distinzione efficace tra le nozioni di errore e incidente, ricalcata su quella di Austin, si trova in A. DILLOF, *Transferred Intent: An Inquiry Into the Nature of Criminal Culpability*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, 512 ss.: «Nei casi di errore l'agente riconosce la sussistenza di una convergenza (*tra fatto e volontà*), ma si dissocia da quella volontà, in quanto formata sulla base di una falsa conoscenza della realtà. (...) Viceversa, nei casi di incidente l'agente nega la volontà del fatto che gli è imputato a titolo doloso». *Contra* G. L. WILLIAMS, *The Mental Element in Crime*, Jerusalem, Magnes Press, 1965, 16.

raggiunto dall'offesa) a un «errore di valutazione» (sul decorso eziologico della condotta). Mentre nell'ipotesi di “error” l'errore sul fatto (intorno alla identità del soggetto passivo) importa necessariamente l'errore di valutazione (intorno agli effetti giuridico-penali della condotta), nell'ipotesi di aberratio quest'ultimo (intorno questa volta allo sviluppo causale della condotta) non importa necessariamente la lesione in danno della vittima sventurata, in quanto l'offesa in danno di quest'ultima può dipendere dall'innestarsi di qualsivoglia accadimento nella sequenza causale del fatto (è il senso del riferimento a «un'altra causa» dell'art. 82 c.p.) eccentrico rispetto al rischio insito nell'azione dolosa¹³.

Acquisito il carattere non solo nominale, ma anche reale della differenza tra errore e incidente, sembra interessante esaminare le sue ricadute sul terreno della responsabilità penale: il primo caso profila un'ipotesi di responsabilità dolosa per il delitto di cui all'art. 544-bis c.p.; il secondo un fatto penalmente irrilevante per l'uccisione dell'asino di B e, eventualmente, un'ipotesi di responsabilità a titolo di delitto tentato per il tentativo di uccidere il proprio asino. Nel primo caso A è ritenuto colpevole a titolo doloso del delitto di uccisione di animali (art. 544-bis c.p.), ma non di quello di animali altrui (art. 638 c.p.), ignorando egli l'appartenenza a B dell'asino; nel secondo caso egli è ritenuto colpevole, ricorrendone gli estremi oggettivi, a titolo di uccisione di animali tentata per il tentativo di uccidere il proprio asino, mentre a nessun titolo potrà essergli ascritta l'uccisione dell'asino di B, stante l'irrilevanza penale a titolo colposo dell'uccisione di animali.

Come è agevole constatare, la differenza tra la prima e la seconda situazione ravvisata sul terreno della filosofia del linguaggio trova riscontro anche nell'addentellato normativo in materia di elemento psicologico del reato. Il primo caso, denominato nella letteratura *error in objecto*, esemplifica un'ipotesi di errore sull'identità dell'oggetto materiale del reato, irrilevante per la legge che, mediante la ‘minaccia’ sanzionatoria, presidia l'interesse ritenuto

¹³ G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, Klostermann, 2012, 74, trad. it. a cura di Cornacchia, *Sistema della imputazione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 74.

meritevole di tutela penale, indifferentemente dalla sua singolare personificazione. Il secondo caso, denominato dalla letteratura *aberratio ictus*, esemplifica per converso un'ipotesi di offesa in danno della persona o cosa, oggetto materiale del reato, che l'agente non si è rappresentato al tempo della condotta. Ancorché la legge protegga indifferentemente ogni entità che sostanzia l'interesse meritevole di tutela (penale), essa non punisce indifferentemente sia colui che ha voluto il risultato lesivo, sia colui che lo ha causato per colpa, sia colui che lo ha causato per circostanze fortuite: anzi, nell'ultima ipotesi non lo punisce affatto. Ne consegue che nei casi di *aberratio ictus*, diversamente da quelli di *error in persona vel in objecto*, il fatto realizzato non è di regola imputato a titolo doloso all'agente. L'eccezione è costituita dall'art. 82 c.p., che viene in rilievo nell'ipotesi in cui l'agente abbia voluto uccidere o ferire una persona e, per errore, ne abbia ucciso o ferito un'altra. La norma, come noto, considera doloso il fatto commesso in danno della persona diversa dalla vittima designata.

È tempo di un primo bilancio: le brevi considerazioni svolte in tema di errore e incidente confermano che l'*aberratio ictus* cattura l'interesse del diritto penale quando nel reato vengono in rilievo la vita e l'incolumità fisica di un essere umano, mentre nei reati in cui vengono in rilievo beni di valore minore la forza attrattiva del tema decresce sensibilmente. Insorge il sospetto che l'imputazione a titolo di dolo del fatto nell'art. 82 c.p. non promani dalla imputazione al medesimo titolo nell'art. 60 c.p., giacché i reati diversi da quelli di sangue esulano dal campo di applicazione della norma e, conseguentemente, si esclude la responsabilità dolosa per l'offesa in danno della cosa o dell'animale attinti accidentalmente. Affiora dunque la *ratio* dell'art. 82 c.p., la quale, ben distante dalla pretesa equivalenza tra *aberratio ictus* ed *error in persona*, origina da opzioni di politica criminale le quali, trainate da obiettivi di marcata prevenzione generale dei delitti contro la vita e l'incolumità fisica¹⁴, riducono la volontà del fatto a vuoto simulacro,

¹⁴ L'art. 82 c.p. costituisce un esempio paradigmatico della torsione della colpevolezza alle esigenze della prevenzione generale: da limite contro il ricorso arbitrario alla incriminazione e alla sanzione penale da parte del legislatore, la colpevolezza, riempita di funzioni politico-criminali e quindi svuotata del proprio afflato garantista,

convertendo il dolo da «fenomenica volizione antidoverosa dell'agente (...) in un giudizio incentrato sulla riprovevolezza dell'azione»¹⁵.

3. L'art. 82 nella trama delle norme che disciplinano il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato. *Aberratio ictus* ed errore sul fatto.

Tratteggiato il discrimine fra errori e incidenti sul terreno della filosofia analitica, conviene ora concentrare la disamina sui precipitati normativi di siffatta distinzione, analizzando i rapporti intercorrenti fra l'art. 82 e le altre norme che regolano il fenomeno della divergenza tra 'il voluto' e 'il realizzato'.

La prima demarcazione che si impone è quella con l'errore sul fatto: mentre l'art. 47 c.p. delinea un 'vizio genetico' del reato, il quale, alterando il processo di formazione della volontà, si risolve nella fallace rappresentazione di almeno un dato del fatto storico in cui si incarna un elemento della fattispecie incriminatrice, l'art. 82 c.p. contempla un accadimento accidentale che altera l'esecuzione del reato, determinando l'offesa nei confronti di persona diversa dalla vittima designata.

Esemplari per la chiarezza sul punto le riflessioni di Francesco Alimena:

Ora a me pare che estromettere il difetto o vizio od errore ecc. dal campo del giudizio e riporlo in qualche cosa di diverso, significa distruggere il concetto di errore perché, quando si è fuori dal giudizio, si è fuori dal campo dell'elemento psicologico; e l'errore, come è pacifico, non può che concernere tale elemento¹⁶.

asseconda le istanze repressive – reali o ascritte – emergenti dalla collettività. Sulla funzionalizzazione della colpevolezza a opzioni di politica criminale repressive la letteratura è estremamente vasta e rappresenterebbe un fuor d'opera rispetto all'oggetto del presente lavoro tentare di rappresentarne un quadro anche soltanto parziale. Sia sufficiente il riferimento a M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006, 127 ss., il quale ha analizzato il tema con specifico riguardo all'*aberratio ictus* e all'*aberratio causae*.

¹⁵ Così G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, Jovene, 1995, 121.

¹⁶ F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, G. Priulla, 1947, 18 ss. Con la citata riflessione l'Autore sottopone a critica la tesi carneluttiana, giacché essa inquadrebbe tanto l'errore sul fatto, quanto l'*aberratio ictus* nella generale categoria

Le differenze strutturali tra errore sul fatto e *aberratio ictus* rendono possibile la confluenza di entrambe le situazioni nel medesimo fatto.

Infatti, poiché il primo tratteggia un fenomeno psichico, attinente alla ‘fase di giudizio’, mentre l’*aberratio* delinea un fenomeno reale, attinente alla ‘fase di esecuzione’ del reato, nulla impedisce all’errore sul fatto di sommarsi con l’*aberratio ictus*¹⁷. Perspicuamente in tal senso la dottrina ha notato che l’*aberratio* «si contrassegna dal fatto che la divergenza succede alla formazione del dolo»¹⁸.

Rispetto al diverso atteggiarsi della divergenza tra fatto e volontà nelle situazioni enucleate negli artt. 47 e 82 c.p., sull’asse normativo si proietta l’ordine di considerazioni svolte sul piano concettuale, all’esito delle quali si è definita la prima ipotesi un errore e la seconda un incidente.

Infatti, l’art. 47 c.p. inquadra la situazione in cui la condotta è motivata da una «rappresentazione erronea della realtà, che può cadere su un elemento descrittivo-naturalistico della fattispecie, come su un elemento normativo di essa»; nell’art. 82, «la falsa rappresentazione è tendenzialmente assente e la divergenza cade sempre su elementi della situazione concreta realizzata»¹⁹.

dell’errore. Come si esporrà oltre (*infra*, § 4) ci sembra invece che Carnelutti – criticando tra le altre cose proprio l’impiego del termine ‘errore’ nel testo dell’art. 82 c.p. – abbia marcatamente distinto l’*aberratio ictus* dall’errore, riferendo la prima a una situazione di ‘inabilità’, il secondo a un ‘vizio’ della volontà.

¹⁷ L’esempio più diffuso nella letteratura in argomento, nel quale però l’*aberratio ictus* si salda non con l’errore sul fatto, ma con l’*error in persona*, è prospettato da K. BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, Engelmann, 1872, 3, 223 ss.) e si può così sintetizzare: A spara in direzione B confondendolo per il proprio rivale C, gemello di B. Per un errore al momento del colpo, A colpisce proprio C.

¹⁸ G. LEONE, *Il reato*, cit., 50. Analogamente A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1998, 609; recentemente, M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018, 3; *contra* G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965, 210 ss., il quale iscrive nel perimetro normativo dell’art. 82 anche le ipotesi di *error in persona*; A. COSSEDDU, *sub art. 82*, in *Commentario al Codice penale*, diretto da Marini - La Monica - Mazza, Torino, UTET, 2006, I, 661.

¹⁹ M. ROMANO, *Contributo*, cit., 13 ss.

Detto altrimenti l'art. 47 c.p. disciplina un rapporto psichico tra soggetto e fatto costitutivo di reato, che si sostanzia nella falsa rappresentazione del fatto storico in cui si trovano concretizzati uno o più elementi della fattispecie astratta.

Nella situazione descritta dall'art. 82 c.p., manca qualsiasi collegamento psichico tra agente e fatto realizzato: il risultato lesivo effettivamente ottenuto non trova alcun riferimento nel suo quadro intellettuale. Sulla scorta degli argomenti addotti l'art. 82 delinea una situazione in cui il nesso psichico (eventuale) fra l'agente e il fatto commesso è viepiù tenue rispetto a quello (eventualmente) sussistente nella situazione descritta dall'art. 47. Nello schema dell'errore sul fatto, infatti, sul piano naturalistico si riscontra una volontà diretta verso l'oggetto materiale, benché non si tratti di una volontà *dolosa*, in quanto l'agente si rappresenta un oggetto materiale diverso da quello tipico; invece, nello schema dell'art. 82, l'errore non *esclude*, bensì *preclude* l'imputazione dolosa del fatto, in quanto manca del tutto la rappresentazione della persona offesa.

Detto altrimenti, nell'ipotesi configurata dall'art. 47, non si riscontra nell'orizzonte intellettuale dell'agente un elemento tipico del reato, necessario ad attribuire carattere doloso alla volontà; nella fattispecie configurata dall'art. 82, invece, l'accertamento relativo alla congruenza, sul piano *oggettivo*, fra l'evento descritto nella fattispecie astratta e l'evento voluto dall'agente, è interdetto dalla carenza, sul piano *materiale*, della volontà del fatto realizzato²⁰.

Così stando le cose, conviene indagare la ragione per cui, diversamente dall'errore sul fatto contemplato dall'art. 47, noto come "rovescio della medaglia" o "inverso" del dolo, l'art. 82 consideri doloso il fatto realizzato.

Sembra fondato ravvisare siffatta *ratio* nella ideologia profondamente utilitaristica della pena, della quale la disciplina sanzionatoria articolata nei due

²⁰ In argomento si vedano i perspicui rilievi di M. HETTINGER, *Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Alleintäter. - Gedanken zum Verhältnis zwischen Sachverhalt und Gesetz*, in *GA*, 1990, 554:

«Cosa abbia voluto davvero il colpevole non è un problema che attiene alla struttura del dolo. Perciò occorre accertare l'esistenza di una volontà nel fatto, prima di chiedersi come codesta volontà debba essere punita».

commi dell'art. 82 c.p. costituisce uno degli addentellati normativi nel codice Rocco. Più specificamente il trattamento sanzionatorio del reato aberrante alla stregua di un delitto doloso costituisce il precipitato normativo della volontà politico-criminale di prevenire, mediante la minaccia di una pena contraddistinta dal massimo rigore, delitti, come quelli di sangue, lesivi non solo di beni fondamentali dell'individuo, ma anche di interessi coesenziali alla convivenza civile.

Si condivide, perciò, la posizione di chi osserva che «la riconduzione del reato aberrante alla vittima designata e la sua conseguente attribuzione all'agente a titolo di dolo necessitano di una apposita regola giuridica della quale è vano ricercare la *ratio* in qualche principio già esistente nel nostro sistema giuridico penale (...), trovando essa invece il suo fondamento in una motivazione di politica criminale (...). Perciò è parso più conforme a criteri di giustizia sostanziale punire costui per quello che voleva fare, anziché per quanto ha in concreto operato sul piano della violazione della legge penale»²¹.

In tal senso il ricorso nell'enunciato normativo al linguaggio tipico delle finzioni – “come se”²² – disvela il giudizio *valutativo* alla base della imputazione dolosa del reato aberrante e, in ultima analisi, lo strappo della trama normativa – intessuta attraverso gli artt. 42, 43 e 47 c.p. – che riveste la nozione penalistica di dolo.

²¹ G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 7 ss. *Contra* M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Torino, Giappichelli, 2006, 55, secondo il quale, se è vero che «la mancata congruenza tra il voluto e il realizzato non può che impedire, in via di principio, la punibilità a titolo di dolo, la presenza sia di una volontà colpevole che di un fatto offensivo potrebbe, al contrario, far sentire come “iniqua”, su un piano di giustizia “sostanziale” conforme alla ispirazione di fondo del nostro sistema, la totale impunità dell'agente, qualora il voluto non abbia raggiunto neppure la soglia del tentativo e il realizzato non sia, a sua volta, punibile per mancanza in concreto della “colpa”».

²² In dottrina si mette in rilievo che l'art. 82 c.p. impiega il linguaggio tipico delle finzioni giuridiche nell'equiparazione del reato aberrante a un caso comune di reato doloso. Per tutti si veda ROMANO, *Contributo*, cit., 30 ss. Conf. D. FALCINELLI, *art. 82*, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, diretto da Cadoppi-Canestrari- Veneziani, Torino, Giappichelli, 2018, 428.

3.1. *Aberratio ictus* ed *error in persona*: i profili differenziali (rinvio).

Autorevole dottrina, che considera l'imputazione del fatto a titolo di dolo nell'art. 82 c.p. un precipitato dei principi generali, argomenta come segue:

Non si comprende per quale ragione si dovrebbe ritenere che, in assenza dell'art. 82 c.p., il soggetto che volendo uccidere A ammazza B perché sbaglia mira dovrebbe sfuggire alle pene del delitto doloso: l'art. 575 offre una tutela impersonale della vita umana (...). Né si dica che l'autore del fatto non avrebbe agito se si fosse immaginato di colpire una vittima diversa: anche l'autore di un agguato che incorre in un errore sulla persona offesa *ex art.* 60 c.p. vuole un ben diverso esito (e se si fosse rappresentato la situazione reale non avrebbe agito) ma ciononostante è chiamato a rispondere del delitto compiuto a titolo di dolo²³.

L'Autore rileva che dall'angolo visuale dell'agente, sia nella ipotesi di *aberratio ictus*, sia in quella di *error in persona* (*vel in obiecto*), la persona offesa diverge dalla vittima designata e, conseguentemente, egli ravvisa la razionalità dell'assetto normativo che equipara, assoggettando l'agente alla pena del delitto doloso, l'*error in persona* (art. 60 c.p.) e l'*aberratio ictus* (art. 82 c.p.). In verità sembra che l'Autore sovrapponga due profili diversi della indagine sulla responsabilità dell'agente: la volontà intesa come puro stato psichico, dalla cui prospettiva non può non ravvisarsi una divergenza tra 'il voluto' e 'il realizzato' tanto nell'ipotesi di *error in persona*, quanto in quella di *aberratio ictus*, e la volontà (o il dolo) dell'illecito, inteso come l'elemento psicologico della fattispecie incriminatrice. Ebbene da quest'ultima angolazione l'*error in persona* e l'*aberratio ictus* indicano situazioni del tutto dissimili, in quanto nella prima la persona 'senza volto, né nome', nella quale si inverte l'oggetto della tutela penale e della quale l'agente ha causato la morte, coincide con la persona verso la quale era diretta la volontà offensiva; di contro nella seconda la persona 'senza volto,

²³ P. PISA, *Le ipotesi di responsabilità anomala*, in GROSSO - PELISSERO - PETRINI - PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, 439.

né nome' della quale l'agente ha causato la morte non coincide con la vittima designata.

Del resto, come emerge dalla letteratura in argomento, mentre l'imputazione del fatto nelle situazioni di *aberratio* è assurda a oggetto di dibattito dottrinale già dalla prima metà del diciannovesimo secolo, per contro l'*error in persona* non ha mai ingenerato questioni intorno alla responsabilità penale dell'agente. Il problema che conduce la scienza penalistica al concepimento della fattispecie di *error in persona* non attiene infatti alla natura – pacificamente – dolosa dell'offesa, ma alla imputabilità all'agente delle: (i) circostanze aggravanti l'offesa in danno della vittima occasionale (ad esempio, il rapporto di parentela o di coniugio tra agente e persona offesa); (ii) quelle che avrebbero aggravato l'offesa in danno della vittima designata (ad esempio, la premeditazione nella ipotesi dell'*homicidium innoxii pro noxio*); (iii) circostanze che avrebbero attenuato l'offesa in danno del soggetto passivo designato (ad esempio, la cd. provocazione). A conferma di quanto osservato l'art. 60 c.p. non esplicita la natura dolosa del reato contro la persona distinta, ma si limita ad assumerla, trattando esclusivamente il regime di imputazione delle circostanze del reato. Al contrario in tema di *aberratio* fermenta ancora attualmente la disputa intorno alla conformità dell'art. 82 con il principio di colpevolezza. Cionondimeno l'ordinamento italiano, e insieme ad esso la maggioranza degli ordinamenti nell'esperienza giuridica continentale equiparano, positivamente o attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, *aberratio* ed *error in persona*, stabilendo in entrambe le ipotesi la responsabilità dolosa dell'agente. Si ritiene interessante, dunque, indagare le ragioni della condivisione di siffatto risultato.

In accordo con quanto osservato con acuta sensibilità storica in uno studio monografico sul tema, si considera l'accostamento dell'*error in persona* all'*aberratio ictus* l'effetto, «come per forza di inerzia o per peso di tradizione»²⁴,

²⁴ G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 5 ss. L'A., alludendo allo sdoppiamento in due disposizioni autonome delle situazioni di *error in persona* (art. 60) e *aberratio ictus* (art. 82) nel codice vigente, così osserva: «La dottrina e la giurisprudenza non hanno dato alla innovazione quel rilievo che sarebbe stato ragionevole aspettarsi e, soprattutto, non hanno ad essa attribuito un particolare significato scientifico, cosicché lo studio

dell'ancoraggio del reato aberrante – in virtù oggi del dato letterale dell'art. 82, in passato di quello dell'art. 52 del Codice Zanardelli – alla tematica dell'errore. L'origine della tradizione che dal diritto comune intreccia come due filamenti della stessa sostanza *aberratio* ed *error* ha un fondamento assiologico, consistente nella volontà di esprimere l'intangibilità della vita e della integrità personale.

Da quest'angolazione – si sostiene – ai fini della integrazione del reato di omicidio non interessa l'errore sull'identità della persona offesa, né quando «si verifica nella fase dell'ideazione del reato», né allorquando consegue a un errore che «incide nella fase di esecuzione»²⁵ del medesimo.

Né potrebbe opinarsi diversamente, in quanto concretizzare l'oggetto del dolo nella persona presa di mira condurrebbe, secondo questa posizione, a esiti asistematici rispetto alla intelaiatura normativa dell'elemento psicologico dell'illecito penale. Infatti, coltivando codesta proposta ermeneutica, assumerebbe carattere colposo, oltre al fatto di reato aberrante, anche il fatto commesso nell'ipotesi di *error in persona*, in quanto, come autorevolmente osservato, «se l'agente vuole uccidere una persona che passa e che ritiene sia A, la persona di A assume un valore così essenziale nella volontà dell'agente che, se l'azione cade su una persona che non è A, si riscontra una mancata coincidenza tra volontà ed evento»²⁶.

Inoltre, 'concretizzando' fino a questo livello di definizione l'oggetto del dolo, la tesi che denuncia l'illegittimità dell'art. 82 c.p., addiverrebbe a una contraddizione con la premessa da cui muove, dovendo attribuire paradossalmente in una determinata classe di casi natura dolosa al fatto commesso. Invero, nella ipotesi già richiamata di *aberratio* misto a *error in persona*

dell'*aberratio ictus* e la costruzione della sua teoria generale sono rimasti tuttora ancorati (...) alla solita tematica dell'errore».

²⁵G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, I, 514.

²⁶J. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, J. Bensheimer, 1890, 1, § 13, 141 ss. (trad. di LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 51, nt. 93). Soggiunge l'A., *Ivi*, 142 (trad. in *ibidem*), osservando che la persona colpita per *errore*, «come fenomeno del mondo esterno non costituisce la meta della volontà giuridicamente rilevante, tale essendo solo la personalità di A diversa da questo fenomeno esteriore; contro questa apparenza esteriore è diretta solo la volontà di esecuzione, non quella base».

delineata da Binding (*retro*, § 3, nt. 17), in cui l'agente, dopo aver mirato a una persona confusa per il proprio nemico colpisce accidentalmente proprio il nemico, il colpevole risponderebbe del fatto a titolo doloso, giacché avrebbe ucciso esattamente la persona della propria rappresentazione intellettuale.

Viceversa risponderebbe – eventualmente – a titolo colposo nel caso in cui avesse ucciso la persona erroneamente identificata con il proprio nemico: responsabilità dolosa in un caso di *aberratio* e responsabilità colposa in un caso di *error in persona*! Per rifuggire da esiti senz'altro incongrui, secondo questa prospettiva che accomuna *error* e *aberratio*, l'oggetto del dolo consisterebbe nell'oggettività giuridica del reato, intesa nella sua accezione astratto-normativa, coincidente con la funzione della incriminazione.

Esemplare a tale proposito risulta la riflessione di Pfotenbauer:

Il raggiungimento della soddisfazione soggettiva dell'agente non è un requisito per la consumazione del reato doloso e la legge potrà obiettare al delinquente: la non identità della persona o cosa originariamente voluta con quella poi effettivamente offesa non riguarda il mio, ma il tuo interesse all'azione²⁷.

A conferma dell'astrattezza che connota l'oggetto del dolo potrebbe addursi anche un argomento di diritto positivo, costituito dal rinvio, nell'ultima parte dell'art. 82 c.p., all'art. 60 c.p., relativo al regime di imputazione delle circostanze²⁸. Allineandoci a codesta proposta interpretativa, l'art. 82 fungerebbe da ridondante conferma di una 'norma' già imposta dagli artt. 575-582 e 60 c.p., nonché dal reticolato normativo

²⁷ E. K. PFOTENBAUER, *Die moderne Doktrin und Gesetzgebung über den Einfluß des tatsächlichen Irrthums und der sogen. Verirrung auf vorsätzliche Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, XIII, 1861, 277 (trad. in LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 61, nt. 118). Con argomenti analoghi, disconosce specifica rilevanza al problema ai fini della imputazione soggettiva del fatto, trattando l'*aberratio ictus* come un caso di errore irrilevante sui motivi dell'azione, E. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1903, 9 ss.

²⁸ Impiegando una metafora efficace, attenta dottrina ha discorso di «pennellata veristica» (C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.) per descrivere il rinvio all'art. 60 c.p. Nel pensiero dell'Autore il richiamo della regola dettata dall'art. 60 per l'imputazione delle circostanze contribuisce a larvare, in coerenza con la prima parte dell'enunciato normativo, la reale struttura del reato aberrante.

sull'elemento psicologico del reato, giacché il mutamento del soggetto passivo importerebbe unicamente il mutamento della contingente personificazione dell'oggetto giuridico del reato, ma non di quest'ultimo.

Come si rileverà nel prosieguo, siffatta prospettiva in realtà muove da una determinata accezione della 'teoria della concretizzazione' (infra, cap. II, p. II, § 1.), plasmata dai fattori e controfattori motivazionali dell'azione che non ha attecchito nella dottrina e nella giurisprudenza italiane²⁹. Invero sotto questo profilo è agevole notare che nell'ipotesi prospettata da Binding l'offesa in danno del nemico realizza la volontà che ha ingenerato il proposito criminoso, ma non l'azione stessa. Quest'ultima, infatti, è stata determinata dall'errore sull'identità della persona presa di mira e soltanto per il concorso di circostanze accidentali ha attinto il nemico dell'agente. Ne consegue che l'offesa in danno di quest'ultimo converge occasionalmente con il motivo (la rivalità con il nemico) della risoluzione criminosa, ma non con la volontà dell'agente, diretta, sebbene in quanto viziata da una falsa rappresentazione, contro un 'bersaglio' diverso. Non è a dubitarsi che, ricostruendo l'oggetto del dolo sulla scorta dei vettori motivazionali dell'azione, l'accertamento della confluenza tra il voluto e il realizzato scivoli nel campo dell'ignoto, o comunque, del penalmente irrilevante nel giudizio di imputazione soggettiva³⁰.

²⁹ Cfr. G. ESPOSITO, *Dalla divergenza*, cit., 1169, il quale, in critica alla previsione dell'art. 82, per negare la natura dolosa del fatto realizzato nei casi di *aberratio ictus*, muove dall'espressa premessa in base alla quale «la volontà di realizzare un evento sussiste realmente solo nel caso in cui gli elementi della situazione cagionata si siano previamente riflessi in modo effettivo nella psiche dell'agente, quali elementi del piano costituente il fine della propria condotta».

³⁰ Per queste ragioni non è condivisibile il pensiero di quella sezione della dottrina, ESPOSITO, *Dalla divergenza*, cit., 1170 ss., che fonda il titolo di imputazione soggettiva sul grado di congruenza del realizzato con il progetto delittuoso o con le motivazioni dell'agente. In realtà, ricostruendo in questa chiave la nozione di responsabilità penale, si corre il rischio di traslare il giudizio di colpevolezza da un accertamento sul fatto a un accertamento sull'imputato. Infatti l'A. fa dipendere l'esclusione o l'esistenza del dolo in base al 'tipo' d'autore: 'il manifestante' agirebbe sempre a titolo di dolo alternativo o indeterminato, 'il sicario' a titolo di dolo intenzionale etc.

Ridefinendo invece la vittima designata sulla base della direzione oggettiva della condotta, si concretizza l'oggetto del dolo in un dato della vicenda storica, ossia nell'oggetto materiale dell'azione: ricostruito ex ante l'oggetto del dolo, scilicet sulla base della direzione impressa alla condotta, prima che questa sia giunta ad effetto, il giudizio di imputazione può sondare – verificandola o falsificandola – la confluenza tra fatto e volontà nel reato commesso³¹.

Conviene sul punto mutuare le riflessioni di Romano: «Se si muove, come ancora oggi non rari autori e certa giurisprudenza, dalla 'equivalenza degli oggetti', si cade nuovamente nell'equivoco, e non si vede come codesto rilievo non venga poi coerentemente espresso con identico fondamento ed efficacia a proposito dell'aberratio»³².

L'angolazione dalla quale più perspicuamente si apprezza la 'concretizzazione' del dolo non è, pertanto, quella dell'oggettività giuridica della fattispecie incriminatrice, bensì quella del soggetto passivo-oggetto materiale del (fatto di) reato. In tal senso, come attentamente osservato in dottrina, «se nel caso di aberratio ictus si confronta quanto fu dall'agente voluto e quanto è stato effettivamente cagionato, l'oggetto materiale del reato appare difforme, mentre l'oggetto giuridico è identico (...). Ma quest'ultimo è un bene o interesse proprio del soggetto direttamente offeso dal reato, e cioè del soggetto passivo del reato. Ora nell'offesa a persona diversa da quella contro cui era diretta l'offesa (...), è proprio la persona del soggetto passivo ad essere mutata»³³.

³¹ In questo senso M. DONINI, *Il reato aberrante*, in *Codice penale. Parte generale*, diretto da Bricola-Zagrebelsky, Torino, Utet, 1984, 788: «In altri termini, l'art. 82, comma 1°, sembra introdurre una deroga ai principi comuni in tema di dolo: ciò tutte le volte in cui l'oggetto materiale descritto nella fattispecie astratta coincida con il soggetto passivo del reato (...), poiché in tali ipotesi l'agente, qualora non si sia rappresentato il reale soggetto passivo della sua condotta antiggiuridica, non si è in realtà neppure raffigurato l'oggetto materiale di essa, che rientra a pieno titolo in quel "fatto che costituisce il reato" il quale deve cadere nell'oggetto del dolo per determinare una responsabilità a tale titolo».

³² M. ROMANO, *Contributo*, cit., 45.

³³ Testualmente E. CONTIERI, "Aberratio ictus" e pluralità di eventi, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 850. Soggiunge P.A., *ibidem*: «Più precisamente, anzi, quel bene oggetto della tutela giuridica penale è stato distintamente offeso due volte dalla medesima azione.

Contemplando il tema da siffatta angolazione traspare anche l'equivoco in cui incorre l'orientamento poc'anzi evocato, il quale denuncia una (presunta) contraddizione in termini nella posizione che censura l'illegittimità dell'art. 82 c.p. giacché in contrasto con il principio di colpevolezza. La responsabilità oggettiva configurata da quest'ultima fattispecie non promana invero da un errore (o ignoranza) sull'identità della persona offesa, come nel caso schematizzato dall'art. 60, ma dalla mancata previsione da parte dell'agente della possibilità di offendere la vittima occasionale. Breve: l'agente non versa in errore sull'identità della persona offesa (art. 60 c.p.), ma, diversamente, non percepisce la presenza della vittima malcapitata o non si rappresenta la possibilità di colpirla. Difetta in altri termini la volontà dell'accadimento costitutivo dell'evento tipico³⁴.

Adottando questa chiave di lettura risultano pregnanti le considerazioni di quella sezione della dottrina che, in contrapposizione frontale alla soluzione adottata dal legislatore italiano, rimarca la profonda differenza intercorrente tra le situazioni di *error* e di *aberratio*: «Il riferimento fatto dall'art. 82 all'art. 60 non deve indurre in confusione. Le figure concepite rimangono diverse. Nell'ipotesi dell'art. 60 c.p. (...), la persona offesa è fisicamente quella rappresentata in concreto dall'agente (...). Di conseguenza la divergenza tra il voluto e il realizzato nella figura dell'art. 60 c.p. attiene alla sola 'identità' della persona offesa. Nell'*aberratio ictus* invece non muta unicamente l'identità della persona colpita, ma la sua stessa fisicità, giacché si vuole colpire un certo

Si è tentato di ledere il bene proprio di Tizio, contro cui era diretta l'offesa. Si è leso il bene proprio di Caio, verso cui, nell'intenzione dell'agente, non era diretta l'azione».
³⁴ Lucidamente, in questo senso, G. COCCO, *Il reato*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Ambrosetti-Cocco, Padova, Cedam, 2012, I, 2, 274 ss.: «Occorre evidenziare che Caio e Sempronio soddisfano entrambi l'elemento descrittivo della fattispecie *uomo* ma non sono la stessa persona; se l'agente voleva uccidere Caio, ma ha procurato, in virtù dell'*errore inabilità*, la morte di Sempronio, non ha realizzato esattamente il fatto storico che aveva voluto, non essendosi neppure rappresentato la persona realmente pregiudicata dalla sua condotta. (...) Diverso è il caso delineato dall'art. 60 (*errore sulla persona dell'offeso*). (...) L'agente, diversamente che nell'*aberratio ictus*, vuole proprio offendere la persona colpita, nel senso che la sua azione criminosa era indirizzata proprio contro questa, ed infatti l'errore concerne la fase ideativa e non quella esecutiva come, invece, accade nell'art. 82».

‘corpo’ umano, ma, per errore nell’uso dei mezzi di esecuzione o altra causa, se ne colpisce un altro, diverso da quello che l’agente avrebbe voluto offendere»³⁵. Nell’art. 82 c.p. il legislatore del ‘30 ha perciò dissimulato, sotto l’equivalenza tra il bene leso e quello verso il quale era diretta la volontà lesiva, l’aggiramento del principio di colpevolezza, sanzionando a titolo doloso l’agente per aver voluto «un certo tipo di offesa» e non «l’offesa concretamente causata»³⁶.

Sul versante della imputazione soggettiva la fattispecie de qua cela una frode delle etichette, derivante dal travisamento della definizione che identifica l’oggetto del dolo nel fatto tipico³⁷: in particolare l’art. 82 ricostruisce il dolo

³⁵A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 391. Soggiunge l’A., *ibidem*: «Ora, mentre l’identità della persona dell’offeso è irrilevante per il diritto penale, la ‘fisicità’ (‘il corpo’) della persona costituisce una caratteristica essenziale del fatto rappresentato. Quindi mentre nel caso dell’*error in persona* si configura pienamente il dolo della fattispecie, nel caso dell’*aberratio ictus* l’ascrizione della responsabilità ‘dolosa’ avviene a seguito di una *fictio* concepita dalla legge (art. 82 c.p.)». Con terminologia analoga distingue fra errore sull’identità *personale* nella fattispecie di *error in persona* ed errore sull’identità *fisica* nella fattispecie di *aberratio ictus*, GIZZI, *Art. 82*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzi-Lupo, Milano, 2021, 938.

³⁶ Testualmente G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, 211.

³⁷ Sul tema rileva lucidamente M. ROMANO, *Contributo*, cit., 45-46, che «soltanto attraverso la somma, o meglio, l’unione dell’elemento soggettivo all’elemento oggettivo, il che è quanto dire attraverso la rappresentazione ‘per tipo’ o ‘per equivalente’ degli elementi della situazione concreta (...) si continua a dar seguito all’equivoco che, con riferimento al caso divenuto di ‘routine’, si esprime, nella proposizione “X voleva uccidere e ha ucciso” e si previene alla conclusione della conformità alle regole generali dell’elemento soggettivo della imputazione dolosa»; ID., *art. 82*, in *Commentario sistematico del codice penale*, diretto da Grasso-Romano, Milano, Giuffré, 2004, 3, 778 ss.; In senso analogo M. MASUCCI, *Aberratio*, cit., 2, secondo il quale l’art. 82 rappresenta un tipico esemplare di dolo generale, espressione «di una visione del rapporto tra l’elemento oggettivo e quello psicologico come realtà “giustapposte”» in cui per l’imputazione dolosa del fatto «sarebbe consentito prescindere da un’effettiva corrispondenza all’evento causato, purché del medesimo tipo di quello voluto». Conf. S. CANESTRARI - V. TORRE - M. L. MATTHEUDAKIS, *La responsabilità oggettiva rispetto all’evento o all’intero fatto di reato*, in *Diritto penale*, a cura di Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa, Milano, Giuffré, 2022, I, 491.

come l'astratta volontà di commettere un reato e non, come invece esige il dettato degli artt. 43-47 c.p., alla stregua della «volontà consapevole di attuare un fatto nella completezza di tutti gli elementi che lo rendono identico al fatto astrattamente tipizzato in un precetto penale»³⁸.

3.1.1. I profili comuni: l'imputazione dei fatti circostanziali (rinvio).

I rilievi che precedono e quelli, più generali e dalla prospettiva filosofico-analitica, sul rapporto tra errori e incidenti restituiscono l'immagine dell'*aberratio ictus* e dell'*error in persona* come due satelliti orbitanti a una tale distanza l'uno dall'altro da rendere difficoltoso individuare il comune centro di gravità. In tal senso l'imputazione del fatto a titolo di dolo nell'art. 82 c.p. aggrava il compito, in quanto affianca, quasi salda, *error* e *aberratio*, i quali invece indicano situazioni marcatamente distinte secondo le regole generali in materia di imputazione soggettiva. Tuttavia, dirigendo lo sguardo dal titolo legale di imputazione del fatto verso il regime di imputazione delle circostanze aggravanti ed attenuanti (rispettivamente, commi primo e secondo dell'art. 60 c.p.) si scorge il comune orizzonte delle due situazioni di vita: la divergenza tra la volontà e il fatto realizzato.

Escludendo infatti la rilevanza penale di talune circostanze aggravanti il fatto commesso, e riconoscendo alcune circostanze che avrebbero attenuato il fatto voluto – si analizzerà nel prosieguo il criterio selettivo delle circostanze (infra, cap. III, § 6) – l'art. 60 e, per espresso rinvio, l'art. 82 restituiscono rilevanza all'atteggiamento psicologico dell'agente. Sicché, qualora quest'ultimo abbia ignorato l'esistenza di un rapporto di parentela con la persona offesa, risponde a titolo di dolo per l'uccisione, sia nell'ipotesi di *aberratio* sia in quella di *error in persona*, ma non risponde anche per la circostanza aggravante costituita dal rapporto di parentela con la persona offesa.

³⁸ Così definisce il dolo O. VANNINI, *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo*, Milano, Giuffrè, 1953, 6.

Il restauro, benché limitatamente alle circostanze attenuanti, del regime ordinario di imputazione soggettiva, rende l'intima affinità nell'ambito psicomotivazionale fra le due situazioni di vita.

Da una prospettiva puramente psicologica, infatti, si perviene a escludere la volontà del fatto sia nella situazione di error sia in quella di aberratio, giacché in entrambe le situazioni, ancorché strutturalmente differenziate, l'identità della vittima prescelta assume un rilievo tanto determinante nella risoluzione all'azione del soggetto da escludere la volontà dell'offesa in danno di persona diversa.

Dalla visuale del soggetto, infatti, l'offesa realizzata resta estranea alla volontà che lo aveva determinato all'azione tanto nella ipotesi in cui la persona offesa rientri fra i "prossimi congiunti", quanto nella ipotesi in cui la persona offesa fosse un amico, ovvero financo un perfetto sconosciuto. Inoltre la disposizione esclude soltanto l'imputazione delle circostanze aggravanti, ancorché è l'intero fatto – uccidere la persona 'scambiata' per la vittima prescelta – a divergere dalla volontà dell'agente. Benché, quindi, l'imputazione del fatto a titolo di dolo nell'ipotesi di error in persona discenda dalle regole comuni sull'elemento psicologico del reato, tuttavia è agevole rimarcare che anche in questa ipotesi, e non solo in quella di aberratio ictus, un fatto non voluto è considerato doloso.

Solo alla luce di opzioni, di autoevidente ragionevolezza, di politica criminale la legge considera voluta l'offesa in danno di persona diversa dalla vittima designata e, al più, colposa l'offesa in danno di una persona 'scambiata' dall'agente per selvaggina: infatti dall'angolazione dell'agente, equivalente (uomo-uomo) o eterogeneo (animale-uomo-cosa) che sia il rapporto fra l'oggetto materiale rappresentato e l'oggetto materiale attinto, il fatto resta analogamente difforme dalla sua volontà³⁹. Se non si cade in errore, quindi,

³⁹ Su una necessaria quota di funzionalizzazione del dolo agli obiettivi di politica criminale si veda PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen. it.*, Torino, 1996, 246: «La intitolazione "reato doloso" non discende dall'intento di patrocinare un ritorno a concezioni "unitarie" del reato (...). Essa pone piuttosto in evidenza la necessità che l'indagine sul dolo sia sempre mantenuta aderente alla struttura complessiva del reato che viene, di volta in volta, in considerazione, struttura della

il carattere 'dichiarativo' dell'art. 60 c.p. discende dalla cd. dimensione prescrittiva dei criteri di imputazione soggettiva, del dolo al pari della colpa. Per tanto nella ipotesi di error in persona (vel in objecto), si può arguire, mutuando alcune considerazioni della dottrina sulla componente ascrittiva della responsabilità dolosa, che «il rimprovero per dolo (...) scaturisce dal confronto tra il processo decisionale reale dell'agente concreto e il processo decisionale prescritto, di un ipotetico decisore modello, che l'ordinamento fa proprio»⁴⁰. È senz'altro vero, riguardo all'art. 82 c.p., che esso oltre a imputare a titolo doloso un fatto non voluto, deroga anche ai principi comuni in materia di colpevolezza. D'altronde proprio la sua efficacia derogatoria (in malam partem) verso i suddetti principi impone la sua rimozione dall'ordinamento. Cionondimeno mette conto notare come la sua abrogazione, che condurrebbe alla penetrazione del principio di colpevolezza nella normativa aberrante, restituirebbe un rapporto fra la disciplina dell'error in persona e quella dell'aberratio ictus poco razionale, giacché due fatti parimenti non voluti,

quale il dolo non può che costituire il fedele riflesso. (...) Il riferimento al reato doloso considerato "nel suo complesso" costituisce, inoltre, una utile occasione per un approccio al tema del dolo anche nella prospettiva del precetto sanzionatorio: in tale prospettiva, la cornice edittale di pena relativa al reato doloso coinvolge il dolo in un rapporto con elementi diversi - anche esterni rispetto alla struttura del dolo inteso quale criterio di imputazione soggettiva del fatto - in forza delle diverse finalità che la pena persegue». In argomento si veda anche D. CAIAZZO, *Il dolo nella teoria del reato*, Napoli, A. Rondinella, 1939, 99 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, 91 ss., con specifico riguardo alla incidenza dei motivi nella formazione della volontà criminosa; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, Giappichelli, 2010, 518 ss., G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli, 2014, 309 ss.

⁴⁰ R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Bologna, Edizioni ETS, 2020, 259. Soggiunge l'Autrice (*ibidem*): «Verificata la corrispondenza della previsione codicistica alla descrizione del volere offerta dalla scienza (...), la riflessione può indirizzarsi alle possibili conseguenze che il diritto può farne discendere (...). Si dispiega qui (...) la portata normativa del dolo, ossia (...) il processo decisionale compiuto, secondo il quale si snoda la vicenda comportamentale e in cui all'evento di reato sia attribuito valore positivo. Il rimprovero è mosso all'agente per aver voluto proprio ciò che l'ordinamento prescrive di non fare: in particolare, per aver attribuito valore positivo a un evento cui l'ordinamento attribuisce invece disvalore».

benché uno ‘sostanzialmente’ (l’error in persona), l’altro ‘eccezionalmente’ dolosi (l’aberratio ictus), riceverebbero una disciplina sanzionatoria marcatamente differenziata (pena del delitto doloso contra il cumulo giuridico delle pene del delitto tentato e del delitto colposo, ovvero soltanto la pena del delitto tentato, ovvero ancora soltanto la pena del delitto colposo, ovvero e infine, mancando gli estremi del tentativo contro la vittima designata e del delitto colposo in danno della vittima occasionale, l’irrelevanza penale del fatto).

Ancora in sede di primo bilancio si può dunque enunciare una seconda conclusione: benché l’art. 60 c.p. regoli un’ipotesi di responsabilità sostanzialmente dolosa, mentre l’art. 82 un’ipotesi di responsabilità solo formalmente dolosa, entrambe regolano ipotesi nelle quali la volontà non si è realizzata nel fatto commesso.

Tale substrato psicologico comune alle due situazioni non permette certo di uniformare – come fa l’art. 82 c.p. – la responsabilità del soggetto nelle due ipotesi, violando il principio di colpevolezza, nei limiti in cui esso risulta valorizzato dalle opzioni di politica criminale trasfuse nell’assetto normativo del dolo. Tuttavia esso non può essere interamente eclissato in considerazione dell’uguaglianza, naturalisticamente intesa, tra due fatti che, sebbene secondo un processo eziologico diverso, analogamente non riflettono la volontà dell’agente.

3.2. *Aberratio ictus e aberratio delicti.*

Mentre rispetto alle fattispecie di errore sul fatto e di error in persona si è rimarcata l’alterità strutturale della situazione contemplata dall’art. 82 c.p., aberratio ictus e aberratio delicti condividono la stessa fisionomia, mentre si differenziano in relazione al tipo di divergenza derivante dall’errore o altra circostanza casuale incidenti nella fase esecutiva del reato.

Analogamente all’aberratio ictus l’art. 83 c.p. disciplina la situazione in cui la maldestra esecuzione del reato determina un esito diverso da quello voluto dall’agente. Diversamente dal caso regolato nell’art. 82, nella fattispecie delineata dall’articolo successivo lo sviamento della condotta non determina

L'offesa a persona diversa da quella presa di mira, ma l'integrazione di un reato diverso da quello che si sarebbe configurato senza lo sviamento causale.

Per quanto attiene alla specularità strutturale fra *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, la clausola di riserva con la quale esordisce l'art. 83 – “fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente” – per un verso disvela l'omogeneità fra le situazioni regolate nelle due fattispecie, per un altro esclude dall'*aberratio delicti* il caso in cui un'offesa, ancorché distinta da quella diretta contro la vittima designata, attinge la vittima occasionale. Si tratta della ipotesi in cui l'agente intende causare una lesione personale in danno della vittima designata e, per errore, causa la morte della vittima occasionale. Poiché in quest'ultimo caso entrerebbe in funzione l'art. 83 c.p. stante la divergenza fra il tipo di reato voluto e quello commesso, la norma in esame auto-limita il proprio ambito applicativo mediante la menzionata clausola di riserva. Pertanto, come si osserverà nel corso successivo della trattazione (infra, cap. III, § 8), il caso poc'anzi tratteggiato rientra nell'area di applicazione comune agli artt. 82 e 584 c.p.

Benché i casi regolati nelle due fattispecie in esame condividano la medesima fisionomia oggettiva, in quanto entrambi importano il verificarsi di una circostanza accidentale nella fase esecutiva del reato, tale da mutare l'esito della condotta, l'art. 83 imputa l'evento realizzato a titolo di colpa, mentre l'art. 82 a titolo di dolo.

La configurazione normativa differenziata di due situazioni strutturalmente speculari e, quindi, da assimilare sul versante della imputazione soggettiva dell'evento non voluto, discende dalla coincidenza, nell'art. 82 c.p., del titolo oggettivo dell'offesa voluta con quello dell'offesa cagionata e, viceversa, nella divergenza, nell'art. 83 c.p., tra il titolo oggettivo dell'offesa voluta e il titolo oggettivo di quella cagionata⁴¹.

⁴¹ Si vedano, sul tema, le riflessioni di C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Wolters Kluwer, 2017, 631: «In entrambi i casi (*aberratio ictus* e *aberratio delicti*, N.d.R.), per contro, vi è una differenza essenziale rispetto alle ipotesi “normali” del concorso formale di reati, ove l'agente si rappresenta e vuole tutte le violazioni di legge. Oggettivamente realizzate. Nel reato aberrante, invece, per definizione, l'evento che concretamente si realizza – o perché in sé diverso da quello voluto, o

In realtà l'incontroso criterio discretivo tra le due situazioni non dovrebbe importare, come invece si riscontra nella disciplina legale dell'*aberratio ictus* e dell'*aberratio delicti*, l'adozione di un distinto titolo di imputazione soggettiva del fatto realizzato. La scelta politico-criminale del legislatore del '30 postula l'attribuzione al dolo e al suo oggetto di contenuti ideali, sganciati dalla dimensione concreta del fatto storico. In tal senso l'art. 82 condiziona l'imputazione a titolo doloso del fatto non già alla corrispondenza di quest'ultimo con quello voluto dall'agente, ma alla volontà diretta «contro il genere uomo come pura entità ideale»⁴² ovvero, detto altrimenti, alla decisione che contraddice la volontà legislativa trasfusa nel precetto penale.

In realtà, sottraendo la questione alla logica dei valori e disponendola nella sua sede naturale, corrispondente alla colpevolezza, è agevole riscontrare come l'identità o diversità, in punto di tipicità oggettiva, tra il fatto realizzato in seguito all'intervento del fattore aberrante e il fatto voluto dall'agente, non dovrebbe precludere l'accertamento della volontà dell'evento determinato con il concorso della circostanza accidentale.

Volontà e colpa compongono invero l'accadimento storico e, in quanto tali, dovrebbero, alla luce della consacrazione del carattere personalistico dell'illecito penale nell'art. 27 della Suprema Carta, vincolare la politica criminale a configurare come delitti dolosi soltanto fatti investiti dalla volontà dell'agente.

Così stando le cose, in base ad argomenti condivisibili autorevole dottrina insorge contro lo sdoppiamento sull'asse normativo della vicenda aberrante, denunciando puntualmente come tra *aberratio ictus* e *aberratio delicti* intercorra «una differenza del tutto casuale e talune volte soltanto formale, di

perché ridondante in danno di persona diversa da quella designata – non corrisponde ai propositi dell'agente: è, cioè, un evento *non voluto*».

⁴² Testualmente M. MASUCCI, *Fatto*, cit., 187, il quale osserva in chiave critica (*ibidem*) come una volontà espressiva senz'altro di un disvalore soggettivo, quale è quella che dirige la condotta contro un bene giuridico di rango primario come la vita e l'integrità individuale, se non investe il fatto realizzato, «non può essere addebitata ad un soggetto», come fa l'art. 82, «come azione concreta».

nessun significato criminale, cui, tuttavia, si connettono conseguenze notevolmente differenti sul piano del trattamento sanzionatorio, quasi che la variazione del cagionato fosse in dominio dell'agente»⁴³.

In tal senso si può affinare la critica, rilevando che omogeneità ed eterogeneità non concernono la dimensione psicologica del fatto, ma ne connotano unicamente la dimensione oggettiva: come criteri di politica criminale, infatti, declinano il principio di proporzionalità, imponendo una tutela sanzionatoria uniforme per beni omogenei e una tutela differenziata per beni eterogenei.

Così, in un caso di omicidio aberrante, indifferentemente ai sensi dell'art. 82 o 83, l'omogeneità tra gli interessi lesi (vita sia nell'omicidio per aberratio ictus, sia nell'omicidio per aberratio delicti) imporrebbe eguale trattamento sanzionatorio per entrambi i fatti, eventualmente a titolo colposo, ma in nessun caso, secondo il principio di colpevolezza, a titolo di dolo.

Occorre scandagliare le ragioni storiche, filosofiche, giuridiche che conducono l'ordinamento penale italiano, con una soluzione unica nella esperienza giuridica continentale, a dotare di una diade normativa (gli artt. 82 e 83 c.p.) la regolamentazione del reato aberrante.

Si può individuare un duplice ordine di argomenti: il primo che attinge alla filosofia del diritto e, specificamente, al giusnaturalismo; il secondo alla politica criminale.

Dal primo angolo visuale, osservando che l'agente ha determinato un mutamento nella realtà materiale identico a quello che avrebbe provocato senza lo sviamento della condotta, il diritto naturale – *sub specie*, il fine di sopravvivenza della comunità⁴⁴ – indurrebbe sanzionare il fatto a titolo di dolo.

⁴³ G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 33 ss.

⁴⁴ In termini hartiani si potrebbe considerare l'art. 82 una regola di comportamento 'pregiuridica', necessaria per la sopravvivenza della società, come parte del cd. 'contenuto minimo' di diritto naturale alla base di ogni ordinamento giuridico. In questo senso, nell'ipotesi di *aberratio* monolesiva (art. 82, comma primo, c.p.) l'omicidio o la lesione di una persona diversa da quella voluta esprimerebbero, dal punto di vista materiale e dal punto di vista morale, una minaccia per la convivenza civile di uguale gravità a quella espressa dall'omicidio o dalla lesione della vittima

Dalla prospettiva politico-criminale, a fronte dell'unione di una volontà diretta a offendere beni del massimo valore e di un fatto lesivo di quei beni, la «tenuta del sistema» esigerebbe una risposta sanzionatoria energica, incompatibile con i potenziali vuoti di tutela derivanti dalla necessità di sondare il reale atteggiamento della volontà dell'agente.

Da entrambe le angolazioni trapela il giudizio di disvalore morale del quale è permeata la sistematica dei reati aberranti.

Prima ancora che su una condotta penalmente rilevante, la logica di rigore insita nella punizione a titolo doloso del fatto a norma dell'art. 82 c.p. discende dal disvalore della volontà estrinsecata nella condotta⁴⁵: la funzione politico-criminale, attuata in forma speculare a quella sottostante la previsione di una pena inferiore per il delitto tentato rispetto al delitto consumato, consiste nell'intimidazione della collettività da attentati contro la vita o l'incolumità individuale. Come la certezza di una pena inferiore rispetto a quella del reato consumato indurrebbe l'agente a desistere dal condurre a compimento il proposito delittuoso, analogamente, nell'ambito dell'art. 82 c.p., la certezza di una pena analoga a quella del delitto consumato indurrebbe l'agente a desistere dal tentativo di uccidere un uomo, nella consapevolezza che, dall'uccisione per

designata. Nell'ipotesi di *aberratio* bilesiva si ergerebbe viepiù imperiosa l'esigenza di punire a titolo doloso l'offesa voluta ma prodotta in danno della vittima malcapitata. Infatti, applicando la normativa comune in materia di elemento psicologico del reato, nel tradizionale esempio dell'omicidio aberrante, si addiverrebbe ad assoggettare a una pena inferiore (il cd. cumulo giuridico delle pene del tentato omicidio e dell'omicidio colposo), rispetto a quella dell'omicidio doloso consumato, l'agente il quale, animato da volontà omicida, ha posto in pericolo la vita di un uomo, causando unitamente la morte di un altro.

⁴⁵ Sulla diversa base di giudizio adottata per l'imputazione dell'evento al soggetto attivo in un contesto lecito e al soggetto attivo in un contesto criminoso si vedano le pregnanti riflessioni di G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, Jovene, 1989, 39 ss., il quale, ricorrendo alle ricerche in ambito psico-pedagogico svolte da Piaget, rileva che la punizione di una persona per fatti alla stessa non imputabili, ma eziologicamente ascrivibili alla sua condotta, riflette il desiderio nascosto nella sfera dell'inconscio della generalità dei consociati di rielaborare razionalmente la vicenda criminosa, punendo il soggetto che nello svolgimento di una condotta contraria alla legge ha provocato il risultato lesivo non voluto.

errore di persona diversa, non beneficerebbe di una pena inferiore a quella dell'omicidio doloso. Più precisamente, l'art. 82 previene il rischio che, mediante il ricorso ai principi generali, sia punita più lievemente la morte o lesione di una persona derivante da una condotta diretta a uccidere o a causare lesioni, rispetto alla morte o alla lesione di una persona, derivante da una condotta diretta a offendere un interesse di natura patrimoniale.

Due esempi, integranti rispettivamente un caso *aberratio ictus* e uno di *aberratio delicti*, gioveranno alla migliore comprensione del problema:

(i) Tizio esplose un colpo d'arma da fuoco in direzione di Caio con la volontà di ucciderlo. Nel momento in cui Tizio esplose il colpo, Sempronio si frappone sulla direzione del tiro, 'intercettando' il proiettile che lo colpisce con esito fatale. Tuttavia tanto Tizio quanto Sempronio ignoravano che Caio fosse già deceduto al momento dell'azione.

(ii) Tizio spara in direzione della autovettura di Caio posteggiata sul ciglio della carreggiata. Un passante, in procinto di attraversare la strada, 'entra' nella direzione del tiro e viene colpito dal proiettile con esito fatale.

Rimovendo per un attimo dall'ordinamento gli artt. 82 e 83 c.p., il primo caso dischiuderebbe due soluzioni alternative. Indubbio in ogni caso che la condotta diretta a uccidere Caio configuri gli estremi di un reato impossibile per inesistenza dell'oggetto materiale del reato (art. 49, comma secondo, c.p.)⁴⁶, l'uccisione di Sempronio, invece, si presterebbe a essere inquadrata nell'omicidio colposo, qualora fosse provata in giudizio la prevedibilità, da parte di Tizio (derivante, ad esempio, dalla consapevolezza da parte di quest'ultimo di un legame affettivo particolarmente pregnante fra Caio e Sempronio), che Sempronio si immolasse per salvare Caio.

Diversamente, in mancanza di elementi idonei a provare la prevedibilità, per Tizio, dell'evento, andrebbe necessariamente esclusa l'imputazione, anche

⁴⁶ In questo senso M. GALLO, voce, cit., 73 ss.; M. ROMANO, *Contributo*, cit., 68. Recentemente si vedano S. MOCCIA, *La mancata riforma della responsabilità oggettiva*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci - D'Ascola - Rampioni, Roma, Roma Tre-Press, 2021, 683; G. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., 298.

a titolo colposo, della uccisione di Sempronio. L'unica conseguenza penale della condotta sarebbe la misura di sicurezza della libertà vigilata del reato impossibile.

Il secondo caso, invece, integrerebbe pacificamente gli estremi di un omicidio colposo (stante la depenalizzazione del cd. danneggiamento semplice, il quale avrebbe assunto rilevanza a titolo di tentativo).

Tirando le somme: nel primo caso, a fronte di una volontà di uccidere un uomo, il fatto potrebbe risultare penalmente non rilevante o, al più, rilevante a titolo soltanto di omicidio colposo; nel secondo, a fronte di una volontà diretta a offendere un bene di natura patrimoniale, il soggetto risponderebbe senz'altro a titolo di omicidio colposo.

Il raffronto dei casi dianzi esposti offre la rappresentazione plastica del fondamento etico-morale nella punizione a titolo doloso sancita dall'art. 82 c.p.⁴⁷. Quest'ultima norma dovrebbe essere ispirata, secondo quanto affiora anche dai lavori preparatori sul tema, al sentimento di giustizia che alberga nell'animo umano e che impone una reazione del massimo rigore contro colui il quale ha fatto tutto quanto nelle proprie possibilità per offendere la vita o l'integrità personale di un altro consociato. E inoltre ha anche raggiunto lo scopo, ancorché solo per effetto di circostanze accidentali.

⁴⁷ Sembra valere in tema di funzionalizzazione normativa dell'imputazione a titolo di dolo alla volontà politico-criminale di stigmatizzare la malvagità della volontà soggettiva, con le debite differenze, quanto affermato da G. DEMURO, *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffrè, 2007, 285, in riferimento alla dottrina del *dolus generalis* nel pensiero di Giovanni D'Andrea: «Da questo principio il canonista Giovanni d'Andrea (1270-1348) desume che risponda per adulterio anche colui il quale convive con una donna sposata, senza sapere che è sposata. (...) Infatti la condotta è comunque 'illecita': rappresentando peccato, adulterio o no, la convivenza fuori del rapporto matrimoniale. (...) Questo esempio mostrerebbe l'essenza del *dolus generalis*: non si richiede più il riferimento della volontà a un determinato particolare evento, ma è sufficiente che l'autore *in re illicita* abbia agito con dolo "in genere"». *Mutatis mutandis* la condotta che ha manifestato la volontà di uccidere un uomo susciterebbe un allarme sociale di intensità tale da ingenerare un'aspettativa collettiva verso l'assoggettamento a sanzione penale del 'responsabile', alla quale l'ordinamento sarebbe tenuto a rispondere.

Nella sistematica dei reati aberranti, l'art. 83 c.p. non attende che a una funzione di rafforzamento di un asserito bisogno morale, esibendo una risposta sanzionatoria più tenue rispetto a quella prevista dall'art. 82, giacché la lesione di un bene di rango primario non trova riscontro nella volontà dell'agente, diretta all'offesa a un interesse di rango inferiore.

In realtà la ritenuta equivalenza tra l'oggetto dell'offesa voluta e l'oggetto dell'offesa realizzata alla base della imputazione dolosa del fatto nell'art. 82 postula l'immedesimazione concettuale dell'oggetto materiale dell'azione nello scopo della tutela penale, ossia, più direttamente, l'immedesimazione del reato nell'azione in tensione con un valore protetto dall'ordinamento⁴⁸: nell'ipotesi di *aberratio ictus* l'agente ha voluto ledere o uccidere, quindi deve rispondere per omicidio doloso o lesione personale dolosa per il decesso o le ferite correlati alla propria condotta; nell'ipotesi di *aberratio delicti* il soggetto ha voluto causare un danneggiamento, non può rispondere a titolo di omicidio o la lesione personale dolosa della persona colpita per errore.

Ma rinunciando alla suddetta commistione fra l'oggetto materiale dell'azione e lo scopo della tutela penale e delineando l'oggetto del dolo alla luce del contenuto degli artt. 42-43 c.p., diventa più semplice notare come tanto nella situazione descritta dall'art. 82, quanto nella situazione descritta dall'art. 83, l'offesa in danno della vittima occasionale non sia voluta dall'agente⁴⁹. Poiché sia nell'ipotesi di *aberratio ictus* sia in quella di *aberratio delicti*

⁴⁸ Relegando di conseguenza l'evento al di fuori dell'oggetto del dolo, in quanto accadimento non direttamente controllabile dall'agente e, pertanto, ininfluenza ai fini dell'accertamento sulla volontà della condotta in conflitto con una pretesa normativa. Una lucida esposizione di questa concezione dell'illecito penale si trova in J. WOLTER, *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld. Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung"*, in *Festschrift für Heinz Lefrenz*, Heidelberg, C. F. Müller, 1983, 551, il quale definisce il dolo come volontà di consumazione del reato (*Vollendungsvorsatz*), negando coerentemente rilevanza all'errore sull'oggetto materiale dell'azione e sul decorso causale del fatto.

⁴⁹ Sul tema si veda D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 4, 519 ss.: «Il rapporto concreto fra volontà ed evento è qui lo stesso che nell'*aberratio delicti*; la natura dell'offesa realizzata (in un caso analoga, nell'altro diversa da quella voluta) non ha niente a che fare con questo rapporto strutturale. Come dunque nell'*aberratio delicti*, così nella *aberratio ictus* siamo di fronte ad una realizzazione

l'agente ha diretto l'azione verso un oggetto materiale e verso quello soltanto, l'offesa realizzata non è investita dalla sua volontà: come notato lucidamente in dottrina, «che l'evento realizzato sia o non sia dello stesso tipo di quello voluto, è questione che non ha a che fare con la struttura della imputazione per dolo»⁵⁰.

Di certo non si disconosce il differente disvalore espresso da una volontà originariamente diretta a offendere la persona e da una volontà originariamente diretta a offendere il patrimonio: tuttavia dall' (accertamento dell') oggetto della originaria volontà lesiva non è dato, legittimamente, assumere il carattere doloso dell'intero fatto di reato. Secondo una concezione del reato incentrata sulla dannosità sociale del fatto, esclusivamente la volontà che si rivela in un evento pericoloso o dannoso per un bene giuridico è meritevole di pena. L'accertamento di una 'volontà criminosa', la quale non si inverte in una condotta pericolosa o lesiva verso un bene giuridico, non può condizionare il giudizio di imputazione di un fatto che non 'appartiene' all'agente. Il rilievo poc'anzi svolto costituisce la logica conseguenza nella fisionomia del dolo profilata negli artt. 43 e 47 c.p.: se questo, nella propria componente 'rappresentativa' «non cade sulla fattispecie legale, ma sui dati storici nei quali essa di volta in volta si incorpora»⁵¹, ne consegue che il giudizio di imputazione penale si concentra e si formula in base al nesso psichico che congiunge il soggetto al fatto, e non (soltanto) alla violazione del precetto.

Le distinte (art. 82, comma primo, c.p.) o ulteriori conseguenze dannose (art. 82, comma secondo, c.p.), di qualunque natura e gravità esse siano,

non dolosa; una realizzazione che potrà ritenersi colposa o meno, secondo che in concreto la condotta dell'agente fosse o non fosse "pericolosa" rispetto all'evento verificatosi».

⁵⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 309. Soggiunge l'A.: «Una disciplina coerente con i principi generali dovrebbe essere identica per tutte le ipotesi di reato aberrante, e seguire il modello che abbiamo delineato come interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 83: l'autore del reato aberrante dovrebbe essere chiamato a rispondere per colpa dell'evento non voluto, se realizzato per colpa, ed inoltre (qualora ne sussistano i presupposti) di tentativo del fatto che voleva realizzare, e che non si è verificato per cause indipendenti dalla sua volontà».

⁵¹ Così PEDRAZZI, *Tramonto*, cit., 1267 ss.

fuoriescono dalla sfera rappresentativa dell'agente e non possono (rectius, potrebbero) essergli imputate a titolo doloso.

Mutuando il pensiero di attenta dottrina, si ritiene conveniente rimarcare la dimensione ontologica del dolo non in base all'adesione a un realismo epistemologico, ma proprio alla luce del dettato normativo degli artt. 43-47 c.p. «Quando, a proposito di dolo, parliamo di rappresentazione, usiamo questo termine come sinonimo di conoscenza, ma rischiamo di sganciarlo dal riferimento ad un contenuto oggettivo, per ridurlo a mero dato psicologico. Forse faremmo bene, a scampo d'equivoci, ad evitare di parlare di rappresentazione, e ad usare sistematicamente il concetto di conoscenza, che meglio esprime il riferimento a dati di realtà»⁵².

4. Prima verifica dei rilievi svolti. L'*aberratio ictus* non sostanzia una situazione di errore.

Da quanto finora esposto è emerso che solo apparentemente la situazione di vita configurata nell'art. 82 c.p. orbita nel cosmo degli errori incidenti sulla formazione della volontà (artt. 47, commi primo e terzo, 59 commi secondo e quarto, 60, comma secondo, c.p.). Non si revoca in dubbio la pluralità di profili dai quali sembra affiorare l'appartenenza dell'*aberratio ictus* alla categoria dell'errore, tutti derivanti dalla formulazione testuale della norma, la quale rievoca (o richiama espressamente in riferimento all'art. 60 c.p.) la fattispecie di errore sul fatto. Dapprincipio l'art. 82 fa esplicito riferimento all'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione, donde per cui, ritenendo comprovata l'appartenenza dell'*aberratio ictus* alla categoria dell'errore, tanto nella manualistica quanto nella letteratura monografica, o che si è interessata incidentalmente al tema, è invalsa la distinzione fra errore-motivo, in riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 47, commi primo e terzo, 59, commi

⁵² D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 33 ss. Soggiunge l'A, 34: «La 'rappresentazione' necessaria al dolo non è una qualsiasi rappresentazione nella testa dell'agente, ma è conoscenza; quando riguarda un evento futuro, è una rappresentazione legata alla conoscenza di elementi della situazione concreta che fanno ritenere probabile l'evento».

secondo e quarto, 60, comma secondo, ed errore-inabilità, in riferimento alla sistematica dei reati aberranti (artt. 82 e 83 c.p.).

La distinzione tra errore-motivo ed errore-inabilità è generalmente attribuita a Carnelutti, allorché nel brano di seguito riferito osserva:

Ora il lettore deve ricordare che il giudizio, come fase del processo volitivo, non è fine a sé stesso ma è un prodromo dell'azione. Faccio questa osservazione per dedurre che il giudizio può essere esatto e tuttavia l'azione può sbagliare, cioè, può fallire lo scopo. (...) Questo punto è di estrema delicatezza; qui ha radice la distinzione tra la teoria e la pratica o anche tra la scienza e l'arte. (...) Altro è che io colpisca Tizio volendo tirare su un fantoccio perché credo che Tizio sia un fantoccio, o, invece, perché, pur distinguendo Tizio dal fantoccio, non so tirar bene. (...) Tanto basta affinché si distingua tra errore e inabilità»⁵³.

Invero, come è dato comprendere finanche da una lettura sommaria del brano testé citato, l'Autore non inquadra l'inabilità nel concetto di errore⁵⁴. Al contrario: nel pensiero di Carnelutti sembrano trascorrere le riflessioni già svolte in tema di 'errore' e di 'incidente' (*retro*, § 2.). Invero nelle riflessioni che seguono il brano richiamato l'Autore ha cura di puntualizzare che dalla nozione di errore deve essere espunta quella di 'inabilità', in quanto il primo concerne «un vero e proprio difetto di giudizio», mentre la seconda il solo «difetto nella sua traduzione in atto»⁵⁵.

Non si trascura, come criticamente notato da diversi Autori, l'emersione di profili contraddittori nel pensiero di Carnelutti: invero, nonostante la

⁵³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, 167 ss.

⁵⁴ Nello stesso senso A. REGINA, *Il reato aberrante*, Milano, Giuffrè, 1970, 23 ss., il quale ritiene che l'addebito a Carnelutti della confusione tra i concetti di errore e inabilità sia derivata dalla difficoltà da una parte della dottrina di sganciarsi dal dato letterale dell'art. 82, il quale contempla l'errore tra i suoi elementi costitutivi. Da qui sorgerebbe l'inesatta contrapposizione tra l'errore-motivo in riferimento alla previsione dell'art. 47 c.p. e l'errore-inabilità in riferimento all'art. 82 c.p.

⁵⁵ Senza approfondire l'analisi della disposizione normativa, l'A. (*Teoria generale*, cit., 166 ss.) rileva l'imprecisione del sintagma «errore nell'uso dei mezzi di esecuzione», osservando che «quando non si tratta di errore vero e proprio, questa parola (errore) debba essere evitata».

distinzione fra il concetto di errore e quello di inabilità, l'A. ritiene entrambi suscettivi di inquadramento «nell'amplessimo concetto di errore»⁵⁶.

Se per tanto risulta comprensibile l'origine della critica avverso la posizione dell'insigne giurista, cionondimeno la denunciata contraddittorietà del pensiero carneluttiano non incrina la tenuta logica, oltre che dogmatica, della distinzione fra errore e inabilità⁵⁷: a condizione – beninteso – di non intendere quest'ultimo lemma, non completamente pregnante e al quale va preferito quello di *incidente*⁵⁸, nel significato suo proprio di inettitudine rispetto a una determinata mansione. Il campo semantico nel quale opera il sintagma si desume dal contesto nel quale è adottato e, di conseguenza, per inabilità si deve intendere la manifestazione di una incapacità solo occasionale da parte dell'agente rispetto al conseguimento dello scopo (ad esempio, per il maldestro uso del mezzo di esecuzione del reato)⁵⁹. Pertanto, al di fuori

⁵⁶ F. CARNELUTTI, *Ivi*, 168 ss.

⁵⁷ Appare di tutta evidenza l'influsso esercitato sulla terminologia impiegata dall'A. dalla dicotomia esistente nel diritto civile tra errore-vizio ed errore ostantivo (o *lapsus calami*), specularmente a quella errore sul fatto - *aberratio ictus* nel diritto penale.

⁵⁸ Una denominazione di segno analogo è adottata da U. DINACCI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato nell'aberratio delicti e nel concorso anomalo tra difetti di coordinamento e rilievi di ordine costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2019, 6, il quale definisce il fenomeno *aberrante* come un «errore accidentale». In senso critico rispetto alla formula carneluttiana anche P. J. DA COSTA (*Riflessioni sulla aberratio ictus*, Padova, Cedam, 1967, 23 ss.), secondo il quale con *aberratio ictus* e, in generale, con l'espressione reato aberrante la legge intende riferirsi al risultato divergente dalla volontà dell'agente e non alla causa di quest'ultimo. Peraltro, soggiunge l'A., il dettato testuale dell'art. 82 estende l'operatività della norma oltre le situazioni di errore da parte dell'agente, comprendendo con l'espressione «altra causa» circostanze indipendenti – come la deviazione del colpo, lo spostamento della vittima designata – dalla condotta, sebbene anch'esse ricadenti nella fase di esecuzione del reato.

⁵⁹ Limpidamente sul punto S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1988, 225, nt. 128: «Nonostante la nozione di «errore-inabilità» in relazione all'istituto del reato aberrante non sia corretta, in quanto anche l'«altra causa» determina «oggettivamente» un tipo di errore rilevante ai sensi degli artt. 82 e 83 c.p., l'attività esecutiva può pur sempre definirsi «inabile». Difatti, la fase esecutiva del reato di base viene comunque in tal modo valutata dal legislatore, nel momento in cui – e soltanto in ragione del fatto che – si sia cagionato un evento diverso da quello voluto».

dell'equivocità insita nella formulazione del pensiero, correttamente Carnelutti sottrae l'*aberratio* dalla dicotomia errore-dolo, designando un autonomo spazio di azione per il fenomeno *aberrante*⁶⁰.

Se così stanno le cose, l'espressa menzione dell'errore nel testo normativo non è da intendersi per vincolare l'*aberratio ictus* al tempo della condotta tipica. Occorre ritenere, invece, che il riferimento all'errore nell'esecuzione del reato nel testo dell'art. 82 c.p. sia determinato da due motivi: dappriincipio dare rilievo – alla luce di una rilevazione empirica – alla ipotesi più significativa di reato aberrante (ossia, quella più sintomatica della verifica di un risultato incompatibile con la volontà del soggetto).

Peraltro l'espressa previsione dell'errore nell'esecuzione risponde ai requisiti della scienza della legislazione: non potendo tipizzare singolarmente tutti i possibili fattori aberranti, il legislatore ne ha espressamente indicato il più significativo – l'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione – stabilendo in questo modo 'il campo di gravità' di tutti gli altri⁶¹.

⁶⁰ Carnelutti distingue quindi l'errore dalla inabilità e non già, come gli viene comunemente addebitato nella manualistica e nella letteratura monografica in tema di *aberratio*, tra errore-vizio (o motivo) ed errore-inabilità (due endiadi mai impiegate dall'A. nella *Teoria generale del reato*). Tra i manuali che propongono la distinzione tra errore-motivo ed errore-inabilità si vedano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 394 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 630.

⁶¹ Nello stesso senso G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 12 ss., secondo il quale «se davvero il legislatore del 1930 avesse inteso contemplare tutte le ipotesi di deviazione personale del soggetto passivo del reato nell'unica disposizione dell'art. 82 è da presumere che avrebbe evitato l'indicazione delle cause devianti e che, semplificando l'attuale dizione del citato art. 82, per ovvi motivi di coerenza logica e di correttezza letterale, avrebbe così disposto: "(...) Quando, per una qualsiasi causa, è cagionata offesa ecc. ecc."». In senso analogo M. ROMANO, *Contributo*, cit., 98 ss., nt. 82., secondo il quale «se è vero che le rubriche degli artt. 60 e 82 possono ingenerare confusione o la stessa formulazione lessicale non è delle più felici, non si dovrebbe dubitare un solo istante a ritenere che l'art. 82 non si occupa dell'errore-vizio. Ciò è visibile dallo studio degli antecedenti storici, dal 'sistema' 82-83 c.p. (...): il frazionamento cioè delle ipotesi di 'error' e di quelle di 'aberratio', la regolamentazione esplicita di queste ultime per l'imputazione dolosa e l'applicazione dei principi (con intervento riguardo alle sole circostanze) per le prime, tiene in conto la differenza tra i due gruppi e obbedisce a una esigenza di chiarificazione e di

A conferma di entrambi i rilievi svolti l'art. 82 ritaglia un'ipotesi, 'l'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione', che non esaurisce il novero dei fattori aberranti. È sufficiente al riguardo osservare che l'art. 82 prevede tra i presupposti del reato aberrante anche un'«altra causa», espressione con la quale si sintetizza la serie di situazioni – la vittima predestinata che schiva il proiettile, un'altra persona si frappone sulla traiettoria di tiro, un colpo di 'rimbalzo' – indipendenti dalla condotta dell'agente, tali da impedire la concretizzazione del risultato voluto⁶².

In base a quanto precede, come ha notato correttamente Pileggi, «il riferimento legislativo all'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato ha importanza differenziale, nel senso che vale a delimitare l'ambito di operatività dell'*aberratio ictus*, rispetto a quello dell'errore di persona ed a precisare il senso e la portata della correlativa disposizione dell'art. 82 c.p.»⁶³.

affinamento dogmatico». Conff. S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., 225; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008, 112; G. PIGHI, *Circostanze del reato e principio di colpevolezza*, Modena, 1996, 247. *Contra* G. MARINI, *Le circostanze*, cit., 210 ss.; F. PALAZZO, "Voluto" e "realizzato" nell'errore sul fatto e nell'*aberratio delicti*, in *Arch. giu.*, 1973, 58 e 93; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 115 ss.; G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, Giappichelli, 2021, 447 ss.; A. COSSEDDU, *sub art. 82*, cit., 662.

⁶² Sicché, come è stato correttamente notato (P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 24 ss.), l'altra causa prevista dall'art. 82 non può comprendere anche l'errore di tipo intellettuale. Diversamente opinando, si svuoterebbe la disposizione di contenuto normativo autonomo, riducendo la fattispecie di reato aberrante 'per altra causa' a doppiante dell'art. 60 c.p. (il quale, peraltro, già rappresenta in sé la conferma di quanto già stabilito dall'art. 47 c.p.).

⁶³ PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 15 ss. Nello stesso senso R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografica Editrice, 1933, 580: «L'art. 82 considera due errori in cui venga ad incorrere il colpevole: a) un "errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato"; ma ad esso non dà alcun rilievo decisivo, poiché subito aggiunge "o per altra causa"; anche qui dunque – come abbiamo già visto per l'art. 83 – quello che conta è un comportamento – diretto a commettere un reato – il quale rechi in sé, oppure incontri fuori di sé, una causa per la quale si verifica un *altro* errore, che qui consiste in: b) un errore sul risultato del comportamento, errore per il quale il reo reca "offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta"; ID., voce *Errore (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Roma, 1960, 676.

Sicché i fattori aberranti diversi dall'errore esecutivo – l'“altra causa” nominata dall'art. 82 – sono rappresentati da quelle circostanze che alterano il decorso causale della condotta, in un momento in cui il soggetto ha già diretto la propria offesa contro la vittima prescelta: A punta l'arma in direzione di B ed esplose il colpo. B schiva il colpo che attinge C.

Nel caso invece in cui l'intervento di un fattore esterno – ad esempio l'improvviso rabbuiarsi dell'ambiente circostante per una temporanea mancanza di corrente elettrica – orienti la condotta verso un determinato soggetto passivo, ancorché distinto da quello rappresentato nel quadro intellettuale dell'agente, la situazione integra un'ipotesi di errore.

Neanche il caso del cd. errore o difetto di mira sconfessa questa soluzione. Malgrado in quest'ultima situazione l'agente versi effettivamente in una situazione di errore, in quanto, benché persuaso di aver preso la mira sul bersaglio, in realtà sta mirando in direzione diversa; tuttavia, tale genere di errore non ha motivato, orientandola, la condotta dell'agente verso la persona offesa.

Infatti nel tradizionale esempio in cui l'agente esplose il colpo d'arma da fuoco per uccidere la vittima designata, ma, per un difetto di mira, il proiettile attinge mortalmente altra persona, l'errore si manifesta in concomitanza alla condotta esecutiva del reato, alterandone lo svolgimento, non costituendo, diversamente dalla ipotesi di *error in persona*, la forza motrice dell'azione, necessariamente antecedente allo stadio esecutivo.

In definitiva l'intero novero di casi mediante il quale comunemente si esemplifica l'*aberratio ictus* rispecchia l'ambito applicativo dell'art. 82 c.p.: sia l'ipotesi del difetto di mira, sia quella dello scivolamento al tempo di esplosione del colpo d'arma da fuoco, sia ancora quella del sacrificio da parte del soggetto che si immola sulla traiettoria del colpo diretto contro la vittima prescelta, costituiscono situazioni dissimili, ma equiparate ai fini delle conseguenze sanzionatorie dall'art. 82, nei limiti in cui sono intese nel senso che un fattore accidentale – ricadente indifferentemente sulla condotta o sul suo sviluppo causale – indirizza (anche in assenza di una deviazione di tipo fisico, come nel caso dell'interposizione sulla traiettoria di tiro della vittima occasionale) l'azione contro una persona diversa dalla vittima designata.

4.1. (Segue): fisionomia dell'*aberratio ictus*.

Nei paragrafi precedenti si è delineato il profilo della situazione *aberrante* per contrasto con la situazione di errore. Più precisamente, si ha avuto modo di osservare che, mentre nell'errore sul fatto la causa della divergenza tra il voluto e il realizzato risiede nella 'fase statica' del fatto, ossia nel processo di formazione della volontà, nell'*aberratio ictus* risiede nella 'fase dinamica', ossia nella traduzione in atto della medesima⁶⁴: mutuando la terminologia di autorevole dottrina «si tratta di fattori eccezionali, imprevedibili, anomali che deviano un decorso causale già avviato, producendo un fenomeno di *aberratio*»⁶⁵.

È stato altresì notato che per costituire la situazione *aberrante* è necessaria la contestuale presenza dell'agente, della vittima designata e di una vittima occasionale (cd. vicenda a tre soggetti).

Al di fuori della casistica di piano inquadramento nell'art. 82 c.p., nella quale il concreto sviamento della condotta permette di escludere dalla volontà dell'agente l'offesa in danno del soggetto passivo (ossia, la vittima occasionale), non risulta affatto agevole definire i criteri di identificazione della vittima occasionale né, per logica conseguenza, delineare la situazione di vita *aberrante*. Movendo l'indagine dal profilo linguistico, l'espressione *aberratio ictus* si può scomporre in due elementi: il primo, *aberratio*, designa una deviazione, uno sviamento; il secondo, *ictus*, indica il referente materiale della deviazione e sta a significare colpo, attacco. Letteralmente considerato, quindi, il sintagma designa lo sviamento di un'aggressione diretta in un certo verso e deviata in un altro.

⁶⁴ Limpidamente sul tema C. FIORE. - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2017, 630: «Le figure, rispettivamente, descritte negli artt. 82 e 83 c.p., costituiscono (...) una sorta di *pendant* penalistico di ciò che, nella teoria del negozio giuridico, è il cd. errore ostativo. La divaricazione fra voluto e realizzato, infatti, non è dovuta a cause che incidono sul momento *formativo* della volontà, ma a fattori che incidono *sulla fase esecutiva* di una risoluzione criminosa».

⁶⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, 315 ss.

Non è difficile notare che tale definizione deriva dalla meccanica congiunzione dei due termini del sintagma, insensibile alla funzione determinante del contesto nel quale l'espressione compare ed è correntemente adoperata: il diritto penale. In questo senso è agevole rilevare che nel linguaggio penale il sintagma non assume solo il significato di deviazione, bensì anche di divergenza tra il risultato voluto e il risultato conseguito: perciò non solo deviazione fisica di un colpo o un attacco sferrato in una certa direzione, ma anche l'effetto di tale deviazione, consistente nella divergenza tra la vittima 'designata', mancata dall'attacco sviato, e la vittima 'occasionale' attinta dal colpo deviato.

Un'ultima precisazione: il concetto così come ricostruito denota come sua fattispecie più rappresentativa lo sviamento di una condotta che trova direttamente, senza alcuna 'intermediazione', il proprio punto di riferimento finale nel risultato voluto: il caso paradigmatico di aberratio che ricorre più spesso nella giurisprudenza è quello del soggetto che, esplodendo un colpo d'arma da fuoco, o per un difetto di mira, o per una spinta al tempo dello sparo, o per un improvviso movimento della vittima 'designata', colpisce la vittima 'occasionale'.

Ciononostante correttamente la letteratura sul tema ha avuto cura di estendere la fenomenologia dell'aberratio ictus oltre la casistica poc'anzi evocata, contemplando anche situazioni in cui tra la condotta esecutiva e la verifica dell'evento intercorre un'ulteriore azione, in genere della stessa vittima (designata o occasionale), che determina la verifica del risultato divergente da quello voluto⁶⁶: è il caso del collocamento dell'ordigno nella vettura appartenente alla vittima designata, ma guidata da altra persona; oppure della spedizione della bevanda nociva a casa del nemico, ma recapitata a persona diversa o ingerita dal corriere⁶⁷. In considerazione di quanto detto

⁶⁶ Cfr., per tutti, I. PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, in *GA*, 1981, 8 ss.

⁶⁷ Ricorrono a esemplificazioni consimili G. DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenze nell'esecuzione del reato*, Torino, Giappichelli, 1998, 8 ss.; M. MASUCCI, *Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, Torino, Giappichelli, 2004, 186. Nella letteratura straniera si vedano I. PUPPE, *Zur Revision*,

finora si può individuare come condizione costitutiva della situazione *aberrante* la realizzazione di un evento incompatibile con la volontà dell'agente, a condizione che, secondo l'ordine degli argomenti già adottati, tale divergenza non dipenda da una difettosa cognizione da parte del soggetto attivo del reato⁶⁸.

Si ritiene utile ricorrere all'esempio del veneficio, declinandolo in differenti configurazioni per ricostruire, in via di eliminazione, la fattispecie aberrante:

(j): Una mattina A prepara una torta condita di veleno e la ripone nella dispensa della propria cucina, al fine di servirla a ora di cena al proprio nemico B. Tuttavia nel pomeriggio C, coniuge di B nonché amante di A, si reca a casa di quest'ultimo, apre la dispensa e, dopo aver assaggiato la torta, decede a causa del veleno ingerito. *Quid iuris?*

Il caso non configura una situazione *aberrante* giacché non è dato riscontrare nel medesimo un'azione penalmente rilevante. È chiaro, infatti, secondo la definizione prima elaborata, che la deviazione implica l'esistenza di una condotta causalmente orientata al risultato. Se è innegabile l'esistenza di una sequenza di atti nella vicenda (la preparazione della torta, la somministrazione del veleno, la disposizione della pietanza nella dispensa), queste ultime in realtà

cit., 5; J. HSU, *Doppelindividualisierung und Irrtum: Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, 128 ss.; 221 ss.; G. L. WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, London, Stevens & Sons, 1961, 106; ID., *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens, 1983, 254; M. S. SANCHEZ, "*Aberratio ictus*" e imputation objetiva, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1984, 382, nt. 176. Nella letteratura tedesca di inizio Novecento l'esempio della somministrazione della sostanza tossica in una pietanza destinata alla vittima prescelta è parimenti ricorrente: si vedano T. GESSLER, *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, M. Voigt, 1860, 236 ss.; T. R. SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches*, Leipzig, J. M. Gebhardt, 1871, 141, nt. 15.

⁶⁸ In tal senso il predicato dell'art. 82 rappresenta un prezioso esempio di precisione terminologica: l'"errore nell'uso dei mezzi di esecuzione" rappresenta il fulcro significativo della fattispecie donde colorare di contenuti la locuzione "altra causa". L'"errore nell'uso (...)" permette infatti di incidere la causa della divergenza tra il voluto e il realizzato nella fase esecutiva del reato e, in particolare, con riguardo all'"errore (...)", al tempo del compimento dell'azione (ad es., l'agente spinto al momento dell'esplosione del colpo di arma da fuoco); quanto all'"altra causa" nell'ambito del decorso eziologico successivo all'ultimo atto esecutivo (ad es., il movimento della vittima designata e/o della vittima occasionale successivamente all'esplosione del colpo di arma da fuoco).

descrivono solo una fase prodromica all'atto effettivamente diretto contro la vittima: servire la torta intrisa di veleno a B.

In breve: gli atti non compongono una condotta approdata alla fase esecutiva del reato e, di conseguenza, risulta preclusa l'indagine sul coefficiente psicologico che li ha sorretti.

Rispetto alla morte di C, A deve essere ritenuto responsabile a titolo di omicidio colposo, in quanto il grado di confidenza intercorrente con la vittima avrebbe dovuto consentirgli di prevedere che la stessa potesse rovistare nella sua dispensa.

Immutando l'ultimo caso con l'introduzione di una condotta 'esecutiva' si può muovere l'attenzione sui concetti di vittima 'designata' e vittima 'occasionale':

(ii) Dopo aver iniettato la sostanza tossica nella torta, A spedisce la stessa all'indirizzo di casa di B al fine di ucciderlo. A non rivela il proprio piano a C, perché sa che quest'ultima in nessun caso avrebbe accettato la morte di B come prezzo per una 'nuova vita' con A. Tuttavia, giunto a destinazione, il corriere consegna la torta proprio a C, la quale la assaggia e decede a causa del veleno ingerito. *Quid iuris?*

Malgrado, come dianzi premesso, nella vicenda si possa riscontrare una condotta approdata alla fase esecutiva, non possono invece individuarsi né la vittima 'designata', né la vittima 'occasionale' e neanche, quindi, un caso di aberratio. È vero che, contemplando la vicenda dall'angolatura soggettiva dello scopo perseguito dall'agente, si potrebbe obiettare che A desiderava solo la morte di B e che, al contrario, la morte di C decreta l'irreversibile insuccesso del piano. Ciononostante tale stato emotivo non si concretizza in una volontà indirizzata a uccidere esclusivamente B⁶⁹.

Poiché dalle modalità di svolgimento del fatto non emerge che l'agente abbia accertato l'assenza di C in casa prima di spedire la pietanza, si ravvisa la

⁶⁹ Mutuando le osservazioni di G. LEONE, *Il reato aberrante* (artt. 82 e 83 cod. pen.), Napoli, Jovene, 1939, 51, si può definire «il desiderio un momento del processo psicologico che, per assurgere a volontà, ha bisogno della fase della rappresentazione», ossia dell'ancoraggio a un riferimento storicamente circostanziato. In termini affini nella letteratura straniera già R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, S. Hirzel, 1903, 7, nt. 5: «La volontà non è esclusa dal semplice desiderio che non accada nulla».

configurazione del dolo, in forma indeterminata, nei confronti di B, C e ciascun altro membro del nucleo familiare. Infatti sembra davvero arduo individuare in C la vittima ‘occasionale’, per essersi ella trovata a mangiare accidentalmente nella propria abitazione (!) la torta il cui veleno ne ha causato il decesso⁷⁰.

Per distillare la *ratio* della imputazione a titolo doloso dell’omicidio di C conviene invocare la lapidaria formula tanto invalsa in materia di *aberratio ictus*: ‘A ha voluto uccidere una persona (componente della famiglia di B) e ha ucciso una persona (componente della famiglia di B)’. Il punto è, però, che non si tratta affatto di un caso di *aberratio*. Da ultimo è incontrovertibile l’applicabilità della pena dell’ergastolo dipendente dalla premeditazione (art. 577, comma primo, n. 3, c.p.) e dall’utilizzo di sostanze venefiche (art. 577, comma primo, n. 2, c.p.).

Si può volgere al prossimo esempio, ancora ‘a caccia’ di un caso che soddisfi la nostra definizione di *aberratio ictus*:

(iii): A invita a cena B e C. Terminata la cena, A serve una porzione della torta avvelenata al proprio nemico B. Prima di mangiare la torta, B ne offre un pezzo alla consorte, la quale, nonostante abbia rinunciato alla intera fetta per attenersi alla dieta prescritta, cede alla tentazione di assaggiarne ‘solo un morso’. Così, sotto lo sguardo

⁷⁰ Sulla dimensione a un tempo descrittiva e a un altro ascrivibile del giudizio di colpevolezza si veda M. ROMANO, *Contributo*, cit., 46 ss., nt. 90, in particolare in merito all’essenza della condotta nella sua tendenza (o ‘finalità’) oggettiva, ossia nel significato a essa attribuito nella vita sociale. In argomento si vedano anche M. MASUCCI, *Naturalismo e normativismo nella teoria del dolo. Premesse per una ridefinizione dei limiti della responsabilità dolosa*, Roma, 2002, 381 ss., nonché le lucide considerazioni di K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, ETS, 2013, 373: «La dottrina afferma tradizionalmente che l’espressione “causazione colposa dell’evento” non equivale all’espressione “causalità+colpa”. Ebbene: per quale ragione nel reato doloso non si dovrebbe affermare che “causazione dolosa dell’evento” non equivale alla semplice somma di causalità e dolo, ma indica un *quid pluris*? Anche nel reato doloso l’evento dovrebbe rappresentare la realizzazione dello specifico rischio creato dalla condotta. (...) Il rischio, in ragione del quale una condotta viene considerata dolosa, non può certo risultare dal solo atteggiamento interiore caratterizzato dalla volontà di lesione o messa in pericolo del bene tutelato, ma deve in qualche modo riferirsi ad una situazione contraddistinta da determinate caratteristiche oggettive, associate di regola ad un rischio tipicamente doloso».

atterrito di A il quale non interviene per il timore di essere scoperto, si consuma la tragedia: C assaggia la torta e decede a causa del veleno ingerito. *Quid iuris?*

Anche questa situazione non presenta gli estremi di un'*aberratio ictus*. Si ravvisano senz'altro tanto la presenza di una condotta approdata alla fase esecutiva, quanto la presenza di una vittima designata nella persona di B: A ha servito la pietanza intrisa di veleno sul tavolo (condotta 'esecutiva') in corrispondenza del posto occupato da B (vittima 'designata').

A un esame sommario la vicenda sembrerebbe presentare tutti gli elementi costitutivi della situazione aberrante. Tuttavia un'analisi più approfondita rivela come la volontà di 'A' non si sia incarnata in una condotta sufficientemente determinata contro B, dischiudendo l'evenienza di una lesione anche in danno di C.

Infatti, rientrando per un momento sul terreno dell'analisi linguistica, sembra alquanto difficile definire l'assaggio della torta da parte di C un evento casuale, al di fuori del normale svolgimento della vicenda di vita rappresentata. In breve: poiché il tentativo dell'agente di uccidere B pone in una situazione di oggettivo pericolo anche la vita di C, rivelando il consenso di A anche all'eventuale morte di quest'ultima, non si può ravvisare nella morte di C l'espressione di una divergenza tra il voluto e il realizzato.

Certo: si potrebbe correttamente obiettare che la prevedibilità – *rectius*, la mancanza di imprevedibilità – di un evento non corrisponde all'elemento psicologico del dolo, quanto piuttosto a quello della colpa. Vero che la morte di C non rappresenta un accadimento anomalo rispetto alla comune esperienza di vita e vero che il carattere approssimativo del piano ordito da A non vale a escludere la sua responsabilità penale, cionondimeno quest'ultima assumerebbe carattere colposo, derivante dal potere di prevedere l'evento.

Tuttavia questa obiezione si espone agli stessi rilievi addotti in risposta all'indirizzo che escluderebbe la responsabilità dolosa dell'agente anche nel secondo caso prospettato. A ben vedere infatti anche in quest'ultimo caso,

benché la morte di C rappresenti per A ‘il fallimento del piano’⁷¹, non rappresenta invece un evento incompatibile con la volontà di quest’ultimo.

Alla luce delle modalità di svolgimento del fatto, fra le quali rientra il silenzio serbato da A nel momento in cui B offre la torta a C, emerge il consenso dell’agente alla verificazione dell’evento: non certo come prezzo per il successo del piano, ma come rischio intrinseco alla condotta, accettato per i motivi più vari (a titolo d’esempio, perché la ‘cena’ rappresentava l’ultima occasione rimasta per uccidere B, in procinto di trasferirsi con C in un altro Stato), i quali restano comunque irrilevanti per l’accertamento del dolo.

Stando a quanto osservato si ritiene A responsabile a titolo di omicidio doloso – sub specie dolo eventuale – di C, aggravato dall’uso di sostanze venefiche (art. 577, comma primo, n. 2, c.p.). Occorre escludere, invece, la circostanza aggravante della premeditazione, la quale, importando una volizione caricata della massima intensità, nonché la pianificazione del delitto voluto, risulta incompatibile con la semplice accettazione dell’evento caratterizzante il dolo eventuale.

Per le ragioni già enunciate A deve rispondere anche del tentato omicidio nei confronti di B, aggravato dall’esistenza della premeditazione (art. 577, comma primo, n. 3, c.p.) e dell’uso di sostanze venefiche (art. 577, comma primo, n. 2, c.p.). Poiché la premeditazione e l’uso di sostanze venefiche caratterizzano la condotta, disvelando un’elevata capacità a delinquere del colpevole, e non l’evento, il tentato omicidio de quo può combinarsi con le suddette fattispecie aggravanti secondo il modello del tentativo circostanziato di delitto.

La qualificazione giuridica di questa vicenda in termini più rigorosi rispetto alla precedente si comprende, alla luce di quanto in parte già accennato, considerando che mentre nel secondo caso (ii) l’agente ha offeso solo il bene giuridico incarnato nella vita di C, perché non ha tradotto il desiderio di

⁷¹ Nella storia del pensiero giuridico tedesco sul tema, lo scopo dell’azione assurge sovente a criterio di identificazione della vicenda *aberrante*, valido ad escludere la responsabilità dolosa dell’agente per il fatto realizzato. Si vedano *infra*, cap. II, 1, § 1. riguardo a VON LISZT e alla sua *Tatplantheorie*, nonché, in una fase successiva, *infra* cap. IV, § 5.1. riguardo a ROXIN e alla sua *Planverwirklichungstheorie*.

uccidere B in una volontà univocamente diretta a tale risultato, in quest'ultimo caso il soggetto ha manifestato la volontà di entrambi gli eventi: della messa in pericolo della vita di B con una condotta diretta, in modo non equivoco, a causare l'evento; della morte di C come conseguenza eventuale della propria condotta.

Si può proseguire con il presente esperimento, integrando l'ultimo caso raffigurato con qualche elemento aggiuntivo:

(iv): Durante la serata A aveva confessato più volte a C il proprio rammarico per aver usato nella preparazione della torta un ingrediente al quale la stessa è gravemente allergica. Tuttavia, a causa dell'ingente quantità di vino ingerito durante la cena, C dimentica l'avviso di A e mentre quest'ultimo è distratto assaggia la torta nel piatto di B. Subito dopo decede a causa del veleno ingerito. *Quid iuris?*

Il caso configura una ipotesi di aberratio ictus. Il fatto che si è concretamente realizzato non può ritenersi convergente con la volontà di A. Infatti, in linea con la comune esperienza di vita in casi del tipo di quello raffigurato, la scelta di C di assaggiare la torta ancorché edotta del contenuto per lei nocivo, è un accadimento che non può ritenersi preveduto e accettato da A.

Pertanto in quest'ultimo caso si riscontrano tanto la vittima 'designata' nella persona di B, quanto la vittima 'occasionale' nella persona di C e, quindi, una divergenza tra il voluto e il realizzato. Infatti rispetto al caso precedente, non solo l'agente ha concretizzato nella propria condotta una volontà effettivamente diretta a uccidere B, ma anche il rifiuto di 'effetti collaterali' del proprio agire, avvisando C dell'utilizzo di ingredienti nocivi per la salute di quest'ultima.

In ultima istanza, A dovrebbe essere chiamato a rispondere solo a titolo di tentato omicidio aggravato dalla premeditazione e dall'uso di sostanze venefiche nei confronti di B, giacché la morte di C, *per come si è verificata*, non può ritenersi prevedibile per A. Tuttavia per effetto della *fictio* prevista dall'art. 82 c.p., A deve essere ritenuto responsabile a titolo di omicidio doloso per l'uccisione di C, peraltro aggravato dall'utilizzo di sostanze venefiche, perché è punito «come se» avesse voluto uccidere proprio C.

L'analisi del tema attraverso la casistica prospettata ha senz'altro conferito maggior vividezza alla definizione elaborata a inizio capitolo e, più specificamente, ci ha consentito di raggiungere due risultati.

Dapprima ci ha permesso di estromettere dal perimetro dell'*aberratio* i casi del primo tipo (i), nei quali non si riscontra un'azione in senso penalmente rilevante.

Quindi ci ha permesso di individuare nella «concretizzazione del dolo» la condizione costitutiva della figura aberrante: a tale proposito, negli ultimi tre casi esemplificati (*ii*, *iii*, *iv*) si è potuto constatare forme apparenti di volontà, in realtà corrispondenti allo stato emotivo del desiderio o della speranza (*ii*); concretizzazioni del dolo insufficienti a escludere dal proprio oggetto persone diverse dalla vittima designata (*iii*); infine una situazione di *aberratio* in cui la persona effettivamente offesa è estranea all'oggetto del dolo (*iv*).

Alla luce delle riflessioni a margine dei casi proposti è emerso come la «concretizzazione della volontà» o la «volontà concretizzata» sia un dato niente affatto semplice da ricostruire, in quanto esso risiede nell'intersezione tra le risultanze della comune esperienza di vita e le modalità in cui il soggetto ha commesso il fatto. Il terreno è scivoloso: fare leva sulle motivazioni dell'agire e sullo scopo dell'agente condurrebbe a escludere la doloosità del fatto ogniqualvolta che quest'ultimo non realizzi lo scopo perseguito o che, addirittura, analogamente agli esempi raffigurati, rappresenti una tragedia per il colpevole.

Non sembra però che aderire incondizionatamente a una siffatta concezione della responsabilità penale possa costituire un reale avanzamento sul sentiero di un diritto penale della colpevolezza, ossia di un sistema in cui quest'ultima costituisca il fondamento, prima ancora che il limite, della sanzione penale. Al contrario assegnare una fisionomia tanto psicologista all'elemento soggettivo del reato si presta a schiudere l'ingresso a verosimili disparità di trattamento, derivanti dalla ricerca di una volontà del fatto dai contorni evanescenti: ancorando, come è corretto, l'accertamento del dolo sul terreno psicologico, l'indagine slitterebbe però dalla ricerca della volontà

criminosa alla ricerca del mero proposito o desiderio dell'agente intorno al verificarsi di un dato accadimento⁷².

Se il rischio derivante da una dotazione del dolo di contenuti così rarefatti fosse credibile, per fondate ragioni di politica criminale l'art. 82 c.p. ascriverebbe a titolo di dolo l'offesa in danno di persona diversa da quella contro la quale la condotta era diretta. La risposta penale non dovrebbe arretrare di un metro di fronte alla lesione di beni fondamentali che ha estrinsecato la volontà dell'agente, nonostante aliunde – le pagine di un diario, la conversazione con un amico – possa desumersi che quanto realizzato non coincidesse con lo scopo dell'azione.

È agevole notare, tuttavia, che si tratterebbe di un rischio decisamente sovrastimato, giacché l'esclusione delle motivazioni dell'agire dal novero degli elementi costitutivi del dolo trova una conferma indiretta nel dettato dell'art. 133, comma secondo, n. 1, c.p.⁷³ e, altresì, nella previsione dell'art. 577, comma primo, n. 3, c.p., che prevede la circostanza aggravante della premeditazione: la prima norma menzionata limita l'incidenza del movente del reato alla fase di commisurazione della pena; la seconda conferisce alla premeditazione la natura giuridica di circostanza aggravante, escludendo, perciò, per il configurarsi del reato doloso la necessità di una convergenza tra 'il premeditato' e 'il realizzato'.

⁷² Sotto questo profilo, non si condivide il pensiero di quella parte della dottrina, G. ESPOSITO, *Dalla divergenza dell'oggetto materiale nel concorso di persone "anomalo" all'aberratio causae: riflessioni in materia di dolo*, in *Indice penale*, 2001, 3, 1169, secondo la quale il dolo costituisce la «tensione verso il raggiungimento di un fine», per cui solo se «gli elementi della situazione cagionata si siano previamente riflessi nella psiche dell'agente, quali *elementi del "piano"* costituente il fine della propria condotta», si dovrebbe riconoscere un'ipotesi di responsabilità dolosa. Concordi con la critica in riferimento al dettato dell'art. 82 per la generalizzazione (o astrazione) dell'oggetto del dolo che la norma dispone, si respinge invece il finalismo del quale è impregnato il concetto di volontà condiviso dall'A., che limita indebitamente la nozione di volontà penalmente rilevante a quella del dolo intenzionale.

⁷³ Per l'esclusione del processo di motivazione della volontà dalla nozione di dolo cfr., per tutti, M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, 20, 135 ss.

Al contrario, come trapela dall'ultimo caso prospettato (iv), mantenere l'art. 82 autorizza a perpetuare disparità di trattamento nell'applicazione della legge penale, giacché, addebitando a titolo doloso un fatto non investito dalla volontà dell'agente, dispone lo stesso trattamento sanzionatorio per la realizzazione di fatti realmente dolosi, come quelli esaminati nel secondo e nel terzo caso (ii, iii), e per la realizzazione di fatti, al più, colposi ovvero, come nell'ultimo caso (iv), financo incolpevoli. Infine, perché pretende di obliterare la previsione del fatto di reato – del quale il soggetto passivo è parte integrante – che invece rappresenta il momento centrale del dolo, comune a tutte le sue forme (dolo intenzionale, dolo diretto, dolo eventuale). Infatti, per quanto indeterminata possa rivelarsi, la volontà di un soggetto non è mai diretta a uccidere o ledere un essere umano in generale: «Dopo tutto nel capo d'imputazione l'imputato non è mai accusato per aver voluto uccidere un essere umano astrattamente inteso. Egli è accusato di causato volontariamente la morte di una persona in particolare e, di conseguenza, la volontà del fatto per cui è accusato dovrebbe essere accertata per una condanna a titolo di omicidio doloso»⁷⁴.

Senz'altro, come si osserva attentamente in dottrina, «è ben possibile che un soggetto decida di uccidere “un uomo” in senso generico, ossia “una qualsiasi persona umana”, ma ciò – rispetto a quanto ordinariamente accade – costituisce un'eccezione, che può ad esempio verificarsi allorché un soggetto si risolve a commettere un omicidio in un luogo affollato a fini dimostrativi o di estrema protesta, essendogli in tal caso indifferente quale specifica persona il proiettile venga a colpire e versando così in dolo alternativo»⁷⁵.

⁷⁴ Testualmente G. L. WILLIAMS., *Criminal Law*, cit., 109.

⁷⁵ G. ESPOSITO, *Dalla divergenza*, cit., 1170. Soggiunge l'A, *ibidem*: (...) «Di regola, tuttavia, il soggetto che decide di sparare contro una persona-oggetto materiale vuole la morte proprio di quella specifica persona (...) quale obiettivo della propria condotta: l'eventuale uccisione del passante, ad esempio per un errore di mira, non potrà quindi essergli ascritta a titolo di dolo, nemmeno eventuale, in quanto la volontà omicida è scaturita nella sua psiche dalla rappresentazione specifica dell'oggetto materiale della condotta, tanto che la volontà stessa sarebbe venuta meno nel caso in cui fosse stata prevista la morte di un'altra persona».

Tuttavia anche nel caso prospettato dall'A., la volontà risulta dotata – nella proiezione criminosa dell'agente – di un livello di concretezza sufficientemente definito: qualora, ad esempio, una deviazione nella direzione impressa dall'agente al colpo d'arma da fuoco avesse condotto il proiettile a infrangere la finestra di un luogo di privata dimora, ferendo uno dei residenti, il fatto non sarebbe stato imputabile a titolo di dolo. Infatti, ancorché l'agente non abbia diretto la condotta verso una persona determinata tra la folla, egli aveva diretto la propria volontà verso quest'ultima entità e non verso un domicilio privato.

In ultima istanza il concetto di volontà, in quanto fenomeno psichico, indica necessariamente un'aderenza, più o meno determinata, della rappresentazione soggettiva alla realtà circostante e, quindi, solo se trasfusa nel suo autentico significato nella nozione di responsabilità dolosa, è idonea a fondare un diritto penale della colpevolezza. Perciò imputazioni del fatto 'per equivalente' come quella prevista dall'art. 82 o, in forma più grave, dall'art. 116 c.p., sanzionano il soggetto non per la realizzazione del fatto voluto (che si è arrestato, al più, allo stadio del tentativo), ma per aver voluto ciò che non doveva volere.

Sotto l'usurato paravento del perseguimento di pretese esigenze di prevenzione generale, che invocherebbero un irrobustimento della tutela penale per la repressione dei delitti di sangue, l'art. 82 rappresenta un residuo di inciviltà «nel faticoso processo storico che – attraverso la responsabilità oggettiva, il *dolus generalis* e il *dolus in re ipsa* – ha portato via via nei secoli a far emergere con il dolo un connotato che, esprimendo la forma più raffinata di “signoria” dell'uomo sul fatto (...), ne autorizza il rimprovero “personale” più marcato»⁷⁶.

⁷⁶ G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971, 155. Prosegue l'A., *Ivi*, 156: «Chi non voglia tener celato allo sguardo quei “residui di inciviltà” che sono le ipotesi di responsabilità oggettiva (...) sentirà ad esempio come il portato di un'insopportabile finzione imposta dal legislatore, la disciplina che considera l'offesa a persona diversa da quella cui era diretta “come se” fosse stata realizzata in danno della persona che si “voleva” offendere (art. 82), mentre nel silenzio della legge potrà cercare in questa ipotesi solo i contrassegni (eventuali) di una concorrente responsabilità per tentativo e per reato colposo».

4.2. (segue): l'omogeneità strutturale tra l'*aberratio ictus*, l'omicidio preterintenzionale e il reato aggravato dall'evento.

Acquisita l'importanza dell'art. 82 nella trama delle figure che disciplinano le situazioni di errore, conviene per adesso limitarsi a inquadrare l'*aberratio ictus* nel mosaico normativo che ritrae il fenomeno della divergenza fra 'il voluto' e 'il realizzato'.

Dopo aver analizzato i tratti comuni alle figure di errore, rilevando la loro alterità strutturale rispetto alla situazione disciplinata dall'art. 82 c.p., conviene muovere lo sguardo sulle altre tessere del mosaico normativo che regolano le 'situazioni di vita' in cui il fatto realizzato non è irradiato, o lo è solo per una parte, dalla volontà dell'agente: si tratta delle fattispecie aggravate dall'evento, fra le quali ci si limiterà a osservare le figure 'generali' delineate dagli artt. 584 e 586 c.p.

A ben vedere, al corredo delle fattispecie che disciplinano la divergenza tra il voluto e il realizzato dovremmo aggiungere anche il delitto tentato (art. 56 c.p.), il quale regola un'ipotesi di mancata corrispondenza tra fatto e volontà, benché solo di tipo quantitativo: il soggetto voleva ledere l'oggetto materiale e/o il soggetto passivo del reato e, invece, ha determinato solo un pericolo per l'oggettività penalmente tutelata⁷⁷.

Tuttavia poiché l'art. 82 c.p. regola le situazioni di mutamento del soggetto passivo relativamente ai reati in cui quest'ultimo rappresenta un elemento del fatto tipico, si può ulteriormente precisare che a venire in rilievo ai nostri fini è solo la divergenza sul piano oggettivo, tra il reato voluto e il reato realizzato, e non invece la divergenza di tipo quantitativo, tra la gravità dell'offesa voluta (la lesione del bene giuridico) e lo stadio al quale l'offesa si è arrestata (il pericolo per il bene giuridico).

Analogamente all'art. 82, gli artt. 584 e 586 del codice penale delineano ipotesi in cui il fatto realizzato non corrisponde alla volontà dell'agente. Nell'omicidio aberrante il dolo si proietta su un determinato oggetto materiale

⁷⁷ Sul tema si veda. P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 37 ss.: «Anche nel tentativo vi è un caso di divergenza tra il voluto ed il realizzato, visto che non si è compiuto ciò che si voleva. (...) Nel tentativo l'agente *fecit minus quam voluit*».

e invece l'azione si dirige su un altro, nell'omicidio preterintenzionale il dolo si proietta sulle percosse o sulle lesioni e invece la condotta determina la morte del soggetto passivo, nell'ipotesi delineata dall'art. 586 c.p. il soggetto commette un reato, diverso dalle percosse o dalle lesioni, dal quale deriva come conseguenza non voluta la morte o le lesioni della vittima⁷⁸.

Cionondimeno, ad onta della ravvisata omogeneità strutturale tra il reato aberrante, il delitto preterintenzionale e le fattispecie aggravate dall'evento, soltanto il primo è generalmente classificato come un'ipotesi di errore (esecutivo).

Le ultime due figure invece delineano modelli di imputazione meramente oggettiva dell'evento aggravante il titolo di responsabilità, riconciliati – definitivamente solo riguardo l'art. 586 c.p. – in via interpretativa con il principio di colpevolezza, condizionando l'imputazione del fatto alla effettiva prevedibilità dell'evento più grave.

Anche nelle situazioni (ritenute) integranti l'ipotesi criminosa di cui all'art. 584 c.p. caratterizzate da un errore esecutivo, quest'ultimo non è valorizzato per decidere la qualificazione giuridica del fatto fra le alternative rappresentate dal concorso tra le percosse o la lesione personale dolosa con l'omicidio colposo e l'omicidio preterintenzionale.

Un esempio della situazione tratteggiata è il seguente: A usa il calcio della pistola come oggetto contundente sulla nuca di B. Tuttavia, per l'eccessiva forza applicata, dalla pistola parte un colpo di proiettile che uccide B.

Appare evidente che nell'esempio prospettato è stato il maldestro uso dell'arma da fuoco a determinare l'evento letale non voluto dall'agente.

Ciononostante, nelle occasioni in cui una fattispecie concreta corrispondente a quella tratteggiata è stata sottoposta al vaglio del Supremo Collegio, il giudizio di imputazione sull'esito fatale della condotta non si è mai

⁷⁸ In senso analogo F. BASILE, *Colpa in attività illecita*, in *Reato colposo (Enc. dir.)*, a cura di Donini, 2021, 133, il quale annovera l'art. 82 tra le fattispecie incriminatrici le quali, nel malcelato tentativo di eludere l'applicazione delle regole ordinarie in materia di imputazione soggettiva, riducono a unità agli effetti sanzionatori ipotesi di responsabilità plurima, in cui si distinguono un fatto "base" doloso e una conseguenza di quest'ultimo necessariamente non voluta dall'agente.

soffermato sull'errore esecutivo. In tempi non recenti, la Corte regolatrice si pronunciò a distanza di pochi mesi con pronunce antitetiche: in un caso⁷⁹ è esclusa la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale sul rilievo che la morte non aveva costituito «l'effetto delle percosse inferte, bensì delle ferite provocate dal maneggio imprudente dell'arma, onde la situazione prodotta non potrebbe essere considerata “oltre l'intenzione” ai sensi dell'art. 584, bensì colposa ai sensi dell'art. 589»; successivamente⁸⁰ in una vicenda analoga sono stati ravvisati gli estremi dell'omicidio preterintenzionale, sulla base del rilievo per cui è la stessa norma incriminatrice – l'art. 584 c.p. – a richiedere ai fini della configurabilità della fattispecie soltanto la volontà degli atti di violenza (percosse o lesioni) dalle quali deriva l'ulteriore e più grave evento morte.

Al di fuori del rilievo che esclusivamente la prima pronuncia risulta condivisibile, in entrambi i casi l'itinerario argomentativo della Suprema Corte non si sofferma sull'errore esecutivo, ma sulla prevedibilità dell'esito fatale, in base all'assunto per cui l'agente non aveva abbassato il cane della pistola prima di usare la stessa per percuotere la vittima⁸¹.

Considerazioni di segno analogo si attagliano anche alle situazioni ordinariamente esemplificate per ricalcare il campo applicativo dell'art. 586 c.p., consistenti nei casi in cui una condizione patologica della vittima preesistente alla, e autonoma dalla, condotta dell'agente concorre alla determinazione dell'esito fatale. Anche in ordine a siffatta casistica l'applicabilità della norma riposa, come nella ipotesi di offesa aberrante, sulla conoscibilità da parte del soggetto di analoga cerchia socio-professionale

⁷⁹ Cass., sez. I, 17 febbraio 1961, n. 2223, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 822 ss., con nota critica di GROSSO, *Rapporti fra condotta ed evento nell'art. 584 c.p.*

⁸⁰ Cass., sez. I, 17 novembre 1961, n. 1644, in *Giur. it.*, 1962, 16 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 1137 ss., con nota adesiva di A. A. CALVI, *Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*.

⁸¹ Si focalizzano specificamente su questo profilo anche precedenti più recenti. Sul punto cfr. Cass., sez. V, 28 maggio 1990, n. 740, in *Giust. pen.*, 1991, II, 559 ss.; Cass., sez. V., 4 febbraio 2019, n. 5515, in *Dir. giust.*, 5 febbraio 2019. Sui precedenti dianzi richiamati si vedano le notazioni critiche di BARILE, *L'omicidio preterintenzionale tra versari in re illicita e ineludibili esigenze di garanzia*, in *Sistema penale*, 29 maggio 2020.

dell'agente della condizione patologica della vittima designata e, quindi, sulla prevedibilità dell'esito letale. Dall'analogia di quest'ultima questione con quella esposta addietro (*retro*, § 2) in materia di *aberratio ictus*, affiora l'omogeneità strutturale tra i fatti costitutivi degli artt. 584 e 586 c.p. e la situazione delineata dall'art. 82 c.p.

Come noto, mentre l'interpretazione costituzionalmente orientata della dottrina prevalente ha richiesto l'effettiva prevedibilità del risultato lesivo per le prime due ipotesi di reato richiamate, invece in relazione all'art. 82 né in dottrina, né all'interno della giurisprudenza di legittimità si è consolidata la tesi della prevedibilità del risultato lesivo.

L'equiparazione ai fini penali tra fatto voluto e fatto realizzato – in particolare, nella locuzione “come se” già ravvisata in precedenza – sembra opporre un ostacolo insormontabile alla riconduzione dell'effettivo risultato lesivo nell'alveo della prevedibilità.

Al rilievo poc'anzi svolto si aggiunge il fatto che, mentre gli artt. 584 e 586 c.p. comminano una sanzione diversa, per il fatto non voluto, da quella del delitto doloso, l'art. 82 c.p. assoggetta invece il colpevole alla pena del delitto doloso.

L'esito è consentaneo alla *ratio legis* dell'art. 82 che concentra il disvalore penale del fatto sulla volontà diretta a cagionare le lesioni o la morte di chicchessia: le modalità di realizzazione dell'evento – al pari delle situazioni che integrano la cd. *aberratio causae*⁸² – rappresenterebbero dettagli penalmente incolori.

⁸² Nella tesi della conformità ai principi generali dell'art. 82, l'*aberratio ictus* è stata talvolta classificata come *species* dell'*aberratio causae* in base alle ragioni già articolate nel testo e qui meglio precisate: in questa prospettiva l'oggetto della tutela penale sarebbe costituito dalla persona fisica a prescindere dalle sue individualizzazioni. Poiché l'agente ha volontariamente leso una persona fisica (*rectius*, i beni della vita o della incolumità personale), che il decorso causale sia stato quello rappresentato dall'agente ovvero che sia stata colpita la vittima designata o altra persona, è indifferente ai fini della imputazione dolosa del fatto. Il soggetto agente voleva uccidere e ha ucciso; voleva causare una lesione ed ha causato una lesione, il reato resta doloso. Nello stesso senso B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Fratelli Bocca Editore, 1894, I, 426 ss.; PERRONI-FERRANTI, *Del nesso causale e della sua imputazione con riferimento al nuovissimo progetto di codice penale italiano*, Palermo, G. Lamantis, 1888, 61 ss. A questa tesi sembra aderire oggi anche A. REGINA, voce *Il reato aberrante*, in

5. Il perdurante dibattito sulla funzione dell'art. 82: tra conferma delle regole generali in materia di imputazione dolosa, deroga rientrante nell'alveo del principio di colpevolezza e paradigma di responsabilità oggettiva.

Il principale argomento della dottrina che ascrive efficacia 'dichiarativa' all'art. 82 nel sistema di imputazione soggettiva si fonda sul rilievo che la legge penale tutela beni 'per serie' (o 'per classi'): perciò a fondamento della imputazione dolosa del fatto basterebbe la consapevolezza da parte dell'agente di arrecare offesa a un elemento qualsiasi della 'serie', mentre resterebbe irrilevante l'eventuale 'concretizzazione' nella mente di quest'ultimo dello specifico titolare dell'oggetto giuridico del reato⁸³.

Senonché, sulla scorta di un ordine di argomenti già tratteggiato, siffatta impostazione sovrappone due latitudini diverse del concetto di responsabilità dolosa: la prima rappresentata dall'elemento soggettivo del fatto; la seconda rappresentata dalla consapevolezza, anche solo potenziale, del carattere offensivo della condotta. Invece per fondare un giudizio di responsabilità dolosa occorrono entrambe le componenti: dapprima, la volizione del fatto di reato commesso e, successivamente, la verifica intorno alla conoscibilità da parte dell'agente del carattere antigiuridico della propria condotta.

Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, XXVI, 4, quando considera il dolo «una fattispecie complessa, nella quale alcuni elementi sono realmente *voluti* (nello stretto significato psicologico del termine) ed altri meramente rappresentati». Parafrasando l'asserto, l'oggetto del dolo sarebbe costituito dal bene vita o incolumità personale; l'individualità della persona offesa-oggetto materiale un dato del fatto storico appartenente alle *modalità di manifestazione* dell'offesa all'interesse tutelato dall'ordinamento. Conf. L. DURIGATO, "*Aberratio causae*": un tema marginale? in *Ind. pen.*, 1993, 49, la quale ricava dal dettato normativo in materia di fattispecie aberranti la conferma della irrilevanza ai fini della imputazione a titolo doloso dell'evento, nei reati a forma libera, della divergenza del reale decorso causale da quello rappresentato dall'agente.

⁸³ Per la tesi della conformità alla disciplina ordinaria in materia di elemento psicologico del reato si vedano nella manualistica, per tutti, P. PISA, *Le ipotesi di responsabilità anomala*, in GROSSO - PELISSERO - PETRINI - PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, 439 ss.

Nella qualificazione dolosa del fatto prevista dall'art. 82 è obliterata la prima dimensione, in omaggio a una concezione marcatamente imperativistica del diritto⁸⁴: non si punisce l'agente per aver causato volontariamente l'evento, ossia l'accadimento storico consistente nella morte o nella lesione personale del soggetto passivo-oggetto materiale oggetto del dolo, ma per aver diretto la propria volontà contro la funzione di tutela della incriminazione⁸⁵.

Invero nella situazione descritta dall'art. 82, «al momento dell'introduzione dell'ultimo atto esecutivo nel mondo fenomenico»⁸⁶, l'evento in cui si consuma il reato – la morte della vittima occasionale – non è illuminato dalla volontà dell'agente. Sulla scorta delle considerazioni svolte in tema di dolo, contro la posizione che assegna all'art. 82 c.p. la funzione di declinare in una situazione specifica i principi generali in materia di imputazione dolosa, si registra un orientamento, altrettanto consistente, che censura l'art. 82 per il contrasto con il principio di colpevolezza, consacrato nell'art. 27 della Suprema Carta.

⁸⁴ In senso analogo, benché muovendo dalla interpretazione dei criteri legali dell'imputazione soggettiva, mancando una norma specifica per la situazione *aberrante*, F. TOEPEL, *Error*, cit., 423, secondo il quale l'imputazione a titolo doloso del fatto sottende una valutazione della vicenda criminosa operante esclusivamente sul piano deontico, in cui all'accertamento di una condotta contraria alla norma precettiva (*Verhaltensnorm*) si fa corrispondere la sanzione minacciata (*Sanktionsnorm*), senza la previa, necessaria verifica della corrispondenza, sui versanti materiale e psicologico, del fatto storico alla fattispecie astratta.

⁸⁵ In altri termini, come osserva F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, Giappichelli, 1997, 50 ss., nt. 55, il giudizio di colpevolezza scivola dall'accertamento della «volontà di ciò che non doveva essere», all'accertamento di «una volontà che non doveva essere, che cioè esprime un rapporto di contraddizione con la pretesa giuridica». Del resto anche Ar. ROCCO., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, Fratelli Bocca Editore, 1913, 580, identifica l'oggetto della tutela penale nello scopo perseguito dall'ordinamento mediante la minaccia sanzionatoria: «Accertare qual è il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo "scopo" che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione od omissione. Significa, in altri termini, interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi».

⁸⁶ M. ROMANO, *Contributo*, cit., 23 ss.

Secondo quest'ultimo orientamento – che sorge e incontra i maggiori consensi in Germania – la situazione denominata nella letteratura *aberratio ictus* sarebbe inquadrata, mancando l'art. 82, nel concorso formale tra un delitto tentato nei confronti della vittima designata e un delitto colposo in danno della vittima occasionale, in conformità con la struttura materiale e psicologica del fatto.

In questa direzione milita la stessa struttura del dolo per come delineata dagli artt. 43 e 47 del codice: il riferimento all'attività predittiva – «l'evento preveduto e voluto» dell'art. 43 c.p. – sembra efficace per vincolare l'oggetto del dolo sul piano naturalistico, precludendo le astrazioni che invece il concetto di 'rappresentazione', spesso adoperato come sinonimo di 'previsione', può evocare. Sull'essenza del dolo secondo l'assetto composto dagli artt. 43 e 47 c.p. si è espresso in termini così incomparabilmente efficaci Pedrazzi da imporre la trascrizione delle sue considerazioni:

Se il dolo vuol essere proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto, l'evento che deve essere previsto e voluto a mente dell'art. 43 è necessariamente l'evento concreto, calato nel divenire e quindi storicamente circostanziato. (...) Concentrare la rappresentazione su di un modello cartaceo – ridurre il fatto alla fattispecie – vorrebbe dire abbandonare il terreno concreto della "coscienza e volontà" dell'azione od omissione (...) Poiché del fatto il reo è chiamato a rispondere, il fatto quale si realizza deve risultare consapevolmente voluto nella forma corrente e più impegnativa di soggettività criminosa⁸⁷.

⁸⁷ C. PEDRAZZI, *Tramonto*, cit., 1266 ss. *Contra* M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 55, nt. 131, secondo il quale neanche «al massimo livello» (cioè sul piano dei principi costituzionali in tema di responsabilità penale), sarebbe dato dedurre un divieto alla istituzione di «forme di responsabilità "anomala", ossia basate sul solo nesso di causalità tra la condotta illecitamente orientata e il diverso fatto di reato realizzato (...) ove la punibilità a titolo di dolo sia imposta da ragioni di "giustizia" (...) o trovi la sua ragion d'essere in preoccupazioni di particolare allarme sociale». Conf. M. BOSCARELLI, *Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 894 ss., secondo il quale, *Ivi*, 896, la messa al bando delle ipotesi di cd. responsabilità anomala proposta dalla dottrina prevalente si fonderebbe su «un modo di intendere il primo comma dell'art. 27 Cost. (...)» che riflette «la non rara tendenza a fare del testo costituzionale un *deus ex machina* volto a convalidare assunti dedotti *aliunde*». In termini sovrapponibili inquadrano l'art. 82 fra le ipotesi di responsabilità

Senza l'irrealizzabile pretesa di approfondire il senso di una riflessione magistralmente esposta, si può icasticamente definire il dolo come 'volontà lesiva', diretta a offendere un'entità materiale ritenuta meritevole della tutela penale. Viceversa, l'art. 82 basa la responsabilità dolosa su un'astratta 'volontà criminosa', considerando sufficiente la consapevolezza di infrangere la legge, piuttosto che la volontà dell'evento lesivo del bene del quale è titolare il soggetto passivo del reato.

Sicché sembra che l'art. 82 configuri un modello unico (e più grave) di responsabilità oggettiva che si differenzia dalle ipotesi di fattispecie aggravate dall'evento e dai delitti preterintenzionali: analogamente a questi ultimi si serve del reativo principio del '*versari in re illicita*'⁸⁸, condizionando l'imputazione dell'evento alla sussistenza del solo nesso causale con la condotta, ma, diversamente dai precedenti, prescinde dalla commissione di un reato-base, in quanto, come si avrà modo di esporre, non è necessario il transito del reato aberrante per un tentativo punibile nei confronti della persona presa di mira e, inoltre, il fatto realizzato è imputato (e punito) a titolo doloso.

Abbandonando per un momento la contrapposizione fondamentale intorno alla quale si polarizza il dibattito in materia di *aberratio ictus*, occorre rendere atto che l'art. 82 non costituisce l'unica norma a ispirarsi a presunti principi di 'giustizia sostanziale'.

Anche altre fattispecie come il concorso 'anomalo', le fattispecie aggravate dall'evento, l'omicidio preterintenzionale traducono istanze punitive, sorrette

da rischio totalmente illecito, S. MESSINA-G. SPINNATO, *Manuale breve. Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2016, 179 ss.

⁸⁸ Peraltro suscita un certo sconforto come la stessa giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. I, 23 settembre 2005, n. 38303, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 2, 194 ss. e in *Cass. pen.*, 2006, 12, 4045 ss., con nota di M. AGOSTINI, *Aberratio ictus e tentativo*, non abbia avuto problemi a riconoscere, senza giri di parole, la perpetuazione nell'art. 82 della logica del '*versari*': «La rappresentazione ha pur sempre ad oggetto un fatto criminoso e (...) l'agente ha realizzato il fatto (diverso) proprio nell'esecuzione di quella deliberazione criminosa (...). L'agente si pone consapevolmente in una situazione di illiceità potenzialmente aperta a plurimi sviluppi diversi e ulteriori rispetto a quelli direttamente presi di mira». Conf., da ultimo, Cass., Sez. I, 11 novembre 2022, n. 18329; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2023, n. 10975; Cass., Sez. V, 7 febbraio 2023, n. 15749.

da pretese istanze di conformità a canoni di 'giustizia', che osterebbero al concepimento di una responsabilità colposa, germinante da un fatto doloso.

Da quest'angolo visuale parte (minoritaria) della dottrina non ravvisa nella norma una contraddizione con il carattere personalistico della responsabilità penale, ma una deroga all'assetto normativo dell'elemento psicologico del reato delineato dagli artt. 43 - 47 c.p.: in breve l'art. 82 si atterrebbe a controregola rispetto alla disciplina comune in tema di colpevolezza, ma non a norma eccezionale, in quanto non incompatibile con i principi costituzionali che fondano e limitano l'applicazione di una sanzione penale.

Analogamente alle fattispecie anzidette, l'art. 82 profilerebbe una delle «norme-chiavi» nella definizione dell'oggetto del dolo, a conferma della convivenza di due distinti modelli di responsabilità penale, entrambi compatibili con il carattere soggettivo dell'illecito penale (art. 27, comma primo, Cost.)⁸⁹: uno aderente al canone della colpevolezza, che importa l'integrale congruenza fra il titolo formale di imputazione e l'atteggiamento psicologico dell'agente (artt. 43, 47 c.p.); un altro rispondente a un paradigma di responsabilità 'misto', parzialmente incolpevole⁹⁰, in cui a un'imputazione rispondente all'effettivo grado di responsabilità (la volontà di offendere la vittima designata) si salda un'imputazione a titolo unicamente oggettivo dell'evento (l'offesa in danno della vittima occasionale)⁹¹. Non si può

⁸⁹ In argomento si veda M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 23 ss., secondo il quale l'art. 82 c.p. costituirebbe una «norma-chiave ai fini della delimitazione dell'esatto ambito dell'oggetto del dolo». In altri termini, l'A. non revoca in dubbio il carattere *derogatorio* dell'art. 82 rispetto ai criteri comuni di imputazione soggettiva, ma nega che essi vincolino l'ordinamento a regolare mediante una corrispondenza biunivoca – volontà = imputazione a titolo doloso; colpa = imputazione a titolo colposo – la questione della responsabilità penale.

⁹⁰ Limpidamente sul punto E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2015, 412, secondo il quale l'art. 82 delinea un'ipotesi spuria di responsabilità oggettiva, giustificata – nella prospettiva del legislatore storico – «dalla creazione di un rischio totalmente illecito».

⁹¹ Cfr. M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 55, in cui l'A., ancorché condividendo in linea di principio l'impossibilità di qualificare come doloso un fatto divergente dalla volontà del soggetto, ritiene che nelle ipotesi in cui vi «sia un'effettiva volontà di realizzazione di un reato, sia il momento oggettivo di un'offesa penalmente rilevante (...) di per sé non illogica, alla luce di una razionale politica criminale orientata

disconoscere che questa tesi muove dal presupposto in stando al quale la Suprema Carta non vincolerebbe il legislatore a proporzionare la sanzione penale all'effettivo grado di colpevolezza, ma si limiterebbe a vietare la punizione di un soggetto per fatti interamente – sia nella condotta sia nell'evento – privi di risonanza nel suo schermo mentale.

Da una angolazione parzialmente coincidente, si snodano le riflessioni di autorevole dottrina che nega una torsione del principio di colpevolezza nella qualificazione dolosa del fatto ad opera dell'art. 82, ravvisando in quest'ultima norma «la conferma del principio generale che, per la sussistenza del dolo, è sufficiente la rappresentazione e la volontà della fattispecie astratta (...), senza che occorra altresì la rappresentazione del fatto storico effettivamente realizzato (...)»⁹²: assunto che, almeno sul piano nominalistico, si potrebbe anche condividere, senonché per “fatto tipico” tali Autori «intendono non la “situazione concreta” corrispondente alla descrizione normativa, bensì la descrizione medesima considerata quale “modello tipico”»⁹³. In termini

secondo i fini di un sistema misto, la previsione di una responsabilità mediana tra quella per dolo e l'assoluta impunità, fondata su un criterio di imputazione strutturato anche soltanto sulla mera somma della fattispecie soggettiva di un reato con quella oggettiva di un reato diverso». Nello stesso senso M. RONCO, *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*, in *Ind. Pen.*, 2011, 1, 8: «È conveniente trattare la colpa in modo simile al dolo con riferimento alle situazioni in cui le somiglianze sono più significative delle differenze; occorre, invece, adottare il criterio opposto con riferimento ai rapporti e alle relazioni per le quali le differenze sono più significative».

⁹² Testualmente G. PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, Cedam, 1975, 98. In senso analogo G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato e forme di manifestazione*, Milano, Giuffrè, 2018, 521. Negli stessi termini, afferma che nell'oggetto del dolo il fatto è «inteso come fatto tipico, astratto» F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2017, 307; ID., *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2007, 147; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 809; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1988, 560; M. BOSCARELLI, *Elementi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1967, I, 215; ID., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1991, 163; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, 514.

⁹³ ESPOSITO, *Dalla divergenza*, cit., 1172. Sul punto l'A., *Ivi*, cit., 1166, rileva il carattere ormai solo tratlazio della formula definitoria del dolo comune nella manualistica, come “conoscenza e volontà dei dati del fatto storico che trovano riscontro nella

diversi, secondo questa ricostruzione dell'oggetto del dolo, accolta secondo taluni dal codice Rocco, per fondare l'imputazione dolosa del fatto basterebbe la corrispondenza tra «il tipo di lesione» voluta dall'agente e il «il tipo di lesione realizzata»⁹⁴.

Seguendo quest'ultimo orizzonte di senso l'obiezione secondo la quale l'agente avrebbe voluto causare solo la morte della persona presa di mira e non di altri risulterebbe destituita di fondamento, in quanto eleverebbe a componente essenziale del dolo il movente dell'azione, che invece costituisce solo un criterio di commisurazione della pena (art. 133, comma secondo, n. 1, c.p.)⁹⁵.

Anche squadrandola da queste diverse angolazioni, l'imputazione a titolo doloso di un fatto che in una frazione del suo svolgimento – l'evento – non è attinto dalla volontà dell'agente non risulta compatibile con il carattere personalistico dell'illecito e della responsabilità penale e anzi, analogamente

fattispecie astratta”, ossia “rappresentazione e volontà del fatto di reato”. Infatti, in corso di analisi delle singole fattispecie di parte generale che regolano l'imputazione soggettiva del fatto emerge puntualmente il differente significato assegnato dagli Autori alla medesima enunciazione di principio.

⁹⁴ DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 521. Secondo l'A., *Ivi*, 522, che sul tema assume una posizione decisamente peculiare, il principio di colpevolezza non impone una soluzione costituzionalmente vincolata per il caso, coincidente con la disciplina del concorso formale di reati: «Tale diversa soluzione, presente in alcuni ordinamenti penali, potrebbe in effetti, essere introdotta anche nel nostro sistema (...) al fine di sottolineare il doppio significato assunto da una condotta, di tentativo, da un lato, e di reato (colposo) consumato, dall'altro. Ma si tratta appunto, (...) di una scelta normativa *possibile* (...) e non invece necessariamente *imposta* dalle regole sulla responsabilità a titolo di dolo». Con argomenti sovrapponibili A. GABOARDI, *La propagazione tentacolare del dolo in un caso di aberratio*, in *Cass. pen.*, 2013, 5, 1876 ss.

⁹⁵ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 76, secondo il quale il recesso della colpevolezza in favore di esigenze politico-criminali di impronta repressiva sarebbe comunque solo parziale. Infatti l'art. 82 compenserebbe il *deficit* sul versante dell'elemento psicologico del reato derivante dalla imputazione dolosa dell'offesa in danno della vittima occasionale, valorizzando l'effettivo «processo di motivazione sottostante il comportamento delittuoso» (*ibidem*), mediante la valutazione a favore del colpevole delle circostanze attenuanti sussistenti nel delitto tentato contro la persona presa di mira (ad esempio, l'aver agito in stato d'ira provocato dal fatto ingiusto della vittima designata *ex art. 61, n. 2, c.p.*).

alla tesi ‘monistica’, sembra ammantare con differenti argomenti la stessa natura puramente retributiva assegnata alla pena nell’ipotesi descritta dall’art. 82 c.p.⁹⁶.

Rispetto alla prima prospettiva, sebbene sia indubbio che negli intendimenti del legislatore del ‘30 l’art. 82 c.p. risponda al sistema di imputazione ‘misto’ stabilito nel codice, l’interpretazione in chiave storica del dettato normativo non sembra dirimente per deporre nel senso della conformità della disposizione non solo al principio di colpevolezza, ma anche alla disciplina comune dell’elemento psicologico del reato. In relazione a quest’ultimo profilo va rimarcato che agli artt. 42, comma secondo e 43, comma primo, c.p. «il codice non definisce il dolo, ma il delitto doloso»⁹⁷, consentendo, perciò, di inferire che gli ingredienti della responsabilità dolosa – previsione e volontà – non costituiscano un distillato normativo, ma debbano essere attinti dal campo delle scienze psicologiche. Sembra quanto meno ragionevole nutrire qualche riserva sulla possibilità di sganciare la volontà da un fatto storicamente circostanziato e, di risulta, avallare l’allineamento dell’art. 82 all’impianto normativo in materia di imputazione soggettiva⁹⁸.

⁹⁶ Come del resto traspare già dalle riflessioni di contenuto omogeneo svolte da NICOLINI, *Del tentativo*, cit., 96: «S’ella (*l’azione*) devia per causa fisica, benché apparentemente indipendente dal reo, e non produca alcun effetto dannoso, o il produca più lieve della sua intenzione, ei ne ha tutto il giovamento per la nostra legge sul *tentativo*: vi adoreremmo i decreti della Provvidenza ch’ebbe misericordia e del reo e del suo nemico, scampando costui dalla morte, e colui da’ rimorsi e dalla pena d’un omicidio consumato. E così se il deviamiento o il progresso del colpo dia compimento alla rea volontà, benché contro altri, ei dee soffrirne tutta la pena, ma con la stessa misura che gli conveniva se avesse ucciso il nemico».

⁹⁷ Testualmente G. MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze, Firenze University Press, 2018, 250.

⁹⁸ Nel senso del testo G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in INSOLERA et al. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 2, 192. Per una concezione puramente normativa del dolo e della colpa, da ricostruire sulla scorta dell’impianto normativo si veda M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 149 ss.: «A ben vedere, l’affermazione che l’art. 83 prevede un’ipotesi non definibile come di “vera” colpa (...) denuncia, con tutta chiarezza, la presenza di un pregiudizio di tipo “ontologico”. Su un piano rigidamente “normativistico”, viceversa la “colpa” (come

Rispetto alla seconda prospettiva, insorge un duplice ordine di obiezioni: in prima analisi si può osservare che raccordare il dolo agli elementi della fattispecie incriminatrice, anziché nel fatto concreto in cui essi debbono sostanziarsi, rivela l'adesione a una concezione della responsabilità dolosa nei termini di un rapporto di semplice *concomitanza*, e non di *confluenza*, tra fatto e volontà. Poiché, nel consueto esempio dell'omicidio, l'identità della vittima è irrilevante, per fondare l'imputazione dolosa basterebbe accertare la causazione della morte di un uomo e la volontà omicida, benché diretta verso persona distinta da quella uccisa. Come è stato invece correttamente notato la responsabilità dolosa importa «un rapporto di compenetrazione e non di semplice giustapposizione»⁹⁹, tra l'estremo oggettivo e l'estremo soggettivo del reato¹⁰⁰: non è sufficiente la sussistenza, isolatamente considerate, della

il “dolo” o la “preterintenzione”) non è un dato “ontologico” o “naturalistico”; ma solo una qualifica, appunto, “normativa” di un *quid*, idonea a sintetizzare un certo tipo di disciplina». Palmare l'ascendenza del normativismo kelseniano sull'Autore, in base al quale (H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., 75), «solo dalla norma si deve dedurre il principio della imputazione e, quando si rinuncia a ricavare il fondamento della imputazione da quest'ultima, si sta evocando un qualche principio generale di imputazione, il quale in realtà corrisponde a un postulato ideale, ovvero a un principio assiologico».

⁹⁹ A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, 1988, 306. Soggiunge l'A., *ibidem*. «Nell'accertamento della responsabilità penale per dolo, deve muoversi dall'evento cagionato dal soggetto, per indagare solo in un secondo momento se proprio quell'evento sia stato oggetto della rappresentazione e volontà del soggetto. Solo se così prospettato il problema, può evidenziarsi una vera 'appartenenza' dell'evento al soggetto. In altri termini il perfezionarsi del dolo rispetto all'evento va in un certo senso ed in certi limiti giudicato non a priori con riferimento al momento dell'impulso volontario, ma a posteriori al momento del verificarsi dell'evento». ID., *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli 1979, 49. Conf. M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 112. *Contra* F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016, 296, il quale, benché ravvisi nella situazione regolata dall'art. 82 una divergenza tra il fatto realizzato e il fatto voluto, riconosce la legittimità della imputazione dolosa del fatto proprio sulla base della «piena “sovrapposibilità” tra la rappresentazione del fatto e il fatto realizzato».

¹⁰⁰ Sul punto cfr., per tutti, D. PULITANÒ, *Il principio*, cit., 519: «Conforme al tipo di reato è qui l'evento materiale, di per sé considerato; lo è anche l'atteggiamento psicologico di per sé considerato; manca però la congruenza fra questo atteggiamento e l'evento concreto, che è necessaria a qualificare l'evento dato come realizzazione

realizzazione del fatto e della volontà dell'agente, ma occorre accertare la volontà del fatto al tempo della condotta e la realizzazione della volontà al tempo della verifica dell'evento¹⁰¹.

Inoltre siffatta correlazione tra 'fatto' e 'volontà' deve riflettersi nella congruenza del criterio legale di imputazione rispetto al coefficiente psicologico del fatto: sicché solo il fatto voluto può essere sanzionato a titolo di dolo, mentre il rimprovero dell'agente per qualsiasi altra conseguenza non voluta può sostanziarsi, eventualmente, in una punizione a titolo di colpa. In tal senso l'introduzione in via interpretativa del requisito della prevedibilità dell'evento diverso (artt. 82 e 116 c.p.) o aggravante (art. 584 e fattispecie aggravate dall'evento) non basterebbe a ricomporre la frattura tra la natura colposa o financo incolpevole del fatto e l'imputazione legale a titolo doloso (per gli artt. 82 e 116 c.p.), o comunque il trattamento sanzionatorio più ruvido rispetto a quello disposto dalla disciplina del concorso formale (per gli artt. 584 c.p. e le fattispecie aggravate dall'evento)¹⁰². In definitiva anche la tesi

della volontà dell'agente». In termini sovrapponibili G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 408 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 634.

¹⁰¹ Limpidamente in tema J. WOLTER, *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung"*, in *Festschrift für Heinz Lefrenz*, Heidelberg, 1983, 552: «Isolatamente considerati, si riscontrano il fondamento oggettivo della imputazione, il piano criminoso e la realizzazione di quest'ultimo, i quali tuttavia non si compenetrano in un'unica entità. Breve: Non può essere imputata oggettivamente all'agente, in base unicamente al rischio e al risultato lesivo determinati, la volontà di uccidere la vittima occasionale». ID., *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung — zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW*, 1977, 678, nt. 138.

¹⁰² Esempio sul punto M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Bologna, Giuffrè, 1991, 460, il quale, criticando l'equiparazione tra prevedibilità in concreto e previsione, e il conseguente impoverimento del dolo del suo elemento più qualificativo (la rappresentazione dell'accadimento concreto), osserva che «l'evento non è più o meno voluto solo perché più o meno rappresentabile». Cfr. anche L. CORNACCHIA, voce, cit., 173 ss., secondo il quale, lontano dal costituire una «panacea capace di sanare tutte le residue disposizioni "intaccate" dalla tabe del *versari*», la prevedibilità in concreto appare «più un fattore frenante che un reale avanzamento sulla strada dell'affermazione del *nullum crimen sine culpa* (...)». In termini analoghi G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., 41. In senso analogo, ancorché limitatamente alla

‘mediana’ appena esposta non può essere condivisa, perché non rimuove e anzi accetta lo sfaldamento tra il coefficiente psicologico del fatto e il titolo di imputazione del fatto¹⁰³.

figura plurilesiva di *aberratio*, A. GABOARDI, *La propagazione*, cit., 1880: «I fatti che non si affacciano all’orizzonte intellettuale dell’agente restano estranei alla sua sfera psichica e possono esservi artificialmente ricondotti o per mezzo di una finzione assoluta di avvenuta rappresentazione o attraverso il travestimento con la “maschera” della previsione (e, dunque, dell’attualità psichica) del diverso coefficiente della prevedibilità, ad un tempo potenziale e deontico, poiché il soggetto è chiamato a pronosticare ciò che può essere da lui pronosticato».

¹⁰³ Conf. sul punto G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2019, 422, i quali non ritengono sufficiente per salvare la legittimità costituzionale dell’art. 82, come di tutte le altre fattispecie aggravate dall’evento, l’introduzione in via interpretativa della prevedibilità in concreto dell’offesa in danno della vittima malcapitata: «In conseguenza della sproporzione, queste norme, che puniscono con la pena prevista per un delitto *doloso* persone alle quali, in relazione a un elemento del fatto diverso dall’evento (la qualifica del soggetto attivo nel reato proprio e l’identità della persona offesa nell’*aberratio ictus*) può essere mosso soltanto un rimprovero di *colpa*, si candidano ad essere dichiarate costituzionalmente illegittime». Nello stesso senso S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017, 542; L. CORNACCHIA, voce, cit., 179.

CAPITOLO II

PROFILI DIACRONICI. PRIMA SEZIONE:

LO STATO DEL PROBLEMA ALLE ORIGINI DELLA DOGMATICA PENALISTICA

SOMMARIO: 1. I termini della questione nella letteratura tedesca del diciannovesimo secolo. – 2. Lo scarso influsso del dibattito tedesco in Italia. Il predominio della tesi favorevole all'unitaria imputazione dolosa. – 2.1. Epilogo: il comune inquadramento dell'*error in persona* e dell'*aberratio ictus* nell'art. 52 del codice Zanardelli.

1. I termini della questione nella letteratura tedesca del diciannovesimo secolo.

Dopo aver delineato la fisionomia e la fisiologia del fenomeno al quale la letteratura attribuisce la denominazione *aberratio ictus*, conviene ora concentrare la disamina sul profilo problematico della materia nell'ambito del giudizio di colpevolezza.

L'ordine di esposizione degli argomenti rivela implicitamente la nozione di responsabilità penale condivisa dalla tesi propugnata: in essa dolo e colpa si atteggiano a coefficienti psicologici appartenenti alla fattispecie concreta. Mutuando le riflessioni di autorevole dottrina, si considera ogni «sfasatura fra titolo formale e fondamento sostanziale della responsabilità priva di giustificazione»¹, perché idonea a mimetizzare antichi paradigmi di responsabilità oggettiva (*dolus generalis, versari in re illicita, dolus in re ipsa*) in frizione con il principio di colpevolezza. In breve si condividono le riflessioni mirabilmente espresse da Demuro, secondo il quale «così come va respinta l'impossibile pretesa di ricostruire nei minimi dettagli un percorso interno alla psiche», la dottrina ha comunque il compito di difendere «l'essenza psicologica

¹ D. PULITANÒ, *Il principio*, cit., 518. In termini sovrapponibili A. ALESSANDRI, *Art. 27, comma I*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca-Pizzorusso, Roma, 1991, 115, il quale deduce dal carattere personalistico dell'illecito penale che si trova scolpito nella Suprema Carta l'«esigenza di un costante “realismo psicologico”» come bussola di orientamento per il giudizio di colpevolezza.

del dolo, non solo con barriere dogmatiche, ma con l'indicazione dei percorsi per la sua descrizione pratica»².

In questa prospettiva si spiega la trattazione sul piano naturalistico del fenomeno aberrante in una fase precedente all'esame sul titolo soggettivo di imputazione del fatto: la selezione del secondo consegue, necessariamente, all'elemento psicologico che ha informato il fatto storico.

Come già ampiamente osservato, invece, proprio in tema di *aberratio* risulta predominante nella dottrina dei maggiori ordinamenti continentali al secolo diciannovesimo la tesi che ravvisa, mediante l'esplicitazione di una componente assiologica nel giudizio di imputazione, nella punizione a titolo doloso del fatto l'unica soluzione allineata al sentire comune³. Solo in Germania si riscontra l'emersione della tesi avversa, la quale distingue nella vicenda *aberrante* due reati: un tentativo contro la vittima designata e un reato colposo in danno della persona effettivamente offesa⁴.

² G. DEMURO, *Il dolo: l'accertamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 399. Nello stesso senso si veda G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma, Editori La Terza, 2017, 104, il quale ammonisce sui rischi di un'eccessiva normativizzazione della colpevolezza, che finisce, obliterandone la dimensione psicologica, col trascurare il suo «fondamento garantista (...) quale presupposto costituzionalmente rilevante della responsabilità penale»; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 391.

³ Sull'importanza attribuita al sentire comune per la qualificazione giuridica del fatto nelle ipotesi di *aberratio ictus* si veda L. KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt A. M., Lang, 1987, 491, il quale osserva che, malgrado la dottrina dominante in Germania si ostini ad arguire la maggiore aderenza alla struttura pregiuridica (specificamente, psicologica) del fatto della soluzione 'pluralistica', proprio dal confronto con gli esponenti della "parallela sfera laica" emerge che per la maggior parte di quest'ultime l'imputazione dolosa del fatto realizzato costituisce la soluzione più corretta dei casi di *aberratio ictus*.

⁴ Cfr. B. ALIMENA., *I limiti*, cit., 374 ss., il quale registra il consenso unanime della dottrina e giurisprudenza continentali del diciannovesimo secolo sull'imputazione dolosa del reato commesso per *aberratio ictus*, con l'unica eccezione rappresentata dalla Germania: «Per l'*aberratio ictus* non vi è più accordo, perché la maggior parte dei criminalisti tedeschi ritiene che esso dia luogo a due reati diversi: ad un tentativo (per quel che si voleva fare) e ad un reato colposo (per quel che si è fatto). (...) Fuori della Germania, però, questa opinione (...) è accolta dalla gran maggioranza e quasi dalla unanimità dei criminalisti: ricordo il Nicolini, lo Haus, il Pessina, il Carrara, il Garraud».

Per comprendere perché in Germania si sviluppò un dibattito tanto prolifico in tema di *aberratio ictus* (*Fehlgehen des Angriffs*), occorre ripercorrerne i tratti salienti nella letteratura filosofica e giuridica tedesca sui temi dell'azione e della imputazione. Invero in Germania lo sforzo di individuare il costante equilibrio tra le (indimostrate) esigenze di assicurazione della collettività e la necessità di salvaguardare la libertà individuale si è tradotto in un'attenzione più sensibile, rispetto agli altri ordinamenti europei, al rapporto tra accertamento del dolo e titolo soggettivo di imputazione nel giudizio di responsabilità penale⁵.

Si comprende in quest'ottica la trattazione della questione giuridica da parte della letteratura tedesca mediante il ricorso a un novero di esemplificazioni inerente a situazioni di *errore* o *aberranti* non penalmente rilevanti: taluno che si reca in tribunale ma, invece di accedere all'aula dell'udienza che lo interessa, 'sbaglia porta' ed entra in un'altra aula; talaltro che acquista un biglietto per andare a Berlino, ma sale per errore sul treno diretto a Colonia; talaltro ancora che, in occasione di una gara di tiro con l'arco, manca il bersaglio, ma pretende comunque il premio per aver colpito il bersaglio di una gara 'diversa'⁶.

Un siffatto campionario di episodi di vita, deliberatamente riferito a vicende che non suscitano l'interesse del diritto penale, rivela il raggiungimento da parte della scienza giuridica tedesca di un approccio 'laico' al tema della colpevolezza. In questa prospettiva la liceità o illiceità (agli effetti

⁵ Emblematica dell'attenzione rivolta al tema della colpevolezza e del ripudio di ogni riconoscimento, anche in ipotesi isolate, al paradigma del '*versari in re illicita*' è la previsione nel § 18, ai sensi del quale «se la legge stabilisce una pena più severa per una determinata conseguenza del fatto, l'agente o il concorrente rispondono della conseguenza non voluta solo se questa può essere imputata almeno a titolo di colpa».

⁶ Gli esempi menzionati si trovano in C. L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1907, II, 365 ss. Soggiunge l'A., in riferimento agli esempi citati dianzi, che «dal punto di osservazione del soggetto agente, si può sempre affermare che in questi casi ciò che voleva non si è realizzato e, in questa prospettiva, non sono mancati in tempi recenti autori i quali, benché isolati, abbiano distinto un tentativo nei confronti dell'oggetto rappresentato e un reato colposo in danno dell'oggetto colpito». Prefigurando esempi omogenei rispetto a quelli prospettati da von Bar, perviene alla soluzione della imputazione dolosa del fatto, riconoscendo ipotesi di errore irrilevante sul decorso causale dell'azione, E. KOHLRAUSCH, *Irrtum*, cit., 10.

della legge penale) del contesto in cui il soggetto agisce non intacca la necessità di sondare, in entrambe le ipotesi, la volontà rispetto a ogni fatto oggetto di imputazione. Ne consegue che l'offesa in danno della persona diversa non può essere considerata dolosa adducendo l'esistenza di una convergente volontà *criminosa* all'origine del fatto realizzato, in quanto è la volontà del fatto (di reato) a fondare l'imputazione dolosa e non (soltanto) la volontà di infrangere la legge penale⁷.

Prima di addentrarsi *in medias res*, scrutinando gli argomenti addotti a favore dell'indirizzo monista e dell'avverso indirizzo pluralista, occorre esaminare la punibilità del tentativo nei codici penali che si sono susseguiti nel territorio germanico dalla prima metà all'ultima fase del diciannovesimo secolo. Specificamente, è opportuno considerare la disciplina del tentato omicidio, in quanto tipica ipotesi di reato suscettiva di manifestarsi in forma *aberrante*. Invero, come risulta agevole notare, il regime sanzionatorio del tentato omicidio è destinato a esercitare un significativo influsso nella formazione degli schieramenti che si contendono il campo.

Alcuni codici, come quello per il regno del Sachsen (art. 41), quello per il ducato di Braunschweig (§ 36), quello per il granducato del Baden (§ 114), e quello per il regno tedesco (§ 44) sanzionano il tentato omicidio mediante una pena più tenue rispetto a quella dell'omicidio doloso; altri, come quello per il regno del Württemberg (art. 53a) e quello per gli Stati prussiani (§ 31) sanzionano con la stessa pena il tentato omicidio e l'omicidio consumato; altri ancora come quello per il regno di Hannover (§ 36) e quello per il Bayern (art. 60, comma secondo, c.p.), prevedono la conversione della pena di morte – dell'omicidio doloso consumato – in quella dell'ergastolo o dei lavori forzati a vita.

⁷ In tal senso C. L. VON BAR, *Gesetz*, cit., 365, nt. 144, equipara agli effetti della responsabilità penale l'errore sul fatto all'*aberratio ictus*, rilevando come in entrambe le ipotesi il risultato conseguito dall'agente non converga con la sua volontà, e osservando come «l'unica differenza consista nella rilevanza ai fini penali dell'esplosione di un colpo di pistola in direzione di un cervo, rispetto all'esplosione di un colpo di pistola in direzione di un uomo».

A conferma della ipotesi poc'anzi enunciata è sufficiente rilevare che la conversione della pena capitale nella pena custodiale perpetua nell'ipotesi del tentativo – stabilita dai codici penali per il Bayern e per il regno di Hannover – rappresenta un fattore determinante per orientare il pensiero della dottrina sulla questione. Nel regno del Bayern e nel regno di Hannover, infatti, l'adesione alla soluzione pluralista condurrebbe a un esito in contraddizione con il principio di uguaglianza, nella specie della proporzionalità sanzionatoria: il colpevole risponderebbe con la medesima pena – la reclusione o l'incatenamento perpetui – tanto nel caso del tentato omicidio quanto nel caso dell'omicidio aberrante, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo presentasse i requisiti sia del tentato omicidio sia dell'omicidio colposo. Il quadro normativo induce a preferire, fra le due tesi avanzate, quella più adatta a differenziare gli effetti sanzionatori dell'omicidio aberrante e del tentato omicidio.

Nel diciannovesimo secolo si possono distinguere in Germania due principali correnti di pensiero nella scienza penalistica: una di tradizione illuminista, riferibile alla prima metà dell'Ottocento e, segnatamente, alle opere di Feuerbach e Wächter e, successivamente, di von Liszt, Binding e Beling; un'altra nota come la 'scuola' hegeliana, che annovera tra i suoi principali esponenti Abegg, Berner, Hälschner e Köstlin.

In prima analisi è interessante notare che le profonde differenze intercorrenti tra i due sistemi di pensiero non risultano sempre decisive ai fini della qualificazione giuridica della vicenda *aberrante*.

Infatti sia l'indirizzo 'illuminista' sia la scuola hegeliana risultano al loro interno discordi intorno alla qualificazione giuridica dell'offesa aberrante.

Quanto ai primi, alla tesi della imputazione dolosa fondata sulla persistenza, nonostante lo sviamento dell'azione, della volontaria lesione dell'interesse tutelato dalla legge penale (Beling, Feuerbach, Kohler e Wächter), si contrappone l'autorevole posizione (Binding) di segno contrario, critica rispetto alla imputazione dolosa del fatto realizzato, in quanto sorretta dalla artificiosa ascrizione al soggetto della volontà di uccidere o ferire indistintamente qualunque componente del genere umano (e non, invece, il 'bersaglio').

Nelle fila della scuola hegeliana, la quale concentra nella volontà dell'agente il fondamento e il limite della risposta punitiva, alla posizione favorevole alla punizione a titolo doloso dell'offesa consumata, ritenendo che nella stessa la volontà lesiva si fosse manifestata nella massima estensione (Köstlin), si contrappone la tesi (Hälschner e Berner) che disconosce la corrispondenza del voluto al cagionato, ritenendo che in nessun caso l'offesa in danno della persona colpita in seguito allo sviamento della condotta possa fondare un'ipotesi di responsabilità dolosa.

Esaminando analiticamente i due indirizzi di pensiero, nel solco della corrente di pensiero di matrice illuministica è possibile discernere due orientamenti: uno che derubrica l'incidente nella fase di esecuzione a un mutamento del decorso causale (cd. *aberratio causae*), irrilevante ai fini del giudizio di imputazione nei delitti di sangue; un altro secondo il quale l'*aberratio ictus* profila una divergenza essenziale tra volontà e fatto, in quanto inerente a situazioni in cui la volontà del soggetto era proiettata su una vittima determinata.

Secondo il primo orientamento, per il quale l'illecito penale sostanzia la «violazione della libertà garantita dal contratto sociale e protetta dalla legge penale»⁸, ovvero l'«offesa di un diritto altrui prevista da o punita attraverso una legge penale»⁹, l'*aberratio ictus* costituisce necessariamente un reato doloso, in quanto espressione della volontaria lesione di un interesse protetto dalla legge penale¹⁰.

In questa prospettiva, contraddistinta da una concezione formalistica della colpevolezza, l'oggettività giuridica del reato non consiste nell'entità reale – vittima designata e vittima occasionale – ma nella funzione politico-criminale della norma incriminatrice (proteggere l'essere umano).

⁸ A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1801, 24 ss.

⁹ ID., *Ivi*, cit., 24 ss.

¹⁰ Nella concezione della colpevolezza di ID., *Ivi*, 46, il dolo (*bösen Vorsatz*) consiste nella «determinazione della volontà verso la violazione di un diritto, unita alla consapevolezza dell'antigiuridicità del fatto».

Aderendo a questa concezione di illecito penale l'inquadramento pluralistico (il concorso, eventuale, tra un tentativo e un reato colposo) della vicenda apparirebbe necessariamente preclusa, in quanto dolo e colpa non potrebbero mai concorrere, giacché la volontà di offendere l'oggetto di un reato non sarebbe compatibile con la lesione colposa della medesima oggettività giuridica. Stando ai rilievi che precedono e assecondando l'insegnamento del principale teorizzatore del *Tatbestand*, in quanto il dolo si sostanzierebbe, nella sua componente intellettuale, nella conoscenza «non dei singoli momenti concreti, ma in senso assoluto dei momenti della fattispecie senza riguardo al loro contenuto reale»¹¹, l'*aberratio ictus* profilerebbe un caso ordinario di responsabilità dolosa.

Mutuando le riflessioni sul tema espresse da Liszt, nei casi di *aberratio ictus* la discrepanza tra il risultato perseguito e il risultato ottenuto dall'agente non sarebbe essenziale giacché, dalla visuale della legge, l'interesse leso corrisponde all'interesse che il reo intendeva offendere:

Secondo la tesi prevalente in Germania nei casi di *aberratio ictus* (...) il soggetto dovrebbe esser chiamato a rispondere a titolo di tentativo rispetto al reato voluto contro la persona presa di mira e a titolo di responsabilità colposa rispetto al reato in danno di persona diversa. Questa soluzione è priva di fondamento. Anche in questo caso conviene, più semplicemente, ricorrere ai principi generali alla luce dei quali solo la divergenza essenziale tra la rappresentazione e il risultato preclude l'imputazione dolosa del fatto. Ad esempio, se un cacciatore ha mirato un determinato cervo in un branco e a causa di una deviazione sul colpo ne colpisce un altro, non si può ravvisare alcuna divergenza essenziale tra rappresentazione e volontà. E la soluzione

¹¹ E. BELING, *Die Lehre*, cit., 325, trad. in A. REGINA, *Il reato*, cit., 90; conf. C. G. WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, Stuttgart, Metzler, 1825, 2, 128 ss.; T. WALTHER, *Die Beurteilung der Aberrationsfälle in neuerer Zeit*, in *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, München, 1862, 4, 526 ss.; SCHAPER, § 18 *Weiteres über den Thatbestand*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts: Ergänzungen zum deutschen Strafrecht*, a cura di Holtzendorf, Habel, Berlin, 1877, 175 ss.; F. F. BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Breslau, Koebner, 1885, 98 ss.; R. LEONING, *Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht*, Frankfurt a. M., Rutten & Loening, 1885, 36.

rimane la stessa in tutte le risse da osteria in cui un soggetto colpisce accidentalmente un'altra persona rispetto a quella che aveva preso di mira ¹².

In via preliminare conviene osservare che gli esempi prospettati dall'Autore risultano difficilmente compatibili con la situazione aberrante, per come delineata nel capitolo precedente (retro, cap. I, § 4.1.). Infatti, al di fuori del riferimento a una precisa fattispecie criminosa, la rissa denota una situazione in cui il partecipante alla stessa non 'prende di mira' una persona specifica, ma tenta di procurare il maggior danno possibile alla banda avversaria: il dolo si estende, in modo indeterminato e/o alternativo, a tutti i componenti della compagine rivale¹³.

¹² F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, J. Guttentag, 1888, 173 ss. In realtà, in una precedente edizione della stessa opera (Berlin-Leipzig, 1884, 162 ss.), l'A. aveva assunto una posizione più articolata tanto in materia di *aberratio ictus*, quanto di *error in persona*, stabilendo il titolo di imputazione in ragione del grado di determinatezza della rappresentazione dell'agente. Proprio in base a questo criterio, l'A. nel già citato caso "Rose-Rosahl" differenzia i titoli di responsabilità a carico di Rose e di Rosahl, imputando soltanto al primo a titolo di dolo l'omicidio di Harnish. A Rosahl ascrive esclusivamente una responsabilità a titolo colposo, giacché a differenza di Rose, la sua azione sarebbe stata sorretta dalla specifica volontà di eliminare Schliebe, il suo principale rivale in affari.

¹³ Pertanto esatta si rivela in argomento la critica di E. WISKOTT, *Zur Lehre von der sogenannten aberratio ictus*, Bonn, J. Bach, 1899, 16 ss., stando alla quale gli esempi prospettati da Liszt non riflettono il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato, in quanto dalle modalità di svolgimento della vicenda si può inferire l'esistenza di una responsabilità (almeno) a titolo di dolo eventuale per il fatto commesso: «Si può senz'altro ritenere sussistente il dolo eventuale nel caso prospettato da Liszt nella nona edizione del suo Manuale (...), in cui un cacciatore dopo aver mirato al più grazioso cervo del branco, colpisce per un difetto di mira il secondo più grazioso (...), la soluzione sarà diversa nel caso in cui il soggetto che ha mirato al proprio nemico, colpisca il proprio amico, che si è improvvisamente posto sulla traiettoria di tiro (...). Le riflessioni svolte si possono compendiare come segue: nei casi di *aberratio ictus* in cui il colpevole si è rappresentato, accanto al risultato voluto, anche la realizzazione dell'effettivo evento lesivo, permane una responsabilità a titolo di dolo eventuale per il reato consumato. Se non si verte in quest'ultima ipotesi, permane una responsabilità a titolo doloso per il tentativo, in concorso, eventuale, con una responsabilità a titolo colposo per il delitto consumato. Per determinare in quale delle due ipotesi si debba inquadrare la vicenda, occorre accertare le modalità di svolgimento del fatto».

Peraltro, dal riferimento a situazioni – la rissa e la caccia – in cui da un giudizio *ex post* della vicenda traspare come la volontà dell'agente investa, rispettivamente, qualunque cervo del branco o qualunque membro della banda rivale, emerge come il pensiero di Liszt sia imbevuto di considerazioni attinenti alle motivazioni dell'agire.

Più specificamente, l'imputazione a titolo doloso o colposo dell'offesa in danno della persona diversa dipenderebbe secondo l'Autore dall'importanza che nel piano dell'agente riveste la vittima designata, e dal conseguente fallimento dello stesso nel caso in cui sia colpita una persona diversa¹⁴.

Vero quanto appena rilevato, assumendo la prospettiva di Beling e Liszt nella vicenda aberrante si sostanzierebbe la deliberata violazione di una regola di condotta imposta all'individuo: lo sviamento della condotta si attergerebbe a contingenza del fatto incolore per la sua qualificazione giuridico-penale. Poiché la legge penale tutela in modo impersonale la vita e l'integrità psico-fisica, la condotta che ha volontariamente causato la morte o la lesione della integrità personale di qualunque persona meriterebbe di essere considerata dalla legge come un caso comune di responsabilità dolosa.

L'espressione più nitida di questa posizione si sostanzia nel pensiero di Kohler, il quale fonda la responsabilità dolosa sulla base di una caratterizzazione puramente morale della colpevolezza: come il colpevole

¹⁴ Cfr. F. VON LISZT, *Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch*, Jena, S. Fischer Verlag, 1898, 81 ss. Come si osserverà di qui innanzi (*infra*, cap. IV, § 6.1.) la teorica del 'consenso o rifiuto ipotetici' 'anticipa' quella della 'realizzazione del piano', per la quale il titolo di imputazione soggettiva del fatto in danno della persona diversa dipende dal conseguimento o dal fallimento dello scopo dell'attività criminosa. Noto nella letteratura tedesca l'esempio di scuola del figlio che intende uccidere il padre per ereditarne il cospicuo patrimonio, in occasione di una battuta di caccia, per simulare un incidente: il colpo deviato attinge invece l'autista del padre. In questa situazione uno dei Commentari maggiormente diffusi in terra tedesca, (A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, C. H. Beck, 2014, § 15, 273 ss.) ravvisa il concorso tra un tentativo e un delitto colposo: non già perché l'autista si trovasse al di fuori del campo percettivo dell'agente al momento dell'ultimo atto esecutivo, bensì in quanto la sua uccisione non ha realizzato il fine al quale era finalizzata la condotta.

riceve un trattamento penale di favore – sfuggendo alla pena del delitto consumato – quando il colpo fortuitamente manca la vittima designata e dalla deviazione non derivano altre conseguenze penalmente rilevanti; così merita un trattamento più rigoroso – derivante dalla punizione a titolo doloso – quando la deviazione ha ricondotto l'azione alla lesione di un oggetto equivalente a quello che il colpevole intendeva ledere. Proprio in base a tali principi di giustizia, chiunque intenda commettere un reato dovrebbe rappresentarsi che «quando il fatto non si realizza come aveva previsto, risponderà allo stesso modo se il risultato conseguito è equivalente all'effetto voluto»¹⁵.

Viceversa, Binding, il quale sottopone a una critica serrata proprio le riflessioni di Kohler¹⁶, censura la tesi appena esposta per aver sovrapposto due momenti dell'illecito penale: la rappresentabilità degli elementi costitutivi di un reato (*Vorentschluss*) e la volizione del fatto storico conforme a quello descritto nella fattispecie astratta (*Tatwille*)¹⁷.

¹⁵ J. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, J. Bensheimer, 1890, I, 142 ss. Soggiunge l'A. in ID., *Studien*, cit., 143 ss.: «Se si vuole incolpare il soggetto per un fatto derivante da un errore, come sostengo anch'io, gli si imputa un fatto diverso da quello voluto, violando all'apparenza i canoni della giustizia: l'esito è cionondimeno corretto, ma solo qualora il fatto realizzato (congruente per elementi costitutivi e requisiti della responsabilità penale al fatto voluto) a causa della deviazione rispecchia esattamente lo stesso valore del fatto voluto».

¹⁶ Il punto più interessante sul quale si appunta la critica di K. BINDING, *Die Normen*, cit., 225, attiene all'impiego da parte di Kohler della interpretazione analogica per fondare l'imputazione del fatto realizzato a titolo doloso. In particolare, secondo Binding, quando Kohler afferma che il soggetto sia tenuto a rappresentarsi che risponderà a titolo doloso del fatto che, malgrado non voluto, configuri il medesimo titolo oggettivo dell'offesa – qualora si fosse realizzata – contro la vittima designata, starebbe propugnando una soluzione in contrasto con il principio di legalità.

¹⁷ Con argomenti sovrapponibili M. DONINI, *La teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 246, laddove distingue concettualmente il fatto tipico dall'oggetto del dolo, ascrivendo al primo una funzione sistematica nella teoria del reato e al secondo la dimensione concreta, peculiare in cui si inverte la fattispecie astratta: «È vero, inoltre, che questo concetto sistematico più moderno di tipicità e di fatto in senso anche soggettivo, non impone dittature culturali e linguistiche, non esclude altre nozioni di ciò che è oggettivo (...). Il fatto oggetto del dolo e dell'errore "sul fatto", ovviamente, può essere soltanto un fatto che non contiene quel dolo che deve

Infatti, se è indubbio che al tempo della condotta – quindi in base a un giudizio di accertamento *ex ante* – il colpevole si rappresenta il quadro di vita (*Leitbild*) ritratto nella fattispecie astratta, tuttavia al tempo di verifica dell'evento di quella volontà accertata al tempo della condotta non v'è rimasta traccia: in breve, in seguito allo sviamento causale, la volontà di realizzare il fatto non si è riversata – è stata falsificata – nel fatto realizzato. Se quindi, stando a quanto precede, la responsabilità dolosa si fonda sulla corrispondenza biunivoca fra la volontà del fatto – da verificare *ex ante* – e la realizzazione della volontà nel fatto – da verificare *ex post* – all'esito del giudizio bifasico appena profilato nei casi di *aberratio* emerge una volontà che ha irradiato solo una frazione del fatto – la condotta – senza addivenire al risultato lesivo. Quest'ultimo, benché concomitante alla volontà dell'agente non converge con quest'ultima:

In tal senso limpidamente osserva Karl Binding:

Una parte della dottrina sulla teoria del reato ritiene corretta in questi casi una sola valutazione in ambito penale: il colpevole ha voluto uccidere un uomo, ha realizzato solo in parte la propria volontà, causando involontariamente la morte di un altro uomo, ma in ogni caso un uomo è un uomo: ai fini della legge penale il soggetto è ritenuto colpevole come se avesse ucciso la vittima predestinata (...). Ma il colpevole non voleva offendere una persona diversa da quella presa di mira. In relazione a quest'ultima manca la volontà del fatto; l'offesa non ha natura dolosa, ma, eventualmente, può essere rimproverata a titolo di colpa; sempre che l'evento non si debba attribuire al caso fortuito¹⁸.

Nelle riflessioni appena richiamate l'Autore, che caldeggia l'inquadramento giuridico dell'*aberratio ictus* nel concorso di reati¹⁹, rileva la necessità di

viceversa sorreggere la condotta che si rappresenta e realizza il fatto stesso. Esso non configura quindi una nozione sistematica (il fatto tipico), perché è concetto ricompreso nel fatto tipico in senso oggettivo, un suo singolo momento qualificante».

¹⁸ K. BINDING, *Die Normen*, cit., 223 ss. Soggiunge l'A.: «Il termine *aberratio* implica che l'azione aveva di mira un obiettivo, ma lo ha mancato». Con affinità di argomenti G. GEIB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, Hirzel, 1861, 271 ss. E H. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Erlangen, A. Deichert, 1877, 167; SCHWARZE, § 211 in *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, a cura di Olshausen, Berlin, Vahlen, 1892, 766 ss.

¹⁹ Così l'A., *Die Normen*, cit., 222 ss.: «L'accertamento della prevedibilità (*dell'offesa alla persona diversa*, N.d.R.) è completamente assente. Proprio per questo è auspicabile,

distinguere la struttura soggettiva della fattispecie concreta dall'elemento soggettivo della fattispecie astratta. La prima consiste nel legame psicologico tra il soggetto e il fatto storico; la seconda costituisce l'elemento soggettivo configurato dalle singole figure di reato e nei delitti di sangue consiste nella coscienza e volontà (dolo generico) di causare l'evento letale o lesivo. Se è vero che nella vicenda *aberrante* è dato ravvisare 'il dolo' delle fattispecie di omicidio e di lesione personale, risulta assente, tuttavia, la volontà di *quel* dato del fatto storico (la morte o la lesione della vittima occasionale) necessaria a inverare le due ipotesi di reato.

Fra gli esponenti dell'idealismo hegeliano, invece, pietra angolare della responsabilità penale è l'elemento volutaristico e il reato si considera consumato quando «nell'evento cagionato il voluto trova la sua completa rappresentazione e realizzazione»²⁰.

Allineandoci a codesta linea di pensiero, in contesti illeciti come in contesti leciti, un risultato può essere imputato a un soggetto solo se espressivo della volontà di quest'ultimo: meglio, non può concepirsi neanche astrattamente un fatto senza un autore, giacché un fatto è considerato tale solo in quanto realizzazione della volontà di un soggetto.

In base a tale quadro di riferimento, in seno alla scuola hegeliana la vicenda *aberrante* può essere qualificata tanto come un caso ordinario di reato doloso, quanto come uno di concorso tra un reato tentato e un reato colposo. Si potrebbe invero tanto sostenere, aderendo al pensiero di Köstlin, che nel fatto la volontà dell'agente si sia sviluppata fino alla sua massima estensione, rendendo il colpevole meritevole della pena a titolo di delitto doloso consumato, quanto, come viceversa ritengono Hälschner e Berner, che la

come lo è indubbiamente in ogni caso, che la valutazione corretta sul piano teorico si possa fondare su una previsione normativa (...) Infatti questo è l'unico modo per attingere la giusta pena dal caso concreto».

²⁰ H. HÄLSCHNER, *System des preußischen Strafrechts*, Bonn, A. Marcus, 1858, 171 ss. Prosegue l'A.: «Un'azione, dunque anche un'azione criminosa, si consuma quando l'intenzione dell'agente trova nel risultato la sua piena rappresentazione e realizzazione», *Ivi*, 172; ID., *Das gemeine Deutsche Strafrecht. Systematisch dargestellt*, Bonn, A. Marcus, 1881, 270 ss.

volontà dell'agente non si realizzi nella vicenda *aberrante*, giacché in riferimento al soggetto preso di mira l'azione si sia arrestata allo stadio del tentativo.

Secondo Köstlin la vicenda *aberrante* deve essere equiparata alle ipotesi di errore non essenziale sul fatto, nonostante le differenze strutturali fra le due situazioni. Infatti in entrambe le ipotesi, agli effetti della legge penale, la volontà troverebbe completa estrinsecazione nel fatto realizzato del quale, di conseguenza, il colpevole dovrebbe rispondere a titolo doloso. In tal senso rileva l'A.:

Così come un risultato antiggiuridico non può essere imputato a colui il quale voleva cagionarlo mediante la propria condotta, solo nei limiti in cui l'agente versava in un errore sul fatto costitutivo del reato, allo stesso modo un errore nell'esecuzione del reato non necessariamente esclude la natura essenziale della volontà criminosa e la sua realizzazione (...) Così, se per un difetto nella rappresentazione psichica (*Verwechslung*) del fatto, l'agente confonde l'oggetto dell'offesa voluta (persona o cosa che sia) con altro oggetto omogeneo, secondo l'opinione prevalente sussiste semplicemente un reato doloso. Lo stesso vale per i casi di *aberratio* (...). Beninteso, quanto affermato è vero solo nei casi in cui l'azione, attraverso un errore o una deviazione (*Abirrung*) ricade su un oggetto della stessa natura di quello che l'agente intendeva offendere²¹.

Il riconoscimento di un unico reato consumato a titolo doloso risponde alla concezione di illecito penale condivisa dall'Autore, incentrata sul concetto

²¹ C. R. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrecht*, Tübingen, H. Laupp, 1855, 199, § 75; ID., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, H. Laupp, 1845, 286 ss.: «La natura del dolo, a nostro giudizio, consiste nella direzione della volontà verso la lesione di un determinato diritto, indipendentemente dallo specifico diritto, o della specifica persona o cosa che l'agente si rappresenta. Il delitto di omicidio non richiede la volontà di uccidere A o B, ma solo la volontà di uccidere un uomo. (...) Poiché il delitto di omicidio doloso consiste nella volontà di uccidere un uomo, ma non nel desiderio di uccidere un individuo specifico, ritengo di essere colpevole di omicidio doloso nel caso in cui con la suddetta volontà agisco, e attraverso la mia azione il colpo, il coltello o il proiettile trovano effettivamente un uomo causandone la morte». Per lo svolgimento storico del concetto di dolo nei delitti di omicidio (*Mord e Totschlag*) nel pensiero giuridico dal diritto romano al diritto moderno v. ID., *Die Lehre vom Mord und Todtschlag, einer historisch-philosophischen Kritik unterworfen, zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf neueren Gesetzgebungen*, Stuttgart, Meßler, 1838. In termini sovrapponibili T. FRANZ, *Die Bedeutung des Irrthums im Strafrecht*, Würzburg, Stahel, 1879, p. 64 ss.; A. E. STOCKAR, *Darstellung*, cit., 7 ss.

di volontà *criminosa*: poiché la sanzione penale assolve la funzione di neutralizzare una volontà in antitesi con un precetto normativo, nella vicenda *aberrante* Köstlin riscontra, come nel tentativo, un reato perfetto. Sicché, mutuando ancora le riflessioni dell'insigne Studioso, come «non si può considerare penalmente responsabile l'autore che versa in errore sui presupposti o su una parte della condotta che costituisce reato, viceversa si deve considerare penalmente responsabile l'autore che non ha commesso il reato contro l'oggetto preso di mira solo per l'intervento di un errore che ha alterato lo sviluppo dell'azione criminosa»²². Nella prima ipotesi, ossia quella dell'«errore sul fatto», l'azione non rivela una volontà in contrasto con un precetto normativo e, conseguentemente, non giustifica una risposta sanzionatoria; nella seconda, viceversa, l'azione rivela una volontà in contrasto con un precetto normativo e, di conserva, l'accidentale mutamento della persona offesa – analogamente alla situazione di *error in persona* – non vale a intaccare la natura dolosa dell'illecito: in definitiva l'errore non rivela «un'imperfetta manifestazione della volontà dell'agente»²³, ossia un'ipotesi di delitto tentato, bensì l'integrale realizzazione della volontà *criminosa* nella lesione dell'interesse protetto.

Nella prospettiva di Hälschner e Berner, invece, la vicenda *aberrante* va sottratta dall'orbita dell'errore in quanto nella prima, a differenza che nel secondo, volontà e azione si dirigono verso risultati materialmente distinti. Se così stanno le cose, sia nei casi di corrispondenza formale (*aberratio ictus*), sia nei casi divergenza tipologica tra il voluto e il realizzato (*aberratio delicti*), l'esito materiale dell'azione non appartiene al soggetto.

L'ordine di argomentazioni esposto dai due Autori riflette quello svolto in corso di trattazione, in occasione del raffronto tra *aberratio ictus* e *aberratio delicti*

²² C. R. KÖSTLIN, *Nene Revision*, cit., 273. Soggiunge l'A, *Ivi*, 289.: «L'omicida ha voluto uccidere un uomo; in ciò consiste il reato; non nella volontà di uccidere il proprio nemico. Per la legge è del tutto indifferente che l'autore abbia voluto uccidere il nemico o un amico. La legge, come già i dieci comandamenti, prescrive di non uccidere, di non rubare: non prescrive “non uccidere il tuo nemico, o non sottrarre quella o questa cosa”».

²³ ID., *System*, cit., 214.

(*retro*, cap. I, § 3.2.): tanto nella prima, quanto nell'ultima situazione, l'offesa realizzata non coincide con quella voluta. Il risultato effettivo della sua azione – indipendentemente dalla cd. omogeneità o eterogeneità rispetto al risultato voluto – sfugge al controllo dell'agente. Sicché la definizione della responsabilità per il fatto compiuto resta oggetto di un autonomo accertamento, non pregiudicato dalla rilevanza o irrilevanza penale della condotta, né dalla congruenza, sul versante della tipicità oggettiva, tra il fatto realizzato e quello voluto²⁴.

Tali le riflessioni di Hälschner sul punto:

È possibile che da una sola azione, a causa della cosiddetta deviazione sul colpo, l'agente possa conseguire oltre al risultato voluto, un ulteriore risultato non voluto, ma prevedibile. L'offesa non voluta può integrare tanto la stessa fattispecie di reato, quanto un reato diverso. (...) C'è concordia sul fatto che sia il primo sia il secondo caso configurano un'ipotesi di concorso tra un reato voluto e un reato colposo, ciascuno dei quali oggetto di un'autonoma valutazione e imputazione²⁵.

Nello stesso senso Berner:

²⁴ Esempio del ripudio di ogni forma strisciante di 'versari in re illicita', nel solco del medesimo orientamento, la posizione di C. L. VON BAR (*Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1871, 99 ss.): «Se per premio al bersaglio B sian posti 5 fiorini e per premio all'altro C ne sian stabiliti anche 5, A non può pretendere il premio se ha colpito C, pur avendo mirato a B, ma può farlo se ha mirato C cui colpì, pur nella idea che fosse B» (trad. in PERRONI FERRANTI, *Del nesso causale e della sua imputazione con riferimento al novissimo progetto di codice penale italiano*, Palermo, 1888, 60 ss.). A tale riflessione M. VON BURI (*Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, F. Ente, 1885, 85 ss.) replica che nella situazione descritta da VON BAR e, in generale, nei casi di *aberratio ictus*, seppure «con dolo eventuale (...) il colpevole aveva causato dolosamente il concorso di due fatti criminosi».

²⁵ H. HÄLSCHNER, *System*, cit., 163 ss. Con argomentazioni sovrapponibili, C. L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1907, II, 365 ss.; C. F. HÄBERLIN, *Ueber den Irrthum im Strafrecht*, Erlangen, F. Enke, 1865, 58, il quale censura l'astrazione del dolo compiuta dalla tesi 'monistica', alla stregua della quale, «la volontà criminosa consiste soltanto nella direzione della condotta, in senso astratto, alla violazione della legge penale, ignorando invece che la volontà è sempre diretta verso un oggetto più o meno determinato». In termini analoghi VON HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Keip, 1932, 137 ss.; M. STENGLEIN, *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10 november 1861*, München, R. Oldenburg, 1869, 9.

Un'unica azione manca l'oggetto al quale essa era diretta e attinge un soggetto diverso, che l'agente non voleva colpire. Ad esempio qualcuno spara ad A, ma colpisce B che si pone sulla traiettoria di tiro. Sono i cd. casi di *aberratio ictus* o *delicti*. In questi ultimi casi sussiste un concorso ideale di reati: a titolo di tentato omicidio verso A e di omicidio colposo verso B. Non è escluso che il reato commesso in seguito alla deviazione possa esser dovuto al caso fortuito; è bene inoltre distinguere entrambi i casi da quello in cui il soggetto ha agito con dolo diretto rispetto ad A con dolo eventuale rispetto a B²⁶.

Nella prospettiva di questi ultimi Autori, la tesi avversa, favorevole alla imputazione a titolo doloso dell'offesa realizzata, è condizionata da esigenze di rassicurazione della collettività contro la minaccia ai diritti fondamentali della persona, garantite dalla neutralizzazione del colpevole mediante un trattamento punitivo di massimo rigore.

Ancorché divergenti, i due orientamenti proliferati in seno alla scuola hegeliana appaiono entrambi compatibili con i fondamenti della pena nel pensiero del filosofo di Stoccarda, incentrata sull'idea di volontà come principio razionale del diritto penale (espressione della volontà universale) e del reato (espressione della volontà particolare). In quest'ottica, in cui la pena non assolve né la funzione di intimidire la collettività, né di emendare il colpevole (funzioni cd. relative), ma soltanto quella di restaurare il diritto violato (funzione cd. assoluta), essa è proporzionata alla volontà impressa dal soggetto nell'azione: in linea con quanto si può leggere nelle *Grundlinien* hegeliane, ove si afferma che «la volontà del delinquente nella sua azione è la vera base giuridica della pena (...), perché solo con una pena commisurata alla volontà insita nell'azione criminosa il delinquente viene onorato come essere razionale»²⁷.

²⁶ A. F. BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, München, B. Tauchnitz, 1888, 53 ss. Secondo l'A., *Ivi*, 54 (trad. in LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 61, nt. 118), il fatto non può essere ascritto a titolo di dolo all'agente perché «il nesso interiore muore nel momento dell'aberrazione dell'azione»; conf. C. F. HÄBERLIN, *Ueber den Irrthum*, cit., 54 ss.

²⁷ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, F. Meiner, 1820, trad. it. a cura di CICERO, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, Bompiani, 2017, 209 ss. Soggiunge l'A.: «Ora questo onore non gli viene attribuito se il concetto e la misura della sua pena non vengono presi a partire dal suo atto stesso; né gli viene attribuito quando egli viene considerato soltanto come animale nocivo da rendere innocuo,

Declinando gli assiomi fondamentali della filosofia giuridica hegeliana sul reato aberrante, non sembra tuttavia discendere un'unica soluzione in merito alla qualificazione giuridica della vicenda, ma tanto l'unitaria imputazione dolosa quanto lo sdoppiamento della responsabilità risultano in linea con il primato assegnato alla volontà nel pensiero del filosofo di Stoccarda. Se invero la volontà sostanzia il momento costitutivo dell'illecito e della responsabilità penale, nella vicenda *aberrante* si può riscontrare sia l'integrale realizzazione della volontà del soggetto (e, quindi, un unico reato doloso), sia l'espressione parziale di una volontà che non ha conseguito il proprio scopo (e, quindi, solo un tentativo verso la vittima predestinata e, eventualmente, un reato colposo verso la persona diversa).

Conviene tuttavia precisare: la congruità di entrambe le qualificazioni giuridiche con i fondamenti filosofici della pena hegeliani assume la trasfusione della volontà in una condotta approdata allo stadio del tentativo. Qualora, invece, come nel § 30 *StGB* (“*Tentativo di compartecipazione*”), la volontà dell'agente si sia arrestata alla istigazione criminosa, ovvero all'accordo criminoso, dalle quali non sia conseguita la realizzazione del fatto di reato oggetto della istigazione o dell'accordo suddetti, soltanto la esclusione della responsabilità dolosa dell'istigatore per l'offesa, da parte dell'esecutore materiale, in danno di persona diversa dalla vittima designata, si conformerebbe ai principi della teoria hegeliana della pena. Viceversa l'ascrizione della responsabilità a titolo doloso all'istigatore della offesa nei confronti di persona diversa – come a Rosahl nel caso “Rose-Rosahl” – contraddirebbe la funzione tendenzialmente assoluta della pena nel pensiero

oppure nella prospettiva dell'intimidazione e dell'emendazione». In altri termini al reo è riconosciuto il diritto di manifestare attraverso la propria condotta «la legge che egli ha riconosciuto vigente per sé stesso» (ID., *Ivi*, 208 ss.), la quale corrisponde a un delitto secondo la volontà generale trasfusa nella norma incriminatrice. Da siffatto orizzonte di senso il ‘procedimento’ di irrogazione della pena sovrintende alla funzione di disconoscere legittimità al diritto espresso dall'azione illecita (il diritto di uccidere) e a (ri)confermare la vincolatività del precetto legale (il divieto di uccidere).

del filosofo di Stoccarda, per soddisfare, al contrario, aspettative di tutela diffuse nella collettività²⁸.

Come che sia, l'inquadramento giuridico della vicenda *aberrante* dipende dal punto di riferimento prescelto per designare la volontà penalmente rilevante: se il dolo consiste, secondo una concezione etico-organicistica dell'ordinamento giuridico, nella contraddizione di un'aspettativa normativa di comportamento da parte di un soggetto, l'*aberratio ictus* configura un caso di reato doloso; se viceversa il dolo consiste, secondo una concezione individualistico-liberale dello Stato, nella volontà del fatto commesso, nella vicenda *aberrante* è dato ravvisare, eventualmente, gli estremi di un tentativo in concorso con un reato colposo.

In definitiva dall'inquadramento tradizionale del tema nel dibattito tedesco del diciannovesimo secolo è emersa l'elevata capacità divisa della questione. In particolare, mentre in riferimento alla scuola hegeliana le antitetiche configurazioni giuridiche della vicenda riflettono differenti ricostruzioni dell'oggetto del dolo, ugualmente compatibili con i principi del funzionalismo hegeliano, in un sistema penale in cui il disvalore penale di un fatto è ancorato alla dannosità sociale dello stesso, la soluzione pluralistica appare l'unica ammissibile: malgrado quest'ultima importi un costo in termini di sicurezza collettiva, specialmente negli ordinamenti in cui il tentativo è sanzionato con una pena più blanda rispetto al reato consumato, ciò non permette di dischiudere l'ingresso, in omaggio a istanze di difesa sociale, alla responsabilità oggettiva.

È vero che la situazione aberrante configura un pericolo per la collettività più grave rispetto al caso in cui il reato si consuma in danno della vittima predestinata: rispetto a quest'ultima ipotesi, nella prima la condotta distrugge un bene giuridico (la vita della vittima occasionale) e, inoltre, ne mette in

²⁸ Ossia esigenze di prevenzione generale, le quali, allorquando prevaricano, mediante l'imposizione di una pena sproporzionata rispetto alla volontà criminosa, la funzione ('simbolica') della pena di ripristinare la vigenza della pretesa normativa disattesa dal reato, si risolvono, parafrasando Hegel, nell'immiserimento della libertà del volere dell'individuo, considerato dalla legge come un cane contro il quale si deve sollevare un bastone per ammansirlo. Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., 378.

pericolo un altro (la vita della vittima designata). È altresì vero che la soluzione pluralistica condurrebbe (negli ordinamenti in cui il delitto tentato è punito più lievemente del delitto consumato) a conseguenze penali più miti o, financo, alla completa irrilevanza penale del fatto: infatti assumendo, come si dimostrerà nel prosieguo (*infra*, cap. III, § 3), che il reato aberrante non attraversi – necessariamente – la fase del reato tentato (contro la persona presa di mira), l'intero fatto potrebbe restare penalmente non rilevante se, difettando i requisiti (oggettivi) del delitto tentato nei confronti della vittima prescelta, l'imputato riuscisse a provare anche la non prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale. Si tratta di ipotesi, ancorché infrequenti, in cui tuttavia una volontà di uccidere che ha trovato – almeno su un piano naturalistico – integrale realizzazione, non incontrerebbe alcuna reazione da parte dell'ordinamento²⁹.

Cionondimeno, dapprima occorre rammentare, sulla scorta della disamina già compiuta nei paragrafi precedenti, che la fattispecie delineata dall'art. 82 presenta un campo di applicazione circoscritto dalle ipotesi, più frequenti, in cui il fatto realizzato è punibile a titolo di dolo indeterminato/alternativo o a titolo di dolo eventuale. Puntuali al riguardo le osservazioni di Pulitanò:

La preoccupazione di indebolire la risposta punitiva verso azioni particolarmente pericolose non sarebbe fondata. Il rapinatore in fuga, che inseguito dalla polizia, spara alla impazzata in luogo affollato, risponderà delle offese realizzate a titolo (quanto meno) di dolo eventuale; le ipotesi realmente gravi, di azioni rivolte contro una pluralità di persone, sono fuori dall'area dell'*aberratio*³⁰.

²⁹ Preoccupazioni di ordine teleologico nel senso adombrato nel testo sembrano affiorare già nella letteratura tedesca del ventesimo secolo, in particolare nel pensiero di M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, C. Winter, 1923, 331 ss. Il fondamento essenzialmente etico nella punizione a titolo doloso del fatto traspare anche nelle riflessioni di L. MAINO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1911, II, 154, laddove afferma che «lo scambio della vittima e l'aberrazione del colpo non mutano la moralità dell'azione».

³⁰ D. PULITANÒ, *Il principio*, cit., 520. Negli stessi termini G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., 44.

Inoltre, anche laddove un giorno le rassegne giurisprudenziali registrassero un sensibile incremento delle situazioni rientranti nell'orbita dell'*aberratio ictus*, le esigenze di protezione (e, principalmente, assicurazione) della collettività non potrebbero comunque giustificare un sacrificio della libertà individuale eccedente la misura di responsabilità del colpevole³¹. Nella vicenda *aberrante* la lesione del bene giuridico, per come si è concretizzata nel fatto storico, non corrisponde alla volontà del soggetto e, quindi, in nessun caso può rimproverarsi a titolo doloso.

2. Lo scarso influsso del dibattito tedesco in Italia. Il predominio della tesi favorevole all'unitaria imputazione dolosa.

Il fervido dibattito che ha animato lo studio dell'*aberratio ictus* in Germania non ha mai condotto – a differenza che in Italia – alla previsione di una disciplina normativa specifica per il caso. Tale esito si comprende alla luce di due ragioni fondamentali: la prima, dipendente dal carattere controverso del tema; la seconda da valutazioni in ordine all'opportunità di 'generalizzare' in una fattispecie normativa la vicenda *aberrante*.

In ordine al primo motivo si ha già avuto modo di spiegare che, diversamente dal resto d'Europa, in Germania due posizioni hanno polarizzato dal suo esordio il dibattito sulla qualificazione giuridica della situazione *aberrante*.

Si può, quindi, ipotizzare che l'equilibrata contrapposizione tra l'orientamento pluralista e quello monista ha precluso e preclude tutt'oggi l'introduzione di una norma specifica per il caso.

In ordine, invece, all'ultima ragione prospettata, è agevole osservare che la situazione aberrante non si presta a essere inquadrata in una fattispecie

³¹ Del resto, come è stato lucidamente osservato, in ID., *ibidem*, «il ristabilimento dei corretti principi d'imputazione soggettiva – che sono principi di giustizia – non andrà mai contro reali esigenze di difesa sociale; al contrario, riuscirà a soddisfarle in modo più serio, appunto perché più proporzionato». Sull'inderogabilità, proprio in quanto principio costituzionale, del fondamento personalistico della responsabilità penale a favore di esigenze general-preventive cfr., per tutti, FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 836 ss.

astratta, in quanto i suoi elementi costitutivi – la deviazione/l'errore sul colpo, lo spostamento della vittima designata, l'intervento di un terzo al tempo della condotta o nel corso del processo causale – isolatamente considerati, non assumono valenza dirimente ai fini della scelta del titolo di imputazione del fatto realizzato.

Dall'errore sul o dallo sviamento del colpo ben potrebbero, infatti, conseguire alternativamente:

- (i) un accadimento rispondente alla intenzione dell'agente (dolo intenzionale in forma alternativa o indeterminata);
- (ii) un accadimento previsto con un grado di probabilità prossimo alla certezza e, ancorché soltanto a guisa di mezzo o conseguenza necessari al conseguimento dello scopo, voluto dall'agente (dolo diretto);
- (iii) un accadimento voluto dall'agente come possibile 'prezzo' per il conseguimento dello scopo (dolo eventuale);
- (iv) un accadimento previsto dall'agente come possibile, ma nella consapevolezza di riuscire a evitarlo (colpa cosciente);
- (v) un accadimento non voluto, né previsto, ma prevedibile ed evitabile dal punto di osservazione di un soggetto della medesima cerchia socio-professionale dell'agente (colpa, in senso lato);
- (vi) un accadimento imprevedibile e, quindi, inevitabile.

Diversamente dalla Germania, almeno fino agli ultimi lustri del ventesimo secolo in Italia la tesi della imputazione dolosa del reato commesso per deviazione sul colpo ha rappresentato il pensiero predominante nella dottrina sul tema. Nonostante vi sia stato chi abbia ravvisato già nella tradizione giuridica del diritto comune soluzioni antitetiche a quelle della imputazione dolosa del fatto³², nell'ordinamento italiano al di fuori di qualche posizione isolata³³, dottrina e giurisprudenza convengono sulla qualificazione della situazione *aberrante* come un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa.

³² Cfr. C. L. VON BAR, *Gesetz*, cit., 369 – 370.

³³ Cfr. E. BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, Candeletti, 1884, 122 ss.

Anche alla luce di quanto notato in precedenza per la Germania, si può già intuire che questa condizione ha favorito la previsione in Italia di una disciplina legale in materia. Sebbene anche nelle codificazioni preunitarie compaiano disposizioni relative alla qualificazione giuridica dell'uccisione di persona diversa da quella voluta³⁴, queste ultime sembrano riferite al fenomeno dell'*error in persona*, mentre solo dal codice *unitario* in avanti l'*aberratio* viene dotata di un fondamento positivo.

Specularmente rispetto a quanto già osservato in sede preliminare alla disamina del dibattito tedesco, occorre rilevare che in Italia la soluzione pluralistica (o dualistica) risulta più favorevole per il colpevole. Dapprima, perché importa la verifica della prevedibilità (*rectius*, della non imprevedibilità) dell'offesa in danno della vittima occasionale; inoltre, perché il cd. codice Zanardelli (artt. 61-62 c.p.), come attualmente il codice vigente (art. 56 c.p.), prevede una pena più lieve per il delitto tentato rispetto al delitto consumato, non 'compensata' con la pena del delitto colposo.³⁵

Come si esporrà nell'immediato prosieguo, la maggiore vigoria della soluzione 'unitaria' ha esercitato un influsso significativo sul dibattito in

³⁴ Ad esempio, il Regolamento pontificio sui delitti e sulle pene del 1832 così dispone all'art. 295: «L'omicidio per errore della persona uccisa non rende mai per sé stesso scusabile l'autore del delitto». Così dispongono, invece, l'art. 364 del codice criminale per gli Stati Estensi (1855) e l'art. 535 del codice penale per gli Stati di S. M. Il Re di Sardegna (1859): «Le pene sovra stabilite per gli omicidi volontari saranno sempre applicate quand'anche per errore si fosse ucciso uno per un altro». In argomento si veda A. HACKEL, *Error in objecto und aberratio ictus im italienischen Strafrecht*, Breslau, A. Kurtze, 1935, 9 ss.

³⁵ A titolo esemplificativo si può notare che l'omicidio doloso è sanzionato dall'art. 364 c.p. con la pena da diciotto a ventuno anni di reclusione, mentre l'omicidio colposo (371 c.p.) con la pena da tre mesi a cinque anni di reclusione. Riguardo all'omicidio tentato (artt. 61-364 c.p.) la pena massima irrogabile risulta pari a dieci anni e sei mesi di reclusione; riguardo all'omicidio mancato (artt. 62-364 c.p.) a quattordici anni di reclusione. L'inquadramento della situazione nel concorso, tanto fra un tentato omicidio e un omicidio colposo (pena massima: quindici anni e sei mesi di reclusione), quanto fra un omicidio mancato e un omicidio colposo (pena massima: diciannove anni di reclusione) risulterebbe più favorevole al reo rispetto all'assoggettamento alla pena dell'omicidio (doloso) consumato (pena massima: ventuno anni di reclusione).

materia, senz'altro condizionato da istanze repressive dei delitti maggiormente lesivi della persona e di massima rassicurazione, anche sul piano simbolico, della collettività.

Parimenti a quanto osservato in riferimento all'indirizzo formalista e alla scuola hegeliana in Germania, anche in Italia la qualificazione dell'offesa *aberrante* alla stregua di un caso ordinario di reato doloso ha aggregato giuristi aderenti a diverse correnti di pensiero³⁶.

Da una prospettiva razionalista, che coltiva l'idea di un diritto universale, plasmato su verità trascendenti, Carrara ravvisa nella uccisione di persona diversa dalla vittima designata un caso comune di omicidio consumato con dolo: se il monopolio statale della potestà punitiva riposa sulla garanzia della sicurezza sociale e, quindi, sulla salvaguardia della 'integrità fisica' dei consociati, anche causare la morte di persona distinta da quella prescelta importa la responsabilità del colpevole a titolo di omicidio doloso³⁷.

Dall'altro lato Pessina, in linea con i principi dell'idealismo hegeliano, ravvisa nell'omicidio aberrante «l'effetto di un conato criminoso, che guardato in sé stesso, astrazione fatta per l'individuo sul quale cade, non eccede l'intento criminoso nelle sue qualità»³⁸.

Osservando nel dettaglio le differenti prospettive di riferimento, nell'impostazione carrariana, percorsa dalla fede incondizionata nella ragione, ereditata dalla filosofia politica individualistico-liberale di inizio Ottocento, il reato aberrante reca con sé lo stesso disvalore sociale di un comune delitto doloso: in entrambe le ipotesi l'azione del colpevole integra la violazione del diritto alla vita e alla integrità personale dell'uomo.

³⁶ Per un quadro completo della letteratura ottocentesca in argomento cfr. A. S. CORDANI, *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008, 323 ss.

³⁷ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1867, 159: «Così se alcuno volendo uccidere Cajo, uccida Tizio, sarebbe errore il pretendere che costui sia responsabile di *tentato omicidio* contro Cajo, e di *omicidio involontario* a danno di Tizio. È reo dell'omicidio di Tizio: e quest'omicidio è *volontario*, perché la volontà dell'agente era diretta alla morte di un cittadino, e il suo braccio l'ha operata».

³⁸ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale* ², Napoli, R. Marghieri, 1886, 314 ss.

Per questa ragione, ancorché ravvisando la possibilità di inquadrare la vicenda *aberrante* nell'ambito del concorso di reati³⁹, l'Autore respinge quest'ultima soluzione sulla scorta di argomenti di natura assiologica, basati sull'equivalenza tra il risultato lesivo perseguito e il risultato lesivo ottenuto.

Riguardo al pensiero di Pessina, invece, esso risponde pienamente al quadro di riferimento filosofico-giuridico dell'Autore. Se il delitto costituisce «l'infrangimento del Diritto», «il disconoscimento della sua autorità inviolabile», al quale deve seguire la riaffermazione del Diritto, «ritorcendo la forza del Diritto contro la forza individuale»⁴⁰, l'omicidio o la lesione aberranti *rappresentano* la negazione del Diritto alla vita e alla integrità personale.

Declinando i principi filosofico-giuridici sul terreno della teoria del reato, la dottrina italiana del tempo qualifica *l'aberratio ictus* come un errore irrilevante sul decorso causale del fatto. Infatti, poiché oggetto della incriminazione nei reati di omicidio e lesioni personali è l'uccisione o la lesione di qualunque essere umano, l'offesa a una persona in luogo di un'altra profilerebbe un mutamento nelle *modalità* di consumazione del reato inidoneo a intaccare il carattere doloso dell'offesa.

Pregnanti al riguardo le osservazioni di Nicolini:

La legge divina pronunzia in generale: *non occides*; e la legge positiva vi dice: *cum inter nos cognationem quamdam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse*. Da questa prescrizione che prende di mira l'umanità tutta intiera,

³⁹ Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., 160, in cui l'Autore richiama la tesi di Jacques Haus, un criminalista belga: «L'Haus concilia le divergenti opinioni, distinguendo così: si è ucciso un individuo credendo che fosse Caio e invece era Pietro, ed allora siccome il risultato dell'azione è stato quello che si voleva perché l'individuo colpito è quello contro cui materialmente si dirigeva l'azione; così in questi termini non si deflette dal titolo di omicidio volontario. O invece si è scagliato il colpo contro Caio e si è ucciso Pietro che gli era vicino; ed allora si avrà un omicidio tentato o mancato in danno di Caio e un omicidio involontario in danno di Pietro». In argomento si veda anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1872, 148, in cui l'Autore, ancorché respinga la soluzione 'dualista', ne ammette l'«ingegnosità». In merito alla posizione di J. HAUS cfr. *Cours de droit criminel*, Gand, Hoste, 1861, 69. In senso analogo A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, U. Hoepli, 1884, 325; M. LONGO, *Trattato di codice penale italiano*, Trani, Vecchi, 1894, 290 ss.

⁴⁰ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*¹, Napoli, R. Marghieri, 1882, I, 21 e 37 ss.

riceve il marchio di riprovazione dell'omicidio del tale o del tal altro. (...) Il deviamiento del colpo, come l'errore nella persona, è fuori di te ed accidentale. La volontà di infrangere i diritti della umana cognazione investe ed informa il tuo colpo fino a' suoi ultimi effetti. (...) La volontà di uccidere in generale forma la base d'ogni imputazione particolare della uccisione di questo o di quello⁴¹.

Almeno fino all'elaborazione del codice Rocco, la disputa sulla qualificazione giuridica del reato aberrante nel diritto penale italiano è risultata pressoché assente: al di fuori della posizione di Brusa, l'imputazione dolosa del reato aberrante è ritenuta l'unica soluzione ancorata al diritto positivo, oltre che l'unica conforme ai canoni di giustizia sostanziale.

A conferma della curvatura assiologica della soluzione unitaria, risultano esemplari anche le riflessioni di Impallomeni:

Quel mostro che, animato di odio contro il padre e contro il fratello (il caso avvenne in Bagheria, in quel di Palermo, verso il 1877), e deciso di uccidere il fratello, scarica dall'alto del muro una trombonata contro di lui, che trovavasi seduto in compagnia del padre, della moglie e dei figliuoli, innanti alla propria casetta; e uccide il padre, la cognata, un nipotino e ferisce il fratello, si è reso responsabile dei reati di assassinio mancato del fratello, di parricidio, e di altri due omicidi volontari ad un tempo. Il suo dolo fu determinato riguardo al fratello, e indeterminato riguardo al padre, alla cognata ed al nipote uccisi (...). Bene gli furono imputati (*questi ultimi*, N.d.R.) come altrettanti reati, come se egli avesse addirittura operato con l'intenzione diretta di ucciderli tutti»⁴².

Al di fuori del rilievo che il caso in esame non presenta gli estremi di una situazione aberrante, ma integra gli estremi di un omicidio commesso con dolo indeterminato o alternativo⁴³, il raffronto da parte dell'Autore fra il voluto,

⁴¹ N. NICOLINI, *Del tentativo*, Napoli, V. Mansi, 1844, 91 ss.

⁴² Il caso è riferito da G. B. IMPALLOMENI, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, Catania, F.lli Galati, 1885, 50 ss.

⁴³ In questo come in altri esempi già osservati in tema di *aberratio ictus* (*retro*, cap. I, § 4.1.), appare arduo individuare la vittima designata alla luce della condotta dell'agente: nell'ultimo caso prefigurato, infatti, l'arma utilizzata (il trombone) non si presta, per caratteristiche tecniche (specificamente, il colpo a mitraglia) a rivelare la direzione della volontà dell'agente verso una vittima determinata. A ciò si aggiunge che il colpo è esploso in direzione di più persone riunite. Insomma, anche in quest'occasione ci troviamo dinanzi a un equivoco: la condotta dell'agente rivela un dolo in forma alternativa, indeterminata, o, al più, eventuale verso i membri della famiglia diversi

rectius il desiderato, e il realizzato («come se egli avesse addirittura (...)») disvela il giudizio di valore a fondamento della qualificazione del fatto alla stregua di un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa. In questa prospettiva, poiché la vita del fratello *equivale* alla vita dei parenti, il fatto deve essere punito nello stesso modo in cui sarebbe stato punito l'omicidio del fratello.

Nonostante in Italia risulti già noto al tempo l'orientamento della corrente dottrinale tedesca favorevole all'inquadramento della vicenda *aberrante* nel titolo del concorso *ideale* di reati, esso è avversato energicamente dalla dottrina dell'epoca sulla base del rilievo che le oggettività tutelate nelle fattispecie di omicidio e di lesione personale fossero, rispettivamente, *il* diritto alla vita e (*il* diritto) alla integrità personale dell'uomo, senz'altro offesi dolosamente dalla condotta del colpevole del reato aberrante.

Conseguentemente si considera contrario al principio di uguaglianza riservare una pena più blanda – mediante il ricorso alla disciplina del concorso – per chi avesse agito con l'intenzione di uccidere una persona specifica e avesse ucciso una persona qualunque e una pena più severa – quella del delitto doloso consumato – per chi invece avesse agito con la volontà di uccidere una persona qualunque.

Anche laddove la tesi avversa del concorso di reati ha provato a fare breccia, quest'ultima ha incontrato l'inamovibile opposizione della dottrina rappresentata dai suoi esponenti più autorevoli:

In Germania l'opinione prevalente, al contrario che in Italia, è per la esclusione dell'omicidio volontario nell'*aberratio ictus*, e per l'ammissione di un concorso di tentativo di omicidio volontario e di omicidio colposo. Si dice all'uopo che l'effetto omicida non può essere imputato a dolo, per essere intervenuto su di

dal fratello, ma non rivela una volontà diretta verso un soggetto determinato tra i membri del nucleo familiare. In questo senso G. LEONE, *Il reato*, cit., 5, il quale considera il caso un'ipotesi di omicidio commesso con dolo indeterminato, in quanto «il delitto non può considerarsi commesso in danno della persona estranea o del fratello, perché manca quella direzione personale dell'intenzione, che costituisce uno dei punti di raffronto della divergenza prevista dall'art. 82». Senonché mette conto rilevare che in una nota esplicativa al passo citato (nota 7), lo stesso A. cade in contraddizione con quanto affermato nel testo laddove esclude la configurabilità dell'art. 82 nel caso in cui fosse rimasta ferita una persona estranea al gruppo verso il quale l'agente aveva diretto la propria condotta.

un oggetto diverso da quello rappresentato, e pertanto quello non essere lo effetto che si è voluto, a differenza del semplice errore in persona, in cui vi ha piena corrispondenza tra l'oggetto e l'intenzione. (...) Ma tale distinzione è arbitraria, indipendentemente da quello che sopra abbiamo detto, dell'incompatibilità del dolo e della colpa in una stessa azione. Si volle uccidere un uomo, e si uccise un uomo: ecco quello che c'è di essenziale⁴⁴.

2.1. Epilogo: il comune inquadramento dell'*error in persona* e dell'*aberratio ictus* nell'art. 52 del codice Zanardelli.

Più specificamente l'art. 52 regola in un'unica norma le ipotesi di *error in persona* e di *aberratio ictus*, negando a entrambe le situazioni effetti sull'imputazione dolosa del fatto.

Sul punto non mancano, anche nella dottrina d'oltralpe, notazioni di segno critico sulla scelta legislativa di equiparare, agli effetti penali, le situazioni di *error in persona* e di *aberratio ictus*.

In particolare si allude alla posizione di Geyer in merito alla disciplina prevista dal progetto preliminare del 1874:

⁴⁴ G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, UTET, 1900, 179 ss. Soggiunge l'A.: «Non importa che non si sia avuta la coscienza di produrre la morte di Tizio. Si ebbe la coscienza di produrre la morte di un uomo e basta: questo è il solo oggetto dalla legge preveduto come criminoso. Invano direbbe l'imputato: voi mi accagionate la morte di Tizio, per lo accidente che costui si trovò a passare nel momento dello sparo. Si risponde: e avreste potuto rinunciare voi al beneficio dello accidente fortunato del deviamiento del colpo, se la sventura non avesse condotto Tizio sotto il vostro tiro? Come volete che il fortuito vi giovi, se esso non ha contribuito in nulla a mutare ciò che di essenzialmente criminoso vi fu nel vostro disegno? Di che vi lagnate, se della morte avvenuta voi solo foste la causa? Fu certamente dolosa la vostra azione omicida, e perché dunque non sarebbe doloso l'omicidio da voi commesso?», *Ivi*, 181 ss. Nello stesso senso cfr. SETTI, voce *Omicidio*, in *Dig. It.*, XVII, 1909, 244 ss. «Sembra peraltro che codesta argomentazione (*ossia, quella a fondamento della soluzione del concorso di reati*, N.d.R.), sia più sottile che vera, ponendosi a calcolo l'intenzione dell'agente a ledere una anziché un'altra persona, mentre tale intenzione è inconcludente quando si ebbe la volontà di uccidere un uomo e un uomo si è ucciso. L'identità della vittima non è un elemento necessario a costituire il dolo determinato dell'omicidio volontario: la determinazione è obiettiva, dovendo indicare la direzione della volontà a uccidere un uomo, non già subiettiva, in relazione alla persona realmente uccisa».

Parmi finalmente che, giusta la dizione dell'art. 363, potrebbe insorgere il dubbio, se a termini di esso l'*aberratio ictus* non si dovrebbe trattare allo stesso modo dell'*error in persona*, locchè mi parrebbe concetto erroneo. Avvi l'*error in persona* quanto taluno uccide B, scambiandolo per A, e qui fu commesso indubbiamente un assassinio consumato. Per lo contrario, quanto taluno, facendo fuoco contro A per ucciderlo, falla la mira, stende morto B che tenevasi accanto ad A, allora in questa *aberratio ictus* fu commesso soltanto un attentato contro A; attentato, il quale concorrerà con l'uccisione colposa di B, in quante volte l'agente avesse potuto prevedere che poteva con l'opera sua uccidere quest'ultimo. Ma se, per esempio, egli non abbia neppure scorto la presenza di B, e se non abbia potuto aspettarsi che nelle vicinanze si trovasse altr'uomo che B, per riguardo all'uccisione di questo, non avvi che semplice *casus*⁴⁵.

Come che sia, né in dottrina, né nella giurisprudenza dell'epoca rappresenta oggetto di controversia l'inquadramento della situazione *aberrante* nel reato doloso⁴⁶, giacché sia la prima sia la seconda attribuiscono valenza 'accidentale' all'errore nell'esecuzione del reato, in quanto ricadente su un elemento del fatto storico – lo svolgimento della condotta – non tipizzato dalla fattispecie legale.

Poiché, infatti – si sostiene – «la legge protegge in genere il diritto della vita e della integrità fisica di qualunque essere umano»⁴⁷, indipendentemente dalle

⁴⁵ A. GEYER, *Considerazioni critiche intorno alla parte speciale del Progetto di Codice penale del 1874*, in *Riv. pen.*, 1889, II, 37 ss. Nello stesso senso K. BIRKMEYER, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil*, Berlin, Liebmann, 1905, 5, 22 ss., il quale, con una riflessione di più ampio respiro, sottopone a critica l'elaborazione dottrinale negli ordinamenti italiano e francese in tema di dolo indeterminato. Con argomenti sovrapponibili censura l'art. 82 c.p. A. KOEHLER, *Dolo, colpa, errore*, in *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, a cura di Battaglini, Roma, Ed. dell'Istituto di studi legislativi, 1930, 251.

⁴⁶ Per la giurisprudenza si vedano Cass., sez. I, 15 luglio 1892, Santonocito, in *Mon. Trib.*, 1893, 57 ss.; Cass., sez. I, 18 dicembre 1895, Berlingheri, in *Corte supr.*, 1896, 124 ss.; Cass., sez. II, 2 settembre 1881, Infantino, in *Giur. pen.*, 1881, 344 ss.; Cass., sez. II, 23 novembre 1885, Basile, in *Mon. Trib.*, 1886, 194 ss.; Cass., sez. II, 18 settembre 1886, Tirelli, in *Riv. pen.*, 1887, XXIV, 439 ss.; Cass., sez. II, 7 gennaio 1887, Ventola, in *Riv. pen.*, 1887, XXV, 145 ss.; Cass., sez. I, 27 luglio 1887, Di Bartolomeo, in *Riv. pen.*, 1888, XVI, 352 ss.

⁴⁷ L. MAINO, *Commento*, cit., 153 ss.

singole individualità, la mancata corrispondenza tra la vittima rappresentata dall'agente e la vittima effettiva è considerata alla stregua di un mutamento irrilevante sulla modalità di offesa al bene giuridico tutelato: nelle fattispecie di lesioni e di omicidio è tutelata la vita e l'incolumità fisica di qualunque essere umano; nelle corrispondenti ipotesi di reato aberrante sarebbe leso il diritto alla vita e alla incolumità fisica, benché *mediante* l'offesa in danno di un soggetto passivo diverso da quello rappresentato.

Si può comprendere l'assenza di un effettivo dibattito in ordine al titolo di imputazione soggettiva del reato aberrante in base a un duplice ordine di ragioni, la prima di carattere generale, la seconda di carattere particolare. La prima si fonda sulla difficoltà per la scienza giuridica del tempo di inquadrare nell'ambito del concorso di colpa e dolo un fatto che fosse il risultato di un'unica azione e di un'unica risoluzione criminosa⁴⁸.

La seconda promana dalla definizione del dolo dei reati di omicidio e di lesioni, ritenuto consistente nella generica volontà in contrasto con il divieto, presidiato dalla cd. minaccia di pena, di uccidere e causare lesioni.

In merito alla ragione di carattere generale, si afferma che «il lato soggettivo non si presta a un concorso di intenzione diretta e di colpa. (...) Intenzione di uccidere e difetto di previsione della uccisione sono inconciliabili»⁴⁹. Detto altrimenti: l'unità dell'azione importa l'unitarietà del titolo di imputazione⁵⁰.

Quanto alla ragione di carattere particolare, poiché si ritiene che il disvalore dei delitti di sangue fosse concentrato in misura esclusiva sull'evento lesivo nella sua astratta rappresentazione da parte dell'agente, è considerato

⁴⁸ Sul punto cfr. U. CONTI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Completo Trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, a cura di Cogliolo, Milano, Vallardi, 1990, 279; G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., 180.

⁴⁹ PERRONI FERRANTI, *Del nesso causale*, cit., 36 ss.

⁵⁰ Tale è anche l'argomento impiegato da L. MAINO (*Commento*, cit., 154 ss.): «Da una sola spinta criminosa non possono nascere due distinte figure di reato della medesima specie, e perché con le sanzioni punitive stabilite per l'omicidio e pel ferimento, la legge non tutela in modo speciale l'uno e l'altro individuo come singoli, ma protegge in genere il diritto della vita e della integrità della persona fisica».

sufficiente – per la prova del dolo – che la volontà del soggetto avesse informato l'azione determinante (sul piano causale) l'esito fatale.

Infatti, si considera sufficiente a integrare il dolo, nei cd. delitti causalmente orientati e a condotta libera, la convergenza tra la volontà e l'atto causalmente adeguato a produrre l'evento tipico. Accertato che la volontà ha investito il fatto fino alla parte di esso rientrante nella sfera di controllo dell'agente – ossia, l'ultimo atto esecutivo della condotta – tanto si considera sufficiente per l'imputazione a titolo doloso del risultato lesivo.

In questa prospettiva si ritiene opportuno riferire il pensiero di uno degli Autori il quale, riservando attenzione specifica al tema, ancorché riconoscendo la differenza sul piano naturalistico tra le figure di *error in persona* e *aberratio ictus*, ne ha rimarcato l'equivalenza funzionale (a conferma, peraltro, della soluzione adottata nel codice Zanardelli):

Se la rappresentazione delle mutazioni che provoca l'azione nel mondo esteriore (la quale, accompagnando la volontà in azione, concorre a formare il dolo) dovesse prendersi tale e quale, ben potrebbe dirsi doloso l'omicidio con errore nella persona, perché allora (...) si colpisce precisamente la persona che si vuol colpire; come ben potrebbe escludersi il dolo nel caso di *aberratio* perché, se il corso causale si è svolto nel modo rappresentato, la mutazione mal risponde a quella ideata. (...) Quel che decide la questione è l'importanza dell'idea delle mutazioni da provocarsi nel mondo esteriore. (...) Ora se l'azione è accompagnata dalla idea della mutazione come essenza di fatto, se, in altri termini, è accompagnata dalla idea di quella mutazione che è la morte d'un uomo tanto basterà (...) per ritrovarsi quel nesso causale che taluni negano nel caso di *aberratio*⁵¹.

Se, pertanto, si può registrare il carattere incontrovertito della questione correlata al titolo di imputazione dell'offesa aberrante, risulta conseguente interrogarsi sui motivi della previsione di una norma specifica all'interno del Codice Zanardelli riservata al reato commesso per errore (o deviazione) sul colpo. Alla luce di quanto già esposto, infatti, risultando incontrovertita tanto in dottrina quanto in giurisprudenza la natura dolosa del reato aberrante, si potrebbe considerare superfluo prevedere una norma concordemente desunta dai principi generali.

⁵¹ PERRONI FERRANTI, *Del nesso causale*, cit., 58 ss.

L'unica ragione che sembra porsi a fondamento della previsione di una disciplina diretta a incriminare a titolo di reato doloso l'*aberratio ictus* riposa sulla volontà legislativa di precludere l'eventuale emersione nel corso del tempo della tesi avversa (che nel frattempo in Germania si accingeva sovrastare l'orientamento contrapposto), favorevole a inquadrare la situazione nel concorso di reati. A tale riguardo, autorevole dottrina commenta come segue la disciplina dell'*aberratio ictus* nel Codice Zanardelli:

Il motivo dell'art. 52 cod. pen. (...) consiste nella intenzione di risolvere legislativamente una questione prima assai controversa. Si sosteneva infatti da taluno, che nell'ipotesi dell'*aberratio ictus* concorrevano due reati: un delitto doloso rimasto al grado di tentativo (...), ed un delitto colposo consumato (...). Questa artificiosa distinzione era fondata sull'erroneo presupposto, che la legge considerasse nell'omicidio non l'uomo in genere, bensì la persona di Tizio o di Caio. Parve perciò opportuno di significare espressamente quale fosse la volontà di legge⁵².

Nei progetti di codice che si susseguono, si ritiene opportuno riservare la disciplina dell'*aberratio ictus* alla Parte speciale, limitandone dapprima (nel progetto del 1870) l'ambito applicativo al solo reato di omicidio (art. 292)⁵³ ed estendendolo, successivamente, anche al delitto di lesione personale. Invero, ravvisando l'irrazionalità della limitazione del campo applicativo della norma al solo delitto di omicidio, su proposta di Zanardelli è soppresso dalla fattispecie di omicidio il riferimento all'errore, ed è prevista una norma specifica (l'art. 358) in cui *error in persona* e *aberratio ictus* sono contemplate tanto in riferimento alla fattispecie di omicidio doloso, quanto in riferimento alla fattispecie di lesione personale dolosa⁵⁴.

⁵² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, UTET, 1920, II, 37 ss.

⁵³ L'art. 292 del progetto del 1870 (*Il Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia*, Firenze, 1870, I, 684) così disponeva: «Le disposizioni del presente capo si applicano anche quando per errore cui sia rimasta uccisa una persona diversa da quella che si voleva uccidere; ma in questo caso non si ha riguardo alle circostanze aggravanti che deriverebbero dalle qualità della persona dell'ucciso».

⁵⁴ Osserva G. ZANARDELLI, *Progetto del Codice penale per il regno d'Italia, Seduta del 22 novembre 1887*, Roma, Stamperia Reale D. Ripamonti, 1887, I, 257: «Conglobare nella nozione di un reato la soluzione di una controversia sulle accidentalità della sua esecuzione non pare conveniente. Sicché ho stimato meglio, trattandosi di questione

Secondo l'art. 358 del progetto definitivo soggiace alle pene del reato di omicidio doloso o di lesione personale dolosa colui il quale, "per errore o per altro accidente, causa la morte o un danno nel corpo o nella salute di persona diversa da quella che aveva in animo di offendere". Tuttavia, a causa delle reazioni della dottrina avversa alla limitazione dell'ambito dell'operatività della norma ai delitti di omicidio e lesione personale dolosa – eccedendo la compatibilità della stessa anche con il delitto di danneggiamento – l'articolo è infine trasposto nella Parte generale (art. 52) del codice⁵⁵, riservando alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare le figure di reato compatibili con la fattispecie.

In particolare l'occasione che dà la stura alla disputa in seno alla Commissione ministeriale è costituita dalla presunta aporia sistematica derivante dalla lettura dell'art. 358 del progetto in combinato disposto con l'art. 51. Quest'ultima norma prevede una circostanza attenuante a favore di colui che abbia «commesso il fatto nell'impeto d'ira o d'intenso dolore contro chi ne sia stata ingiusta causa». Si rileva che, laddove il soggetto nelle condizioni indicate dall'art. 51, commetta il fatto per errore in danno di una persona diversa da quella responsabile nei suoi confronti dell'offesa ingiusta, beneficerebbe della circostanza attenuante *de qua*, per effetto del combinato disposto tra l'art. 51 e l'art. 358, solo nelle limitate ipotesi di omicidio o di lesione personale.

Stando alle considerazioni che precedono, anche per uniformare l'ambito applicativo dell'art. 358 a quello dell'art. 51, da un lato si decide di trasporre la

che riguarda pure le lesioni personali, di farne oggetto di una fra le disposizioni comuni ai delitti di omicidio e di lesione (art. 358), ottenendo così un duplice vantaggio: di evitare il dubbio che tale norma non si riferisca a tutti i casi di omicidio volontario o di lesione volontaria; e di potervi insieme risolvere altre questioni subalterne che vi si collegano».

⁵⁵ Così dispone l'art. 52: "Quando alcuno, per errore o per altro accidente, commetta un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso o danneggiato, e gli sono valutate le circostanze che avrebbero diminuita la pena per il delitto, se l'avesse commesso in pregiudizio della persona contro la quale la sua azione era diretta".

disposizione nella Parte generale⁵⁶ e, precisamente, nel titolo preposto alla disciplina della imputabilità; dall'altro ne è riformulato il contenuto, disponendo che qualunque “delitto in pregiudizio di persona diversa (...)” fosse punito “come se commesso in pregiudizio della persona contro la quale l'azione era diretta”.

Nella norma trova esplicito riconoscimento l'indifferenza ai fini della responsabilità penale della causa della divergenza tra il voluto e il realizzato: sia che il mutamento della persona offesa dipendesse da un errore (“per errore”) – di tipo intellettuale o esecutivo – sia dal verificarsi di un accadimento fortuito (“o per altro accidente”) ciò non intaccherebbe la natura dolosa del fatto. In tutte le varianti possibili l'errore ricadrebbe su un elemento non costitutivo della fattispecie e, pertanto, privo di interesse ai fini della imputazione soggettiva del fatto⁵⁷.

L'unica ‘riconduzione del cagionato al voluto’ (o valorizzazione dell'effettiva volontà dell'agente) consiste nella valutazione a favore del reo delle circostanze attenuanti esistenti rispetto alla vittima designata e, di contro, nell'esclusione a suo carico delle circostanze aggravanti relative a una condizione o qualità della persona offesa.

Al di fuori dell'*intentio legis* alla base dell'art. 52 del Codice Zanardelli, la formulazione testuale non si mostra impermeabile a interpretazioni, principalmente da parte dei giudici di merito, contrarie alla volontà legislativa. In particolare, in diverse occasioni la giurisprudenza di merito inquadra il reato aberrante nell'ambito del concorso di reati dolosi⁵⁸ e, specificamente, nel

⁵⁶ Per una puntuale ricostruzione dei Lavori preparatori del codice Zanardelli in tema di *aberratio* si veda A. REGINA, *Il reato aberrante*, cit., 5 ss.

⁵⁷ Come rileva A. REGINA, *Ivi*, 9: «Concorde fu la dottrina nell'inquadrare l'ipotesi dell'*aberratio ictus* nella teorica dell'errore incidente su di un elemento non essenziale della fattispecie».

⁵⁸ Innumerevoli risultano le sentenze della giurisprudenza di legittimità di annullamento delle pronunce delle Corti di merito, le quali avevano qualificato il fatto come ipotesi di concorso di reati dolosi, fra il tentativo nei confronti della vittima designata e il delitto consumato in danno della vittima occasionale. Si ritiene sufficiente sul tema ripercorrere i tratti essenziali della motivazione di una sentenza di annullamento della Corte di Cassazione di Napoli del 23 novembre 1883, in *Mon. Trib.*, 1886, 194 ss.: «Ben si deduce col primo motivo della domanda di avere contro

delitto tentato rispetto alla persona presa di mira e nel delitto consumato, a titolo di dolo eventuale in danno della vittima effettiva.

L'orientamento condiviso da consistente giurisprudenza di merito disvela da un lato la difficoltà di imputare a titolo doloso un reato (quello consumato) senza accertare l'effettiva sussistenza del corrispondente requisito psicologico e, dall'altro, di abdicare alla punizione del soggetto per quanto effettivamente voluto e compiuto (il delitto tentato) in danno della vittima designata. Allo stesso tempo però l'inquadramento nel concorso di reati dolosi, nonostante l'esistenza dell'art. 52 c.p., ci induce a preannunciare una riflessione che sarà riproposta nella fase di esposizione delle prospettive di riforma della disciplina vigente: per escludere la responsabilità dolosa dell'agente per l'offesa in danno della vittima occasionale nei casi di *aberratio ictus* non è sufficiente espungere la disposizione – oggi l'art. 82 c.p. – la quale dispone la punizione a titolo doloso del colpevole. Occorre altresì prevedere una disposizione la quale, sulla falsariga del vigente art. 83 c.p., suggelli l'imputazione a titolo di colpa dell'offesa aberrante.

legge la Sezione di accusa inviato il ricorrente innanzi alle Assise per duplice crimine, cioè per mancato omicidio qualificato e mancato assassinio per premeditazione (...). Unico fu il dolo del ricorrente, quello di porre a morte il Panico (...) Chiaro è, altresì, per elementari principi del giure penale, che unica e non duplice esser debba la responsabilità, quella cioè dell'omicidio consumato e non, altresì, l'altra dell'omicidio mancato. La diversità delle persone offese nella specie scompare nei fini della responsabilità penale, giacché per essa Bruno non rappresenta altri se non Panico (...).».

PROFILI DIACRONICI. SECONDA SEZIONE:
GLI SVILUPPI DEL DIBATTITO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONTINENTALE

SOMMARIO: 1. Gli schieramenti in campo nella dottrina e l'evoluzione del diritto vivente in Germania agli albori del ventesimo secolo. – 2. L'elaborazione dell'*aberratio ictus* nel codice Rocco: la distinzione normativa dei casi di *error in persona* e di *aberratio*. – 2.1. (*Segue*): lo scorporo dell'*aberratio delicti* dall'*aberratio ictus* e l'illusione ottica di una colpevolezza differenziata. – 3. La fattispecie itinerante: il nomadismo dell'*aberratio ictus* fra i luoghi del codice fino all'insediamento nella sistematica del concorso di reati. – 4. Rilievi conclusivi. L'utilitarismo illiberale alla base dell'art. 82 c.p.

1. Gli schieramenti in campo nella dottrina e l'evoluzione del diritto vivente in Germania agli albori del ventesimo secolo.

Tra lo spirare del diciannovesimo secolo e lo schiudersi del ventesimo tre schieramenti si contendono il campo in Germania: la giurisprudenza ravvisa nella situazione *aberrante* un'ipotesi plurima di responsabilità penale, a titolo di tentativo per l'offesa diretta contro la vittima designata e, eventualmente, a titolo colposo per l'offesa in danno della vittima sventurata; nella dottrina il campo della disputa risulta conteso tra gli assertori della teorica della 'equivalenza' (*Gleichwertigkeitstheorie*), favorevoli alla qualificazione come delitto doloso dell'offesa realizzata¹ e gli assertori della teorica della 'concretizzazione' (*Konkretisierungstheorie* o *Tatplankriterium*), assertori del carattere plurilesivo del fatto, limitatamente ai casi in cui l'agente fosse stato *determinato* all'azione dalla volontà di offendere esclusivamente 'il bersaglio'.

Prima di approfondire il substrato argomentativo dei giudizi in cui la Corte tedesca distingue nell'*aberratio ictus* un delitto tentato contro la vittima

¹ Fra i più autorevoli Autori che si determinano per il dolo del fatto realizzato, in adesione alla *Gleichwertigkeitstheorie* (o *Äquivalenztheorie*) occorre citare R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, Mohr, 1931, 188 ss.; E. BELING, *Die Lehre*, cit., 325; F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., 173 ss.; M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil*, cit., 331 ss.; A. FINGER, *Compendien des Osterreichischen Rechts*, Berlin, Heymann, 1912, 364 ss.; P. NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, 1965, 1 ss.

designata e un delitto colposo in danno della vittima occasionale, preme anteporre che, diversamente da quanto emerso dalla disamina dello stato del dibattito in Italia nello stesso periodo, nella giurisprudenza tedesca appare netta la linea di demarcazione tra la fattispecie di *aberratio* e la fattispecie di *error in persona*. In questo senso sembra opportuno rammentare in particolare una pronuncia del *Reichsgericht* inerente a un caso di *error in persona*, in cui la Suprema Corte tedesca rimarca il *discrimen* tra la situazione di *aberratio* e quella di *error in persona*².

Respingendo il ricorso della Pubblica Accusa, diretto alla riqualificazione del fatto (lesioni inferte in danno di persona ‘scambiata’ dal colpevole per il proprio nemico) nel concorso tra un tentativo (penalmente irrilevante) di lesioni nei confronti della vittima rappresentata e lesioni colpose in danno della persona colpita, il *Reichsgericht* non si limita a statuire l’irrilevanza per la legge penale dell’identità della persona offesa³, ma si profonde anche nell’indagine sull’incidenza che nella determinazione della pena potesse eventualmente svolgere l’errore ricadente sull’identità della vittima.

Da siffatta angolazione i giudici di legittimità argomentano che l’ignoranza sull’identità della persona offesa è comunque idonea a incidere nel giudizio penale e, specificamente, nel senso di orientare in modo più favorevole al colpevole la commisurazione della pena⁴.

Entrando adesso *in medias res*, nella giurisprudenza invero non copiosa del *Reichsgericht* si registrano tre significative pronunce in cui la Corte delinea la struttura del reato aberrante: la prima risalente al 28 settembre 1880⁵, la seconda al 31 maggio 1920⁶ e la terza al 30 novembre 1923⁷.

² RG, 25 aprile 1889, in *RGSt*, 1889 (19), 179 ss.

³ Statuendo, al contrario, RG, 25 aprile 1889, cit., 180, la rilevanza penale dell’errore nell’ipotesi di *aberratio* con la seguente osservazione: «E anche in questo caso bisogna contestare l’assunto in base al quale poiché i due uomini in questione incarnano lo stesso bene giuridico, dovrebbe ritenersi che la volontà del colpevole sia stata diretta contro la persona effettivamente offesa».

⁴ Nello stesso senso RG, 29 dicembre 1888, in *RGSt* (18), 337 ss.

⁵ RG, 28 settembre 1880, in *RGSt*, 1880 (2), 335 ss.

⁶ RG, 31 maggio 1920, in *RGSt*, 1920 (54), 349 ss.

⁷ RG, 30 novembre 1923, in *RGSt*, 1922 (58), 27 ss.

Tale è la questione di diritto alla quale ha risposto la prima pronuncia citata:

Si configura il reato di lesione personale dolosa ai sensi del § 223 *RSStGB* quando, come nel caso in giudizio, l'azione dell'imputato è indirizzata verso due persone, fra le quali una rimane effettivamente colpita e ferita, ma non è la persona che l'imputato voleva colpire?⁸.

Il giudizio della Corte tedesca interviene in seguito al ricorso del Pubblico Ministero, diretto alla riqualificazione del fatto nel delitto di lesione personale dolosa (per cui si deve dedurre che nel primo grado di giudizio l'*Obertribunal* avesse imputato a titolo colposo le lesioni consumate).

Il ricorso del Pubblico Ministero si fonda proprio sull'equivalenza normativa (*rechtlich gleichbedeutend*) tra il risultato voluto e il risultato lesivo ottenuto dall'agente. Negando esplicitamente qualsiasi rilevanza all'unitarietà dell'interesse giuridico oggetto del reato tentato e del reato consumato, la Corte conferma la sentenza di primo grado, rigettando così il ricorso sulla base delle seguenti argomentazioni:

Sembra chiaro che un'offesa voluta non possa essere trattata giuridicamente come un'offesa voluta e realizzata. In particolare, la pura eventualità che l'oggetto dell'offesa consumata e l'oggetto dell'offesa voluta abbiano integrato la violazione dello stesso bene giuridico non implica che la vittima effettiva sia stata attinta dalla volontà del colpevole, malgrado quest'ultimo non abbia voluto colpirla⁹.

Al di fuori del rilievo che non è dato ricostruire, in ragione del grado del giudizio, la situazione di fatto e, in particolare, se dalla distanza fra la vittima designata e la vittima occasionale fosse possibile inferire l'esistenza di un dolo alternativo o eventuale da parte dell'imputato, risulta senz'altro significativa la volontà della Corte di sancire un principio di diritto in cui si nega recisamente che un giudizio di valore (ossia fondato sull'identità del bene giuridico tutelato) possa fondare l'imputazione dolosa del fatto.

Né il rilievo può essere ridimensionato dalla semplice constatazione della mancanza, tanto nel *RSStGB*, quanto nel vigente *StGB*, di una disposizione normativa in materia di *aberratio ictus*: una conferma in tal senso proviene

⁸ RG, 28 settembre 1880, cit., 335.

⁹ RG, 28 settembre 1880, in *RGSt*, 1881 (3), 384.

proprio dalla disamina della prassi giurisprudenziale italiana, nella quale si è consolidato lo schieramento che attribuisce all'art. 82 c.p. semplice efficacia ricognitiva dell'architettura normativa in materia di elemento psicologico del reato.

Nella seconda pronuncia in commento la Suprema Corte del *Reich* condanna l'imputato a titolo di omicidio colposo per aver colpito e ucciso con una pietra, nel corso di una lite con il fratello, uno studente affetto da emofilia. Da un lato la Corte esclude la responsabilità dolosa dell'imputato, poiché la pietra era diretta al fratello con il quale era in corso la lite; dall'altro fonda la responsabilità colposa per la prevedibilità dell'offesa in danno dello studente.

In quest'ultimo senso la Corte osserva che alla luce del contesto spazio-temporale in cui aveva avuto luogo il litigio (di giorno, in una zona abitualmente frequentata da un numero cospicuo di persone), il colpevole aveva avuto la possibilità di prevedere il rischio di colpire un'altra persona, avendo, di conseguenza, il dovere di astenersi dall'azione.

Come è agevole notare dalla sintetica ricostruzione dell'*iter* motivazionale della sentenza, oltre a escludere dall'oggetto del dolo lo studente effettivamente colpito dalla pietra, la Corte fonda il giudizio di colpevolezza sulla base dell'accertamento della reale prevedibilità dell'evento, rifiutando di presumere la responsabilità colposa dell'agente sulla base del rischio insito nella condotta.

Nella terza sentenza in rilievo la Suprema Corte del *Reich* conferma l'assoluzione dell'imputato per aver colpito la coniuge con un bastone con punta in ferro acuminata, nell'atto di reagire contro l'aggressione ai suoi danni da parte di un terzo soggetto. Più specificamente, l'imputato, inquilino nell'abitazione di K, era aggredito da quest'ultimo durante la notte. L'imputato reagiva all'aggressione usando un bastone da passeggio rinvenuto vicino al letto nel quale stava dormendo, con cui colpiva accidentalmente la coniuge intervenuta in suo soccorso.

L'ipotesi accusatoria si articola in due capi di imputazione: il primo, consistente nel tentativo di lesioni nei confronti del proprietario dell'abitazione, ritenuto non punibile dalla Corte per la sussistenza della scriminante della legittima difesa (§ 53 RStGB); il secondo nella lesione causata

in danno della consorte dell'imputato, anch'essa ritenuta non punibile dalla Corte, in ragione della imprevedibilità dell'evento (ossia, per non aver potuto notare, a causa della concitazione del momento e del buio, la presenza della coniuge nella stanza).

Nonostante in quest'ultimo caso risultasse agevole fruire della teoria dell'equivalenza tra il voluto e il cagionato, per disconoscere l'antigiuridicità del fatto lesivo, trasponendo la legittima difesa sussistente nella condotta diretta contro l'aggressore alla offesa in danno della coniuge, la Corte esclude la legittimità del ricorso a una *factio iuris* di tal fatta.

Sul punto conviene citare il *Reichsgericht*:

La sussistenza della legittima difesa nell'offesa diretta nei confronti dell'aggressore non è astrattamente incompatibile con un'affermazione di responsabilità penale a titolo colposo per le lesioni inferte dall'imputato alla coniuge. In tal senso codesto Tribunale non ha fondato la pronuncia di assoluzione sulla base della sussistenza in forma putativa della scriminante *de qua*, ma, viceversa, ipotizzando l'effettiva sussistenza degli estremi della fattispecie prevista dal § 53, ha proceduto all'accertamento di eventuali profili di responsabilità colposa a carico dell'imputato (...). Quest'ultima non deriva dalla astratta violazione di una regola cautelare da cui si deduce il potere di prevedere l'evento e il correlato dovere di evitarlo (...), ma dall'accertamento dell'effettiva possibilità di evitare l'evento, alla luce del grado di diligenza che si poteva esigere dall'agente nel caso concreto (...). Non si può richiedere a una persona assalita durante il riposo notturno da un uomo fuori di senno, nel buio della propria camera da letto, in pericolo di vita e in preda al terrore, il dovere di accertare, mentre sta tentando di difendersi, se alle spalle dell'aggressore si trovi un'altra persona¹⁰.

Lo snodo argomentativo della Corte è cruciale, giacché, in contrapposizione al pensiero di autorevole dottrina del tempo, dimostra, sul terreno delle circostanze scriminanti, come non sia necessario ricorrere alla soluzione 'unitaria' per ottenere risultati conformi al 'comune sentire'.

A conferma di quanto osservato, il *Reichsgericht* non solo rinuncia alla possibilità di assolvere l'imputato 'prendendo a prestito' la legittima difesa

¹⁰ RG, 30 novembre 1923, cit., 29-30. Nel giudizio di primo grado, invece, l'imputato era stato condannato dalla Corte territoriale, la quale aveva considerato sussistenti gli estremi di una responsabilità colposa da parte dell'agente.

sussistente nei confronti dell'aggressore, per scriminare la lesione personale in danno della consorte, ma non ritiene necessario nemmeno ricorrere all'esistenza in forma putativa della circostanza scriminante *de qua*.

Il raffronto fra i tre precedenti richiamati restituisce l'approdo, da parte della giurisprudenza prussiana, a una concezione autenticamente laica della colpevolezza, compiuto già un secolo addietro nella giurisprudenza tedesca¹¹: illecita (come nel caso oggetto delle prime due pronunce citate) o lecita (come nell'ultimo caso) che sia la condotta voluta, il dato non pregiudica l'accertamento della responsabilità per le ulteriori conseguenze lesive prodotte¹².

Infatti, nonostante la prima e la terza pronuncia pervengano a esiti di segno opposto rispetto alla seconda, tutte le pronunce poc'anzi richiamate sono fondate sulla verifica della concreta prevedibilità del risultato lesivo, disconoscendo l'esistenza di un metro di giudizio per il soggetto agente *in re illicita* diverso da quello per il soggetto agente *in re licita*.

In dottrina la polarizzazione del dibattito intorno a posizioni avverse rivela una situazione dissimile da quella del diritto vivente in cui, come poc'anzi osservato, si va ormai consolidando la soluzione dualistica. La dottrina tedesca ha senz'altro subito per un verso l'influsso derivante dalla scienza giuridico-canonica e, specificamente, da concezioni della responsabilità e della pena come forme di addebito moralistico¹³ e, per un altro, assiste alla progressiva

¹¹ In tal senso la previsione del § 18 dello *StGB*, che condiziona l'imputazione delle conseguenze lesive non volute di un reato alla concreta prevedibilità delle stesse, è stata ritenuta da attenta dottrina rappresentativa dell'integrale attuazione nell'ordinamento tedesco del principio di colpevolezza. Sul punto si veda L. CORNACCHIA, voce, cit., 173 ss. In Italia il tentativo di limitare l'imputazione dell'evento aggravante alla possibilità di un rimprovero per colpa all'agente è stato compiuto dalla Commissione Grosso, nell'art. 31 del progetto, naufragato, di riforma del codice penale: «Se la legge ricollega una pena più grave ad una conseguenza non voluta di un delitto doloso, di tale conseguenza si risponde solo se essa è ascrivibile a colpa».

¹² Concorde P. NOLL, *Tatbestand*, cit., 5.

¹³ In argomento cfr. C. L. VON BAR, *Gesetz*, cit., 370: «I casi di *aberratio* e quelli di *error in objecto* erano trattati insieme: poiché si considerava sufficiente il *Dolus in genere*, anche nel caso di *aberratio* si ravvisava la causazione dolosa dell'evento. La teoria della

trasfusione del principio di legalità nella teoria del reato, attraverso l'elaborazione del concetto di *Tatbestand*.

Rispetto al primo fattore von Bar osserva che nel diritto comune si nega generalmente natura dolosa al fatto realizzato nelle ipotesi di *aberratio*, e come, solo in seguito al contatto con l'esperienza canonistica, la tesi 'monistica' abbia conquistato una posizione prevalente¹⁴.

Nella prospettiva adombrata è esemplare la posizione assunta da Mayer, il quale fonda l'imputazione dolosa del fatto sulla scorta di considerazioni dichiaratamente di ordine teleologico, sorrette dall'esigenza di protezione di beni giuridici fondamentali:

Se A mira a B e colpisce C, A è colpevole di una lesione personale dolosa, perché, nonostante la deviazione, il fatto rimane all'interno della stessa fattispecie legale. L'altra soluzione, quella del concorso ideale, che si caratterizza per la sua mitezza, specialmente per la conversione della pena di morte con l'ergastolo (dal § 211 al § 44), conduce spesso a soluzioni che

responsabilità da "*versari in re illicita*" doveva aver esercitato, a causa della sua autorevolezza, senz'altro un influsso poderoso sulla posizione dei giuristi italiani successivi, nell'ascrizione della responsabilità a titolo doloso per il delitto consumato, tesi che anche in Germania diventò dominante: (*secondo questa teoria*, N.d.R.) è necessario che sia presente il dolo e che l'evento ricada su un oggetto materiale di eguale valore secondo la legge penale a quello che il colpevole intendeva colpire».

¹⁴ Cfr. ID., *Ivi*, cit., 369 - 370. In particolare, ascrivono a titolo di '*culpa lata*' l'offesa aberrante, tanto Baldo, secondo il quale nell'uccisione di persona diversa da quella voluta "il fatto eccede la volontà nell'offesa della persona diversa, e perciò non può esser punito a titolo di dolo, ma solo per colpa grave", quanto Bartolo, il quale condiziona l'imputazione dolosa per la conseguenza di una precedente condotta illecita alla non imprevedibilità, alla luce dell'orientamento causale dell'azione, del risultato lesivo. Secondo VON BAR, in seguito alla diffusione del paradigma del '*versari in re illicita*' trasmesso dalla dottrina canonistica, tra i giuristi italiani – tra cui, in particolare, Giulio Claro ed Egidio Bossio – e i giuristi tedeschi – tra cui, in particolare, Carpzov – del sedicesimo e del diciassettesimo secolo inizia a incontrare consensi la tesi della imputazione dolosa del fatto. Sul tema si veda anche G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 63 ss. Per una puntuale ricostruzione storica delle origini della teorica del '*versari*' e della sua applicazione ai casi di *aberratio* si veda W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Aalen, Duncker & Humblot, 1965, 57 ss., 63 ss. Sulla *doctrina Bartoli* cfr. G. P. DEMURO, *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, 1434 ss.; ID., *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffrè, 2007, 115 ss.

suscitano perplessità: poiché, infatti, nella maggioranza dei casi il tentativo o il reato colposo non sono punibili, nell'oggetto del giudizio di imputazione rimane solo uno tra il fatto voluto (il tentativo) e il fatto realizzato (il reato colposo); per esempio, si prospetti il caso di un giovane, il quale durante una rissa in osteria prova a colpire con la bottiglia B, ma poiché quest'ultimo si abbassa, colpisce C: in questo caso A resterebbe responsabile solo a titolo colposo del reato commesso (infatti il tentativo di lesione personale non è punibile). Coloro ai quali non residua qualche dubbio da questa decisione, sostengono la posizione più mite¹⁵.

È interessante notare che l'Autore ingloba e anzi argomenta la propria posizione sul problema, richiamando (presunte) necessità di politica criminale, che indurrebbero l'adozione della soluzione più rigorosa, in virtù del carattere fondamentale dei beni giuridici aggrediti¹⁶.

Analogamente a quanto sostenuto da una corrente odierna della dottrina italiana (*retro*, cap. I, § 5), in tal senso Mayer esclude che dalle regole generali sull'imputazione soggettiva possa dedursi una soluzione 'obbligata' nel senso della 'unicità' o 'pluralità' dei titoli di responsabilità nella situazione *aberrante*.

Sembra evidente nella prospettiva dell'A. la confusione tra le nozioni di precetto penale e di fattispecie di reato, funzionale ad assegnare alla cd. minaccia di pena l'esclusiva funzione di orientamento dei consociati verso l'astensione da (in caso di norma-divieto) o l'osservanza di (in caso di norma-comando) una determinata condotta: al comportamento, attivo od omissivo, che ha deliberatamente disatteso un'aspettativa normativa garantita dalla

¹⁵ M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil*, cit., 331. Anche nel pensiero di quest'ultimo, *Ivi*, 330, il discrimine tra imputazione dolosa e imputazione colposa del reato commesso nei casi di *aberratio* dipende dall'uguale disvalore (*Gleichwertigkeit*) o dal diverso disvalore (*Ungleichwertigkeit*) tra l'oggetto dell'offesa voluta e l'oggetto dell'offesa realizzata. Come noto, nella letteratura tedesca non è invalso l'impiego dell'espressione *aberratio delicti* e infatti l'A. inquadra entrambe le situazioni nella fenomenologia dell'*aberratio ictus*.

¹⁶ In tal senso M. ROMANO, *Contributo*, cit., 46, nt. 90, rileva perspicuamente come parte della dottrina tedesca, soprattutto più risalente, adotta la soluzione unitaria per 'ragioni di opportunità', ossia per evitare di punire soggetti che avessero agito, nei confronti della vittima designata, in una situazione scriminata secondo una norma dell'ordinamento. Sul punto, in particolare sul 'sentimento di giustizia' alla base della soluzione unitaria, cfr. G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 30 ss.

sanzione penale, corrisponde l'irrogazione della pena più rigorosa stabilita dall'ordinamento per l'offesa realizzata, vale a dire quella del reato doloso.

Rispetto al secondo fattore, probabilmente più incisivo rispetto al primo, occorre segnalare che tra il diciannovesimo secolo e la prima metà del secolo scorso si assiste alla completa teorizzazione del concetto di fattispecie (*Tatbestand*) e, in definitiva, alla declinazione sul versante dogmatico della filosofia liberal-garantista del diritto penale.

L'importanza del *Tatbestand* nella riflessione teorica intorno alla qualificazione giuridica dell'*aberratio ictus* si comprende contestualizzando storicamente il dibattito fra le diverse posizioni in campo. Si tratta di una fase di evoluzione del pensiero giuridico in cui la dogmatica penalistica si articola ancora prevalentemente in principi – quelli sorti nella stagione illuministica – solo parzialmente trasfusi nelle categorie della dogmatica penale.

In riferimento alla dottrina della imputazione penale, la categoria della colpevolezza risulta al tempo senz'altro frastagliata tra concezioni discordanti, fra le quali si distinguono coloro da cui è concepita come consapevolezza dell'antigiuridicità della condotta, e coloro che invece ne enfatizzano la natura di fenomeno psichico, esigendo per il suo accertamento un'indagine concentrata esclusivamente sul processo motivazionale dell'azione.

Nel primo filone si collocano Beling e Feuerbach, i principali teorici del concetto di tipicità penale, e Frank, il principale teorizzatore della concezione normativa della colpevolezza¹⁷.

Nel secondo si iscrivono von Liszt, Gessler e Schütze, assertori di una concezione 'psicologizzata' della responsabilità penale, in cui l'imputazione dolosa del fatto costituisce la risultante della confluenza tra il fatto realizzato

¹⁷ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, Mohr, 1931, 188 ss.; E. BELING, *Die Lehre*, cit., 325; A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, G. F. Heyer, 1801, 24 ss.

e il programma delittuoso – integrato dal movente dell’azione – delineato nella psiche dell’agente¹⁸.

Dalla contrapposizione spiegata si può evincere con chiarezza che mentre i primi fondano la qualificazione giuridica dell’*aberratio ictus* su un criterio fisso, consistente nell’accertamento di una volontà antitetica rispetto a un precetto dell’ordinamento, per i secondi non esiste una soluzione precostituita al problema, in quanto dall’esame della rappresentazione psichica dell’agente può conseguire sia un’ipotesi di responsabilità dolosa, sia un’ipotesi di responsabilità colposa, sia ancora un’ipotesi di irrilevanza penale del fatto a causa della concreta imprevedibilità del risultato lesivo.

Il carattere problematico dell’ultima posizione risiede nella formulazione di un giudizio di imputazione altamente soggettivizzato, peraltro in un tempo in cui, come poc’anzi rammentato, il concetto di fattispecie penale si sta ancora affermando e in cui, pertanto, anche sul lato della imputazione oggettiva, l’illecito penale risulta ancora scarsamente caratterizzato.

Su questa preesistente situazione di ‘incertezza’ sull’assetto definitorio delle categorie, la seconda posizione innesta una concezione di dolo per un verso esangue, in quanto priva di qualsiasi accessibilità empirica, per un altro verso anfibia, perché composta tanto da elementi della razionalità, quanto da elementi di natura emotiva.

Da quest’angolatura è interessante osservare che nel repertorio di esemplificazioni sul tema proposte da Liszt e da Gessler i casi ritratti risultano interamente fuori segno rispetto alla ‘situazione di vita’ ritratta in fase introduttiva (*retro*, cap. I, § 4.1.).

Infatti nell’opera dei due Autori compaiono casi incompatibili con i lineamenti identificativi della situazione *aberrante*: Liszt riconosce un’ipotesi di *aberratio ictus* nel caso in cui, in occasione di una rissa, uno dei corrucci avesse offeso una persona diversa da quella che intendeva aggredire¹⁹ e qualifica il fatto come doloso, poiché, malgrado l’agente al tempo della condotta avesse

¹⁸ Cfr. T. GESSLER, *Über den Begriff*, cit., 235; T. R. SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, J.M. Gebhard, 1874, 133; F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, De Gruyter, 1888, 173 ss.

¹⁹ V. *retro*, cap. II, sez. II, § 1.

previsto di colpire un componente diverso fra quelli della fazione avversa, avrebbe aderito *ugualmente* al verificarsi dell'evento. Per lo stesso ordine di ragioni, il teorizzatore del *Marburger Programm* inquadra come un caso di concorso di reati (che nella sostanza si riduceva alla punibilità a titolo di tentativo, non essendo punibile in forma colposa l'ingiuria), l'ingiuria col mezzo del telefono proferita, per un errore nella digitazione del numero di utenza, contro persona diversa da quella ideata²⁰, in quanto l'uso dello strumento telefonico varrebbe a individuare una vittima specifica come destinataria della ingiuria.

Gessler prospetta invece come caso di *aberratio*, ravvisando un'ipotesi di concorso tra un tentato omicidio e un omicidio colposo, l'uccisione di persona diversa da quella a cui il colpevole aveva servito la pietanza avvelenata²¹ o prestato la pipa da tabacco riempita di polvere²².

Indipendentemente della fondatezza o infondatezza della soluzione in termini di imputazione soggettiva adottata dagli Autori, risulta evidente il vizio originario che inficia la disamina del problema. Tanto nell'impostazione di Liszt, quanto in quella di Gessler, sia sul versante strutturale sia su quello dell'oggetto, il dolo tende a sublimarsi in un fenomeno 'spirituale', in cui l'accertamento della convergenza tra il voluto e il realizzato prescinde completamente dall'analisi sullo svolgimento fattuale della vicenda criminosa.

In questa prospettiva l'imputazione dolosa è mutilata del proprio naturale referente empirico, consistente nella direzione oggettiva della condotta ed è rarefatta su un piano puramente motivazionale. Non sorprendono in questa prospettiva gli esiti ai quali perviene la concezione del dolo in esame anche

²⁰ F. VON LISZT, *Strafrechtsfälle*, cit., 18, § 40. Per la critica alla posizione di Liszt rispetto alla ingiuria telefonica proferita contro persona diversa cfr. A. FINGER, *Compendien*, cit., 364, nt. 321a), il quale contesta l'esclusione 'in ogni caso' della responsabilità dolosa sulla base della sola divergenza tra il destinatario ideale e il destinatario effettivo della ingiuria. Secondo l'A. si può senz'altro escludere la responsabilità dolosa in casi del genere, ma solo qualora, alla luce della natura dell'offesa proferita (*Wesen der Beleidigung*), il suo contenuto non poteva essere carpito dal destinatario effettivo.

²¹ Cfr. T. GESSLER, *Über den Begriff*, cit., 236 ss.

²² Cfr. T. R. SCHÜTZE, *Lehrbuch*, cit., 131.

nell'ipotesi di *error in persona*, in cui si nega natura dolosa al fatto, laddove incompatibile con il movente dell'azione²³.

Da questa angolazione è agevole comprendere le motivazioni che inducono i maggiori teorici del concetto di tipicità penale sul piano oggettivo (ossia, del *Tatbestand*) e sul piano soggettivo (nella concezione normativa della colpevolezza) a proporre, in luogo dei criteri fluidi emergenti dalle derive soggettivistiche alle quali era stato condotto il concetto di dolo nel pensiero di Liszt, una soluzione coerente con il principio di legalità e con il suo corollario costituito dalla prevedibilità del fatto incriminato e della pena minacciata.

Al di fuori del rilievo che nello stesso, celebrato manuale dell'ideatore del *Marburger Programm* si registra la rimediazione sul problema ad opera di Eberhard Schmidt²⁴, è nel pensiero di Beling e, da una prospettiva distinta, nel pensiero di Frank che si percepisce la reazione a impostazioni di matrice soggettivistica del problema.

Beling tratta il tema nell'ambito dell'errore sul decorso causale, da considerarsi irrilevante ai fini dell'esclusione del dolo nei reati a condotta libera. Se «a norma del § 59» – ritiene l'A. – «è sufficiente che l'agente abbia voluto uccidere un uomo»²⁵, la divergenza fra l'identità (o l'individualità) della

²³ Su tale profilo si veda F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1896, 154 ss., il quale nella settima edizione del 'Manuale', esclude la qualificazione dolosa dell'omicidio commesso, in seguito a un'errata identificazione, nei confronti del figlio, scambiato dall'agente per il proprio nemico mortale (*Todfeind*).

²⁴ Dalla ventitreesima edizione del manuale datata 1921 Schmidt succede a Liszt e si discosta dalla posizione di quest'ultimo, conglobando le ipotesi di *error in persona* e di *aberratio ictus* in una unitaria fattispecie di errore sull'identità del soggetto passivo, ossia su un dato del fatto mai rilevante ai fini della configurazione di una ipotesi di reato e, quindi, inidoneo a escludere la responsabilità dolosa dell'agente. Cfr. F. VON LISZT - E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, W. de Gruyter, 1927, 254: «In questo caso non sussiste alcuna confusione nei confronti dell'oggetto dell'azione nella rappresentazione dell'agente, ma per una circostanza esterna l'azione ricade su un oggetto diverso da quello preso di mira ma – come nel primo caso (nell'*error in persona*) – di uguale valore per la legge penale e, di conseguenza, l'errore risulta altrettanto insignificante per il diritto penale».

²⁵ E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, Mohr, 1930, 44. Soggiunge l'A., *ibidem*: «È irrilevante il modo in cui si svolge il decorso causale (si ripete, salvo che la fattispecie legale stabilisca espressamente il contrario) (...). Quando la condotta

vittima e l'identità (o l'individualità) della persona presa di mira non sarebbe idonea a mutare la natura dolosa della responsabilità: l'agente, infatti, avrebbe voluto causare al tempo della condotta l'evento morte, previsto dalla fattispecie di omicidio, e avrebbe causato proprio quel *tipo* di evento.

Conviene osservare, peraltro, che l'A. perviene a siffatta soluzione nonostante il ripudio (apparente) tanto del paradigma d'imputazione del '*versari in re illicita*', quanto del '*dolus generalis*', sul presupposto che la responsabilità dolosa si fonda su quello che l'agente «ha realmente preveduto e voluto al tempo dell'atto che ha prodotto il risultato lesivo»²⁶.

Nella prospettiva di Frank, in cui il dolo consiste nella rappresentazione del risultato anti-giuridico, l'*aberratio ictus* rappresenta un'ipotesi ordinaria di responsabilità dolosa, in cui fatto e volontà si compenetrano nella consapevole commissione di una condotta in contraddizione con un divieto imposto dall'ordinamento²⁷.

Alla base dell'orientamento propugnato da Frank risiede il carattere normativistico che connota la nozione penalistica di colpevolezza propugnata dall'A.: se quest'ultima non descrive un modo di essere della responsabilità penale, ma solo un giudizio di rimprovero rispetto all'atteggiamento anti-giuridico della volontà, i casi di *aberratio* concretano ipotesi di responsabilità dolosa, in cui il conflitto fra pretesa normativa e condotta dell'agente si è manifestato nella massima estensione.

In una fase di sviluppo ancora embrionale della dogmatica giuridico-penale, non sorprende pertanto che proprio Beling e Feuerbach, principali artefici del modello astratto-normativo di reato, conferissero natura dolosa al

prende una direzione diversa da quella prevista dall'agente, tale da determinare la causazione dell'evento in danno di un altro oggetto – nel caso di *aberratio ictus*, per esempio, l'agente scaglia una pietra contro X, ma colpisce senza volerlo Y – se il risultato è indifferente per la configurazione della fattispecie, permane la realizzazione dolosa di un reato».

²⁶ E. BELING, *Grundzüge*, cit., 91.

²⁷ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, Mohr, 1925, 175. Anche FRANK, *ibidem*, ricorre a criteri di valore per la soluzione del problema, come dimostra il riconoscimento di un'ipotesi di concorso di reati nel caso di eterogeneità (*Ungleichwertigkeit*) tra il fatto voluto e il fatto commesso.

fatto: una soluzione che compensa il proprio rigore con le maggiori garanzie in termini di prevedibilità e uguaglianza nell'applicazione della legge penale, tutt'altro che assicurate, invece, dalle posizioni a supporto della 'concretizzazione' dell'oggetto del dolo nelle concezioni soggettivistiche del reato²⁸.

Tuttavia, per interdire la strada alle incertezze applicative e alle potenziali disparità di trattamento derivanti dalla perversione del dolo e del suo oggetto in entità eccessivamente psicologizzate, la tesi monistica ha pagato, e paga a sua volta, come prezzo dell'uniformità della propria soluzione, lo svuotamento del dolo nella coscienza dell'illiceità della condotta. Detto altrimenti, dal meridiano della concezione 'psicologista' all'antimeridiano della concezione normativa del dolo si consuma la metamorfosi «di un procedimento (*che assume di essere*, N.d.R.) descrittivo», in quanto consistente nella «verifica empirica di uno stato psicologico», in un «procedimento (*che si rivela*, N.d.R.) ascrittivo»²⁹: sradicando il dolo dal terreno psicologista delle 'motivazioni dell'azione' per innestarlo su quello della volontà dell'azione, in quanto ritenuto foriero di maggiori garanzie sul versante dell'accertamento processuale della 'volontà dell'azione', la dottrina in commento ha accettato l'impovertimento del dolo³⁰, da volizione dell'«evento che in concreto si è

²⁸ Come si osserverà nell'ultimo capitolo (*infra*, cap. IV, §§ 5 e 5.1.), la 'teoria della concretizzazione' illustrata nel presente paragrafo si è sviluppata e articolata nella corrente 'tradizionalista' composta dagli autori i quali, in linea con il pensiero del 'primo' von Liszt, configurano in senso puramente soggettivistico l'oggetto del dolo, e in una corrente che si può definire innovativa, in cui la 'concretizzazione dell'oggetto del dolo' è intesa in senso materiale, nella funzione di termine di riferimento dell'azione.

²⁹G.P. DEMURO, *Il dolo. L'accertamento*, cit., 399.

³⁰ Nel senso del testo M. RONCO, *Scritti patavini*, Torino, Giappichelli, 2017, I, 303: «Il caso base (quello dell'*aberratio ictus*) è disciplinato dalla legge (art. 82 c.p.) che equipara espressamente il dolo (sussistente in guisa effettiva) con riferimento a un determinato oggetto materiale con il dolo (non realmente sussistente) con riferimento a un oggetto equivalente. (...) Si è di fronte all'applicazione dell'antico principio del *dolus indeterminatus* o *generalis*, che tuttavia non è vero e completo dolo del fatto, poiché sottende un accorciamento dell'oggetto del dolo, che viene integrato con un profilo di disvalore etico, ben rivelato dal dolo sussistente integralmente per il fatto non realizzato».

verificato con le sue specificità (cd. evento *hic et nunc*)»³¹ a semplice volizione della causa efficiente dell'accadimento tipico³²: in breve, la declinazione in forma diversa della negletta categoria del dolo generale, mediante la quale si rimprovera l'agente a titolo doloso per una volontà che si è tradotta nella violazione di un precetto dell'ordinamento, ma non si è concretizzata nel fatto realizzato³³.

Alla luce della contrapposizione appena dispiegata in seno alla dottrina tedesca risulta agevole comprendere perché, diversamente dall'ordinamento italiano, quello tedesco non ha mai riservato all'*aberratio ictus* una previsione normativa specifica.

³¹ La formula appartiene a M. PELISSERO, *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2021, 64.

³² Ossia riducendo il dolo alla coscienza e volontà (art. 42 c.p.) del coefficiente di rischio insito nella condotta e imputando l'evento unicamente in forza del nesso causale con la condotta. Cfr., per tutti, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006, 133 ss. «Nell'*aberratio ictus* il vero problema è quello della delimitazione normativa dei confini del dolo e del suo oggetto, tenuto conto che il dolo lo si verifica *ex ante* al tempo della condotta. Ciò *non significa* che il dolo si definisca completamente *ex ante* a prescindere dall'evento, come sostengono alcune correnti contemporanee molto diffuse oltralpe, le quali concludono il discorso sul dolo incentrandolo sulla rappresentazione di un rischio *ex ante*, sì che tutto il tema dell'evento rimane estraneo al precetto penale e lo si tratta come un argomento di imputazione "oggettiva" in chiave di pura valutazione giudiziale *ex post*. In realtà è vero che il dolo lo si "ricostruisce" *ex ante*, ma al momento della condotta il soggetto deve rappresentarsi e volere anche una qualche concretizzazione (tra quelle oggettivamente ascrivibili) dell'evento tipizzato nella incriminazione, e dunque l'evento stesso rientra nel suo oggetto». Lucidamente nello stesso senso anche G. ZUCCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, G. Priulla, 1952, 41, in riferimento all'omicidio preterintenzionale, ma il discorso è valido anche in riferimento all'art. 82 c.p., «l'evento non è voluto in sé stesso ma nella sua causa (*nicht nicht wollen*): si tratta di volontà in conflitto, in cui la minore (involontarietà del risultato) cede di fronte alla maggiore (volontarietà della causa)».

³³ Nello stesso senso, D. PULITANÒ, *Il principio*, cit., 520: «Il trasformare in dolosa l'imputazione dell'offesa cagionata "per errore" solo perché analoga a quella voluta e non realizzata, significa fondare l'imputazione non sulla volontà realizzata (o, che è lo stesso, sulla realizzazione di volontà), ma su una volontà dolosa in astratto. Dietro l'apparente applicazione di principi di responsabilità soggettiva, il criterio d'imputazione adottato è ancora quello del "*versari in re illicita*" (*sufficit dolus in genere*)».

A significativa conferma della prospettiva adombrata si possono rammentare le riflessioni svolte sul punto da autorevole dottrina del tempo:

L'interpretazione predominante può certo fondare questa soluzione sulla considerazione che per il § 59 il dolo deve riferirsi a quelle circostanze di fatto che concretamente sono sussunte nella fattispecie. Ma non si dovrebbe dimenticare che il coerente sviluppo di questo rilievo costringe a esiti che suscitano perplessità (...). Per l'*aberratio ictus* può darsi che il principio medesimo possa essere tenuto fermo e pervenire ugualmente a risultati soddisfacenti, ma nelle ipotesi di 'error' ecc. ciò non è sempre vero. Forse sarebbe opportuno, atteso che non è possibile risolvere la questione in modo che soddisfi sufficientemente il 'sentimento giuridico', rimetterla al potere discrezionale del giudice, attraverso un giudizio estensivo di valore³⁴.

2. L'elaborazione dell'*aberratio ictus* nel codice Rocco: la distinzione normativa dei casi di error in persona e di aberratio.

Ed invero, nel fatto di chi, per deviazione del colpo o per altro accidente, colpisce ed uccide una persona diversa da quella che avea intenzione di uccidere e che in effetto avea preso di mira col suo atto, di una cosa non è a dubitare: che ci sia, cioè, un tentativo di omicidio contro la persona che effettivamente si voleva uccidere e fu presa di mira. Negar questo è negare il fatto; è negare la realtà evidente (...) Esiste nell'*aberratio ictus* un nesso di causalità puramente obiettivo; ma non subiettivo, per la semplicissima ragione che l'oggetto (uomo), colpito per accidente, non venne rappresentato nella mente dell'agente; che quindi non poteva *concepire* un nesso di causalità tra la sua azione e l'evento su di un oggetto non rappresentato³⁵.

Se le riflessioni esposte poc'anzi, appartenenti a un giurista del secolo scorso in critica all'art. 52 del codice Zanardelli, avessero attecchito nella

³⁴ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fabrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Scientia, 1930, 71, trad. in M. ROMANO, *Contributo*, cit., 29 – 30.

³⁵ A. ARENA, *L'aberratio ictus: contributo alla teorica dell'errore di fatto nel diritto penale*, Palermo, Castellana e Sanzo, 1909, 19 ss. L'opera costituisce un estratto della tesi di laurea discussa dall'A. il 14 novembre 1908 presso la R. Università di Palermo. Soggiunge l'A., *Ivi*, 23: «Sento dunque di non poter seguire la scuola italiana nel suo ragionamento, sia perché essa nega il fatto del tentativo di omicidio in persona di chi è stato preso di mira (...); sia perché essa imputa dolosamente all'agente la morte di un determinato individuo, quando egli non ha coscienza del nesso di causalità tra la sua azione e la morte istessa». Analogamente N. DE ROBERTIS, *L'error in persona con speciale riferimento alla sua efficacia in materia di ratto*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1906, 15, 30.

dottrina italiana, probabilmente l'art. 82 oggi non esisterebbe. Invece il codice penale vigente ha mutuato il fondamento politico-criminale alla base della imputazione dolosa del reato aberrante nel codice del 1889, e, con le modificazioni di cui a breve, ha sostanzialmente replicato lo stesso paradigma di responsabilità oggettiva.

Rispetto alla disciplina prevista dal codice *unitario*, nel progetto preliminare del 1927 si riscontrano un punto di continuità e un punto di discontinuità.

Con riguardo al profilo di continuità nel progetto preliminare del 1927 l'*aberratio ictus* resta regolata nella parte generale del codice e, precisamente, nel titolo riservato alla persona offesa dal reato (artt. 118 – 132).

Con riguardo, invece, al profilo di discontinuità mette conto rimarcare, per un verso, lo sdoppiamento delle situazioni di *error in persona* e *aberratio ictus* (in precedenza regolate dall'art. 52 del codice Zanardelli) in due norme autonome, gli artt. 119 e 120; per un altro la trasposizione dell'intera disciplina dal titolo riservato alla imputabilità al titolo riservato alla persona offesa dal reato.

In ordine al primo aspetto la disposizione dell'enunciato nella parte generale tradisce la volontà legislativa di estendere il raggio applicativo della norma oltre l'area illuminata dalle fattispecie di omicidio e di lesione personale, alla quale la tradizione del diritto comune la vincola. In tal senso è indubbio che il graduale trasferimento della disposizione, dapprima riservata alla disciplina di casi 'particolari' di omicidio (art. 292), quindi dislocata fra le norme comuni in materia di omicidio e lesione personale (art. 358), successivamente nella parte generale del codice Zanardelli (art. 52) e, infine, nella parte generale del codice vigente, conferma incontrovertibilmente l'intenzione legislativa di dischiudere l'accesso dell'*aberratio ictus* a ciascuna delle ipotesi di reato.

Tuttavia, indipendentemente dalle indicazioni che si possono attingere dalla Relazione Ministeriale³⁶ e della collocazione sistematica della norma, non è dato evincere ulteriori elementi idonei ad avvalorare la tesi della fuoriuscita dell'istituto dall'orbita dei delitti di sangue. All'esatto inverso preme invece

³⁶ Cfr. AL. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, 134.

rilevare che la lettera della legge (l'art. 120) ricalca la fisionomia degli illeciti di sangue: i riferimenti all'“uso dei mezzi di esecuzione” e alla “direzione dell'azione” evocano momenti rappresentativi dei reati contro la persona³⁷. In argomento basti considerare che, differentemente dal codice Zanardelli, il quale abbina al trasferimento della norma dalla parte speciale alla parte generale la sua riscrittura³⁸, l'art. 120 esibisce un testo normativo che si attaglia esclusivamente ai *crimina sanguinis*³⁹.

Quanto al profilo di discontinuità la trasposizione dal titolo riservato alla imputabilità (in cui era disposto l'art. 52 del codice Zanardelli) per un verso, e la previsione di due norme autonome per regolare l'*error in persona* e l'*aberratio ictus* su un altro, tradisce il mutamento di prospettiva del nuovo legislatore. Entrambe le situazioni, *error in persona* e *aberratio ictus*, non sono più normate in funzione, per così dire, del destinatario della incriminazione (il soggetto attivo del reato), bensì del beneficiario della tutela penale (le vittime designata e occasionale).

La trattazione nel titolo riservato alla persona offesa dal reato rende la prova compiuta del mutamento di prospettiva: nell'*error in persona*, disciplinato dall'art. 119, la divergenza concerne l'*identità* della vittima, in una situazione in

³⁷ Così dispone l'art. 120 del progetto preliminare, *Progetto preliminare di un Nuovo Codice Penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1927, 47: «Quando per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione o per altra causa sia offesa, oltre la persona contro cui l'azione era diretta, anche una persona diversa, il colpevole risponde dell'evento voluto a titolo di delitto consumato o tentato, e gli è posto a carico l'evento non voluto, come conseguenza della sua azione od omissione. Nondimeno, per l'evento non voluto, gli si applica soltanto il terzo della pena, che gli si sarebbe dovuta infliggere se l'evento fosse stato voluto, osservate le disposizioni dell'articolo precedente (...)».

³⁸ Come già esposto (*retro*, cap. II, sez. I, § 2.1.) l'art. 52 assoggetta alla pena del delitto doloso chiunque avesse commesso «un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro la quale aveva diretto la propria azione (...)», autorizzando così, almeno formalmente, l'applicabilità della norma a tutte le ipotesi di reato.

³⁹ Sul punto si veda il pensiero di A. GISMONDI, in *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del nuovo codice penale e del codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate, 1929, IV, 396: «È d'avviso che l'art. 120 non possa che riferirsi ai delitti contro le persone. È vero che la persona può essere offesa da ogni reato, ma qui si dice persona, contro cui l'azione era diretta; quindi, scolpisce il concetto dei delitti contro la persona».

cui figurano esclusivamente la medesima e il soggetto attivo del reato (cd. rapporto bilaterale); nell'*aberratio ictus*, regolata dall'art. 120, la divergenza concerne invece l'*individualità* della persona offesa, in una situazione in cui figurano l'agente, la vittima designata e la persona offesa (cd. rapporto trilaterale).

Tuttavia su tale riassetto dei rapporti tra *error in persona* e *aberratio* nel sistema del progetto non si riscontra concordia di interpretazioni.

Vi è infatti chi argomenta, muovendo dai principi generali, che la disposizione in commento si attagli esclusivamente alla situazione di *aberratio* plurilesiva, giacché nell'ipotesi monolesiva il fatto sarebbe considerato alla stregua di un caso comune di delitto doloso⁴⁰.

Secondo siffatta proposta ermeneutica:

(i) l'art. 119 (*Errore sulla persona dell'offeso*), condividendo la *ratio* dell'art. 52 del codice Zanardelli regolerebbe sia i casi di *error in persona* (o di cd. *errore-scambio*) sia i casi di *aberratio* monolesiva (cd. *errore sul colpo*)⁴¹;

(ii) l'art. 120 (*Offesa di persona diversa da quella contro cui l'azione era diretta*) regolerebbe due casi di *aberratio* bilesiva: il primo costituito dal concorso tra un delitto tentato contro la persona presa di mira e un delitto consumato in danno della persona effettivamente offesa; il secondo rappresentato dal concorso tra due delitti consumati, uno in danno della vittima prescelta e un altro in danno della vittima malcapitata⁴².

⁴⁰ Sul tema si veda il pensiero di BIANCHI, *Atti della Commissione*, cit., 391: «Ritiene che l'articolo contempli solo il caso in cui le persone effettivamente offese siano più di una. Se uno spara contro Tizio e uccide Caio, verrebbe infatti ad essergli inflitta, con questo articolo, una pena minore, di quella che gli verrebbe applicata, se dovesse rispondere del reato consumato; pertanto, la disposizione riguarda solo il caso in cui vengano colpite, tanto la persona contro cui l'azione era diretta, quanto l'altra». Nello stesso senso MANZINI, *Ivi*, 392.

⁴¹ Così dispone l'art. 119, *Progetto preliminare*, cit., 47: «Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa o i rapporti tra offeso e colpevole. Tale disposizione non si applica se si tratta di circostanze aggravanti che riguardano l'età o altre condizioni o qualità fisiche o psichiche della persona offesa».

⁴² Per siffatta tesi G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 23, nt. 34. La tesi è oggi sostenuta da TRAPANI, *La divergenza*, cit., 118 ss.: «Se dunque la funzione dell'art. 120 (corrispondente all'attuale capoverso dell'art. 82 era di colmare una lacuna nel

Invero è sufficiente l'osservazione anche soltanto epidermica del sistema composto dagli artt. 119 - 120 del progetto per apprendere l'infondatezza di tale proposta ermeneutica.

Appare, infatti, financo troppo agevole rilevare che dilatare l'applicazione dell'art. 119 fino a ricomprendervi l'*aberratio* monolesiva importerebbe assoggettare l'agente a una pena più rigorosa nel caso di *aberratio* monolesiva, derivante dalla imputazione dell'omicidio della vittima occasionale a titolo doloso e, in spregio al principio di uguaglianza, a una pena più mite nel caso di *aberratio* plurilesiva, giacché a norma dell'art. 120 l'agente soggiacerebbe alla pena del delitto tentato o consumato in danno della vittima designata e alla pena del delitto doloso in danno della vittima occasionale, ridotta, per effetto della circostanza attenuante ad effetto speciale, di due terzi⁴³.

L'unico esito avvalorato dalla interpretazione sistematica delle due disposizioni consiste, allora, nell'inquadramento sia dell'*aberratio* plurilesiva sia dell'*aberratio* monolesiva nella fattispecie delineata dall'art. 120, riservando all'art. 119 la disciplina dei casi di errore (o ignoranza) sull'identità della persona offesa.

Del resto anche dal dibattito sorto durante i lavori preparatori emerge il carattere innovativo dell'art. 120 rispetto al suo antecedente storico nel codice 'unitario': più specificamente, e diversamente dalla previgente fattispecie prevista dal codice Zanardelli (art. 52), la formulazione della norma *de qua* reca i segni dell'influsso della tesi 'pluralista', al tempo già predominante in Germania. Infatti, configurando la situazione *aberrante* alla stregua di una fattispecie aggravata dall'evento, l'art. 120 impone l'accertamento dei requisiti obiettivi e subiettivi del reato-base ossia, più direttamente, l'idoneità offensiva della condotta rispetto alla vittima designata.

sistema, disciplinando espressamente l'*aberratio ictus* "plurilesiva", non v'era dubbio, a sua volta, che l'art. 119, rubricato (come l'attuale art. 60) "errore sulla persona dell'offeso", riproducesse sostanzialmente l'art. 52 del codice Zanardelli e quindi ricomprendesse (...) sia l'*error in persona* che l'*aberratio ictus* "monolesiva" (oltre l'*error in qualitate*)».

⁴³ Sul punto cfr. G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 45 ss.

Tuttavia, come affiora dalla fisionomia della norma, il legislatore italiano mutua soltanto parzialmente l'indirizzo prevalente nella dottrina e unanime nella giurisprudenza germaniche dell'epoca, temperandone i risultati più significativi: sul versante della incriminazione, infatti, l'offesa in danno della vittima occasionale resta imputata in forza del solo nesso causale con la condotta costitutiva del delitto tentato o consumato nei confronti della vittima designata; sul versante delle conseguenze sanzionatorie, inoltre, il fatto lesivo in danno della vittima occasionale è sanzionato con la pena del delitto doloso, ancorché ridotta per effetto dell'anzidetta circostanza attenuante⁴⁴.

Come che sia la condivisione dell'orientamento pluralista non riceve il consenso necessario in seno alla Commissione per approdare al progetto definitivo. Il progetto del 1927 è, invero, l'ultima occasione in cui il reato aberrante si atteggia a fattispecie di concorso di reati (ancorché, lo si ripete, nella forma 'irrigidita' della fattispecie aggravata dall'evento).

Secondo la maggioranza dei Compilatori (su tutti, Manzini e Bianchi) il sistema delineato dal progetto offrirebbe una soluzione insoddisfacente al problema della imputazione dell'offesa aberrante, dischiudendo una tutela differenziata, in contrasto con il principio di uguaglianza (e del suo corollario costituito dalla proporzionalità sanzionatoria), per beni equivalenti e, perciò, meritevoli di eguale tutela penale: sicché l'omicidio *aberratione ictus commisso*, al

⁴⁴ Cfr. E. MASSARI, in *Atti della Commissione*, cit., 390-391: «Nota che la questione di una lesione voluta a danno di una persona, e di una lesione ulteriore, verificatasi non intenzionalmente a danno di un'altra, non è risolta in egual modo nei vari sistemi legislativi: e tiene divisa anche la dottrina. Vi è chi, in tale situazione, ravvisa l'esistenza di due reati, vale a dire scorge un delitto doloso per l'evento voluto e un delitto colposo per l'evento non voluto. Questa soluzione, accolta dalla prevalente dottrina straniera, fu esaminata dai legislatori del 1890 e l'on. Villa la volle adottata: ma il codice vigente lasciò la questione insoluta; o per essere più esatti, sembra che attraverso l'art. 52 (*aberratio ictus*) abbia accolto la soluzione opposta; vale a dire, abbia, nel fatto, veduto un unico reato doloso. Il Progetto, ritornando sul problema, ha ravvisato, nel duplice evento, due fatti distinti (...). Ma non ha creduto di trattare il secondo evento – l'evento non voluto – come un'ipotesi di responsabilità colposa, posto che esso fu l'effetto di un'azione dolosa».

pari di un comune caso di omicidio, nonché al pari di un caso di omicidio *errore in persona commisso* meriterebbe la pena del delitto doloso⁴⁵.

La necessità di soddisfare le asserite esigenze di giustizia ‘sostanziale’ prende forma compiuta nella proposta di Bianchi. Per evitare le segnalate incongruenze derivanti in fase progettuale dall’inquadramento dell’*aberratio* monolesiva nell’art. 119, Bianchi propone di modificare l’art. 120 come segue: “Quando, per errore nell’uso dei mezzi di esecuzione, o per altra causa sia offesa, oltre la persona contro cui l’azione era diretta, anche una persona diversa, il colpevole risponde a titolo di dolo del maggiore evento consumato, e la pena è aggravata da un terzo a due terzi”⁴⁶.

La segnalata proposta riconfigura la fattispecie in commento, circoscrivendone l’applicazione esclusivamente alla ipotesi di *aberratio* bilesiva, e inasprendo al contempo la pena rispetto a quella di cui all’art. 119, da quel momento in avanti destinato a regolare i casi di *error in persona* e *aberratio* monolesiva. Tuttavia è interessante notare che la riconfigurazione normativa nei termini poc’anzi descritti supera il vaglio della Commissione all’esito di una votazione molto equilibrata⁴⁷ e non senza, in ogni caso, l’introduzione di alcuni emendamenti al testo proposto.

Ai fini di un ulteriore irrigidimento sanzionatorio due sono le innovazioni: dapprima si esclude la valutazione a favore del colpevole delle circostanze

⁴⁵ Così osserva V. MANZINI sul punto, *Atti della Commissione*, cit., 390 ss.: «Se un individuo dolosamente uccide un altro poco importa che sia quello che voleva uccidere o un altro. Con questo sistema, invece, è punito assai meno che se avesse ucciso la vittima designata, perché si applica la pena del tentativo, e per l’altro delitto si diminuisce la pena, in modo che egli venga a beneficiare di una pena minima: incongruenza, questa, che si deve evitare». Preoccupazioni di analogo tenore sono nutrite presso la giurisprudenza e l’avvocatura. In argomento si vedano gli orientamenti della Corte di Appello di Potenza e del Sindacato Avvocati e Procuratori di Catania, *Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1928, III, rispettivamente, 175 e 178-179.

⁴⁶ *Atti della Commissione*, cit., 391.

⁴⁷ Infatti cfr. *Ivi*, 392, la proposta ‘Bianchi’ formulata il 26 aprile 1927 è approvata con otto voti favorevoli contro sei contrari. Si determinano in senso favorevole alla proposta: Appiani, Bianchi, Gregoraci, Innocenti, Manzini, Longhi, Marconi, Santoro. Contrari: Andreoni, Gismondi, Massari, Nosedà, Pujia, Satta.

attenuanti putative, rilevanti qualora l'agente avesse offeso la vittima designata, prevista invece dall'omologa disposizione nel codice Zanardelli. Inoltre si osserva che parametrare l'aggravamento di pena sul maggiore evento consumato importerebbe il rischio, nel caso del tentato omicidio sfociato in una duplice lesione personale, di determinare la pena sulla base di un delitto consumato meno grave (la lesione personale) rispetto al più grave delitto tentato (il tentato omicidio).

Sicché, su proposta di Gregoraci, il «maggior evento consumato» è sostituito dal «maggior reato voluto»⁴⁸.

Per contro, alla finalità di temperare le conseguenze sanzionatorie disposte dalla 'nuova' disciplina, l'aggravamento della pena da obbligatorio diviene facoltativo e, quindi, sottoposto al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti.

2.1. (Segue): lo scorporo dell'*aberratio delicti* dall'*aberratio ictus* e l'illusione ottica di una colpevolezza differenziata.

Dalla contrapposizione di schieramenti rappresentata nel paragrafo precedente è emerso come il capoverso dell'art. 82, riferito alla ipotesi plurilesiva di *aberratio* sia stato concepito anteriormente al primo, destinato a regolare attualmente il caso di *aberratio* monolesiva. Però, come addietro esposto, nel corso della disamina delle disposizioni del progetto in tema di *error in persona* (art. 119) e *aberratio* (art. 120), solo apparentemente l'elaborazione del secondo comma dell'art. 82 ha preceduto quella del primo. In realtà in seno alla Commissione si ritiene che modificare l'art. 120 in modo da circoscriverne l'applicazione alla sola ipotesi di *aberratio* plurilesiva, involgerebbe la conseguente attrazione dell'*aberratio* monolesiva nel perimetro dell'art. 119.

La terminologia adottata dall'art. 120 non solleva questioni esclusivamente intorno all'inquadramento normativo dell'*aberratio* monolesiva, ma anche in ordine alla qualificazione giuridica dei casi in cui la divergenza tra fatto e

⁴⁸ Cfr. *Inz*, 391.

volontà non fosse circoscritta all'oggetto materiale dell'azione, ma estesa al titolo oggettivo della violazione.

Secondo taluni – la maggioranza – il circuito applicativo dell'art. 120 comprenderebbe soltanto i casi di congruenza fra il titolo oggettivo del fatto voluto e il titolo oggettivo del fatto realizzato e non, anche, i casi di divergenza nel suddetto titolo tra il fatto voluto e il fatto realizzato (l'attuale *aberratio delicti*)⁴⁹. Secondo talaltri l'art. 120 profilerebbe un'ipotesi eccezionale di punizione a titolo doloso della offesa non voluta derivante da una condotta penalmente rilevante: anche se costitutiva di un diverso titolo oggettivo, l'offesa nella quale sfocia una condotta penalmente rilevante dovrebbe essere sanzionata con la pena del corrispondente delitto doloso⁵⁰, giacché non potrebbe concepirsi una responsabilità colposa come 'effetto' di una condotta penalmente rilevante.

A tale riguardo la previsione dell'art. 120 disciplinerebbe un'ipotesi di concorso criminoso tra due reati dolosi: uno (tentato o consumato) per il fatto lesivo (diretto o in danno) della vittima designata; l'altro, con attenuazione corrispondente ai due terzi della pena, per il fatto lesivo in danno della vittima occasionale.

Anche rispetto a quest'ultimo profilo della questione, sembra bastevole il solo argomento testuale per destituire di fondamento la tesi favorevole all'estensione dell'art. 120 anche ai casi attualmente regolati dagli artt. 83 e 586 c.p. Come già poc'anzi rimarcato (*retro*, cap. II, sez. II, § 2) la struttura della

⁴⁹ Questa posizione si articola ulteriormente in quella di coloro che imputano a titolo oggettivo l'evento non voluto, assoggettando l'agente alla pena del delitto colposo e coloro che invece richiedono anche l'accertamento della colpa dell'agente rispetto all'evento costitutivo del diverso titolo di reato. Sul punto cfr. *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del nuovo codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, IV, 394 ss.

⁵⁰ Sul tema si veda il pensiero di E. MASSARI, in *Atti della Commissione*, cit., 396 ss.: «Ai Compilatori del progetto, è sembrato che, anche se uno spari contro una persona e colpisca una vetrina, si abbia un danneggiamento, il quale non debba rimanere impunito come che colposo, ma debba su di sé richiamare il rigore della legge penale, ossia essere colpito da un'aliquota della pena stabilita dalla legge per il danneggiamento doloso».

norma in esame ricalca quella degli illeciti di sangue (omicidio e lesione personale), escludendo, quindi, la sua applicazione a fatti offensivi di beni diversi dalla vita o dalla integrità personale.

Vero quanto poc'anzi osservato, il denunciato timore per un verso, «che troppo benigno potesse essere il trattamento previsto dalla legge nell'ipotesi in cui l'evento verificatosi fosse obiettivamente quello voluto dall'agente, pur se tale evento colpisse una persona diversa da quella a cui l'azione era diretta (...); per un altro che «potesse giungersi ad un trattamento troppo severo, elevando a casi di responsabilità dolosa ed obiettiva ipotesi ordinarie di fatti colposi»⁵¹, determina la scissione dell'art. 120 nelle fattispecie attualmente previste agli artt. 82 e 83 c.p.: *aberratio ictus* (art. 82), destinata ai casi di cd. omogeneità (e, ovviamente, di equivalenza), *aberratio delicti* (art. 83) ai casi di eterogeneità, tra l'offesa voluta e l'offesa cagionata⁵².

Fra i due rischi paventati, quello di mitigare eccessivamente la risposta sanzionatoria nel caso di un'offesa corrispondente nel titolo oggettivo a quella voluta⁵³ e, viceversa, quello di inasprirla oltre misura nel caso di un'offesa

⁵¹ *Relazione sul Libro I*, cit., 135.

⁵² Per una critica puntuale alla teorica che individua nel rapporto di omogeneità-eterogeneità fra il bene leso e il bene attentato il profilo di demarcazione tra l'art. 82 e l'art. 83 c.p. si veda DE SIMONE, *Ancora sul concetto di evento nell'«aberratio delicti»*, in *Foro it.*, 1988, 176, nota a Cass., Sez. I, 31 gennaio 1986, Prisco. 2). «Sull'argomento si registrano prese di posizione assai interessanti, secondo le quali, (...) la questione va impostata non tanto nei termini di raffronto tra interessi tutelati, quanto piuttosto con riferimento alla struttura delle singole fattispecie e all'oggetto del dolo. In altre parole, ai fini della configurabilità dell'*aberratio delicti*, occorre che la divergenza tra voluto e realizzato si riferisca ad uno degli elementi oggettivi della fattispecie, rientrando, come tale, nell'oggetto del dolo. In questo senso, per ovvii motivi, non potrà ritenersi disvolta l'offesa realizzata che si ponga in linea di anticipazione rispetto a quella voluta». Come si avrà modo di esporre in prosieguo, la tesi dell'A., convincente in prospettiva di riforma delle fattispecie *aberranti*, risulta infondata a diritto vigente (*infra* III, § 8.).

⁵³ Più precisamente, dal dato testuale della norma si evince che l'art. 82 è applicabile anche ai casi divergenza tra il reato voluto e il reato commesso, purché entrambi offensivi di beni inerenti alla persona, benché distintamente tutelati (ad esempio, nel caso di una volontà di ledere la vittima designata, che si concreta nell'uccisione della vittima occasionale). L'assunto trova peraltro univoco riscontro nei rilievi sul punto svolti nella *Relazione sul Libro I*, cit., 137: «Per riconoscere quando l'offesa sia della

divergente nel titolo oggettivo da quello voluto – il secondo appare decisamente sovrastimato. Non si intende, beninteso, negare la funzione innovativa dell'art. 83 rispetto all'originaria norma del progetto: infatti, profilandosi secondo l'art. 120 il rischio di imputazione dell'evento a titolo di mera responsabilità oggettiva per un fatto diverso da quello voluto, l'art. 83 ha senz'altro immutato tanto il criterio di imputazione dell'offesa aberrante, quanto il titolo di responsabilità penale.

Al lume della interpretazione tradizionale, non sconfessata dall'enunciato della norma, si condivide invero la posizione di chi ravvisa nell'art. 83 una sostanziale ipotesi di responsabilità colposa, non bisognosa di interpretazioni correttive, finalizzate a ricondurre la norma nell'alveo del principio di colpevolezza.

Infatti, dappprincipio, il dato letterale non preclude un'interpretazione siffatta, giacché la locuzione 'a titolo di colpa' non importa un'imputazione dell'evento fondata soltanto sul nesso causale con la condotta⁵⁴; quindi anche l'argomento di natura sistematica che impone di conferire a una proposizione giuridica, tra più significati possibili, quello che ne preserva la valenza normativa, non milita nel senso avverso.

Come poc'anzi osservato, invero, nella Commissione ministeriale trapela l'idea che l'art. 120 abbia configurato un'ipotesi di responsabilità dolosa per

stessa specie o di specie diversa, occorrerà aver riguardo essenzialmente alla natura del bene giuridico leso, ossia alla obiettività giuridica, identica o meno, a cui si volge l'intento del colpevole». Nello stesso senso T. PADOVANI, *art. 82*, in *Codice penale commentato*, a cura di Padovani, 2005, 474 ss., secondo il quale il termine di riferimento della coincidenza tra il voluto e il realizzato a fondamento della disciplina dell'art. 82 è costituito dalla persona fisica, intesa come «bene di categoria» e «minimo comun denominatore» rispetto alle *species* costituite dalla vita e dalla integrità personale.

⁵⁴ Sempre dall'angolo visuale dell'evoluzione normativa della disposizione nei lavori preparatori, attenta dottrina, F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005, 105-106, nt. 30, nota che «i compilatori, convinti del fondamento colposo della responsabilità per l'offesa aberrante eterogenea, con l'art. 86 prog. def. (art. 83 c.p. vig.) vollero precisare che anche il titolo di tale responsabilità dovesse essere colposo: donde l'impiego della locuzione "a titolo di colpa", in chiara antitesi alle locuzioni "a titolo di delitto doloso" e "a titolo di dolo", che comparivano, invece, nella norma disciplinante l'*aberratio ictus* (art. 120 prog. prel.)».

un caso ordinario di responsabilità colposa. In tal senso, la regolamentazione tramite un'autonoma fattispecie della imputazione a titolo colposo dell'offesa divergente nel titolo oggettivo da quella voluta, preclude l'applicazione analogica dell'art. 120 per assoggettare alla pena del delitto doloso l'agente anche nella situazione di *aberratio delicti*⁵⁵.

Se è vero che l'art. 83 ha stabilito – o confermato implicitamente – la natura colposa dell'offesa corrispondente a un titolo di reato (oggettivamente) diverso da quella voluta, esso ha innovato, invece, in misura marginale la sanzione penale rispetto a quella della norma progettuale. Infatti il trattamento sanzionatorio stabilito dall'art. 83 c.p. si approssima significativamente a quello previsto dall'art. 120. Sul punto è sufficiente osservare che la pena del delitto colposo per l'offesa costitutiva di un titolo di reato diverso da quello costituito dall'offesa voluta, di cui all'attuale art. 83 c.p., non si discosta sensibilmente dalla pena del delitto doloso, ridotta di due terzi, dell'art. 120 del progetto preliminare. A titolo esemplificativo si può notare che nei casi di omicidio e lesione personale aberranti, la pena massima (secondo il progetto) dell'omicidio colposo (art. 591) è pari a sei anni di reclusione; quella risultante dagli artt. 120-575 per l'uccisione della persona distinta da quella voluta a sette anni di reclusione. Analogamente la pena massima della lesione personale colposa è pari a un anno di reclusione (art. 592), quella risultante dagli artt. 120 - 581 è financo inferiore, cioè pari a otto mesi di reclusione.

Dal quadro appena delineato affiora la vera *intentio legis* a fondamento dell'attuale sistematica composta dagli artt. 82 e 83, risultante dalla scissione del reato aberrante in due autonome fattispecie: nello specifico, dal raffronto tra il profondo carattere innovativo dell'art. 82 rispetto alla norma progettuale e, viceversa, dalla prossimità, senz'altro in punto di conseguenze

⁵⁵ Cfr. BASILE, *La colpa*, cit., 105 ss., secondo il quale «dall'analisi dei lavori preparatori è emerso che ai compilatori si profilò davvero il dubbio sulla punibilità a titolo di colpa di chi realizzi maldestramente il progetto di una attività criminosa, provocando così, per sua colpa, la lesione di beni giuridici diversi da quelli che mirava ad offendere». In altri termini, *ibidem*, «in dubbio, non era l'alternativa tra il punire o il non punire una ipotesi ordinaria di fatto colposo, bensì tra il punirla a titolo di colpa o il punirla a titolo di dolo». Con analogo apparato argomentativo M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 103 ss.

sanzionatorie, dell'art. 83 rispetto all'art. 120, traspare che il più urgente timore percepito dal legislatore storico è quello di imporre un trattamento sanzionatorio più rigoroso per i casi di *aberratio ictus*⁵⁶.

Ancorché invero l'art. 120 configuri almeno formalmente un'ipotesi di concorso di due reati sostanzialmente dolosi, quanto alle conseguenze sanzionatorie esso tratta l'offesa in danno della persona diversa alla stregua di un reato colposo. In buona sostanza la pena di cui all'art. 120 si approssima molto di più a quella che sarebbe applicabile ricorrendo alla disciplina del concorso tra un reato doloso e un reato colposo, piuttosto che a quella di una ipotesi unitaria di responsabilità a titolo di reato doloso (consumato). In definitiva l'unica modifica dotata di risvolti applicativi concerne il trattamento sanzionatorio dell'*aberratio ictus*.

Come è agevole notare, i rilievi svolti emergono soprattutto dalla indagine diacronica sul tema, ossia sull'evoluzione normativa della fattispecie *aberrante*.

Abbandonando invece l'osservatorio dello storico del diritto, o limitando la prospettiva diacronica alla lettura dei già richiamati passaggi contenuti nella Relazione Ministeriale, l'attuale assetto dei reati aberranti indurrebbe a ritenere razionale il differente trattamento sanzionatorio riservato alle due situazioni: il legislatore ritaglierebbe da un'ipotesi generale di divergenza tra il fatto e la volontà – l'*aberratio delicti* (art. 83 c.p.) – in cui la divergenza concerne il titolo oggettivo dell'offesa, un'ipotesi particolare e più grave – l'*aberratio ictus* (art. 82 c.p.) – in cui la divergenza concerne esclusivamente l'identità del soggetto passivo.

In realtà alla luce degli argomenti già diffusamente esposti (*retro*, cap. I, § 3.2.), la distinzione, ai fini del giudizio di colpevolezza, fra *aberratio ictus* e

⁵⁶ In argomento si veda G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 522, il quale, riconoscendo la legittimità della soluzione adottata dal legislatore con l'art. 82 c.p. con il principio di colpevolezza, individua nel corso della filogenesi della disciplina vigente il chiaro intento di rigore alla base della imputazione dolosa del reato consumato: «Del resto, lo stesso legislatore del '30 posto di fronte a tale possibile alternativa, venne a respingerla, non tanto (o non solo) per motivazioni di ordine puramente 'dogmatico', bensì (...) per ragioni essenzialmente politico-criminali, ed in particolare per sottoporre il colpevole ad un trattamento punitivo di maggior rigore».

aberratio delicti rappresenta il prodotto di un'illusione ottica favorita dal dato normativo che contrappone due situazioni speculari⁵⁷.

Dalla prospettiva dell'agente, l'unica decisiva per l'imputazione soggettiva del fatto, è fuorviante analizzare la questione della imputazione in termini di omogeneità o eterogeneità tra fatto voluto e fatto realizzato: solo l'ordinamento, invero, proietta la propria tutela su beni in 'classe' o in 'serie', ma l'agente, nei casi di *aberratio ictus*, come in quelli di *aberratio delicti*, ha previsto e voluto solo un fatto, solo un determinato risultato come conseguenza della propria condotta. Qualunque altro esito non coincide con quello perseguito e, *omogeneo* o *eterogeneo* che sia rispetto a quello voluto, non può ritenersi il contrappunto della sua volontà.

Entrambe le norme – e non solo l'*aberratio delicti* – configurano ipotesi di concorso eventuale di reati, come del resto è stabilito, ancorché nella forma 'irrigidita' della fattispecie aggravata dall'evento, dall'art. 120 del progetto. Nella loro traduzione in diritto positivo però l'art. 82 ha camuffato la propria originaria fisionomia, atteggiandosi a unitaria ipotesi di responsabilità dolosa⁵⁸; l'art. 83, al contrario, ha disvelato la duplicità di offese presenti nel fatto, imputando a titolo di dolo l'offesa voluta (se approdata allo stadio del tentativo) e a titolo di colpa, se prevedibile, l'offesa costitutiva del diverso titolo di reato.

⁵⁷ Del resto, come si osserverà nella sezione conclusiva della indagine, eloquente conferma della 'strumentalità' dell'*aberratio delicti* per giustificare un più vigoroso trattamento sanzionatorio nell'ipotesi di *aberratio ictus* si ritrova nella casistica giurisprudenziale assolutamente esigua riguardante l'art. 83 c.p. Sul punto si rinvia fin da ora, per tutti, a F. BASILE, *La colpa*, cit., 31 ss.

⁵⁸ Con argomenti consimili A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., 307: «Da questa angolazione l'evento che la legge considera 'come se fosse doloso' potrebbe invece apparire semmai sorretto da altro atteggiamento psicologico come la colpa (o magari del tutto estraneo al campo della responsabilità); mentre potrebbe riaffiorare il rilievo dell'evento diretto contro la persona che il soggetto voleva offendere magari sotto il profilo del tentativo. Tanto che nel silenzio della legge potrebbe ipotizzarsi che, tutto coprendo sotto il velo di un'unica sanzione, la legge voglia in realtà sanzionare una responsabilità a titolo non di un unico evento doloso, ma di concorso di due ipotesi criminose che si sovrappongono, quella per il tentativo verso la persona che si voleva offendere e quella per colpa verso la persona effettivamente offesa».

3. La fattispecie itinerante: il nomadismo dell'*aberratio ictus* fra i luoghi del codice fino all'insediamento nella sistematica del concorso di reati.

L'attuale struttura dell'art. 82 riproduce in buona sostanza la proposta di modifica della disposizione contenuta nel progetto del 1927. Nel dettaglio si può osservare che il secondo comma corrisponde alla riformulazione proposta di Bianchi, inasprita rispetto all'*an* e al *quantum* dell'aumento di pena per il reato più grave. In tal senso l'art. 85 (l'attuale art. 82) del progetto definitivo del 1929 rende obbligatorio l'aumento di pena, fissandolo inoltre alla metà della pena del reato più grave.

Quanto al primo comma della disposizione vigente, come si è appena osservato, quest'ultimo esplicita una soluzione imposta dalla modifica dell'art. 120: allorché con la proposta dell'On. Bianchi si decide di imputare a titolo doloso l'evento astrattamente conforme al voluto (ossia, anche l'offesa in danno della vittima occasionale) nell'ipotesi di *aberratio* plurilesiva, ne consegue come logico corollario l'imputazione a titolo doloso anche dell'omicidio o della lesione nell'ipotesi di *aberratio* monolesiva. Congiuntamente alle modifiche citate, l'art. 82 rimodula il regime di imputazione delle circostanze del reato, confermando quanto previsto dalla disposizione del progetto (art. 119) in materia di circostanze aggravanti e introducendo una deroga al regime di imputazione delle circostanze attenuanti, prevedendo la valutazione a favore del reo di quest'ultime anche nella forma putativa⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. *Relazione sul Libro I*, cit., 108 - 109. Come è noto, secondo il sistema vigente nel '30 anche il regime d'imputazione delle circostanze aggravanti previsto dall'art. 82 costituiva una deroga alle regole generali che ascrivevano a titolo di responsabilità oggettiva le circostanze *de quibus*. In merito alla valutazione a favore del colpevole delle circostanze attenuanti sussistenti nell'offesa diretta contro la vittima designata, attenta dottrina (G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., p 76), rileva come la soluzione sia sorta «sotto la spinta di ripetute sollecitazioni provenienti dalla dottrina, e da settori qualificati della magistratura» (*retro*, cap. II, sez. II, § 2), i quali potevano avvalersi anche del dettato della disposizione vigente (l'art. 52 c.p.) che impone la valutazione a favore del reo «delle circostanze che avrebbero diminuita la pena per il delitto, se l'avesse commesso in pregiudizio della persona contro la quale la sua azione era diretta».

Al di fuori delle significative modifiche poc'anzi richiamate al contenuto della disposizione, l'elemento di evidente discontinuità tra la disciplina del progetto definitivo (1929) e quella del 1927 consiste nel dato topografico: dal titolo riservato alla persona offesa dal reato l'*aberratio ictus* è trasposta nel titolo destinato alla disciplina del concorso di reati.

Nei paragrafi precedenti si è valorizzata la transizione dal titolo riservato alla imputabilità (art. 52 del codice Zanardelli) al titolo riservato alla persona offesa dal reato (artt. 119 e 120 del Progetto del 1927), ravvisando nella nuova collocazione della disposizione l'intenzione legislativa di rimarcare le differenze strutturali fra il cd. errore motivato e l'*aberratio*: si ha così avuto occasione di osservare che per la situazione di *error* l'art. 119 descrive un rapporto bilaterale (agente e vittima); per la situazione di *aberratio* l'art. 120 descrive un rapporto trilaterale (agente, vittima designata e vittima occasionale)⁶⁰. La disposizione nel titolo riservato alla persona offesa riflette perciò la differenza, sul piano quantitativo, fra i soggetti passivi nell'*error in persona* e i soggetti passivi nell'*aberratio ictus*.

Squadrandolo da un ulteriore angolo visuale l'art. 120 si può ritenere che sarebbe del pari coerente anche la collocazione nella disciplina del concorso di reati: infatti, la disposizione del progetto configura un'ipotesi 'irrigidita' di concorso di reati, nella forma di fattispecie aggravata dall'evento. Non sorprende in questo senso che nell'ambito dell'esame della norma durante i lavori preparatori sia stata proposta la sua trasposizione nel titolo destinato alla disciplina del concorso di reati⁶¹. In questa direzione converge anche il commento sulla disposizione all'interno della Relazione Ministeriale:

⁶⁰ Come si è in precedenza osservato, nei progetti preliminari del codice Zanardelli la fattispecie risulta collocata nella parte speciale: dapprima contemplata come forma di manifestazione dell'omicidio (art. 292), in seguito, fra le disposizioni comuni in materia di omicidio e lesione personale (art. 358). La migrazione dalla parte speciale alla parte generale prima, e fra titoli diversi della parte generale poi, rende merito all'attribuzione all'art. 82 da parte di G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, cit., 1, del titolo di figura «più asistemica tra quelle contemplate dalla nostra legislazione penale».

⁶¹ In particolare E. MASSARI, *Atti della Commissione*, cit., 388, propone di trasferire la norma nel titolo riservato alla disciplina del concorso di reati, ritenendo che l'art. 120

Anzitutto ho creduto di trasferire in questo capo la disciplina di tale materia, che nel Progetto del 1927 aveva trovato posto tra le disposizioni concernenti la persona offesa del reato. Invero il problema che qui si pone e si risolve, è sostanzialmente come un problema di responsabilità unica o plurima del colpevole, e la situazione giuridica, che si vuol regolare, è una situazione nella quale una diversità della persona offesa può persino mancare. Basti considerare che, per errore, può essere arrecata in danno della stessa persona una lesione giuridica d'indole diversa da quella voluta, per convincersi come le norme regolatrici di questa materia trovino più appropriata collocazione precisamente nel Capo che tratta del concorso di reati⁶².

Se il brano richiamato si comprende agevolmente rispetto alla formulazione della norma nel progetto del 1927 (art. 120) o all'attuale *aberratio* plurilesiva (art. 82, comma secondo, c.p.) e *aberratio delicti* (art. 83), non chiarisce ancora il rapporto tra l'*aberratio* monolesiva (art. 82, comma primo, c.p.) e il concorso di reati. L'autonoma fattispecie introdotta per regolare l'*aberratio ictus* monolesiva nel codice vigente, per la prima volta scorporata dalla fattispecie di *error in persona*, nella quale è inglobata (nell'art. 52 del codice Zanardelli) o nella quale si pretende di inglobarla (art. 119 del progetto del 1927) delinea invero un'ipotesi unitaria di responsabilità penale, peraltro conforme, come già osservato, al sistema di imputazione soggettiva delineato nel codice Rocco.

Così stando le cose, non vi sarebbe bisogno di confermare in una specifica norma l'esclusione della disciplina del concorso di reati nei casi di *aberratio ictus*.

La *ratio* della collocazione topografica del primo comma dell'art. 82 si può pertanto comprendere da altre tre, diverse, angolature: la prima risiede nella volontà legislativa di suggellare, anche per la situazione regolata dal primo comma dell'art. 82, l'inapplicabilità della disciplina del concorso di reati⁶³; la

configuri un'ipotesi di reato complesso, concepita per prevenire l'ascrizione all'agente di due reati a titolo doloso, a fronte di un'unica condotta.

⁶² *Relazione sul Libro I*, cit., 136.

⁶³ Tali le riflessioni sul punto contenute nella Relazione Ministeriale, *Relazione sul Libro I*, cit., 136: «Quanto al contenuto della soluzione adottata, giova altresì ricordare che se, con unica azione od omissione, sia prodotta una pluralità di offese a danno di più persone e queste siano tutte volute dall'agente, ovvero siano tutte involontarie, si ha di regola (salve le eccezioni inserite nella Parte speciale) concorso materiale di reati dolosi o colposi: ciò risulta dall'articolo 84, prima parte. Ma l'articolo 84, nella sua

seconda nella forza attrattiva esercitata dal secondo comma dell'art. 82, il quale condivide con l'*aberratio* monolesiva la stessa fisionomia, configurando nella stessa forma il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato. La terza angolatura permette infine di osservare la natura bivalente della fattispecie, la quale per un verso si atteggia a ipotesi comune di responsabilità dolosa, per un altro a ipotesi di responsabilità dolosa derivante dalla qualificazione in forma unitaria di un delitto tentato contro la vittima designata e di un delitto consumato in danno della persona effettivamente offesa⁶⁴.

Se infatti corrisponde al vero, come a breve si avrà occasione di esporre (*infra*, cap. III, § 3), che il primo comma dell'art. 82 non prevede 'il passaggio dal tentativo' nei confronti della vittima designata, l'assunto non estromette dalla superficie dell'*aberratio* monolesiva il caso in cui sussistono gli estremi del delitto tentato contro la vittima designata.

Stando ai rilievi appena svolti, anche allorquando nel fatto si possa ravvisare l'integrazione di un delitto perfetto (quello tentato) diverso dal

ampia dizione, non esclude che vi sia egualmente concorso materiale nel caso che, dall'unica azione o omissione, conseguano eventi voluti e non voluti. Pertanto, volendosi adottare, per tale particolare ipotesi, una regola diversa, occorreva esprimerla testualmente, come una eccezione al sistema». Il brano conferma la validità delle osservazioni svolte da Trapani e De Francesco (*retro*, cap. I, § 5) in merito alla funzione adempiuta dall'art. 82 nel sistema di imputazione soggettiva delineato nel codice Rocco: poiché la regola del *nullum crimen sine culpa* dettata dal secondo comma dell'art. 42 c.p. non assurge al rango di principio, al quale si è elevata solo in seguito all'entrata in vigore della Carta Costituzionale, può concepirsi una norma come l'art. 82 in funzione derogatoria di quella regola. Infatti, come noto, può prevedersi una disciplina eccezionale rispetto alle regole generali, ma non rispetto ai principi. Questi ultimi, in quanto norme sovraordinate, sono sacrificabili solo per consentire l'affermazione di altri principi, ma non sono mai derogabili da norme di rango inferiore.

⁶⁴ In senso analogo L. IANNELLI, *Le varie ipotesi di aberratio ictus*, in *Giust. pen.*, 1972, 2, 460, il quale distingue nell'art. 82, anche al primo comma, «più reati, unificati soltanto ai fini della pena per motivi di politica legislativa». Soggiunge l'A., *Ivi*, 462: «Decisivo al riguardo è il rilievo che le ipotesi di "aberratio ictus" sono state dal legislatore sistemate nel capo dedicato al concorso di reati. In altri termini, (...) strutturalmente sono ravvisabili un delitto tentato, in danno della vittima designata, ed un reato consumato, in danno della persona effettivamente offesa: ai fini della pena, invece, i due reati sono unificati e puniti con la sanzione prevista per il reato consumato».

delitto consumato in danno della vittima occasionale, l'art. 82 conferma che l'ideale dualità di titoli criminosi debba essere ridotta a unità agli effetti penali, analogamente a una qualsiasi vicenda criminosa con un unico soggetto passivo, in cui il tentativo evolva nel reato consumato.

4. Rilievi conclusivi. L'utilitarismo illiberale alla base dell'art. 82 c.p.

Giunti all'epilogo dell'itinerario genealogico sulla fattispecie di reato aberrante delineata all'art. 82 c.p. è tempo di un primo bilancio.

Ebbene l'indagine svolta restituisce l'idea di una fattispecie tormentata, mutevole nei contenuti e di spinosa collocazione sistematica. Resta la «tendenza del codice Rocco a disciplinare autonomamente ogni situazione caratterizzata da peculiarità neppure necessariamente rilevanti»⁶⁵, che ha condotto allo schieramento di due fattispecie incriminatrici (artt. 82 e 83 c.p.) ritagliate su un identico caso di conseguimento di un risultato lesivo non voluto, laddove invece negli ordinamenti affini per tradizione giuridica a quello italiano la qualificazione del fatto si deduce dalla disciplina ordinaria in tema di colpevolezza.

Resta in filigrana nell'itinerario dei lavori preparatori, tanto nel pensiero della dottrina prevalente, quanto in quello della giurisprudenza e dell'avvocatura⁶⁶ (*retro*, cap. II, sez. II, nt. 45) una concezione della pena che attribuisce alla stessa una funzione di esclusiva prevenzione general-negativa, in cui sotto l'egida della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo⁶⁷, si

⁶⁵ A. M. STILE, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII, 143.

⁶⁶ Nell'Avvocatura occorre registrare la posizione avversa all'attuale configurazione dell'art. 82 c.p. di E. CONTIERI, "*Aberratio ictus*", cit., 851, secondo il quale la norma configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

⁶⁷ Peraltro, come è stato acutamente notato, G. FIANDACA, *Considerazioni*, 44, la previsione di un trattamento sanzionatorio più severo non risulta necessariamente più efficace in ottica general-preventiva, perché i delitti di sangue sono per solito «provocati da una forte spinta emotiva difficilmente contrastabile mediante la astratta severità della minaccia penale».

mimetizza l'iterazione di un modello di responsabilità penale funzionale alla repressione di una volontà antiggiuridica.

Resta, in definitiva, una fattispecie anfibia, in cui si intrecciano profili ontici e profili deontici (*retro*, cap. I, § 5), dai quali traluce la preoccupazione del legislatore storico di circoscrivere entro i limiti più angusti possibile lo spazio destinato all'attività dell'interprete.

Se è generalmente meritorio lo sforzo definitorio diretto a distinguere l'area del punibile da quella del penalmente irrilevante, l'assunto *in subiecta materia* vale solo parzialmente: se per un verso, infatti, la distinzione dell'*aberratio ictus* dall'errore sul fatto ha senz'altro il pregio di evidenziare la differenza strutturale fra le due situazioni delineate, rispettivamente, dall'art. 47 e dall'art. 82; per un altro la scomposizione dell'*aberratio* negli artt. 82 e 83, invece, non traccia un confine *reale* tra due situazioni dissimili, ma (im)pone una distinzione puramente normativa e quindi iniqua, giacché implicante una disparità di trattamento fra due situazioni di ignoranza (o errore) da parte dell'agente, la quale indipendentemente dalla natura del bene aggredito, dovrebbe escludere necessariamente l'imputazione dolosa per il fatto commesso⁶⁸.

In ultima istanza la disciplina di cui all'art. 82 c.p. tradisce una concezione autocratica del diritto penale in cui, l'imputazione a titolo doloso del fatto o, più direttamente, il dolo rappresentano il distillato normativo di una scelta di politica criminale, affrancata da qualsiasi accertamento sulla *effettiva* colpevolezza dell'agente.

⁶⁸ Autorevole dottrina (G. FLORA, voce *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 257) descrive mediante un'immagine evocativa l'errore come «l'ago della bilancia» tra una concezione del diritto penale che contrappone la protezione dei beni giuridici alla piena attuazione del principio di colpevolezza e una concezione che, viceversa, ravvisa nella salvaguardia delle garanzie individuali e nella protezione dei beni giuridici due funzioni complementari per una politica criminale più efficace. Senonché, quando la posta in gioco è rappresentata da beni altamente personali, anche quest'ultimo fronte tende a sfaldarsi, disconoscendo l'incompatibilità fra dolo ed errore sulla quale, almeno nelle statuizioni di principio, riposerebbe la vocazione personalistica dell'illecito penale.

D'altronde, come parzialmente ha già rivelato l'esperienza tedesca e come parzialmente ci si accinge a osservare, difettando una disciplina analoga all'art. 82, l'offesa realizzata nei casi di *aberratio ictus* difficilmente sarebbe ascrivibile all'agente a titolo di dolo e, probabilmente, anche a titolo di colpa: adempiuto dall'imputato l'onere, peraltro meno gravoso rispetto all'affine ipotesi di errore sul fatto⁶⁹, di provare la causa di divergenza tra il voluto e il realizzato⁷⁰, sull'organo di accusa incomberebbe l'onere di provare la prevedibilità – nonostante l'errore o la causa di sviamento – dell'offesa non voluta⁷¹.

Come che sia, in un ordinamento in cui il diritto, tanto *de lege ferenda*, quanto *de lege lata*, deve costituire la risultante della virtuosa cooperazione fra la politica criminale e la scienza giuridica, «la stessa constatazione del contrasto dottrinale, piuttosto che richiedere una soluzione autoritativa, farebbe apparire», nei casi di *aberratio ictus*, «più prudente l'astensione del legislatore,

⁶⁹ Non è difficile notare che mentre l'errore disciplinato dall'art. 47 c.p. può essere provato solo ricorrendo a procedimenti induttivi, sorretti dalla logica comune nella situazione di vita in giudizio (v. i classici esempi della battuta di caccia o dell'esercitazione militare), l'«errore» nei casi di *aberratio* ha una risonanza esterna all'agente e pertanto, almeno generalmente, può essere accertato su basi nomologico-deduttive (ad es., mediante una perizia balistica nei classici casi di errore sul colpo).

⁷⁰ Stando al reticolato normativo in tema di ignoranza di elementi fondanti o aggravanti la responsabilità dell'agente (artt. 47, 55, 59.2, 83 c.p.), incombe sulla difesa l'onere di provare la divergenza tra il fatto voluto e quello realizzato. Invero, diversamente dalla formulazione dell'art. 42 cpv. in tema di imputazione soggettiva, il quale contempla espressamente il dolo come elemento costitutivo della responsabilità dolosa, («Nessuno può essere punito per un fatto... se *non* l'ha commesso»), nelle disposizioni poc'anzi evocate l'errore costituisce una esimente oggetto di prova da parte dell'agente.

⁷¹ Stando al dettato dell'art. 47 e alla interpretazione estensiva del suo fondamento garantista in tema di imputazione colposa, già attuata dalla Suprema Corte (SS. UU., Ronci, 29 maggio 2009, n. 22676), l'errore non solo esclude il dolo, bensì impone una presunzione relativa di non punibilità dell'agente, («L'errore sul fatto ... esclude la punibilità dell'agente»), che l'accusa può superare provando la prevedibilità dell'evento non voluto. Oltre al dato letterale, anche la lettura in chiave sistematica dell'enunciato supporta l'approdo ermeneutico: è sufficiente osservare che in materia analoga la l. 24 novembre 1981, n. 689, all'art. 3, comma secondo, stabilisce che «l'agente *non* è responsabile quando l'errore *non* è determinato da sua colpa», onerando così l'imputato non solo di provare l'errore, ma anche l'indipendenza di quest'ultimo da un atteggiamento colposo.

lasciandosi all'elaborazione dottrinale il compito di riconoscere le soluzioni conformi ai principi»⁷². Ma se proprio il legislatore intendesse intervenire qualificando la vicenda di vita in esame, potrebbe farlo restando fedele a un principio da egli stesso enunciato nella Relazione introduttiva al Progetto definitivo del codice vigente, ancorché in materia di concorso di persone: «La responsabilità penale si fonda sulla volontarietà del fatto (azione od omissione) preveduto dalla legge come reato, e non sulla volontarietà del reato considerato come entità giuridica»⁷³.

⁷² D. PULITANÒ, *Il principio*, cit., 518 ss.

⁷³ *Codice penale. Codice di procedura penale. Relazione Ministeriale a S.M. il Re*, Roma, 1930, 79.

CAPITOLO III

ANALISI DELLA FATTISPECIE E DEI SUOI RAPPORTI CON LE ALTRE FIGURE DI DISCORDANZA TRA 'IL VOLUTO' E 'IL COMPIUTO' NELL'ORDINAMENTO PENALE

SOMMARIO: 1. Una questione preliminare: i limiti alla 'generalizzazione' dell'art. 82 c.p. – 2. Profili strutturali: la necessità di un reato consumato secondo il paradigma dell'art. 82. Critica. – 2.1. (*Segue*): latitudini dell'equivalenza tra il voluto e il cagionato. – 3 L'“uso dei mezzi di esecuzione” come indicatore dell'esistenza di un delitto tentato contro la vittima designata. Critica. – 3.1. Il caso fortuito come limite alla portata della *fiction doli* imposta dalla norma. Critica. – 4. Le persone offese dal reato aberrante. Il sacrificio del diritto di difesa della vittima designata per la rassicurazione della collettività. – 5. *L'aberratio* plurilesiva: l'apprendista stregone e la reviviscenza delle garanzie processuali della vittima designata. – 5.1. La natura giuridica e l'ambito di applicazione. – 5.2. La lesione di più persone *diverse* dalla vittima designata e *oltre* alla vittima designata. – 6. Il regime di imputazione delle circostanze ai sensi dell'art. 60 c.p. – 7. *Aberratio ictus* e legittima difesa – 8. L'omicidio preterintenzionale aberrante: la fattispecie monolesiva. – 8.1. La fattispecie bilesiva. – 9. *L'aberratio ictus* nel concorso di persone nel reato.

1. Una questione preliminare: i limiti alla 'generalizzazione' dell'art. 82 c.p.

Nel corso del lavoro si è manifestato a più riprese lo 'scetticismo' sulla possibilità di estendere l'art. 82 a fattispecie di reato diverse dai *crimina sanguinis*, configurati nel nostro ordinamento dagli artt. 575 (“omicidio”) e 582 c.p. (“lesione personale”). Conviene ora scandagliare il tema per comprendere se nel rapporto privilegiato dell'*aberratio ictus* con i reati di omicidio e di lesione personale, oltre a trascorrere una tradizione risalente al diritto comune, si riflettano anche esigenze di ordine dogmatico, ossia inerenti al profilo strutturale della fattispecie.

Indirizzando l'esame sull'individuazione dei reati suscettibili di atteggiarsi in forma *aberrante*, in prima analisi è opportuno notare che la dislocazione della fattispecie nella parte generale e l'impiego del termine 'reato' nel testo della norma sono elementi espressamente indicativi della volontà legislativa di

estendere l'ambito di applicazione della norma oltre i delitti di sangue (*retro*, cap. II, sez. II, § 3)¹.

Tuttavia già una sommaria analisi alla fisionomia del 'dispositivo' normativo permette di delimitare lo spettro dei reati compatibili, escludendo, in linea di principio, le ipotesi contravvenzionali² e i reati di mera condotta, i quali, esauendo il proprio coefficiente di offensività nella condotta tipica, non contemplano la verifica di un evento (di danno o di pericolo) richiesta dall'art. 82.

Ciononostante, occorre registrare qualche eccezione. Rispetto alle figure contravvenzionali le eccezioni sono rappresentate dagli artt. 660 ("Disturbo o molestia alle persone") e 674 ("Getto pericoloso di cose") c.p., le quali delineano fattispecie a condotta libera dirette ad aggredire, rispettivamente, la tranquillità e l'incolumità (o la quiete) altrui (privata o pubblica).

Rispetto all'art. 660 è sufficiente prefigurare il caso di un soggetto che, con l'intenzione di disturbare il riposo notturno altrui, tenti di suonare il campanello di casa della vittima designata, premendo insistentemente il relativo pulsante sul citofono condominiale ma, per un difetto di funzionamento dell'impianto telefonico, a suonare sia il campanello di un altro condomino. Rispetto all'art. 674, si può prefigurare il caso del soggetto che, tentando di lanciare un petardo esplosivo sul balcone di casa del proprio

¹ In questo senso G. LEONE, *il reato*, cit., 5; A. REGINA, voce, cit., 3.

² Analogamente G. LEONE, *Il reato*, cit., 4; L. CONTI, voce *Aberratio (ictus, delicti, causae)*, in *Nov. Dig.*, Torino, 1957, I, 39 ss.; M. GALLO, voce *Aberratio ictus*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 73 ss.; M. ROMANO, *Contributo*, cit., 74. Precisa correttamente G. LEONE, *Ivi*, cit., 3 ss., che l'interpretazione in chiave storica (o autentica) dell'art. 82, che si concentra sulla 'sostituzione' del termine "delitto", adoperato nell'omologa disposizione del Codice Zanardelli (art. 52), con il termine "reato", previsto dalla disposizione vigente, offre una traccia, ma non l'argomento dirimente per l'estensione della norma anche alle ipotesi di reato contravvenzionali. Come per altre fattispecie di parte generale (su tutte, gli artt. 56 e 110 c.p.) la compatibilità dell'art. 82 con le figure criminose di parte speciale deriva dalla verifica della congruenza strutturale tra la norma in esame e le singole fattispecie di reato: come per i delitti, anche rispetto alle contravvenzioni solo la presenza «di un soggetto passivo avente individualità personale» nella descrizione legale consente alla fattispecie di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 82.

dirimpettaio, al fine di disturbarne il riposo notturno, venga spinto al tempo del lancio e che, per l'effetto, il petardo cada sul balcone di casa di un condomino sita due piani al di sotto dell'abitazione del colpevole. In entrambi gli esempi figurano i 'requisiti' indicati in fase di disamina della situazione *aberrante*: un'azione, un *incidente* nella fase esecutiva, la persona presa di mira e una vittima malcapitata.

Riguardo ai reati di mera condotta, si ritengono compatibili con la fisionomia dell'art. 82 i delitti "di parola", ossia le fattispecie di ingiuria (art. 594 c.p., allo stato comunque depenalizzata) e di minaccia (art. 612 c.p.).

Riguardo a queste ultime figure criminose (come del resto per l'art. 660 c.p.) si rendono necessarie due precisazioni: anzitutto la configurabilità del reato aberrante è subordinata alla produzione di un'offesa in danno del soggetto passivo. In particolare non è sufficiente la cognizione da parte del destinatario del messaggio minatorio o ingiurioso nei suoi confronti, ma occorre, stante il dettato dell'art. 82 che richiede un'"offesa cagionata", l'effettiva produzione di un effetto intimidatorio o di un danno all'onore della vittima³. Inoltre la configurabilità della fattispecie aberrante è condizionata dall'utilizzo di apparecchiatura telefonica, informatica, o telematica – un telefono, un citofono, la tastiera di un *pc* – il cui uso maldestro ("errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato") o il malfunzionamento ("un'altra causa") determina lo sviamento dell'offesa dalla vittima designata verso distinto soggetto⁴.

³ Sul tema si vedano le puntuali considerazioni di K. BINDING, *Die Normen*, cit., 218, trad. it. in G. LEONE, *Ivi*, cit., 35, nt. 61: «Se la chiamata telefonica o la lettera contiene solo l'espressione "siete un asino", il ricevente, chiunque esso sia ne sarà offeso. Se però in ambedue i casi vuole rinfacciarsi ad una persona un comportamento indecoroso ed il rimprovero raggiunge la persona sbagliata (...) non si può parlare di offesa dolosa».

⁴ In tema di molestia *ex* art. 660 c.p. v. Cass., Sez. I, 21 settembre 2007, n. 36225, in *Cass. pen.*, 2009, II, 584: il Supremo Collegio esclude la responsabilità penale della imputata per mancanza dell'elemento soggettivo del reato ascritto, in un caso in cui l'agente, a causa dell'errata memorizzazione dell'utenza telefonica dell'amico, aveva inviato un messaggio a contenuto pornografico a persona diversa da quest'ultimo. Fin troppo ovvia l'inapplicabilità dell'art. 82 c.p. a questo caso, per carenza del dolo del fatto-reato diretto contro il destinatario designato. L'agente, infatti, riteneva di

La notazione si è resa necessaria giacché, oltre un secolo addietro, parte della dottrina tedesca esclude già la configurabilità della ipotesi di *aberratio ictus* nei delitti offensivi dell'onore – non perciò solo imputando il fatto realizzato a titolo doloso – rilevando come diversamente dai delitti di sangue, nei quali «il colpo, una volta esploso, fuoriesce della sfera di controllo dell'agente, al contrario l'ingiuria costituisce un fenomeno immateriale, in cui l'offesa si consuma all'atto della manifestazione della volontà offensiva da parte dell'agente»⁵. Può quindi concludersi che per quanto attiene ai reati di minaccia e di molestie l'*aberratio ictus* possa configurarsi solo allorché tra il proferimento dell'offesa e la cognizione di quest'ultima da parte del soggetto

aver inviato i messaggi di carattere pornografico a un amico nel contesto di una corrispondenza a sfondo ludico (“un amico da contattare nel contesto delle sue amicizie omosessuali”, 585), senza, pertanto, volontà molesta.

In materia di minaccia e ingiuria aberranti, v. Trib. Bologna, 23 ottobre 2013, n. 2122, in *Corti di merito*, 2013, 443 ss., riguardante una vicenda in cui messaggi a contenuto minatorio e denigratorio erano inviati, per errore nella memorizzazione del contatto telefonico, contro una persona diversa dalla vittima ‘designata’. Il messaggio era del seguente tenore: «A proposito, è meglio che porti i bambini dai tuoi genitori, perché se tuo marito farà qualche mossa sbagliata io li uccido». Il Tribunale fonda il giudizio di colpevolezza per i delitti di ingiuria (594 c.p.), molestia (art. 660 c.p.) e minaccia aggravata dalla prospettazione dell'omicidio (art. 612, comma secondo, c.p.) sulla base della irrilevanza, ai fini della imputazione soggettiva (di specie dolosa), dell'errore sul soggetto passivo. Riguardo al capo di imputazione relativo alla minaccia, la motivazione non è condivisibile, perché, secondo gli argomenti di cui al testo, manca la produzione di un'offesa ingiusta in danno della destinataria dei messaggi. Rispetto a quest'ultima, infatti, la minaccia da parte dell'imputato era apparsa carente di efficacia intimidatrice, in quanto, come riconosciuto nella pronuncia in commento (*ibidem*, 3), la stessa comprendeva immediatamente che i messaggi non fossero destinati a lei. Breve: nel fatto scrutinato dal Collegio emiliano non figurano né un'offesa, né, conseguentemente, un soggetto passivo, necessari a configurare la fattispecie *aberrante*. Infatti sebbene il destinatario accidentale dei messaggi sia stato ‘attinto’ dalla *condotta* (la comunicazione telematica), quest'ultima non ha prodotto l'*evento* (l'intimidazione) costitutivo del reato di cui all'art. 660 c.p. Valutazioni di segno opposto si sarebbero svolte, ravvisando l'applicabilità dell'art. 82 nel caso in cui i messaggi veicolassero minacce o ingiurie di carattere generico (uno sforzo di fantasia: “Se ti incontro, ti uccido”; “Da oggi sei un uomo morto”) idoneo a intimidire qualunque destinatario della comunicazione minatoria. In questo senso G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 166, nt. 167.

⁵ J. KOHLER, *Ehre und Beleidigung*, in *GA*, 1900, 23.

passivo intercorra l'utilizzo improvvido del mezzo prescelto per commettere il reato (ad esempio, un dispositivo di telecomunicazione), ovvero un fattore al di fuori della sfera di controllo dell'agente (si tratta, ad esempio, del caso in cui il corriere, sbagliando indirizzo, recapita la missiva dal contenuto minatorio a persona diversa dal destinatario originario)⁶.

Al di fuori delle eccezioni analizzate poc'anzi, la fisionomia dell'art. 82 e, in particolare, il riferimento all'"offesa cagionata" e a un soggetto passivo al quale fosse diretta l'azione che abbia attinto la vittima sventurata, permettono di stabilire il seguente criterio: la parificazione tra il voluto e il realizzato disposta dall'art. 82 è possibile solo nelle ipotesi in cui il primo termine del giudizio di comparazione, il fatto voluto, è incriminato dalla legge esclusivamente «in funzione della sua efficacia causale, reale o potenziale, rispetto ad una determinata conseguenza nel mondo esterno»⁷.

È chiaro il riferimento alle fattispecie di reato causalmente orientate, «in cui il legislatore pone l'accento con espressioni come "cagionare", "determinare" e simili, piuttosto che sul tipo di azione, sulla produzione di un certo tipo di risultato naturalistico»⁸.

⁶ Interessante il caso proposto da A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, 1998, in cui l'agente, operatore bancario, intende sottrarre denaro dal conto del proprio rivale in affari, ma, a causa di un errore di digitazione, la sottrazione si verifica sul conto di diverso soggetto. L'A. ravvisa nel fatto un caso di furto consumato secondo le regole ordinarie in materia di imputazione dolosa, fondando tuttavia la sua soluzione non su considerazioni di carattere dogmatico, ma sull'esigenza di scongiurare il rischio di impunità dell'agente nell'ipotesi di insussistenza degli estremi del furto tentato nei confronti della vittima designata. In realtà anche quest'ultimo caso sembra integrare un'ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato idonea a escludere, in quanto non rientrante nel perimetro applicativo dell'art. 82 c.p. (*infra* nel testo), la responsabilità dolosa dell'agente per il fatto realizzato.

⁷ In questi termini M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2015, 2, 125. In termini analoghi E. STOCKAR, *Darstellung der Lehre von der Aberration mit Berücksichtigung der neueren Doctrin und der neueren deutschen Strafgesetzbücher*, Leipzig, Weber, 1864, 7 ss.

⁸ La formula ha riscosso molto successo nella giurisprudenza della Corte regolatrice: cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 10 giugno 2014, n. 52045, rv. 28241, Cass., Sez. I, 7 febbraio 2012, n. 11442, rv. 82343; Cass., Sez. I, 13 marzo 2008, n. 17242, rv. 51202; Cass., Sez. I, 22 settembre 2006, n. 37385, in *Guida al diritto*, 2006, 46, 92 ss.; Cass.,

Sulla scorta della regola poc'anzi fissata, è possibile estromettere dal campo di gravità dell'art. 82 anche i reati causalmente orientati senza un soggetto passivo (ad es. i delitti di uccisione di animali e di incendio⁹). In conseguenza di tutto quanto osservato, potrebbero configurarsi secondo l'assetto dell'art. 82, oltre ai delitti di sangue e alle fattispecie delittuose e contravvenzionali già menzionate, il delitto di danneggiamento (in precedenza art. 635 c.p., oggi depenalizzato)¹⁰ e i delitti contro la vita degli animali altrui (638 c.p.).

Sez. I, 20 settembre 2006, n. 35699, rv. 23783; Cass., Sez. I, 26 aprile 2006, n. 19611, in *Dir. giust.*, 2006, 27, 41 ss.; Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, n. 16746, rv. 82347; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2064 ss.; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15023, rv. 234128; Cass., Sez. I, 18 marzo 2003, n. 16976, in *Giur. it.*, 2004, 1922 ss.

⁹ In ordine al quale si segnala tuttavia una pronuncia (Trib. Oristano, 13 dicembre 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 453, con nota di C. PALA, *Brevi note in tema di aberratio delicti e delitto di incendio*) concernente una vicenda in cui l'agente, incendiando un terreno di campagna di sua proprietà, cagiona, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione, l'incendio della campagna circostante, inclusi terreni di proprietà altrui. Al netto di ogni considerazione sulla pronuncia, la quale appare immune da censure in quanto fondata sull'imputazione del fatto costitutivo dell'incendio di cosa altrui sulla base del dolo indiretto dell'agente, per essersi egli rappresentato, dando alle fiamme il terreno di sua proprietà in aperta campagna, con un coefficiente di probabilità prossimo alla certezza, di incendiare anche i terreni di proprietà altrui, conviene muovere qualche riflessione sui principi diritto enucleati dalla Corte sabauda. Oltre a risultare del tutto inconferenti rispetto all'itinerario logico-giuridico sul quale riposa il dispositivo di condanna, esse non riflettono il diritto vigente in tema di *aberratio* nella parte in cui si esclude l'applicabilità dell'art. 83 c.p. alla vicenda in esame in quanto: «l'evento diverso da quello voluto, addebitabile a titolo di colpa ex art. 83 c.p., è soltanto quello materialmente ed essenzialmente diverso da quello voluto». La massima compendia la tesi stando alla quale l'incendio di cosa propria costituirebbe un fatto omogeneo all'incendio di cosa altrui, inibendo a causa di tale omogeneità l'operatività dell'art. 83 c.p. L'assunto non convince: invero l'incendio di cosa propria e l'incendio di cosa altrui costituiscono due titoli autonomi di reato, e l'argomento escludente l'applicabilità tanto dell'art. 82 quanto dell'art. 83 alla fattispecie concreta è, invece, l'assenza del soggetto passivo nel fatto tipico, giacché il bene presidiato dalle norme incriminatrici di cui al primo e al secondo comma dell'art. 423 è (soltanto) la incolumità pubblica.

¹⁰ Cass., Sez. I, 22 ottobre 2012, n. 43192, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1, 46 ss. Nel caso richiamato l'agente era ritenuto colpevole del delitto di danneggiamento per *aberratio ictus* (art. 82 c.p.) per avere, nel tentativo di infrangere con un colpo di pistola la lampada alogena di un lampione stradale, infranto per un difetto di mira la finestra di

Non è controverso, secondo il dettato testuale dell'art. 82 il quale delinea un'ipotesi di mutamento della persona offesa dal reato, che per articolarsi in forma *aberrante* la divergenza fra il voluto e il realizzato nelle suddette figure criminose debba comprendere non solo l'oggetto materiale, ma anche il soggetto passivo: detto altrimenti, il mutamento dell'oggetto materiale dell'azione deve comportare il mutamento della persona offesa dal reato¹¹.

Estendere il raggio di applicazione dell'art. 82 fuori dall'orbita dei delitti di sangue postulerebbe la possibilità di scorporare nella fenomenologia dell'*aberratio ictus*, in discontinuità con una tradizione plurisecolare, l'oggetto materiale dal soggetto passivo del reato: entrambi condensati nella persona della vittima nei delitti di sangue, disgiunti, invece, nel titolare dell'interesse protetto e nell'entità fisica in cui quest'ultimo si sostanzia nei reati contro il patrimonio.

Breve: *quid iuris* rispetto al caso del soggetto il quale tenti di infrangere la finestra di casa del proprio nemico, ma danneggi quella del proprio amico; il soggetto il quale tenti di uccidere l'animale domestico del proprio nemico, ma uccida quello del proprio amico?

In linea con il filo conduttore dell'intera trattazione, si potrebbe ritenere a un primo sguardo che, sul versante dell'elemento psicologico del reato, nelle

un'abitazione circostante. La sentenza non è condivisibile giacché, secondo l'ordine di argomenti che si è in procinto di addurre, l'art. 82 c.p. si lega unicamente alle fattispecie di reato che presentano la coincidenza fra l'oggetto materiale e il soggetto passivo del reato.

¹¹ In questo senso non integra un'ipotesi di danneggiamento per *aberratio ictus* a norma dell'art. 82 c.p., il caso di A il quale, mirando all'automobile di X, colpisce per circostanze accidentali la finestra dell'abitazione di X. La titolarità tanto dell'automobile, quanto dell'abitazione in capo ad X preclude l'applicabilità dell'art. 82 per il difetto della pluralità di soggetti passivi (uno potenziale rappresentato dalla vittima designata e l'altro reale rappresentato dalla persona offesa) richiesta dalla disposizione. In quest'ultima ipotesi l'agente risponde solo a titolo di danneggiamento tentato per il tentativo di distruggere la vettura di B, non risultando punibile, in assenza di espressa previsione di legge, il danneggiamento a titolo colposo della finestra della medesima vittima. Integreerebbe invece un danneggiamento per *aberratio ictus* l'ipotesi di A il quale, mirando alla vettura appartenente a X, colpisce per circostanze fortuite la finestra dell'abitazione di Y. In tal senso sul punto G. LEONE, *Il reato*, cit., 16 ss.; M. GALLO, voce, cit., 69 ss.; M. ROMANO, *Contributo*, cit., 94 ss.

tre situazioni ipotizzate nel quesito si assista a una divergenza tra fatto e volizione non dissimile da quella che connota la lesione o l'omicidio di una persona diversa dalla vittima designata.

Sussistendo i requisiti enucleati in esordio (*retro*, cap. I, § 4.1.), il danneggiamento di una cosa altrui, l'uccisione di un animale diversi da quelli presi di mira si situano al di fuori dell'oggetto del dolo.

Né su sotto un profilo distinto infirmerebbe la fondatezza dell'assunto l'obiezione secondo la quale nei delitti in rilievo l'oggetto della tutela giuridico-penale è rappresentato da un'entità spersonalizzata, incarnata nell'animale o nella cosa appartenenti, indifferentemente, a qualunque persona diversa dal soggetto attivo del reato. Analogamente alle fattispecie di omicidio e di lesione personale, anche nelle fattispecie richiamate l'imputazione dolosa del fatto si fonda sull'esistenza di un nesso psichico effettivo – nella specie la volontà – fra l'agente e l'evento. Se l'offesa concretamente realizzata non coincide con l'offesa voluta (il danneggiamento di *quella* cosa altrui, l'uccisione di *quell'*animale altrui), significa che il fatto non è voluto e, conseguentemente, non può essere ascritto a titolo di dolo¹².

¹² *Contra* M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 22 ss., il quale tuttavia prende le mosse da un'angolazione puramente normativa. Eloquente in tal senso è la trattazione del tema nel paragrafo riservato alle cd. norme a più fattispecie: la situazione delineata nel testo presenterebbe gli stessi connotati di quella in cui l'agente, nel tentativo di sfregiare il nano da giardino nel cortile del vicino, ne causi accidentalmente la caduta e la conseguente distruzione, senza riuscire a imbrattare la statua. In quest'ultimo caso la divergenza tra il fatto di danneggiamento voluto («deterioramento della cosa mobile altrui») e il fatto di danneggiamento realizzato («la distruzione della cosa mobile altrui») non rientra nel perimetro normativo dell'art. 82, perché non si riscontra la pluralità di soggetti passivi, potenziali (la vittima designata) ed effettivi (la vittima occasionale), richiesti dalla fattispecie, ma, diversamente dalla situazione delineata nel testo, il fatto conserva natura dolosa nonostante l'errore commesso dall'agente. In quest'ultimo caso, infatti, anche se in modalità diverse da quelle rappresentate nel proprio quadro intellettuale, l'agente ha voluto danneggiare e ha danneggiato l'oggetto materiale della propria condotta. Non viene in rilievo, come fondamento della imputazione dolosa, l'"equivalenza normativa" fra il deterioramento e la distruzione come fattispecie di un'unica norma incriminatrice. Determinante, a fini della imputazione dolosa, è invece la congruenza fra la volontà di danneggiare e il danneggiamento dell'oggetto materiale contro il quale è stata diretta l'azione.

Conviene soffermarsi per un momento sul punto. È senz'altro corretto affermare che la legge accorda eguale protezione al patrimonio e agli animali altrui, indipendentemente dalla identità del loro titolare. In questo senso non è senz'altro a dubitarsi della natura dolosa del fatto in caso di ignoranza sulla qualità (*error in objecto*), ovvero sull'identità del titolare (*error in persona*) della cosa danneggiata o data alle fiamme.

Infatti, poiché alla legge penale non interessa mai né, nei reati contro la persona, né nei reati contro il patrimonio, l'identità del titolare del bene aggredito, l'ignoranza (o l'errore) ricadente su quest'ultima è irrilevante ai fini del giudizio di colpevolezza.

Tuttavia, per lo stesso ordine di considerazioni svolte sul tema in relazione ai delitti di sangue, si può invece conferire efficacia esimente all'errore nel caso in cui l'agente non abbia voluto l'evento cagionato. Perciò se quest'ultimo, scivolando al tempo del lancio della pietra colpisce la vetrina di un negozio invece della finestra di casa del proprio nemico; se per un improvviso movimento dell'animale, in luogo del cane del proprio nemico colpisce il cane di un passante, manca nell'agente la volontà del fatto realizzato. Anche rispetto a queste ipotesi delittuose, può verificarsi, quindi, la divergenza tra il voluto e il realizzato idonea ad attivare il giudizio di equivalenza disposto dall'art. 82 c.p.

Acquisito, come comprovano le tradizioni dottrinale e giurisprudenziale in materia di *aberratio ictus*, oltre allo stesso dato normativo, che i delitti in esame non informano la *ratio legis* dell'imputazione a titolo di dolo del fatto di cui all'art. 82 c.p., occorre ricercare nell'emporio della ermeneutica giuridica lo strumento astrattamente utile ad applicare l'art. 82 c.p. *in relazione* ai reati di cui agli artt. 635 e 638 c.p.

Più analiticamente occorre distinguere, invocando l'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, se trattasi di interpretazione estensiva o applicazione analogica dell'art. 82.

Diversamente, nella tipologia di casi prospettati nel testo, l'agente non ha voluto danneggiare la cosa in danno della quale è ricaduta, per errore o per altra causa di sviamento, la propria condotta.

La soluzione della questione attraverso la funzione che nel sistema di imputazione soggettiva si assegna all'art. 82. Aderendo alla tesi (allo stato minoritaria) che ascrive all'art. 82 la funzione di riprodurre pleonasticamente la disciplina della imputazione dolosa, *nulla quaestio*. Tanto il ricorso alla interpretazione estensiva, quanto all'applicazione analogica sarebbero consentiti.

Diversamente, aderendo alla tesi che ascrive all'art. 82 efficacia innovativa nel sistema di imputazione soggettiva, ossia derogatoria della disciplina ordinaria in materia di imputazione soggettiva, solo *estensivamente* sarebbe possibile applicare l'art. 82 agli artt. 635 e 638 c.p.

È nota, quantomeno nella dogmatica delle categorie, la distinzione tra interpretazione estensiva e applicazione analogica di una norma: «La prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre la seconda estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma»¹³.

Orientando la riflessione verso i nostri fini, ossia verso l'«offesa» cagionata in danno di persona diversa da quella voluta, occorre chiedersi se quest'ultima possa essere considerata come lesione in senso lato al patrimonio giuridico della persona offesa, restando nei confini della interpretazione estensiva della fattispecie; oppure offesa a un bene della persona fisica (vita e incolumità personale), che solo in forza di un procedimento analogico può 'comprendere' anche la lesione di beni giuridici patrimoniali.

Si ritiene di aderire a quest'ultima soluzione, considerando la combinazione tra l'*aberratio ictus* e i delitti di cui agli artt. 635 e 638 c.p. il risultato di un'illegittima applicazione analogica dell'art. 82 c.p.¹⁴.

¹³ Cass., Sez. V, 3 luglio 1991, in G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 123. Soggiunge la Suprema Corte, *ibidem*, osservando che «l'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente, il procedimento analogico è invece creativo di una norma nuova che prima non esisteva».

¹⁴ *Contra* M. GALLO, voce, cit., 71, la cui posizione sul punto muove però, come si ha già avuto modo di osservare, dal carattere meramente 'dichiarativo' che l'A. attribuisce alla norma.

Infatti, per ragioni di carattere sistematico, non può includersi nel contenuto normativo dell'art. 82 e, più specificamente, nell'"offesa cagionata" il reato diretto a ledere un bene patrimoniale della vittima designata. Il punto merita di essere approfondito. Nel diritto penale moderno, innervato dai caratteri della sussidiarietà della risposta punitiva e della conseguente frammentarietà dei precetti penalmente presidiati, di regola, il disvalore penale di un fatto (e quindi il fondamento della sua incriminazione) non risiede *tout court* nella lesione di un bene giuridico, ma nelle modalità di lesione dello stesso.

Alla luce di siffatti rilievi, l'"offesa cagionata in danno di persona diversa" menzionata dall'art. 82 non può intendersi come qualunque tipo di danno, anche di natura patrimoniale, arrecato alla persona offesa. Infatti, diversamente dalla responsabilità civilistica da fatto illecito (art. 2043 c.c.), caratterizzata dalla causazione, in qualunque modo, di un danno antiggiuridico economicamente misurabile nei confronti di un altro consociato, la responsabilità penale si configura solo nel caso di aggressione a determinati beni (cd. selettività primaria della tutela penale), attraverso determinate condotte (cd. selettività secondaria della tutela penale).

L'unico settore della 'parte speciale' che non risponde a questi criteri di orientamento della risposta penale è rappresentato dai delitti posti a tutela dei beni fondamentali della persona (vita e integrità personale). In merito è esemplare la scarna tipizzazione dei reati di lesione personale (artt. 582 e 590 c.p.) e di omicidio (artt. 575 e 589 c.p.), ai sensi dei quali è sanzionata la causazione dell'evento antiggiuridico, indipendentemente dalle modalità di lesione del bene tutelato¹⁵. In termini diversi:

¹⁵ In tal senso attenta dottrina F. GIUNTA, *Sussidiario di diritto penale*, in *Discrimen*, 30 aprile 2021, 184, ha lucidamente definito il sistema dei reati contro i beni della vita e della integrità fisica (percosse, lesione personale, omicidio preterintenzionale, omicidio) illeciti aquiliani, «in cui il modello di reato (...) non è l'illecito incentrato sulla modalità di lesione, bensì l'"illecito di lesione" direttamente ancorato al disvalore di evento». Saggiunge l'A., *ibidem*: «È vero che in questo settore il diritto penale offre la massima tutela, dispiegando tutta la sua severità. Sennonché il tratto caratterizzante del diritto penale, quale disciplina giuridica della macchina repressiva, è soprattutto la selezione dei fatti da punire, che nella *subiecta materia* è affidata invece a una tipicità

«quanto più elevato è il rango del bene, tanto minori sono i filtri selettivi previsti sul piano della condotta o dell'elemento psicologico»¹⁶.

Una conferma in questo senso proviene anche dalla modifica dell'art. 635 c.p. in materia di danneggiamento (intervenuta con d. lg. 15 gennaio 2016, n. 7): la fattispecie, che configurava nella disciplina previgente un esempio paradigmatico di reato cd. a forma libera, è stata 'integrata' dalla caratterizzazione della condotta tipica, che circoscrive oggi la punibilità del fatto ai casi in cui l'evento è cagionato mediante "violenza alla persona o minaccia". La restrizione dell'area di tipicità del fatto tramite l'arricchimento di contenuti della condotta rappresenta la spia del complessivo disinteresse del diritto penale verso lesioni alla sfera patrimoniale non contrassegnate da un precipuo disvalore di azione, ovvero da un contesto geneticamente criminoso, adatti a conferire, in sinergia con l'accadimento lesivo, un giudizio di riprovazione verso l'agente (come avviene, ad esempio, nelle ipotesi di reato previste dagli artt. 648, 648 *bis*, 648 *ter* e 648 *ter.1* c.p.).

Se in base a quanto rilevato, la risposta penale si attiva, di regola, a condizioni definite dalle modalità di aggressione all'oggetto del reato, mentre solo a taluni beni, riserva una protezione 'a raggiera', non condizionata dalle modalità di lesione, l'art. 82 deve necessariamente riferirsi, direttamente, ai reati contro la vita o l'integrità personale.

Senza un'espressa previsione nella formulazione della norma idonea a comprendere anche le offese ai beni patrimoniali nel proprio campo applicativo, essa autorizza l'"estensione" della tipicità dolosa soltanto ai reati contro la persona. Peraltro, a voler ricondurre nel campo della interpretazione estensiva l'applicazione dell'art. 82 anche a reati diversi dall'omicidio e dalla lesione personale, si addiverrebbe a un esito asistemico, e in conflitto con il principio di uguaglianza, giacché si assoggetterebbe alla pena più rigorosa, *ex* art. 82 c.p., l'agente nel danneggiamento commesso, per un incidente nella

alquanto debole, per nulla frammentaria, come dimostra l'impiego di fattispecie incriminatrici causalmente orientate, espressione, nella nostra geografia, di una singolare "insularità continentale».

¹⁶ S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di Bartoli-Pelissero-Seminara, Torino, Giappichelli, 2021, 38.

fase esecutiva, in danno di cosa appartenente a persona diversa da quella titolare del bene ‘preso di mira’ e, di contro, nell’assoggettamento a una pena più mite, a titolo di tentativo, laddove egli ‘mancasse’ la cosa presa di mira, causando invece il danneggiamento di altra cosa appartenente allo stesso soggetto passivo. Nel primo caso, in cui la divergenza si atteggia in forma duplice, giacché l’agente non offende né la cosa, né il soggetto passivo presi di mira, il soggetto sarebbe ritenuto colpevole a titolo di reato doloso consumato; nel secondo caso, in cui la divergenza intercorre soltanto fra la cosa presa di mira e la cosa attinta, l’agente soggiacerebbe esclusivamente alla pena del delitto tentato.

In definitiva solo un’applicazione analogica della norma renderebbe compatibile la medesima con i delitti di danneggiamento (art. 635 c.p.) e di uccisione di animali altrui (art. 638 c.p.)¹⁷: analogia tuttavia preclusa dal carattere eccezionale nel sistema di imputazione soggettiva dell’art. 82 c.p.¹⁸.

2. Profili strutturali: la necessità di un reato consumato secondo il paradigma dell’art. 82. Critica.

Individuato il novero dei reati compatibili con la fattispecie delineata dall’art. 82, si può concentrare adesso l’analisi sul momento centrale nel

¹⁷ *Contra* M. ROMANO, *Contributo*, cit., 99, nt. 83. Secondo l’A., *ibidem*, l’art. 82 rispecchierebbe soltanto «l’esemplificazione più appariscente in chiave storica delle ipotesi di deviazione del comportamento lesivo su un oggetto diverso da quello rappresentato» e per questo l’applicazione anche alle suddette ipotesi di reato rappresenterebbe solo un caso di interpretazione estensiva della norma.

¹⁸ In senso analogo E. MEZZETTI, *Diritto penale*, cit., 413; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Neldiritto Editore, 2009, 856. *Contra* G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 169, nt. 168, secondo il quale «sarebbe incongruo ritenere che la regola sancita in questa disposizione non debba essere applicata a fenomeni rispetto ai quali ancor più evidente è destinata ad apparire quella relazione di “equivalenza” tra le due offese, cui si ispira il modello normativo dettato dal codice in tema di *aberratio ictus*». In realtà, ribaltando l’asse del ragionamento svolto dall’A., proprio l’impossibilità di imputare a titolo doloso il fatto realizzato nell’ipotesi in cui il mutamento dell’oggetto materiale non coincida con il mutamento del soggetto passivo, deve condurre la dottrina favorevole all’applicazione analogica o alla interpretazione estensiva dell’art. 82 a individuare un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale della norma.

‘funzionamento’ della norma in esame: l’equivalenza tra il voluto e il cagionato dalla quale discende la punizione del fatto a titolo di dolo.

Più precisamente occorre intendersi sul senso della terminologia ‘realizzazione dell’offesa’, per comprendere se essa si limiti a disciplinare la ipotesi di consumazione del reato in danno della persona diversa da quella rappresentata, ovvero se si attagli anche alla ipotesi di reato perfetto, ma non consumato, qual è il delitto tentato.

Il dato testuale non impone un’interpretazione del sintagma in senso restrittivo, circoscrivendo l’operatività dell’art. 82 ai casi consumazione di un reato. Infatti benché la norma postuli la commissione di un reato “in danno” di un soggetto passivo (in particolare la vittima malcapitata), il predicato indica la *realizzazione* di un’offesa, ma non necessariamente la *consumazione* di un reato. Basti riflettere sull’impiego della locuzione in altre fattispecie in materia di delitti contro la persona: nell’art. 612-*bis* c.p., in tema di *stalking*, nella fattispecie aggravata dalla perpetrazione delle minacce o delle molestie “a danno” di minori, donne in gravidanza o persone con disabilità; nell’art. 571 c.p., in tema di “abuso di mezzi di correzione (...)”, l’offesa “in danno” del sottoposto all’autorità del soggetto attivo è integrata dal pericolo di una malattia nel corpo o nella mente come conseguenza della condotta.

Nelle due figure di reato menzionate le locuzioni “in danno” o “a danno” indicano la causazione di un’offesa di tipo immateriale, consistente, in ipotesi, anche soltanto nel pericolo per l’equilibrio psico-fisico del soggetto passivo. Traslando il rilievo sul campo dell’*aberratio ictus* e, quindi, delle fattispecie di omicidio e di lesione personale in cui prende forma il reato aberrante, si può dedurre che l’applicabilità dell’art. 82 è condizionata unicamente alla causazione di un’offesa in danno della vittima occasionale, ancorché immateriale e ancorché informata da un evento di pericolo.

Questa soluzione riposa, ad ogni evidenza, sulla considerazione della figura criminosa delineata dall’art. 82 c.p. come un’ipotesi unitaria di reato, la quale, benché in contrasto con il principio di colpevolezza, non postula gli estremi (oggettivi) di un delitto tentato contro la vittima designata e la prevedibilità dell’offesa in danno della vittima occasionale. Nello stesso senso della tesi qui sottoscritta, coloro che considerano l’art. 82 una declinazione per un caso

specifico delle norme generali in tema di imputazione dolosa, rilevano che le fattispecie di omicidio e di lesione personale, indifferentemente nella forma tentata o in quella forma consumata, non contemplanò un soggetto passivo determinato, ma una vittima “senza volto e senza nome”. In definitiva, che quest’ultima si materializzi nella persona presa di mira o in un distinto soggetto passivo, il reato resta integro di tutti i suoi elementi costitutivi.

Diversamente, per la tesi che denuncia l’illegittimità costituzionale della norma, si dischiudono tre alternative. Per la posizione che ravvisa nella situazione descritta dall’art. 82, eventualmente, un delitto tentato nei confronti della persona presa di mira vale il medesimo ordine di considerazioni svolto per la tesi favorevole all’allineamento della norma ai principi generali. Poiché la direzione dell’offesa costituisce un requisito materiale del fatto consistente nell’efficacia causale, secondo un giudizio di prognosi postuma, della condotta a causare l’evento tipico, il pericolo per la vita o per l’incolumità personale rilevante per l’imputazione del fatto a titolo di delitto tentato può riguardare indifferentemente la persona presa di mira o la vittima occasionale.

Per la posizione che richiede, ai fini del perfezionarsi della fattispecie, gli estremi di un delitto tentato nei confronti della vittima designata, l’offesa in danno della vittima occasionale si deve concretizzare necessariamente in un reato consumato in cui resta assorbita l’ipotesi di tentativo.

Infine, e su un piano diverso, per l’orientamento dottrinale che conferisce valenza sul piano soggettivo al requisito della direzione dell’offesa, l’operatività dell’art. 82 va esclusa quando il reato non si è consumato in danno della vittima diversa da quella prescelta. Infatti, secondo quest’impostazione, soltanto nei confronti di quest’ultima è diretta la volontà dell’agente, mentre il pericolo cagionato per la vita o l’incolumità personale nei confronti del soggetto passivo diverso non può essere considerato penalmente rilevante, giacché estraneo all’oggetto del dolo.

Al di fuori di ogni considerazione sull’ultima tesi avanzata, fondata sulla valorizzazione in senso soggettivo del requisito dell’univocità nell’ipotesi di tentativo, lo schieramento che esige in base al dettato dell’art. 82 un delitto tentato nei confronti della vittima designata, equivocando la *factio* contenuta

nella norma (*infra*, § 2.1.), rimarca indirettamente le difficoltà che a una prima analisi insorgono nella configurazione di un delitto tentato aberrante.

In tal senso non è arduo intravedere, già a uno sguardo superficiale, gli ostacoli che si frappongono alla teorizzazione di un reato aberrante in forma tentata.

Nel consueto esempio dell'omicidio, in cui il proiettile esploso dall'agente abbia solo sfiorato, senza attingerle, tanto la vittima designata, quanto la vittima occasionale, è indubbia l'impossibilità di configurare l'art. 82, dovendosi ravvisare solo gli estremi del delitto tentato nei confronti della vittima designata. Qualora infatti l'evento lesivo voluto non si fosse realizzato in danno della vittima occasionale, mancherebbe il secondo termine del giudizio di equivalenza alla base dell'art. 82, ossia il cagionato da parificare al voluto.

La questione è stata affrontata in una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, della quale conviene ripercorrere le cadenze argomentative. Questa la vicenda in giudizio:

(...) A distanza di circa un'ora P. tornava sul luogo dell'accaduto in compagnia della B. per cercare il cinturino dell'orologio, ritenendo di averlo perso nel corso della discussione. In questa occasione incontrava nuovamente C., il quale, mentre P. si accingeva a risalire a bordo dell'auto, estraeva dalla parte posteriore della cintura dei pantaloni una pistola ed esplose in rapida successione, da una distanza di tre - quattro metri, in direzione del bacino - basso ventre di P., due colpi d'arma da fuoco. Uno di essi veniva schivato da P., il quale si buttava prontamente per terra e si conficcava nello sportello lato guidatore in corrispondenza del sedile su cui si trovava in attesa la B¹⁹.

In riforma della sentenza di appello che ravvisa nella vicenda gli estremi di un'*aberratio ictus* plurilesiva (art. 82, comma secondo, c.p.), la Corte riqualifica il fatto come tentato omicidio (nei confronti di P).

Lineare il percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte: se l'art. 82 dispone di sanzionare l'agente come se avesse commesso il fatto voluto contro la vittima designata, nel caso in esame la fattispecie *de qua* non può venire in rilievo, mancando la realizzazione dell'offesa voluta (l'omicidio) – tanto

¹⁹ Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, cit., 4045.

rispetto alla vittima occasionale, quanto rispetto alla vittima designata – e difettando per l'effetto le condizioni per applicare sia il primo sia il secondo comma dell'art. 82²⁰.

Argomentata la fondatezza dell'esito al quale perviene il Supremo Collegio, non si può condividere nella sua interezza la *ratio decidendi* della sentenza²¹. Se infatti, come si avrà modo di argomentare in seguito (*infra*, § 5), si assume la necessità di due lesioni effettive per configurare un'ipotesi di *aberratio* plurilesiva (art. 82, comma secondo, c.p.), una in danno della persona presa di mira e un'altra in danno della vittima occasionale, si deve ravvisare invece la sussistenza della ipotesi monolesiva anche in mancanza di una lesione materiale in danno della persona malcapitata, a condizione che il reato commesso nei confronti di quest'ultima abbia approfondito l'offesa diretta contro la persona presa di mira²².

²⁰ Cfr. *Ivi*, 4054: «Manca il requisito dell'offesa arrecata ad una persona diversa da quella contro cui era diretta l'azione dell'agente, non essendosi in concreto verificata alcuna lesione della sfera giuridica della B».

²¹ Il passaggio della *ratio decidendi* che suscita perplessità è il seguente, *ibidem*: «Alla stregua dei principi sinora esposti, nel caso in esame, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di secondo grado, non si verte in un'ipotesi riconducibile alla previsione dell'art. 82, comma secondo, c.p., per un duplice ordine di ragioni: (...) il soggetto agente ha commesso atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare il risultato da lui direttamente voluto e perseguito in danno di P., che non si è verificato per cause indipendenti dalla sua volontà, mentre non ha creato nemmeno il pericolo di quello non voluto». Ebbene desta perplessità il modo, peraltro apodittico, con cui la Corte esclude la messa in pericolo della vita di B. Invero non sembra difficile osservare che quest'ultima, seduta sul sedile dell'auto in corrispondenza della portiera crivellata dai diversi colpi di proiettile, ha corso un serio ed effettivo pericolo per la propria vita. Di conseguenza, contrariamente a quanto ritiene il Supremo Collegio, sussistono senz'altro atti idonei e univoci a causare la morte di B. A mancare, piuttosto, è il dolo rispetto alla messa in pericolo della vita della donna, in quanto, alla luce dello svolgimento della vicenda restituito dalla istruttoria dibattimentale, l'agente avrebbe diretto la propria volontà omicida esclusivamente verso P.

²² Cfr. Cass., Sez. I, 30 marzo 1978, n. 9989, in *Cass. pen.*, 1980, 728 ss.: «Chi, nel tentativo di uccidere una persona, colpisce una persona diversa, cagionandogli lesioni personali, risponde, a norma dell'art. 82/1 c.p., di tentativo di omicidio, in questo rimanendo assorbito il meno grave delitto di lesioni personali, e non già del reato consumato (di lesioni volontarie) in danno della persona diversa con assorbimento del delitto tentato (di omicidio) in danno della persona che si voleva offendere». Conf.

Al di fuori delle suggestioni che a riguardo si possono attingere dalla Relazione Ministeriale²³, è sufficiente notare che quando si discorre in riferimento all'art. 82 di discordanza fra il voluto e il realizzato, non ci si limita a esporre una divergenza solo di tipo 'qualitativo', inerente cioè alla diversità tra la vittima designata e la persona effettivamente offesa.

Come suggerito anche dai termini del giudizio di comparazione (il voluto e il cagionato), l'operatività dell'art. 82 è subordinata dapprima al verificarsi di una divergenza di tipo 'quantitativo', fra il reato *diretto* contro la vittima designata e il reato *perfezionato* in danno della vittima occasionale: ad esempio, nel caso di omicidio della persona colpita per errore, da un lato si trova un'offesa che si è arrestata al grado del tentativo (divergenza 'quantitativa') nei confronti della persona presa di mira (divergenza 'qualitativa'); dall'altro si trova un reato consumato (divergenza 'quantitativa') in danno della vittima sventurata (divergenza 'qualitativa').

Tuttavia, benché nel caso prospettato la divergenza intercorra fra un delitto tentato e un delitto consumato, ciò non impedisce di ipotizzare un modo di atteggiarsi diverso della discordanza fra il voluto e il compiuto.

Infatti in ipotesi tutt'altro che infrequenti può prefigurarsi anche una situazione di tal guisa: sul fronte del 'voluto' può trovarsi un'offesa che si è arrestata in una fase anteriore al perfezionarsi di un delitto tentato (ad esempio, per inidoneità dell'azione o inesistenza della vittima designata) ovvero un'offesa che ha perfezionato un tentativo privo di un evento lesivo (divergenze 'quantitative') in danno della vittima designata (divergenze

Cass., Sez. I, 3 giugno 2021, n. 37272, rv. 282043, Conf. Cass., Sez. VI, 2 luglio 2014, n. 45065, rv. 260836; Cass., Sez. I, 6 aprile 2006, n. 15990, rv. 234132. In precedenza cfr. Cass., Sez. I, 18 aprile 1988, n. 7736, in *Riv. pen.*, 1989, 244.

²³ Cfr. *Relazione sul Libro I*, cit., 136: «Devesi, inoltre, avvertire che nella disciplina dell'intera materia la parola "offesa" equivale a "lesione giuridica" e si riferisce quindi a tutti i reati; conformemente, del resto, al Codice vigente, che al regolamento della materia dedica una disposizione della Parte generale, ossia l'articolo 52. Infine, una premessa di ordine generale, utile a eliminare ogni possibilità di dubbio, è che la locuzione "evento", adoperata negli articoli 85 e 86, è comprensiva così dell'evento di danno, come di quello di pericolo (articolo 44), e quindi anche di quel particolare evento di pericolo, che sorge dal semplice tentativo».

‘qualitative’); sul fronte del ‘realizzato’, rispettivamente, un’offesa che ha perfezionato un delitto tentato, ovvero un’offesa la quale, benché non corrispondente a quella voluta, ha prodotto un evento lesivo (divergenze ‘quantitative’) in danno della vittima occasionale (‘divergenze qualitative’).

Così stando le cose il diritto positivo non sembra autorizzare la circoscrizione – avallata, ancorché implicitamente, dal Supremo Collegio – dell’art. 82 esclusivamente alla ipotesi di consumazione del reato in danno della vittima occasionale, estromettendo la ipotesi poc’anzi adombrata, in cui un tentativo privo di una lesione effettiva nei confronti del soggetto passivo designato abbia invece offeso soggetto diverso, ovvero un *reato impossibile* nei confronti del soggetto passivo designato abbia causato un pericolo per la vita o l’incolumità personale di distinto soggetto. In entrambe le situazioni si verte in ipotesi di sfasamento fra quanto voluto e quanto ottenuto dall’agente. Il testo dell’art. 82 autorizza siffatta interpretazione, delineando l’ipotesi di delitto tentato in forma aberrante mediante il riferimento nel predicato normativo all’“offesa”, indicativa sia di un evento dannoso sia di un evento pericoloso²⁴. Peraltro siffatto risultato ermeneutico appare suffragato, in chiave sistematica, dall’usuale ricorso normativo all’“offesa” anche in riferimento ai reati di pericolo (si discorre, infatti, di offensività in astratto e di offensività in concreto)²⁵.

²⁴ In senso analogo già N. NATALI, *Offesa per “aberratio ictus” di persona diversa da quella alla quale l’offesa era diretta*, in *Giust. pen.*, 1939, II, 396; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 403, nt. 114; G. ALICE, *Disciplina e concetti in tema di aberratio delicti con pluralità di eventi*, in *Giust. pen.*, 1980, 623.

²⁵ Conf. S. CANESTRARI, *L’illecito preterintenzionale*, cit., 225. *Contra* P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 37 ss., il quale esclude la configurabilità di un tentativo di reato aberrante (o delitto tentato aberrante), perché con il riferimento all’offesa in danno di persona diversa, l’art. 82 potrebbe trovare applicazione soltanto «nel reato consumato, quando c’è la consumazione», mediante «il trasferimento dell’evento dall’una all’altra persona». Sul punto, prosegue l’A., *Ivi*, 40, «il legislatore ha usato l’espressione “è cagionata offesa”. Nel sistema, invero, il verbo “cagionare” indica il perfezionamento del nesso causale, cioè il conseguimento di un risultato (...). La stessa formulazione letterale della norma, quindi, proprio nel suo riferirsi ad un risultato, e perciò al fenomeno della consumazione, esclude la possibilità che l’art. 82 comprenda nel suo ambito il tentativo». La posizione non è condivisibile alla luce degli argomenti già addotti nel testo e così sintetizzabili: a) il predicato ‘cagionare’,

La tesi non è peraltro contraddetta dall'impiego nel dispositivo della terminologia comune ai reati causalmente orientati (l'art. 82 'discorre', invero, di "offesa cagionata"): è vero, come si è già visto (*retro*, cap. III, § 2), che la terminologia adottata dalla disposizione assolve una funzione *lato sensu* definitoria, individuando nei delitti di sangue il nocciolo duro della fattispecie; nondimeno, anche rispetto a queste ultime figure criminose l'art. 40, in tema di rapporto di causalità, e successivamente l'art. 43, in tema di elemento psicologico del reato, confermano che la condotta orientata a determinare le lesioni o la morte si può arrestare alla causazione del pericolo, rispettivamente, per l'incolumità psico-fisica o per la vita.

Solo un'interpretazione in chiave psicologista dell'art. 82 imporrebbe di limitare la portata applicativa della norma ai soli casi nei quali il soggetto 'raggiunga il proprio scopo', portando a consumazione il reato voluto. In realtà, fuori da derive soggettivistiche nell'architettura dell'oggetto del dolo, occorre includere nel perimetro applicativo dell'art. 82 ogni situazione in cui la messa in pericolo della vittima occasionale approfondisca l'offesa diretta nei confronti della persona presa di mira²⁶

2.1. (Segue): latitudini dell'equivalenza tra il voluto e il cagionato.

Verificata l'accezione in cui intendere 'il voluto' e 'il realizzato', quali termini del giudizio di comparazione assunto dalla fattispecie in esame, è ora possibile concentrare l'analisi sull'interazione tra l'offesa voluta e l'offesa

per come impiegato nel codice (cfr. artt. 40 ss.), 'regge' tanto l'evento di danno, quanto l'evento di pericolo e, quindi, anche quello specifico evento di pericolo prodotto dal delitto tentato; b) anche il delitto tentato può tradursi in una lesione materiale (di offensività minore rispetto a quella voluta) e sarebbe incongruo negare «il trasferimento dell'evento dall'una all'altra persona», soltanto perché in danno della vittima occasionale si è consumato un reato (ad esempio, lesioni gravi) meno grave di quello voluto dall'agente (ad esempio, omicidio).

²⁶ Infatti, per quel che interessa alla legge penale, il soggetto, il quale 'manca' la persona che voleva uccidere e ne ferisce un'altra, ha realizzato almeno parzialmente la propria volontà. Pertanto, anche in quest'ultima ipotesi sussiste, sebbene in forma ridotta, la divergenza fra il voluto e il cagionato dalla quale dipende, nei termini già indicati, l'applicabilità dell'art. 82.

cagionata nel ‘congegno’ dell’art. 82. La letteratura sul tema ha inteso la *factio doli* del reato aberrante talvolta alla stregua di imputazione all’agente del fatto ‘come se’ avesse offeso la vittima designata²⁷, talaltra, viceversa, ‘come se’ avesse voluto offendere la vittima occasionale.

Solo apparentemente le due alternative risultano intercambiabili: infatti, qualora l’agente rispondesse del fatto ‘come se’ avesse offeso la vittima designata, assumerebbero rilevanza le circostanze aggravanti e/o attenuanti il reato (tentato) nei confronti della vittima designata e, di riflesso, sarebbe esclusa quella delle circostanze del reato in danno della vittima occasionale; di converso, qualora l’agente rispondesse ‘come se’ avesse voluto offendere la vittima occasionale, assumerebbero rilevanza le circostanze aggravanti e/o attenuanti il reato in danno di quest’ultima e, di riflesso, la perderebbero le circostanze del reato nei confronti della vittima designata. A rimarcare ulteriormente il distinguo tra le due interpretazioni soccorre il caso già riferito, deciso dal *Reichsgericht* nel 1920 (*retro*, cap. II, sez. II, § 1.), nel quale l’agente, nel tentativo di ferire il fratello con una pietra, colpiva per errore uno studente affetto da emofilia, causandone la morte. Ebbene, qualora l’agente rispondesse del fatto come se avesse offeso il fratello (vittima designata), il fatto realizzato integrerebbe gli estremi della lesione personale dolosa, dacché il fratello, vittima designata del reato, non risulta affetto da alcuna malattia idonea a determinarne la morte per l’impatto con una pietra o analogo oggetto contundente; viceversa, qualora l’agente rispondesse come se avesse voluto offendere lo studente (vittima occasionale), il fatto integrerebbe gli estremi di un omicidio preterintenzionale, dacché l’agente sarebbe punito come se avesse

²⁷ Cfr. G. LEONE, *Il reato*, cit., 54 ss., il quale, ritenendo che, mediante la *translatio doli* esplicitata nella norma, l’art. 82 disponga di considerare come consumato il reato diretto contro la vittima designata, argomenta a favore della sussistenza degli estremi di un tentativo punibile nei confronti della persona presa di mira. A titolo esemplificativo, non sarebbe configurabile secondo l’A. un omicidio o una lesione aberrante nel caso in cui la vittima designata fosse già deceduta al momento del colpo ovvero si trovasse a distanza inidonea per essere raggiunta dal proiettile. Infatti alla parificazione tra il voluto e il cagionato osterebbe l’irrilevanza oggettiva del fatto voluto il quale, in assenza dello sviamento causale, non sarebbe mai giunto a compimento

voluto ferire, con un oggetto contundente, un soggetto – lo studente affetto da emofilia – nei rispetti del quale era concretamente prevedibile il decorso fatale della condotta. Verificata l'accezione in cui intendere 'il voluto' e 'il realizzato', quali termini del giudizio di comparazione assunto dalla fattispecie in esame, è ora possibile concentrare l'analisi sull'interazione tra l'offesa voluta e l'offesa cagionata nel 'congegno' dell'art. 82.

Nella equivocità della legge o, meglio, nei casi di carenza di precisione della norma incriminatrice, occorre scegliere, come noto, tra tutte le interpretazioni possibili, quella meno incisiva della libertà personale: nel caso dell'art. 82 quest'ultima consisterebbe nella imputazione all'agente del fatto come se avesse offeso la vittima designata.

Nondimeno, riprendendo il caso deciso dalla Suprema Corte prussiana, risulta agevole notare come, scambiando le identità della vittima designata e della vittima occasionale, sia la punizione dell'agente come se avesse voluto offendere la vittima occasionale a rappresentare l'interpretazione più conforme alle garanzie della libertà personale contro il pericolo di un esercizio arbitrario della potestà punitiva: infatti, qualora il fratello (vittima designata) fosse il soggetto passivo affetto da emofilia, l'agente risponderebbe, per la lesione personale in danno dello studente, 'come se' avesse offeso il fratello: poiché nei confronti di quest'ultimo la condotta diretta a ferirlo con una pietra sarebbe risultata idonea a causarne la morte, l'agente risponderebbe a titolo di tentato omicidio per l'offesa in danno dello studente.

Pertanto, nella acquisita impossibilità di desumere dal predicato normativo una interpretazione necessariamente più favorevole alle garanzie individuali, prima di appagarsi della legittimità di entrambe le interpretazioni, occorre, in conformità al dettato dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, ricercare nel fondamento politico-criminale l'accezione autentica – laddove ne esista una – della equivalenza tra il voluto e il realizzato del reato aberrante.

Ebbene: negli intendimenti del legislatore del '30 il reato aberrante costituisce, al pari del reato non aberrante, un 'vero' reato doloso, perché l'oggetto del dolo si sostanzierebbe nel titolare generico, e non già in quello specifico, dell'interesse tutelato: poiché nel reato aberrante la volontà di offendere un uomo si realizza nella offesa in danno di un uomo, il fatto da

considerare doloso, vale a dire conforme alla volontà dell'agente, è l'offesa in danno della vittima occasionale. Detto ancora altrimenti: nessuna *fictio* o *translatio doli* si renderebbe necessaria per imputare a titolo doloso il fatto, dacché quest'ultimo recherebbe già i segni del dolo di cui agli artt. 42, 43 e 47 c.p.

Così stando le cose, l'equivalenza tra il voluto e il realizzato del reato aberrante è da intendersi nel senso che l'agente risponde come se avesse voluto offendere la vittima occasionale, perché è quella offesa ad essergli imputata a titolo doloso, in conformità ai criteri generali di imputazione soggettiva, ossia senza il ricorso ad alcuna finzione giuridica. Una conferma indiretta della fondatezza di siffatta interpretazione autentica si ricava, *a contrario* , dalla disciplina omologa a quella di cui al vigente art. 82 c.p., prevista dal progetto di codice penale del 1921, elaborato dalla commissione presieduta da Enrico Ferri (cd. Progetto Ferri), ove l'art. 14 dispone quanto segue: "Quando alcuno per errore o per altro accidente commette un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro la quale aveva diretto la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso o danneggiato e gli sono valutate, agli effetti della sanzione, le circostanze soggettive nelle quali ha deliberato ed eseguito il delitto e le qualità inerenti alla persona contro la quale l'azione era diretta"²⁸. È di palmare evidenza, come peraltro affiora dalla relazione illustrativa dell'articolato che, in questo caso, la nota equivalenza è da intendersi nell'accezione in cui l'agente risponde 'come se' avesse offeso la vittima designata, secondo una disciplina, coerente con gli assunti fondamentali dell'indirizzo positivisticò, improntata alla neutralizzazione, tramite l'ascrizione di rilevanza penale alle circostanze aggravanti nella forma putativa, della pericolosità sociale dell'agente:

L'art. 14 (...) riproduce la prima parte del vigente art. 52 (del Codice Zanardelli, n.d.r.), per cui l'autore non risponde delle circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso (...). Ma modifica la seconda parte della norma, nel senso di valutare agli effetti della sanzione tutte le circostanze soggettive e,

²⁸ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I). Relazione del Presidente Enrico Ferri, Milano, 1921, p. 135*

quindi, non soltanto quelle favorevoli all'imputato (com'è nel vigente art. 52), ma anche quelle aggravanti (...). E ciò evidentemente perchè l'atto compiuto, pur costituendo un delitto unico (...) rimane pur sempre l'indice della maggiore o minore pericolosità del delinquente. Chi, coll'intenzione di uccidere il proprio genitore, spara contro di lui è sempre un parricida malgrado la accidentalità che, per deviazione del colpo, abbia causato la morte di un'altra persona; come è sempre delinquente passionale chi, in determinate condizioni personali, per amore contrariato, esplosa l'arma contro l'amante ed invece uccide o ferisce il proprio padre²⁹.

In ogni caso, tornando all'analisi della disciplina in vigore, il legislatore non ha condotto alle logiche conseguenze siffatta concezione della equivalenza tra il voluto e il realizzato: infatti, in ordine alle circostanze attenuanti, ascrivendo rilevanza alle circostanze attenuanti il reato (tentato) e, quindi, putative nel reato in danno della vittima occasionale, l'agente risponde 'come se' abbia offeso la vittima designata. In ogni caso sull'argomento si dirà compiutamente oltre (*infra*, § 6), perchè è ora il momento di analizzare la rilevanza del delitto tentato ai fini della configurazione del reato aberrante.

3. L'“uso dei mezzi di esecuzione” come indicatore dell'esistenza di un delitto tentato contro la vittima designata. Critica.

Fino ad ora si è dato atto dell'elevata capacità divisiva del tema: agli assertori della conformità dell'art. 82 alla regolamentazione generale della responsabilità dolosa si contrappongono gli assertori dell'efficacia innovativa – rispetto alla anzidetta regolamentazione generale – della norma; nelle fila di quest'ultimo orientamento l'indirizzo che denuncia l'illegittimità costituzionale della norma si contrappone a quello che, concorde sulla divergenza di quest'ultima dalla disciplina comune sulla imputazione soggettiva (artt. 42, 43, 47, 59 c.p.), ravvisa nella stessa l'esito di una opzione politico-criminale non irragionevole in chiave di temperamento fra i principi di colpevolezza e uguaglianza su un versante, e di tutela dei beni giuridici cardinali sull'altro. Nel presente paragrafo si delinea una terza

²⁹ *Ivi*, p. 28.

contrapposizione sorta nelle fila dello schieramento che censura l'illegittimità costituzionale della norma.

Convergenti sul carattere eccezionale della disciplina prevista dall'art. 82, convergenti sull'incompatibilità dello stesso con il principio di colpevolezza, taluni (la maggioranza) criticano nella fattispecie di reato *de qua* la imputazione colpevole indifferenziata, consistente nell'assoggettamento del colpevole alla pena del delitto doloso (consumato) nei rispetti di una vicenda costitutiva di una responsabilità a titolo di delitto tentato e di una responsabilità colposa; talaltri considerano la norma un residuo di responsabilità oggettiva, giacché assoggetta alla pena edittale del delitto doloso (consumato) l'agente in mancanza di un fatto penalmente rilevante, giacché né la struttura del delitto tentato, né quella del delitto colposo figurano nella fattispecie di *aberratio ictus*.

I primi individuano, *de lege lata*, nella situazione descritta dall'art. 82 due reati – il tentato e il colposo – unificati *quoad poenam* sotto un'unica cornice edittale: un delitto tentato nei confronti della vittima designata e un delitto colposo in danno della vittima occasionale: l'illegittimità costituzionale della norma (*sub specie*, della sanzione) consisterebbe nella manifesta irragionevolezza, per difetto di proporzionalità, della pena di cui all'art. 82 c.p. rispetto al regime del cd. cumulo giuridico di cui all'art. 81, comma primo, c.p.

I secondi, invece, ravvisano nell'architettura dell'art. 82 c.p. l'assoggettamento a sanzione penale di un soggetto per un fatto, parzialmente o interamente, incolpevole, in carenza dei requisiti (oggettivi) del delitto tentato e/o di quelli (soggettivi) della responsabilità colposa.

Breve: i primi conferiscono all'art. 82 funzione di disciplina, ossia di determinazione di un'autonoma pena edittale per un fatto altrimenti soggiacente alla disciplina del cd. cumulo giuridico delle pene (art. 81, comma primo, c.p.); i secondi, oltre a conferire una funzione disciplinare all'art. 82, vi ravvisano anche una funzione incriminatrice, insita nella imputazione a titolo di dolo del fatto nei confronti della vittima designata anche in mancanza degli estremi (oggettivi) del delitto tentato e/o di quelli (soggettivi) del delitto colposo in danno della vittima occasionale.

Per il momento conviene limitare l'analisi al problema del tentativo nei confronti della vittima designata, il quale, per la complessità dei profili in

rilievo, merita uno spazio autonomo di trattazione. alla rilevanza del caso fortuito (art. 45 c.p.), ai fini della esclusione della responsabilità penale per il fatto in danno della vittima occasionale, si rinvia al paragrafo successivo.

Sono noti gli argomenti impiegati dalla dottrina favorevole alla configurazione di un delitto tentato nella fisionomia dell'art. 82 c.p.:

Se la legge si accontentasse della sussistenza del solo elemento intenzionale nei confronti della vittima designata per imputare a dolo l'azione che è ricaduta su una persona diversa, dimostrerebbe di voler apportare una grave deroga al canone *cogitationis poenam nemo patitur*, di questa deroga, invece, che avremmo dovuto trovare espressa, non ci parlano né la tradizionale configurazione dell'*aberratio ictus*, né la disciplina legislativa attuale³⁰.

Secondo questa impostazione, poiché secondo l'art. 82 in presenza di un fatto normativamente equivalente a quello voluto, il soggetto risponde “come

³⁰ LEONE, *Il reato*, cit., 54. Conf. G. COGNETTA, *In tema di aberratio ictus e tentativo*, in *Cass. pen.*, 1980, 733 ss. Sulle stesse note argomentative si veda, oggi, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffré, 2012, 237, secondo il quale, se si escludesse la necessità di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata, «l'agente dovrebbe considerarsi in dolo rispetto a una condotta che in sé non è tipica, e che diventa tale soltanto in forza di un meccanismo eziologico non voluto, né previsto (ed eventualmente neppure prevedibile). La punibilità si concentrerebbe sull'intenzione criminosa originaria». Attualmente, con argomenti non sempre coincidenti, convergono sull'implicito riferimento nel testo dell'art. 82, primo comma, c.p. alla figura del cd. tentativo compiuto, L. CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. pen.*, 1996, XI, Torino, 177, nt. 74.; G. PILEGGI, *Il reato*, cit., 134; A. VALLINI, *art. 82*, in *Codice penale commentato*, diretto da Padovani, Milano, Giuffré, 2014, 594 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 522 ss.; T. TRINCERA, *Questioni in tema di aberratio ictus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1427 ss. *Contra*, tra gli assertori della natura 'dichiarativa' dell'art. 82: I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1998, 541; L. CONTI, voce, cit., 39; M. GALLO, voce, cit., 67 ss.; ID., *Appunti di diritto penale. Il reato*, Milano, II, 2006, 197; P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 36 ss.; A. REGINA, *Il reato aberrante*, cit., 62 ss.; ID., voce, cit., 3; G. ALICE, *Disciplina*, cit., 623; A. COSSEDDU, *sub art. 82*, cit., 667. Tra gli assertori della natura costitutiva: M. ROMANO, *Contributo*, cit., 68 ss.; ID., *Commentario*, cit., 779; G. MARINUCCI, *Il reato*, cit., 156; S. CANESTRARI, *L'illecito preterintenzionale*, cit., 224, nt. 125; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 310; G. LUNGHINI, *art. 82*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Marinucci, Milano, Giuffré, 2006, 804; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, 324, n. 298; A. GAMBERINI - N. MADIA - L. DELLA RAGIONE, *Manuale breve di diritto penale*, Milano, Giuffré, 2022, 296.

se” avesse realizzato la propria volontà, la stessa norma postulerebbe gli estremi di un tentativo nei confronti della vittima designata.

Diversamente opinando, “il congegno” dell’art. 82 non potrebbe funzionare, venendo a mancare uno dei termini del giudizio di equivalenza: in breve, in mancanza di un tentativo idoneo ad offendere la vittima designata, nella vicenda in rilievo residuerebbe esclusivamente “il fatto realizzato”, mentre del “fatto voluto” mancherebbe proprio l’elemento oggettivo (ossia una condotta idonea secondo la legge penale a produrre l’evento anti-giuridico). Sicché l’azione diretta contro la vittima designata non soddisferebbe i requisiti di materialità e, quindi, di offensività sufficienti a configurare un illecito penale. È vero: si potrebbe obiettare che la pretesa aporia sul piano della tipicità oggettiva verrebbe colmata dall’esistenza di una condotta adeguata a offendere la persona malcapitata; soluzione, secondo il pensiero di Leone, tuttavia interdetta dalla struttura dell’art. 82, in quanto la *parificazione* tra il voluto e il cagionato prevista dalla norma sarebbe sostituita dalla *integrazione* del ‘voluto’ (l’offesa, tramite condotta inidonea, diretta contro ‘il bersaglio’) con il cagionato (l’offesa in danno della vittima occasionale).

Più recentemente, percorrendo lo stesso crinale argomentativo, attenta dottrina che ravvisa nell’art. 82, diversamente da Leone, una deroga all’assetto normativo sulla responsabilità dolosa, considera necessaria, per motivazioni storiche e teleologiche, la presenza di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata³¹.

³¹ È la tesi di G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 80, secondo il quale l’art. 82 afferisce, «più che alla tematica dell’oggetto del dolo, a quella del concorso di reati. In conformità alla concezione psicologica della colpevolezza accolta nel codice Rocco, il legislatore ‘unificherebbe’ due ipotesi di reato – un delitto tentato verso la persona presa di mira e un delitto colposo in danno della vittima malcapitata – nella qualificazione dolosa del reato consumato prevista dall’art. 82. Chiaramente, condizione imprescindibile per l’applicazione della norma è, in quest’ottica, l’esistenza di una condotta idonea ad offendere la vittima designata». ID., *Sul reato aberrante*, in *Studium iuris*, 2000, 21 ss. Conf. T. TRINCHERA, *Questioni*, cit., 1414 ss.; F. VIGANÒ - M. MIEDICO - T. TRINCHERA, *Studiare sui casi. Materiali integrativi per il corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 85 ss.

In merito agli argomenti di natura storica, si osserva che nel dibattito che ha preceduto e concepito la fattispecie nella sua configurazione attuale nella situazione descritta dall'art. 82 è sempre stato individuato, oltre a un reato consumato, un tentativo nei confronti della vittima designata. In tal senso la filogenesi dell'art. 82 e la collocazione sistematica della disposizione rappresenterebbero l'emblematica conferma della pluralità di reati che compongono la figura. In breve, benché la norma, in linea con l'ideologia autoritaria dell'epoca adempirebbe una funzione incriminatrice, la genealogia della fattispecie e l'attuale collocazione nel titolo riservato alla trattazione del concorso di reati, consentono di circoscrivere il profilo innovativo della disposizione alla disciplina sanzionatoria, soppiantando il cd. cumulo giuridico delle pene di cui al concorso formale di reati con la pena del reato consumato doloso.

In merito agli argomenti di ordine teleologico, la sussistenza di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata si imporrebbe alla luce della *ratio* della disciplina, consistente nell'irrobustimento della risposta sanzionatoria prevista dal concorso di reati. Con altri termini, analogamente a quanto avviene nelle fattispecie aggravate dall'evento, nell'art. 82 l'importanza dei beni in gioco – la vita e l'integrità personale – consentirebbe al legislatore di inasprire la pena. Ma se la norma fosse applicabile anche in difetto di un tentativo punibile verso la persona presa di mira, essa darebbe luogo a un evidente dislivello tra il disvalore del fatto consistente in un reato, al più, colposo e il rigore sanzionatorio derivante dalla punizione a titolo di dolo³².

³² In questi termini T. TRINCERA, *Questioni*, cit., 1427 ss. Nello stesso senso S. MESSINA, *art. 82*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, Giuffrè, 2021, 1232 ss. ritiene che aderendo alla tesi avversa «si finirebbe per qualificare l'*aberratio ictus* monolesiva come un'ipotesi (e la sola "sopravvissuta" nel codice penale) di responsabilità oggettiva pura (...)» venendo a «mancare la condotta illecita (verso la vittima designata) alla quale "collegare" la responsabilità per l'offesa a persona diversa, che risulterebbe imputata su basi esclusivamente oggettive».

Come si noterà a breve, né l'argomento storico, né l'argomento teleologico risultano determinanti a favore della necessità di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata³³.

Preliminarmente, però, occorre prendere le distanze dalla posizione che, in modo alquanto apodittico, nega la necessità di un tentativo punibile nei confronti della persona presa di mira per l'indebita esclusione, accedendo a siffatta interpretazione, delle fattispecie contravvenzionali dal perimetro della norma. Al di fuori del rilievo che, salvo le eccezioni menzionate (*retro*, cap. III, § 1.), le contravvenzioni risultano comunque incompatibili con la struttura dell'art. 82, in ogni caso anche in relazione a queste ultime figure di reato possono prospettarsi gli estremi di un tentativo, nell'univocità e nell'idoneità della condotta a offendere l'oggettività giuridica del reato. La questione, sul punto, si affronta e si risolve già sul piano terminologico.

Quando si ipotizza la necessità di un tentativo nei confronti della vittima designata non si allude agli estremi di un delitto tentato o, meglio, a un tentativo punibile, ma all'esistenza di una "condotta idonea e diretta in modo non equivoco" a offendere l'oggetto del reato. Detto altrimenti l'art. 56 c.p. entra in rilievo come unità di misura della pericolosità della condotta rispetto al bene di cui è titolare la vittima designata³⁴. Infatti anche talune contravvenzioni, come il poc'anzi menzionato art. 674 c.p., risultano suscettive di declinarsi secondo il paradigma criminoso di cui all'art. 56 c.p., ancorché, per una scelta di politica criminale, non siano punibili.

³³ Non si condivide quindi la posizione, ancorché autorevolmente espressa, di M. GALLO, voce, cit., 68, secondo il quale, «se davvero l'offesa nei confronti della persona diversa "prendesse a prestito" l'elemento intenzionale dall'azione aberrante nei confronti della vittima designata, ciò non potrebbe avvenire ove tale azione non costituisse reato. Altrimenti si avrebbe la rilevanza di un puro atteggiamento interno che non si sarebbe estrinsecato in alcunché di congruo sul piano oggettivo». Come osservato nel testo, invece, la volontà si è estrinsecata, in modo *idoneo*, nella causazione dell'offesa in danno della vittima occasionale.

³⁴ Sul tema si veda G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 55, secondo il quale anche le contravvenzioni, naturalmente non configurabili nella forma del delitto tentato, possono idealmente svilupparsi secondo l'assetto delineato dall'art. 82 mediante la messa in pericolo, con atti idonei e univoci, dell'interesse oggetto della tutela giuridico-penale. *Contra* L. CONTI, voce, cit., 39; M. GALLO, voce, cit., 68.

Movendo verso la disamina degli argomenti proposti dagli assertori della necessità di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata, si può convenire sul rilievo che la «configurazione tradizionale» dell'*aberratio*, indipendentemente dalla cornice sanzionatoria, contempla un tentativo contro la persona presa di mira. È noto in questo senso che specialmente la dottrina di area tedesca ha aderito in passato e ancora attualmente aderisce a questa posizione. Da un lato la sussistenza del delitto tentato è propugnata dall'orientamento 'pluralista' per evidenziare la presenza di una divergenza penalmente rilevante tra fatto e volontà; dall'altro la necessità di accertare un tentativo punibile contro la vittima designata riceve l'avallo anche della letteratura favorevole alla soluzione 'unitaria', nella cui prospettiva, proprio per garantire una protezione adeguata a beni fondamentali, l'imputazione a titolo doloso del reato consumato preverrebbe l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio ingiustamente mite, nei casi in cui non fosse punibile il tentativo nei confronti della vittima designata³⁵.

È parimenti noto però che non esiste un'unica concezione del delitto tentato, condivisa dalla generalità degli ordinamenti. Se è vero che «la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi è immanente alla nozione di tentativo»³⁶, l'individuazione della condotta punibile riposa invece su un nugolo di questioni inerenti al tentativo, in particolare sulla struttura e sulla angolazione del giudizio di idoneità dell'azione e, correlativamente, dalle funzioni assegnate alla pena.

A titolo esemplificativo si può osservare che la scuola hegeliana non incontrerebbe ostacoli a riconoscere un tentato omicidio contro una persona già deceduta al tempo della condotta (situazione che in Italia integrerebbe senz'altro un'ipotesi di reato impossibile per "inesistenza dell'oggetto" *ex art.* 49, comma secondo, c.p.), in quanto la concezione di reato condivisa dai suoi assertori riposa, in misura preponderante, sulla manifestazione nell'agire del

³⁵ Ipotesi non meramente scolastica, giacché, come è stato osservato, nel *RS/GB* il delitto di lesioni non è configurabile nella forma del tentativo.

³⁶ S. SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. Pen.*, 2002, 915. Sullo stesso tema, più diffusamente, cfr. ID., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, 328 ss.

colpevole della volontà diretta a violare la legge penale, piuttosto che sulla produzione di un pericolo effettivo per il bene tutelato.

Alla luce di siffatti rilievi, è più facile intendersi sull'effettiva portata della tradizione sul punto: concordia sul requisito dell'univocità, il *punctum dolens* consiste nell'idoneità della condotta a offendere la vittima designata³⁷. Se è senz'altro condivisibile sul punto, come prova anche il riferimento del testo normativo alla fase esecutiva del reato, ravvisare rispetto all'offesa diretta verso la persona presa di mira il 'passaggio all'azione' da parte del colpevole, ciò non equivale ad ammettere la necessità di un delitto tentato nei confronti della vittima predestinata³⁸.

Sotto questo profilo non è difficile notare che l'idoneità coincide solo occasionalmente, per così dire, con il requisito previsto dall'art. 56 c.p., ma appartiene in realtà alla struttura di qualunque illecito penale, doloso o colposo che sia, incarnando la violazione della norma precauzionale (generica o specifica) a presidio del bene tutelato³⁹: è indubbio che, diversamente da una

³⁷ Sul punto mette conto notare che gli stessi assertori della necessità di un delitto tentato nei confronti della vittima designata propongono, per dimostrare l'inammissibilità della tesi avversa, esempi di casi in cui, prima ancora della idoneità, al fatto difettano gli estremi di una condotta approdata alla fase esecutiva. L'esempio più consueto è quello del nipote il quale, dopo aver impregnato con la sostanza velenosa i dolci destinati alla zia di cui costituisce l'unico erede, li ripone nella dispensa. Tuttavia un altro soggetto (coincidente nelle varianti dell'esempio a un parente del nipote o a un domestico) trova il dolce, lo mangia e decede a causa del veleno ingerito. Cfr. T. TRINCHERA, *Questioni*, cit., 1429; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 523.

³⁸ In questo senso già G. DELITALA, *In tema di «aberratio ictus»: unicità o pluralità di reati?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 325. Analogamente F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015, 489; G. DACQUÌ, *Il reato aberrante. Causalità e concorsualità*, Padova, A. Tombolini, 2014, 31; E. MEZZETTI, *Diritto penale*, cit., 414; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 633: «Si deve sottolineare, peraltro, che a risultare decisiva (...) è la mancanza di *atti di esecuzione* del reato. (...) Le cose stanno infatti diversamente quando la non punibilità del tentativo dipenda, ad esempio, dalla non idoneità degli atti o dalla inesistenza dell'oggetto».

³⁹ Cfr. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 30 ss. «In tutti i casi pensati e pensabili, non c'è dolo senza colpa: si configura la realizzazione dolosa di un fatto, sempreché – in assenza di dolo – siano presenti rispetto allo stesso fatto gli

condotta parimenti offensiva di un bene giuridico ma di natura colposa, l'art. 82 necessita della direzione della volontà verso un soggetto passivo. Si può dunque concludere che l'ultima *Thule* per la configurabilità dell'art. 82 è costituita dalla configurazione di un reato impossibile (art. 49, comma secondo, c.p.) nei confronti della vittima designata.

Quanto alla morfogenesi dell'art. 82, è vero che sotto il profilo strutturale la fattispecie è concepita nel Progetto preliminare alla stregua di un reato aggravato dall'evento. Traspare però in modo altrettanto evidente dai lavori preparatori la volontà legislativa di trattare l'*aberratio ictus* come un errore su un dato del fatto storico non rientrante fra gli elementi del fatto tipico⁴⁰.

Passando al piano topografico, neanche la suindicata collocazione nel titolo riservato alla disciplina del concorso di reati indica univocamente la natura 'pluralistica' della fattispecie descritta dal primo comma: come già osservato, la collocazione della norma nell'ambito del concorso di reati per un verso vale a chiarire la diversità strutturale della situazione delineata dall'art. 60 da quella contemplata dall'art. 82, evitando che anche quest'ultima norma fosse riferita alla fenomenologia dell'*error in persona*; per un altro il primo comma è attratto nella disciplina del concorso dalla pluralità di reati costitutiva della situazione descritta dal capoverso dell'articolo.

estremi della colpa». Ai nostri fini, le riflessioni dell'Autore risultano perspicue proprio per rimarcare che l'idoneità costituisce un predicato del principio di materialità e che, pertanto, attiene alla struttura tanto del reato doloso quanto del reato colposo. Nello stesso senso S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 224, il quale discorre di «adeguatezza» della condotta dolosa di base, nell'accezione 'ridotta' di «possibilità/attitudine a cagionare il tipo di offesa concretamente verificatosi».

⁴⁰ Sul punto basta notare che nell'ottica del legislatore del '30 l'art. 82 regolerebbe un caso specifico di errore sull'identità fisica della persona offesa (così Al. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit., 100). Perciò, anche quando nella Relazione Ministeriale, *Ivi*, 108, si statuisce che l'art. 85 (l'attuale art. 82) «pone il principio per cui, quando per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per altra causa, sia cagionata un'offesa in danno di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere», si intenderebbe solo ribadire l'irrelevanza nel giudizio di colpevolezza dell'errore commesso dall'agente, «cadendo quest'ultimo non sull'obbietto giuridico, bensì semplicemente sull'obbietto materiale del reato» (*Ivi*, 137).

Quanto agli argomenti di ordine teleologico, essi collidono con il dato testuale della norma. Interpretare la *fiction* contenuta nell'art. 82 nel senso di considerare «come realizzata l'offesa in danno della vittima designata»⁴¹, importerebbe l'integrale prevalenza del putativo sul reale, che è invece riservata dall'art. 82 esclusivamente al regime di imputazione delle circostanze attenuanti⁴². Inoltre, secondo quanto già osservato, la soluzione non importerebbe maggiori garanzie nella prospettiva del soggetto attivo, in particolare, in tema di prevedibilità del trattamento sanzionatorio irrogabile⁴³.

Pertanto benché suggestiva, alla luce della tradizione che si propone di tramandare, la tesi avversata, che risale all'illustre pensiero di Leone, non sembra accreditata dal profilo testuale della norma, né allineata alle ragioni informatrici della stessa. Se, come affiora anche dalle riflessioni svolte nella Relazione Ministeriale, mediante il disposto di cui all'art. 82, si intende punire il colpevole per aver manifestato la «volontà di offendere una persona, cioè la direzione del volere verso un oggetto giuridico di genere necessario per la realizzazione dell'illecito»⁴⁴, per integrare l'ipotesi di *aberratio* contemplata dall'art. 82 si ritiene sufficiente la *concomitanza* della causazione (ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p.) e della volontà dell'evento conforme a quello descritto dalla fattispecie incriminatrice⁴⁵.

⁴¹ Sul punto cfr. G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 111 ss. «In ultima analisi, la relazione di equivalenza tra le due offese non può essere affermata ragionando come se la prima fosse stata accompagnata dai requisiti necessari a consentirne un'imputazione a titolo di dolo; bensì, al contrario, “come se” la prima, *proprio in quanto (e nella misura in cui potesse considerarsi) sorretta da una condotta realizzata con dolo*, fosse sfociata in un risultato corrispondente a quello cagionato nei confronti della persona attinta per errore».

⁴² Sul punto cfr., per tutti, M. GALLO, voce, cit., 71, nt. 17, allorché rileva puntualmente come «la riconduzione dell'offesa realizzata all'offesa ideata si verifica soltanto nei casi in cui tale riconduzione ridonda a vantaggio dell'agente».

⁴³ Per evitare inutili ripetizioni, si rinvia sul punto al paragrafo precedente (*retro*, cap. III, § 2.1.) nel quale si ha avuto modo di delineare l'operatività concreta del giudizio di equivalenza tra il voluto e il cagionato.

⁴⁴ L. CONTI, voce, cit., 39 ss. Analogamente A. REGINA, voce, cit., 3 ss.

⁴⁵ Su tale profilo si veda P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 36, il quale attribuisce all'art. 82 la funzione di confermare la natura dolosa dell'offesa in danno di persona diversa da quella voluta. Di conseguenza, secondo l'A., la disposizione in esame non postula

Quando la norma dispone di dover punire il colpevole a titolo doloso per il fatto realizzato, applica il seguente paralogismo⁴⁶: «X voleva uccidere A, A è un uomo; dunque X voleva uccidere un uomo, B (che X ha ucciso) è un uomo, allora X voleva uccidere B»⁴⁷.

In definitiva, come è stato perspicuamente notato, quando «la legge dice espressamente che il soggetto risponde “come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere”, ciò si deve soltanto alla necessità di porre in evidenza la deroga che immediatamente segue: deroga, contenuta nell’inciso “salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell’art. 60”»⁴⁸.

Movendo all’esame degli elementi costitutivi dell’art. 82 c.p., da un lato sul versante oggettivo del fatto, non si evince ove risiederebbe l’imputazione del solo atteggiamento interiore, in quanto la norma esige che l’offesa in danno della vittima non designata sia “cagionata”, non bastando l’occasionale verifica dell’evento materiale, che non sia conseguenza della condotta

alcuna *translatio doli*, né, per l’effetto, un delitto tentato nei confronti della vittima designata, in quanto stando al dato letterale (e a norma dei principi generali) è «l’offesa alla persona diversa che deve considerarsi oggetto del dolo». Nello stesso senso G. LUNGHINI, *art. 82*, cit., 804.

⁴⁶ Si tratta di un sicuro paralogismo giacché la conclusione – «dunque X voleva uccidere un uomo» – aggiunge un’informazione che non era contenuta in alcuna delle ‘premesse’ iniziali. Infatti l’appartenenza di A al genere umano non implica che X abbia voluto uccidere un componente qualunque del genere umano. In base alla premessa maggiore è noto soltanto che, all’interno del genere umano, X voleva uccidere A. Il sillogismo preclude invece l’imputazione dolosa dell’omicidio di B, giacché si struttura diversamente: «A e B sono uomini. L’art 575 c.p. punisce chi causa volontariamente la morte di un uomo; l’art. 589 c.p. punisce chi causa per colpa la morte di un uomo (premesse maggiori); X non ha causato la morte di A che voleva uccidere e ha causato la morte di B che non voleva uccidere (premesse minori); X non ha violato l’art. 575 c.p., ma solo l’art. 589 c.p. (conclusione)».

⁴⁷ R. HERZBERG, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, in *ZStW*, 1973, 85, 878. Sebbene la riflessione appartiene all’interprete di un sistema normativo in cui manca una disposizione specifica per il caso, essa disvela esattamente la matrice imperativistica alla base dell’art. 82 c.p.

⁴⁸ In questi termini A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 444.

dell'agente⁴⁹; per un altro, sul versante dell'elemento psicologico, non si discerne la ragione per cui l'esistenza di un delitto tentato nei confronti della persona presa di mira possa ricondurre l'imputazione dolosa del fatto prevista dall'art. 82 nell'alveo del principio di colpevolezza: il fatto realizzato per cause accidentali e imprevedute in danno della vittima occasionale resterebbe comunque 'estraneo' alla volontà del soggetto, tanto se in riferimento alla persona presa di mira sussistano gli estremi di un delitto tentato, quanto nel caso contrario⁵⁰. il trattamento sanzionatorio resterebbe decisamente più aspro e, di risulta, manifestamente irragionevole in relazione a quello irrogabile stando alla disciplina del concorso di reati⁵¹.

⁴⁹ Cfr. M. ROMANO, *Contributo*, cit., 85, nt. 61: «In verità, che l'elemento soggettivo esistente nei confronti della persona designata sia sufficiente ai fini della imputazione dolosa dell'offesa realizzata in danno della persona diversa è proprio il risultato dell'introduzione nel sistema dell'art. 82 (e di fronte a ciò nulla in contrario, se ci si intende, all'affermazione che il dolo sarebbe 'preso a prestito'); la deroga al noto canone pare esclusa poiché sul piano oggettivo, correlata l'idoneità alla persona diversa, la persona la cui offesa è imputata, esistono pur sempre atti 'qualificati'; conf. M. DONINI, *Illecito*, cit., 474, secondo il quale «implicando la sufficienza della mera tipicità oggettiva ai fini della imputazione dell'esito concretamente cagionato, (l'art. 82, N.d.R.) deroga, perciò, alla necessità di accertare la reale tipicità soggettiva, come dovrebbe richiedersi in base ai principi»; ID., *Il reato aberrante*, cit., 785.

⁵⁰ Lo riconosce anche T. TRINCHERA, *Questioni*, cit., 1451, il quale, ancorché favorevole alla tesi che arguisce l'evocazione, nell'art. 82 c.p., di una condotta di tentativo nei confronti della persona presa di mira, ravvisa l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio per la sua marcata sproporzionalità rispetto alla misura della colpevolezza nel caso concreto: «In linea generale, riteniamo che il legislatore possa prevedere un aggravamento di pena, contenuto entro limiti ragionevoli, per le ipotesi nelle quali un fatto colposo derivi dalla commissione di un delitto doloso (...) Ciò nondimeno va sottolineato che residuano comunque seri dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina prevista dall'art. 82 c.p. perché tale norma, introducendo una deroga alla disciplina del concorso formale di reati, prevede un trattamento sanzionatorio più grave che, in alcuni casi, appare tendenzialmente sproporzionato e irragionevole».

⁵¹ Ricorrendo al classico esempio dell'omicidio aberrante, esso è sanzionato con la pena da ventuno a ventiquattro anni di reclusione (art. 575 c.p.). L'omicidio tentato è sanzionato con la pena da sette a sedici anni di reclusione (artt. 56-575 c.p.). Stando alla disciplina sul concorso di reati (art. 81, comma primo, c.p.) il cd. cumulo giuridico delle pene dell'omicidio tentato e dell'omicidio colposo situerebbe la pena fra sette anni e un giorno a ventuno anni di reclusione. Cfr. T. TRINCHERA, *Ivi*, 1451 ss.

Peraltro proprio nella transizione dal versante oggettivo al versante soggettivo della fattispecie si segnala il contenuto innovativo dell'art. 82: ancorché il colpevole non si sia rappresentato la persona effettivamente colpita, la condotta, causalmente adeguata rispetto all'evento prodotto, dalla quale insorgerebbe secondo le regole generali una responsabilità di tipo colposo, è trasfigurata dall'art. 82 in una responsabilità di tipo doloso⁵², proprio perché l'agente è punito "come se" avesse voluto offendere proprio la persona attinta dal colpo.

Infine si rende opportuna una precisazione: disconoscendo la tipizzazione del delitto tentato nella fattispecie-base di *aberratio* non si intende perciò solo dislocare il caso in cui si concretizzi un tentativo idoneo nei confronti della vittima designata nella fattispecie del capoverso dell'art. 82 (cd. *aberratio ictus* plurilesiva)⁵³. Se, nell'ideale ciclo biologico del fatto penalmente rilevante, il reato impossibile (art. 49, comma secondo, c.p.) raffigura lo stadio evolutivo confinante con l'offesa diretta contro la vittima designata di cui all'*aberratio ictus* monolesiva, il tentativo idoneo cd. compiuto (art. 56 c.p.) raffigura lo stadio evolutivo confinante con la fattispecie di *aberratio* di cui all'art. 82 cpv., giacché se il tentativo tramuta in reato consumato (nei confronti della vittima designata) si configura la fattispecie *aberrante* plurilesiva.

Infatti, opinando *a contrario*, vale a dire assumendo la configurazione della fattispecie di cui all'art. 82 cpv. nel caso del tentativo nei confronti della vittima designata, il colpevole soggiacerebbe alla pena del delitto più grave, ad esempio quella dell'omicidio doloso per l'uccisione della vittima occasionale,

⁵² In argomento si veda M. ROMANO, *Contributo*, cit., 83 ss.

⁵³ Cfr., per tutti, M. ROMANO, *Ivi*, 80, secondo il quale «l'offesa nell'art. 82, indica la lesione materiale, se si vuole, la consumazione, o meglio, l'aspetto oggettivo di lesione consistente nella realizzazione totale o parziale del voluto, ove per realizzazione parziale si intende l'ottenimento di un risultato dannoso descritto da una fattispecie che si ponga quale anticipazione, con quella voluta, in un rapporto di progressione criminosa». ID., *Commentario*, cit., 780. Analogamente P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 37 ss. *Contra* M. GALLO, voce, cit., 73 ss., il quale limita l'ambito di applicazione del primo comma della disposizione alla ipotesi di verifica di un reato impossibile nei confronti della vittima designata; M. GAMBARDELLA, *Offesa di persona diversa e tentativo nei confronti della vittima designata*, in *Cass. pen.*, 1994, 66 ss.

aumentata fino alla metà (dodici anni nel massimo, un giorno nel minimo) per il tentato omicidio verso la persona presa di mira.

Questa ricostruzione appare, ad ogni evidenza, incompatibile con la *ratio* e la struttura dell'art. 82. Se, come già osservato, negli intendimenti del legislatore del '30 la norma si limitasse a riprodurre pleonasticamente la disciplina del dolo, sancendo espressamente l'irrilevanza dell'errore sull'identità della vittima, il delitto tentato nei confronti della vittima designata dovrebbe perdere autonoma rilevanza non appena il reato si consuma in danno della vittima occasionale. In termini distinti, analogamente a quanto si verifica in un'ipotesi comune di delitto consumato doloso, in cui tra la fattispecie tentata e la fattispecie consumata intercorre un rapporto di reciproca incompatibilità, che destituisce di rilevanza penale il tentativo, nell'ipotesi di *aberratio ictus*, in cui il delitto tentato e il delitto consumato offendono persone distinte, il secondo prevale sul primo in quanto approfondisce, realizzandola, l'offesa veicolata dal tentativo.

In base a quest'ordine di rilievi, si può iniziare a circoscrivere l'ambito applicativo dell'art. 82, comma secondo, alla ipotesi di due lesioni effettive: una in danno della vittima designata, un'altra in danno della persona diversa⁵⁴.

Pertanto resta fermo l'inquadramento nella fattispecie-base del reato aberrante *ex art. 82*, primo comma, c.p. (cd. *aberratio* monolesiva) e l'integrazione di un delitto tentato, privo di conseguenze lesive in danno della

⁵⁴ Conf. Cass., Sez. I, 10 marzo 1971, in *Cass. pen.*, 1972, 869; Cass. Sez. I, 30 marzo 1978, in *Cass. pen.*, 1980, 728 ss. e in *Giust. pen.*, 1980, 2, 619 ss., con nota critica di G. ALICE, *Disciplina*, cit.; Cass., Sez. I, 26 marzo 2014, n. 28222, in *Dir. e giust.*, 2 luglio 2014. È chiaro che l'offesa in danno della persona presa di mira deve essere inquadrata nel delitto di lesione personale dolosa e non, invece, nell'omicidio tentato, in quanto il dolo omicida è già stato valutato nell'imputazione dell'omicidio consumato in danno della vittima occasionale. *Contra* Cass., Sez. I, 18 aprile 1988, n. 8505, in CED Cass., 1988. Nella giurisprudenza di merito cfr. C. Ass. App. Napoli, 22 gennaio 1964, in *Giust. pen.*, 1964, 2, 595 ss. Concordi in dottrina M. ROMANO, *Contributo*, cit., 118, P. J. DA COSTA, *Riflessioni*, cit., 44; G. BETTIOL, *Sul reato*, cit., 208; SANTORO, «*Aberratio ictus*» e tentativo, in *Scuola pos.*, 1941, 2, 99. *Contra* M. GALLO, voce, cit., 72; L. CONTI, voce, cit., 39 ss.

vittima designata, andrà a incidere nella commisurazione della pena secondo i criteri indicati dall'art. 133 c.p.⁵⁵.

3.1. Il caso fortuito come limite alla portata della *factio doli* imposta dalla norma. Critica.

Nel paragrafo precedente si ha avuto modo di notare la funzione che riveste sul piano teleologico la pretesa di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata: l'intento è di contenere la portata applicativa della norma, limitando il suo raggio di azione ai casi in cui il soggetto ha determinato un pericolo concreto per il bene oggettivato dalla vittima designata. Sulla scorta degli argomenti di qui a breve addotti, anche in relazione al caso fortuito è stata specialmente l'esigenza di ricomporre il dissidio fra l'imputazione dolosa di un fatto non voluto a norma dell'art. 82 c.p. e il principio di colpevolezza che ha indotto parte della dottrina a valorizzare l'art. 45 c.p., in funzione di limite all'estensione della responsabilità dolosa⁵⁶. È chiaro che l'indagine ha ragion d'essere solo aderendo alla tesi (maggioritaria) che tratta

⁵⁵ In questo senso G. BETTIOL, *Sul reato aberrante*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Jovene, 1938, 206 ss. Secondo l'A. «il tentativo doloso a danno della vittima designata (...) viene consunto dalla verifica dell'evento previsto e voluto dall'agente, anche se prodotto a danno di persona diversa da quella voluta (...). Invero potremmo parlare di tentativo a danno della persona designata, se l'attività del reo si fosse arrestata *in itinere* senza avanzare sulla linea di direzione che ha portato alla lesione di quell'interesse che si voleva ledere, anche se di questo ne è titolare una persona diversa». In termini sovrapponibili T. TRINCERA, *Questioni*, cit., 1425 ss.

⁵⁶ Tra le fattispecie di esclusione della punibilità regolate dall'art. 45 si tratterà solo l'ipotesi del caso fortuito. Riguardo alla forza maggiore è appena il caso di notare che l'eventuale agire di una forza irresistibile sul soggetto idonea a determinarne l'azione esclude non solo l'applicabilità dell'art. 82 in relazione all'offesa in danno della vittima occasionale, ma anche la tipicità materiale dell'offesa diretta contro la vittima designata. Mutuando le considerazioni di autorevole dottrina (M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, 757), si rileva che, se manca la volontà dell'«ultimo atto compiuto prima della messa in moto di un processo causale, indipendente da successivi interventi dell'agente», cessa di conseguenza la possibilità di imputare a titolo doloso il fatto commesso, indipendentemente dalla identità del soggetto passivo sul quale materialmente ricade l'azione. Cfr., per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 76-84 e 113-114.

il caso fortuito come fattispecie esimente. Viceversa, per coloro i quali interpretano il disposto di cui all'art. 45 c.p. come norma di chiusura del sistema di imputazione oggettiva atta ad escludere il nesso eziologico allorquando cause preesistenti, autonome e indipendenti dalla condotta abbiano determinato l'evento⁵⁷, *nulla quaestio*. Sulla scorta degli argomenti già addotti, infatti, sanzionando "l'offesa cagionata" l'art. 82 postula l'esistenza della tipicità oggettiva e, più specificamente, un rapporto di causalità qualificato ai sensi degli artt. 40 - 41 c.p. fra la condotta e l'evento: pertanto, al pari delle concause sopravvenute (art. 41 c.p.), il caso fortuito escluderebbe l'imputazione dell'offesa in danno di persona diversa da quella voluta⁵⁸.

Inquadrandolo la fattispecie *de qua* nella categoria delle cause di esclusione della colpevolezza e, in particolare, come «limite generale di tipo "negativo" di qualsiasi criterio di imputazione esistente nel nostro ordinamento»⁵⁹ la questione diviene più problematica. Senza indugiare oltre, occorre determinare se l'"altra causa" nominata dall'art. 82 sia idonea a comprendere anche il decorso causale anomalo, eccezionale e, quindi, imprevedibile, costitutivo del caso fortuito ai sensi dell'art. 45 c.p.

Principalmente sulla scorta dei medesimi argomenti di carattere teleologico addotti in tema di tentativo, utili a restringere il perimetro applicativo della norma, parte della dottrina considera il caso fortuito rilevante per escludere la responsabilità a titolo doloso dell'agente per il reato in danno della vittima occasionale, riabilitando, sussistendone i presupposti oggettivi, la responsabilità a titolo di tentativo per la condotta diretta contro la persona presa di mira⁶⁰.

⁵⁷ In questo senso F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 151.

⁵⁸ In tal senso A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 445.

⁵⁹ In questi termini M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 115. Perciò secondo l'A., la cui riflessione sul problema si sottoscrive, occorre indagare se la regola generale in tema di imputazione soggettiva dettata dall'art. 45 c.p. incontri un limite alla propria operatività nella specifica struttura della figura criminosa delineata dall'art. 82 c.p.

⁶⁰ Sicché l'art. 45 dovrebbe essere impiegato come strumento di ricomposizione, o quanto meno di riduzione, della frattura dell'art. 82 con il principio di colpevolezza. Emblematica di questa prospettiva è la ricostruzione di A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2017, 422:

Secondo quest'impostazione il carattere doloso del criterio formale di imputazione non precluderebbe all'agente il potere di provare l'effettiva inevitabilità dell'evento derivante dal verificarsi di circostanze non prevedibili. In questa prospettiva l'"altra causa" nominata dalla norma comprenderebbe ogni turbamento del decorso eziologico idoneo ad alterare la direzione della condotta, escluso lo sviamento che conduce l'azione a un esito non pronosticabile secondo il canone dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*.

Non si può disconoscere che l'integrazione in via ermeneutica di figure criminose rispondenti nell'ottica del legislatore storico al modello della responsabilità oggettiva con il requisito della prevedibilità in concreto dell'evento rappresenta – è noto – il traguardo della interpretazione costituzionalmente orientata delle ipotesi di responsabilità oggettiva disseminate nel codice penale. Anche in ragione del meritorio tentativo di attuare il principio di colpevolezza, siffatta ermeneutica teleologicamente orientata ha trovato legittimazione dogmatica (nel dovere di fedeltà alla Costituzione dei Giudici di cui all'art. 54 c.p.) e teoretica nella riflessione dottrinale⁶¹.

«L'unica via per interpretare in chiave costituzionalmente orientata la norma relativa all'*aberratio ictus* è quella di farla operare in chiave sistematica con l'art. 45 c.p., e, in particolare, con il caso fortuito, nel senso di imputare l'offesa alla persona diversa, solo laddove l'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione non sia dovuto al fortuito, bensì a colpa». Al di fuori di ogni ulteriore considerazione sul merito, per il momento valga osservare che, per come formulata, la riflessione lasci intendere che stando all'art. 45 c.p. è la prova della prevedibilità dell'evento a fondare il giudizio di colpevolezza. In verità la formulazione in senso negativo dell'enunciato ("Non è punibile chi ha commesso il fatto ...") grava l'imputato dell'onere di provare la non prevedibilità dell'evento per l'escludere la colpevolezza. In caso di inadempimento dell'onere probatorio l'evento deve considerarsi 'non imprevedibile' e 'non inevitabile' e, quindi, rimproverabile all'agente. In senso affine N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983, 210; T. TRINCHERA, *Questioni*, cit., 1415; F. VIGANÒ - M. MIEDICO - T. TRINCHERA, *Studiare sui casi*, cit., 86.

⁶¹ In quanto tra le fattispecie più frequenti al vaglio della Suprema Corte sul punto, possono menzionarsi agli artt. 586, 116 e 584 c.p. Se in modo definitivo nel primo caso e in misura crescente nel secondo la giurisprudenza di legittimità ha adottato una rilettura costituzionalmente adeguata, accogliendo il requisito della prevedibilità in concreto dell'evento (rispetto all'art. 586 c.p. cfr., per tutti, Cass., Sez. U., 29

Tuttavia in tema di *aberratio ictus* la fisionomia dell'art. 82, nonché il fondamento politico-criminale della disciplina ostano alla 'rilettura' anche di questa norma mediante l'introduzione in via ermeneutica del canone della prevedibilità in concreto dell'offesa realizzata. Dapprima mette conto notare che non solo dalla prospettiva del codice Rocco, bensì anche in quella del legislatore del codice 'unitario' la concreta prevedibilità dell'evento non sia contemplata nelle rispettive figure normative: in riferimento al codice Zanardelli l'art. 52 richiede unicamente il nesso di causalità fra la condotta e l'evento lesivo in danno della persona diversa da quella voluta, come comprova l'impiego della locuzione "altro accidente" in forma alternativa a quella di "errore" nell'indicazione dei fattori della divergenza tra il voluto e il realizzato. In riferimento all'art. 82 la struttura sintattica della disposizione fonda esplicitamente un dolo mutilato del suo referente storico nella rappresentazione intellettuale dell'agente, in cui la responsabilità dolosa si fonda unicamente sull'esistenza del nesso causale tra la condotta delittuosamente orientata e l'evento.

Occorre quindi interrogarsi sull'esperibilità di una 'rilettura correttiva' della disposizione idonea a temperarne la contraddizione con il principio di colpevolezza. La risposta appare negativa poiché, diversamente dalle distinte norme che regolano il fenomeno della divergenza tra fatto e volontà, l'art. 82 considera l'offesa in danno della vittima occasionale non solo prevedibile, ma convergente con la volontà del colpevole. Più specificamente: mentre le fattispecie aggravate dall'evento, l'omicidio preterintenzionale e l'art.

maggio 2009, n. 22676, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4564 ss., con nota di A. CARMONA, *La 'colpa in concreto' nelle attività illecite secondo le Sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*; rispetto all'art. 116 c.p. cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 11 settembre 2018, n. 44579, rv. 273977; Cass., Sez. I, 18 giugno 2013, n. 34036, rv. 257251; C. Cost., 31 maggio 1965, n. 42 in *Giur. cost.*, 1965, 639 ss.), invece nel caso dell'omicidio preterintenzionale (cfr. Cass., Sez. V, 24 maggio 2018, n. 28706, in *Dir. giust.*, 22 giugno 2018; Cass., sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2674 ss., con nota critica di L. PAOLONI, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389*) predomina l'orientamento che richiede il solo accertamento del dolo dei reati-base (artt. 581 o 582 c.p.), nel quale resterebbe assorbito il rischio di verificazione dell'evento morte.

116 c.p., al di fuori del fondamento soggettivo della imputazione, condizionano la loro applicabilità al verificarsi di una divergenza tra la volontà dell'agente e l'evento tipico, al contrario l'art. 82 assume la convergenza, benché attraverso un'*astrazione* dell'oggetto del dolo, fra il voluto e il realizzato⁶².

Sul punto occorre intendersi: sembra difficile dubitare che, in mancanza di una norma come l'art. 82, sarebbe necessario accertare l'effettiva prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale, la quale risulterebbe senz'altro esclusa dalla sussistenza degli elementi costitutivi del caso fortuito, in quanto la volontà di offendere la persona presa di mira sarebbe stata già imputata e punita, ricorrendone i presupposti oggettivi, a titolo di delitto tentato.

Tuttavia queste ultime considerazioni si snodano in una prospettiva di critica del diritto, che postula l'abrogazione dell'art. 82: invece in riferimento al quadro normativo vigente, richiedere la 'non imprevedibilità' dell'omicidio o della lesione in danno della vittima occasionale contraddice non solo la funzione della norma nel sistema di imputazione soggettiva – la quale può e deve essere superata, quando possibile, da interpretazioni costituzionalmente conformi del dato legislativo – ma anche la tipicità oggettiva della fattispecie. Infatti diversamente dalle ipotesi di reato aggravato dall'evento, di concorso 'anomalo', di omicidio preterintenzionale il dispiegamento di una tutela rafforzata a difesa della persona fisica nell'art. 82 si concreta, prima ancora che nel quadro edittale, nella esplicita imputazione a titolo doloso del fatto.

Anche se l'art. 82 comporta un'illegittima dilatazione della tipicità dolosa, esso prescrive una determinata regola di condotta la quale, direttamente in chiave di prevenzione generale negativa e indirettamente in funzione di difesa sociale, orienta il comportamento dei potenziali colpevoli e delle potenziali vittime 'malcapitate': detto altrimenti è sufficiente rammentare che le norme

⁶² Conf. M. ROMANO, *Il contributo*, cit., 127, secondo il quale «la situazione su cui 'insiste' la norma è data da una offesa non dolosa (poiché non rappresentato l'oggetto sul quale ha inciso l'azione, o comunque, per definizione, perché non tenuta in conto dall'agente la lesione rispetto ad esso) ed eventualmente neppure colposa, poiché non si ha traccia di siffatto criterio di collegamento, cioè della necessità di indagini sulla prevedibilità dell'evento».

giuridiche, e in particolar modo le norme penali, rappresentano dei criteri di orientamento dell'agire umano o, quanto meno, svolgono una funzione performativa all'interno della realtà sociale. Con il disposto dell'art. 82 il legislatore ammonisce i destinatari (i potenziali 'soggetti attivi') e i beneficiari (le potenziali vittime 'occasional')⁶³ della tutela penale del massimo rigore col quale sarà punito il responsabile – sia egli l'assassino di professione o il soggetto incensurato vittima del fatto ingiusto del soggetto passivo designato – della lesione o della morte di un uomo, ancorché distinto da quello che egli aveva in animo di offendere.

In ultima analisi, anche comprendendo la direttrice garantista di fondo, la tesi che propone di delimitare l'ambito applicativo dell'art. 82 mediante il ricorso alla disciplina del caso fortuito⁶⁴ non può essere condivisa in quanto propone una rilettura costituzionalmente orientata della disposizione preclusa

⁶³ Sugli 'attori' che costituiscono la platea di interlocutori ideali dello Stato per la produzione di norme penali si veda H. POPITZ, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1980, 38 ss., trad. it. in C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 872 ss. «I 'destinatari' sono quella cerchia di soggetti per i quali un determinato modello comportamentale ha carattere di vincolatività normativa, nel senso che in difetto di validità del precetto (*scilicet*, di osservanza della norma) è su di essi che si attua la validità della sanzione. (...) I 'beneficiari', per contro, sono tutti quei soggetti che possono ricevere nocimento dalla violazione della norma».

⁶⁴ Sul punto cfr., per tutti, A. REGINA, voce, cit., 2, secondo il quale «considerando normativamente le cause dell'*aberratio*, il Legislatore si è preoccupato di indicarle in modo estremamente lato e, quel che più conta, ha costruito l'imputazione dell'evento in termini tali per cui ogni indagine sull'elemento della prevedibilità (rappresentabilità) è preclusa. Rendere operativo il fortuito, come limite alla rappresentabilità dell'evento, significherebbe avvilire la *ratio* stessa della regolamentazione adottata dal Legislatore nelle fattispecie aberranti». Conf. M. LEONE, *Il reato*, cit., 52. A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 444; L. CORNACCHIA, voce, cit., 173; M. DONINI, *Il reato*, cit., 786; G. PILEGGI, *Il reato*, cit., 49; I. I. CARACCIOLI, *Manuale*, cit., 542; M. L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 42. *Contra* G. BATTAGLINI, *In tema di reato aberrante con duplice evento*, in *Giust. pen.*, 1948, 270; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 78 ss.; M. SANTISE - F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017, 278.

dal dettato normativo e, quindi, in frizione con il principio della riserva di legge, espressiva del monopolio legislativo delle scelte di politica criminale.

Alla luce degli argomenti poc'anzi addotti è ora possibile prendere partito in merito alla funzione, (soltanto) di disciplina o (anche) incriminatrice, della imputazione a titolo doloso del fatto nell'art. 82 c.p., questione sottostante alla indagine intorno alla necessità di un delitto tentato *in itinere* nell'offesa aberrante e di una responsabilità colposa per l'offesa in danno della vittima occasionale. Si può concludere che la norma di cui all'art. 82 configura un'autonoma incriminazione nell'ordinamento, giacché assoggetta alla sanzione del delitto doloso (consumato) il soggetto in presenza, eventualmente, di un fatto altrimenti lecito, allorquando la condotta diretta contro la vittima designata non abbia integrato gli estremi del delitto tentato e il fatto in danno della vittima occasionale quelli del delitto colposo. Detto altrimenti: non già (e non solo) paradigma di responsabilità anomala, derivante dallo sfasamento fra l'atteggiamento psicologico dell'agente e il titolo di ascrizione della responsabilità penale, ma, altresì, responsabilità oggettiva, in mancanza di prevedibilità dell'offesa non voluta.

Ne consegue, pertanto, il duplice effetto derogatorio della norma in commento: verso il regime sanzionatorio del cd. cumulo giuridico delle pene *ex art. 81, comma primo, c.p.*, nonché verso i criteri ordinari di imputazione soggettiva (artt. 42, 43 e 47 c.p.).

4. Le persone offese dal reato aberrante. Il sacrificio del diritto di difesa della vittima designata per la assicurazione della collettività.

Acquisito che ai sensi dell'art. 82 si assume voluta l'offesa realizzata in danno della persona diversa da quella presa di mira, si impongono delle puntuali considerazioni sui riflessi della posizione sulla tutela accordata alla vittima designata. In particolare è necessario comprendere se, nel caso in cui il reato aberrante attraversi la fase del delitto tentato, la persona presa di mira possa beneficiare delle prerogative attribuite alla persona offesa dal reato.

Senza una norma come l'art. 82 sarebbe alquanto agevole rispondere che la vittima designata costituisce persona offesa del reato (specificamente, del

delitto tentato) ai sensi degli artt. 120 ss. c.p. La questione risulta invece più intricata proprio in quanto l'art. 82, fondendo il voluto e il cagionato in un'ipotesi unitaria di responsabilità penale, preclude il riconoscimento della qualità di persona offesa dal reato a soggetti distinti dalla persona effettivamente lesa, ossia dalla vittima in danno della quale si estrinseca l'evento offensivo 'astrattamente' voluto dall'agente⁶⁵.

Non è controverso che, laddove il tentativo abbia causato un danno alla persona presa di mira, ad esempio ingenerando in quest'ultima uno stato di timore, di inquietudine, ossia un qualunque trauma psico-emotivo, debba essere riconosciuta alla vittima designata la legittimazione a costituirsi parte civile per richiedere il risarcimento del danno derivante da reato (artt. 185 ss. c.p.; artt. 74 ss. c.p.p.). Non sembra del pari revocabile in dubbio che, sebbene persona offesa e parte civile rappresentino soggetti processuali distinti, essi coincidano nelle ipotesi di reato contro la vita e l'incolumità personale. Alla luce di quanto brevemente osservato, proprio poiché il reato aberrante si sostanzia nei delitti di sangue, la vittima designata dovrebbe acquisire la qualità di persona offesa dal reato, potendo perciò godere di tutti i diritti a essa garantiti nel corso del procedimento penale, consistenti tanto nella facoltà di

⁶⁵ *Contra* G. LEONE, *Il reato*, cit., 84, il quale muove dal presupposto della configurazione nel primo comma dell'art. 82 di un concorso apparente di norme composto dal delitto tentato nei confronti della vittima designata e da un delitto consumato in danno della persona diversa: «L'ammissione di una doppia soggettività giuridica passiva non è contrastata dalla premessa sulla natura giuridica di questa prima figura di *aberratio ictus*: l'istituto del concorso di norme non ripudia la possibilità di una pluralità di offesi. La stessa impostazione, anzi, del problema del concorso di norme presuppone, con l'esistenza di più norme teoricamente applicabili allo stesso fatto la possibilità di più oggettività giuridiche e (nel caso che queste oggettività si riferiscano a più titolari dei beni o interessi penalmente protetti) di più soggetti passivi». Nello stesso senso R. A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffrè, 1971, 426 ss. La tesi di Leone non può essere condivisa per l'elementare rilievo che, in realtà, la compresenza di un delitto tentato e di un delitto consumato nel medesimo fatto non integra l'ipotesi del concorso apparente di norme, da risolvere ritenendo assorbito il tentativo nella consumazione del reato. Piuttosto, fra il delitto tentato e il delitto consumato intercorre un rapporto di incompatibilità reciproca in base al quale la presenza del secondo priva di rilevanza penale il primo, dando luogo perciò a un'unica offesa penalmente rilevante.

impulso all'attività d'indagine, tanto nel potere di contribuire alla formazione della prova: il diritto di presentare querela (artt. 120 ss. c.p.); il diritto di presentare memorie e indicare elementi di prova (art. 90 c.p.p.) in ogni fase del procedimento, il diritto di opporsi alla richiesta di archiviazione (art. 408 c.p.p.), il diritto di essere informata in caso di revoca o sostituzione di misure cautelari applicate per reati commessi con violenza sulla persona (art. 299 c.p.p.), il potere di richiedere al pubblico ministero di promuovere l'incidente probatorio (art. 394 c.p.p.) e, in generale, tutti gli altri poteri e facoltà accordati dal dritto processuale.

La questione, come risulta evidente, incide sulla stessa punibilità dell'agente: basta considerare, in tal senso a ipotesi, ad esempio quella della lesione personale lieve, in cui il reato aberrante sia perseguibile soltanto a querela della persona offesa. Ebbene in quest'ultimo scenario, laddove la vittima occasionale non presentasse querela, l'azione penale sarebbe improcedibile, con la grave conseguenza di lasciare sguarnita di tutela proprio la vittima designata alla quale era destinata l'offesa⁶⁶.

L'esito testé riferito promana da una concezione autocratica dell'oggetto della tutela penale, concepito – sembra, ancora – alla stregua di sintesi dei «beni che (...) quando anche sono di pertinenza diretta degli individui (la vita, la libertà, la pudicizia, l'onore, ecc.) vengono sempre tutelati in vista di un interesse pubblico»⁶⁷, in manifesta contraddizione con la “precedenza

⁶⁶ Conf. A. REGINA, *Il reato*, cit., 157. *Contra* LEONE, *Il reato*, cit., 85, secondo il quale laddove la persona offesa dal reato consumato non esercitasse il diritto di querela, riviverebbe la corrispondente facoltà in capo alla vittima designata. Analogamente alla ritenuta necessità di un tentativo punibile nei confronti della persona presa di mira, anche questa posizione dell'A. sembra alimentata da un parziale disconoscimento della effettiva portata applicativa dell'art. 82 c.p. Se infatti, come peraltro Leone ritiene, l'imputazione a titolo doloso rispondesse alla disciplina generale in materia di elemento psicologico del reato, l'art. 82 profilerebbe un'ipotesi ordinaria di responsabilità dolosa per un unico reato in cui persona offesa sarebbe, esclusivamente, la vittima occasionale. Conseguentemente, qualora ella non proponesse querela, il fatto, ivi compreso l'eventuale tentativo nei confronti della vittima designata, in nessun caso sarebbe punibile, essendo preclusa la reviviscenza del diritto di querela di quest'ultima.

⁶⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 2003, p. 13.

sostanziale della persona umana (*ivi compresa la persona offesa dal reato*, N.d.R.) intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni (...) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella”⁶⁸. In considerazione del fondamento personalistico delle tutele giuridiche (non soltanto quella di forma penale) sembra auspicabile, con riferimento ai delitti di sangue e, quindi, anche al reato aberrante, l’evoluzione, caldeggiata da illustre dottrina, del sistema penale in apparato di garanzie dei diritti soggettivi, appartengano essi al soggetto agente o al soggetto passivo del reato:

Allorché il reato in concreto offenda un interesse giuridicamente tutelato di una persona specifica, nulla vieta di considerare quel reato come lesione del suo diritto soggettivo. Il concetto di “bene giuridico” potrà, allora, conservarsi come *concetto di genere*, idoneo a ricomprendere tutti i pensabili oggetti di tutela della norma penale; ma il diritto soggettivo della vittima ben potrà costituirne una *species* dotata di caratteristiche autonome, e chiaramente individuabili⁶⁹.

In definitiva la disamina svolta rivela, ancora una volta, l’ascendenza utilitaristica e falsamente assiologica alla base della fondazione a titolo unitario (e doloso) della responsabilità penale nell’art. 82: negli ordinamenti, come quello italiano e spagnolo, nei quali il tentativo è sanzionato con una pena inferiore rispetto al delitto consumato, l’imputazione a titolo di dolo dell’offesa in danno della vittima occasionale rappresenta l’addentellato normativo di una precisa istanza di politica criminale, improntata alla rassicurazione (simbolica) della collettività, piuttosto che alla protezione effettiva dei beni giuridici aggrediti.

Amalgamando il voluto e il cagionato nella configurazione di un’ipotesi unitaria di responsabilità dolosa, l’art. 82 occulta un’aporia nella concezione del diritto penale come armatura dei beni giuridici, ossia inteso a «proteggere realtà concrete e non solo le astratte entità valoriali»⁷⁰, dalla quale esce in

⁶⁸ *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di Falzone, Palermo, Cosentino, Roma, Oscar Studio Mondadori, 1980, p. 24.

⁶⁹ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Mannozi, Perini, Scoletta, Sotis, Taverriti, Milano, Giuffrè, 2022, 849.

⁷⁰ Così M. S. SANCHEZ, *"Aberratio ictus"*, cit., 360.

frantumi non solo il principio di colpevolezza, ma anche le prerogative difensive della vittima designata.

5. L'*aberratio* plurilesiva: l'apprendista stregone e la reviviscenza delle garanzie processuali della vittima designata.

Esaurita la disamina sul primo comma dell'art. 82, è tempo di analizzare la fattispecie descritta dal capoverso, comunemente denominata *aberratio ictus* plurilesiva. Rispetto all'*aberratio* monolesiva la fattispecie delineata dal secondo comma riceve⁷¹ e ha ricevuto⁷² il giudizio critico da una sezione della dottrina largamente maggioritaria, anche fra gli assertori della natura dolosa del fatto *ex art. 82*, primo comma, c.p.

Occorre fin da subito prendere posizione sul punto, denunciando l'irrazionalità di un atteggiamento ambivalente – adesivo riguardo al primo comma dell'art. 82, censorio quanto al capoverso – nei confronti dell'assetto normativo in tema di *aberratio ictus*⁷³.

⁷¹ Ad esempio, fra i progetti di riforma del codice penale naufragati negli ultimi anni cfr. il Progetto 'Grosso' (1998) e il Progetto 'Nordio' (2004). Il primo traspone nell'ambito delle disposizioni in materia di colpevolezza e, in particolare, al primo comma dell'art. 32 del Progetto, l'attuale disciplina in tema di *aberratio* monolesiva. Il terzo comma della medesima disposizione riconduce invece l'*aberratio* plurilesiva alla disciplina del concorso formale di reati. Analogamente il Progetto 'Nordio' traspone nell'ambito delle disposizioni sul 'reato in generale' l'attuale primo comma dell'art. 82 e, in particolare, replica nel primo comma dell'art. 25 del Progetto la disposizione vigente in materia di *aberratio* monolesiva, mentre riconduce l'ipotesi del capoverso dell'attuale art. 82 alla disciplina del concorso formale di reati (v. art. 25, comma terzo, del progetto definitivo).

⁷² In passato, tra gli assertori della natura 'dichiarativa' del primo comma dell'art. 82 e critico riguardo alla fattispecie del capoverso, si veda per tutti F. ALIMENA, *La colpa*, cit., 81 ss. «(...) È errato volere sostenere una differenza, a seconda che l'evento prodotto sia della stessa specie o di specie diversa da quello voluto, per concludere che, nel primo caso vi è dolo (...) e che, nel secondo, vi è colpa. A parer mio la situazione è identica, dal punto di vista psicologico: perciò, prescindendo per un momento dalla soluzione legislativa data ai due casi (artt. 82 cap. e art. 83) e della quale ci occuperemo più avanti, non vi è dubbio che la soluzione, almeno dal punto di vista razionale, non può essere diversa nelle due ipotesi».

⁷³ Nello stesso senso, limpidamente, S. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, 889: «A

Prima censura: il principale profilo di criticità che la dottrina individua nella disciplina normativa dell'*aberratio* plurilesiva consiste nell'imputazione dell'offesa in danno della persona diversa a titolo di mera responsabilità oggettiva. Per riconciliare la norma con il principio di colpevolezza nel Progetto 'Grosso' e nel Progetto 'Nordio' si propone di ricondurre l'*aberratio* plurilesiva nel 'porto franco' (per la difesa del principio di colpevolezza) del concorso di reati e, in particolare, nel concorso fra il reato doloso in danno della persona presa di mira e, ricorrendone gli estremi, il reato colposo in danno della vittima occasionale.

La critica risulta condivisibile ma indebitamente circoscritta alla fattispecie di *aberratio* plurilesiva.

Al riguardo conviene invero indagare se, disposto il principio generale – l'imputazione a titolo di dolo del reato aberrante monolesivo – il legislatore avrebbe potuto imputare a titolo diverso l'offesa aberrante nella ipotesi del capoverso. Ai sensi del primo comma dell'art. 82 il fatto commesso in danno della vittima occasionale è considerato doloso, indipendentemente dalla sua prevedibilità ed evitabilità. Ne consegue, come precipitato logico della norma del primo comma, che anche nell'art. 82 cpv. il fatto lesivo della vittima occasionale sia addebitato, ancorché non prevedibile e inevitabile⁷⁴, a titolo

ben vedere, sarebbe stata necessaria un'opzione assai più radicale: quella di bandire dal nostro ordinamento una disposizione corrispondente all'art. 82 c.p.». Critiche di segno analogo in G. RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore-Moccia-Cavaliere, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 303 ss., a giudizio del quale il Progetto 'Pagliaro' (1988) è stato l'unico fra gli elaborati di riforma della Parte generale del Codice a proporre la rimozione *tout court* delle fattispecie aberranti dal sistema penale.

⁷⁴ Può verosimilmente ritenersi che in fase di elaborazione della proposta di riforma del dato normativo fosse condivisa in seno alla Commissione ministeriale la possibilità di ricorrere a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 82, comma primo, c.p., idonea a 'riscrivere' il precetto 'integrandolo' con il requisito della prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale. Invero il meritorio sentiero tracciato dalla giurisprudenza costituzionale con le sentt. 23-24 marzo 1988, n. 364; 30 novembre - 13 dicembre 1988, n. 1085; 11 - 24 luglio 2007, n. 322 non sembra percorribile per ricondurre, in via interpretativa, l'art. 82 nell'alveo del principio di colpevolezza: infatti i precedenti costituzionali evocati hanno fondato

doloso, ancorché ricorra nella vicenda un fatto costitutivo di un reato *sostanzialmente* doloso consumato in danno della vittima designata.

Seconda censura: il capoverso dell'art. 82 dispone l'imputazione a dolo tanto del reato in danno della vittima occasionale, quanto del reato in danno della vittima designata a fronte di un'unica volontà lesiva da parte dell'agente. Infatti, rilevato per un verso il bisogno, in linea con il primo comma, di considerare dolosa l'offesa in danno della vittima occasionale, e per un altro la natura strutturalmente dolosa dell'offesa in danno della persona presa di mira, il capoverso della disposizione in esame ha delineato un paradigma anomalo di concorso fra due reati dolosi.

Anche da siffatta diversa angolazione la critica al diritto vigente appare fondata, ma presta il fianco ad una serie di obiezioni omogenee a quelle poc'anzi svolte. Infatti, posta la norma di cui al primo comma, nell'art. 82 cpv. il titolo di imputazione dell'offesa in danno della vittima occasionale non può che essere il dolo; altrettanto è a dirsi per l'offesa diretta contro la vittima designata, in considerazione, in riferimento a tale ultima ipotesi, delle norme comuni in materia di elemento psicologico del reato. Breve: al di fuori della disciplina sanzionatoria, l'art. 82 cpv. assolve una funzione meramente 'dichiarativa' nel sistema della imputazione soggettiva del reato aberrante, risolvendosi esso nel precipitato della configurazione dell'oggetto del dolo di

(364/1988) e suggellato (322/2007) esimenti in riferimento a norme, quelle sospette di illegittimità costituzionale, le quali muovevano proprio dal riconoscimento di una situazione di errore (rispettivamente, sul precetto *ex* art. 5 c.p. e sul fatto *ex* art. 609-*sexies* c.p.). Similmente la sentenza n. 1085 del 1988 muove da una incriminazione – quella di cui all'art. 626 c.p. – la quale escludeva, implicitamente, rilevanza a un elemento di degradazione del furto (art. 624 c.p.) nel furto d'uso (art. 626, primo comma, c.p.) che non si fosse configurato per accadimenti costitutivi del caso fortuito. Invece nell'art. 82 l'imputazione a titolo doloso del fatto commesso in danno della vittima occasionale non postula, come già esposto, alcuna situazione di errore (o ignoranza) sul fatto o sul precetto da parte dell'agente, ma soltanto una divergenza fra il voluto e il realizzato che non vale a mutare il titolo oggettivo del reato commesso. Come logica conseguenza di siffatta *ratio legis*, avallata dalla lettera della norma, occorre escludere l'esperibilità di ortopedie ermeneutiche nei confronti dell'art. 82 volte ad ancorare l'imputazione dell'evento lesivo in danno della vittima occasionale alla sua effettiva prevedibilità ed evitabilità da parte dell'agente.

cui alla fattispecie-base di *aberratio*. Infatti, anche mancando l'art. 82 cpv., la qualificazione giuridica della situazione *aberrante* plurilesiva sarebbe rimasta immutata rispetto a quella imposta dal diritto vigente: un reato doloso in danno della vittima occasionale, ai sensi del primo comma; un reato ugualmente doloso in danno della persona presa di mira, secondo le regole generali in materia di imputazione soggettiva del fatto (artt. 42, 43 c.p.).

Da ultimo conviene segnalare che, inglobare soltanto l'*aberratio* plurilesiva nella normativa del concorso formale di reati varrebbe a frantumare il principio di uguaglianza, *sub specie* di proporzionalità (orizzontale) della pena: infatti nella ipotesi di *aberratio* monoffensiva l'agente soggiacerebbe alla pena del delitto doloso (consumato) in forza dell'art. 82, comma primo, c.p.; viceversa nella ipotesi di *aberratio* plurioffensiva, l'agente soggiacerebbe, a titolo di concorso formale di reati, al regime sanzionatorio del cd. cumulo giuridico delle pene.

Se l'ordine di argomenti poc'anzi addotto risulta tutt'altro che originale, suscita qualche notazione critica l'indirizzo dottrinale, almeno qualche lustro addietro, predominante, il quale limita le proprie censure verso il capoverso dell'art. 82, conservando la fattispecie del primo comma. L'incoerenza sembra ascrivibile a due fattori: per un verso dalla illusione ottica già descritta (*retro*, cap. II, sez. II, § 2.1.), introdotta dal legislatore contrapponendo *aberratio ictus* e *aberratio delicti*. Per un altro dalla confluenza nel rigore sanzionatorio espresso dall'art. 82, in modo complementare, delle diverse funzioni – eccetto la rieducativa – storicamente assegnate alla pena: retributiva, per l'infrazione di una sofferenza al colpevole proporzionata al valore del bene leso⁷⁵; di

⁷⁵ Non ci si trova di fronte alla repressione di una condotta, soltanto perché sintomatica di un atteggiamento interiore in conflitto con l'ordinamento secondo il modello del *Gesinnungsstrafrecht*. Infatti, come già osservato, il reato aberrante deve transitare per un'azione approdata alla fase esecutiva, diretta a offendere la vita o l'integrità personale della vittima designata. Si tratta, tuttavia, di un paradigma d'imputazione parimenti incoerente rispetto a una concezione del reato imperniata sul disvalore d'evento (*Erfolgsunwert*): nell'assetto dell'art. 82, infatti, l'accadimento concreto dal cui verificarsi dipende l'imputazione a titolo doloso del fatto, non solo non deve essere voluto, ma può anche risultare imprevedibile, secondo un modello

prevenzione generale negativa per la capacità di dissuadere gli altri consociati dal proposito di aggredire i beni fondamentali dell'individuo⁷⁶ e, soprattutto, di prevenzione generale positiva, ossia diretta, al medesimo tempo, a rafforzare il legame di solidarietà fra la collettività e la vittima malcapitata e a rinsaldare il sentimento di sicurezza della società perturbato dal delitto: sotto quest'ultimo profilo, come si esporrà compiutamente nel corso della trattazione, la configurabilità dell'art. 82 c.p. anche in mancanza degli estremi di un tentativo punibile adempie la funzione promozionale dell'enunciato in relazione alla vita umana e alla integrità personale, allo scopo di orientare il comportamento dei consociati al massimo rispetto dei suddetti valori.

Lo svolgimento consequenziale del (presunto) principio sancito nella prima parte dell'art. 82 avrebbe però dovuto condurre il legislatore storico a escludere la rilevanza penale della lesione arrecata alla persona presa di mira, nel caso in cui l'agente abbia realizzato l'offesa voluta in danno di persona diversa.

Se infatti secondo l'art. 82 e i principi generali, il beneficiario della tutela sanzionatoria fosse rappresentato solo dal titolare generico e non dal titolare specifico dell'oggetto giuridico del reato, la lesione della persona presa di mira dovrebbe essere considerata solo alla stregua di una modalità di svolgimento

di illecito penale fondato sulla repressione dell'agire difforme rispetto a una pretesa dell'ordinamento (*Handlungsunvert*).

⁷⁶ Come arguito esplicitamente anche dalla giurisprudenza. Cfr. Cass., Sez. I, 21 settembre 2001, n. 40513, rv. 220238, in *Dir. form.*, 2002, 529: «Il connotato fondamentale dell'istituto dell'«*aberratio ictus*» risiede nella identità del bene giuridico tutelato in relazione all'evento voluto e a quello, non voluto, realizzato dal reo per errore incidente nella fase esecutiva del reato. Il legislatore, per evidenti ragioni di prevenzione generale, ha omologato i due eventi agli effetti della sanzionabilità penale sotto il profilo oggettivo e soggettivo, definendo normativamente la fattispecie in ragione della riconosciuta indifferenza, ai fini giuridici, dell'identità della persona offesa dal reato, concretamente diversa da quella a cui l'offesa era diretta». Il brano citato rivela chiaramente una contraddizione in termini: prima si adombra una deroga ai principi generali «per evidenti ragioni di prevenzione generale» e subito dopo si nomina la «riconosciuta indifferenza dell'identità della persona offesa dal reato». In realtà se l'art. 82 costituisse davvero il precipitato della indifferenza normativa per l'identità della vittima, esso non avrebbe avuto bisogno di attingere la propria legittimazione in «ragioni di prevenzione generale».

dell'offesa realizzata in danno della vittima occasionale: sicché, come nel caso in cui una lesione personale determina il decesso del soggetto passivo l'agente non soggiace al cumulo giuridico delle pene della lesione personale e dell'omicidio, ma esclusivamente alla pena di quest'ultimo, analogamente nella ipotesi disciplinata dall'art. 82 cpv. l'agente avrebbe dovuto soggiacere soltanto alla pena applicabile per l'uccisione della vittima occasionale, "come se" avesse ferito non (anche) la persona presa di mira, ma (soltanto) la persona diversa della quale ha causato la morte⁷⁷.

Resta di non agevole comprensione la ragione per la quale il capoverso dell'art. 82 *rianima* la vittima designata per la determinazione della pena, relegandola, nella fattispecie di cui al primo comma, sullo sfondo del penalmente irrilevante ancorché – eventualmente – offesa da un delitto perfetto, sebbene soltanto nella forma tentata. Ci si trova in presenza di un cortocircuito nella normativa in tema di *aberratio ictus*.

Sembra che i Compilatori, per ragioni intuibili, non abbiano sviluppato fino alle naturali conseguenze le premesse poste attraverso il primo comma, ossia l'indifferenza da parte del sistema penale per la divergenza inerente alla

⁷⁷ Sul punto, limpidamente, E. CONTIERI, "Aberratio ictus", cit., 851: «La teorica avversaria, la quale pone insistentemente in rilievo la correlazione fra il dolo dell'agente e l'oggetto giuridico del reato, non può dare coerentemente che una sola soluzione al caso che oltre alla persona diversa sia offesa anche quella cui l'offesa era diretta. E cioè incriminare un unico reato doloso. Essa, infatti, cadrebbe in contraddizione ove incriminasse due reati dolosi. E niente significa razionalmente un aumento della pena del reato più grave». Spunti nella stessa direzione si colgono anche in M. ROMANO, *Contributo*, cit., 124, nt. 24: «Non pare che giovi, a questo riguardo, la riserva (...) che la deviazione tra il rappresentato e il cagionato riguardante il soggetto passivo dell'azione lascia sussistere un comportamento doloso sempreché – si badi – all'unicità dell'offesa voluta corrisponda l'unicità dell'offesa "cagionata". Se l'art. 82 co. 1° accogliesse un principio generale secondo il quale sarebbe doloso il 'fatto' voluto, in danno di qualsivoglia soggetto si sia realizzato, anche diverso da quello rappresentato, non sembra ammissibile una limitazione di quel tipo; altrimenti, il dolo (già sul piano della 'struttura') verrebbe fatto dipendere dalla mancata realizzazione del voluto: la morte di C sarebbe dolosa, 'secondo i principi', solo in quanto non sia ferito B. Ciò vale a far ritenere, a mio giudizio, che è sempre dolosa soltanto l'offesa alla persona designata e che l'art. 82 co. 1° stesso introduce la disciplina della responsabilità a titolo di dolo per un fatto non doloso».

persona offesa dal reato. La necessità di riconoscere tutela alla vittima designata quando materialmente offesa, rendendo alla medesima le prerogative difensive della persona offesa, svela l'intima essenza e al contempo l'illegittimità del principio consacrato per la fattispecie-base – l'*aberratio* monolesiva – di cui al primo comma dell'art. 82 c.p.

Si addivene al termine di tale percorso alla conferma che il principio dell'articolo non presidia alcun bene giuridico, ma soltanto la funzione della norma incriminatrice nell'ordinamento. Con maggiore precisione, nella configurazione normativa dell'*aberratio* monolesiva il legislatore ha inteso difendere la funzione politico-criminale delle pene dei delitti di omicidio e di lesione personale, ossia la tutela della vita e della integrità fisica. Ma nel caso di offesa in danno della vittima designata, lo stesso legislatore non poteva disattendere le aspettative di tutela di quest'ultima. L'effetto collaterale di siffatto 'ravvedimento tardivo' è già stato rappresentato: il secondo comma dell'art. 82 ha coniato un paradigma di concorso anomalo fra due reati dolosi, sdoppiando così l'unica volontà lesiva che sorregge, peraltro come condizione alla stessa configurabilità della fattispecie, unicamente l'offesa diretta contro la vittima designata (in quanto, come già rimarcato, in caso di volontà, anche solo nella forma del dolo eventuale, dell'offesa in danno della vittima occasionale, il fatto rientrerebbe nel concorso formale, *ex* art. 81, di due 'veri' reati dolosi)⁷⁸.

In definitiva il legislatore, che nelle vesti di un apprendista stregone nel primo comma dell'art. 82 ha trasfigurato un fatto – lo si ripete – eventualmente anche del tutto lecito – in una fonte di responsabilità dolosa, ha perso il controllo del proprio esperimento: perciò, per evitare effetti controproducenti rispetto alla funzione di tutela della persona nella sua

⁷⁸ Altro profilo dal quale attenta dottrina, M. ROMANO, *Contributo*, cit., 126, deduce che anche stando all'art. 82, primo comma, c.p. l'offesa in danno di persona diversa «non è mai dolosa», rilevando come «ciò è tanto più evidente per l'art. 82 cpv., che non può occuparsi della disciplina di due offese dolose per l'ovvia ragione che, se lo fossero, si sarebbe dinanzi ad una semplice applicazione dell'art. 81 c.p.».

accezione di bene giuridico di categoria, è stato tenuto a ‘revitalizzare’ nella fattispecie del capoverso il soggetto passivo dell’offesa voluta⁷⁹.

5.1. La natura giuridica e l’ambito di applicazione.

In linea con il consueto ordine di trattazione del tema, la disamina sull’*aberratio ictus* plurilesiva prende l’abbrivio dall’esame sulla natura giuridica della fattispecie delineata nel capoverso dell’art. 82, al fine di discernere se quest’ultima profila una ipotesi unitaria di responsabilità dolosa, una ipotesi di reato complesso, una ipotesi di reato aggravato dall’evento⁸⁰ ovvero ancora di concorso di reati. Lungi dal ridursi a concettosa diatriba, la questione risulta gravida di risvolti applicativi.

Infatti ritenendo la situazione regolata nel capoverso un’ipotesi unitaria di reato – in senso stretto o come composizione fra più illeciti – il colpevole non

⁷⁹ Per la critica delle teorie retributive e neo-retributive della pena, denunciate come sentinelle di un diritto penale di matrice autoritaria si vedano, per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1973, XIX, 28 ss. e S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, 74 ss. K. BINDING, *Compendio di diritto penale. Parte generale (Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts: I. Einleitung und allgemeiner Teil*, Lipsia, 1914), trad. di Borettoni, Roma, 1927, 199 ss. evidenzia lucidamente i rischi di una sublimazione del bene giuridico nel cosmo normativo degli interessi meritevoli di tutela: «Per l’osservazione di avvenimenti criminosi (...), per la teoria come per la legislazione, è indispensabile generalizzare l’indicazione degli oggetti criminosi e così al posto della vita individuale e della proprietà individuale entrano la vita e la proprietà (...). In ogni modo occorre guardarsi dal credere che mediante essa si possa trovare un nuovo oggetto criminoso. (...) L’oggetto dell’offesa non è “l’interesse” al bene, ma il bene stesso. L’offesa criminosa vale sempre per uno o più beni giuridici concreti, per la vita individuale, per una determinata cosa. Come tale soltanto può anche venir proibito».

⁸⁰ Considerano il capoverso dell’art. 82 un’ipotesi di fattispecie aggravata dall’evento, G. LEONE, *Il reato*, cit., 127 ss.; P. PATRONO, *Rilievi sulla cd. aberratio ictus plurilesiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 98 ss.; A. PAGLIARO, *Il diritto penale*, cit., 35 ss.; A. COSSEDDU, *sub art. 82*, cit., 674. Rispetto al pensiero di Leone conviene tuttavia precisare che l’Autore critica la categoria del reato aggravato dall’evento, considerata un inutile doppione della figura del concorso ‘ideale’ di reati. Nella scia di Leone, benché con argomenti non sempre coincidenti, A. GRIECO, *In tema di aberratio ictus plurilesiva*, in *Giust. pen.*, 1950, 2, 843 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 270.

potrebbe beneficiare del trattamento più favorevole previsto in materia di concorso formale di reati: ad esempio, non potrebbe beneficiare, in relazione ai singoli reati, delle cause di non punibilità (ad esempio, la particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.*), delle cause di estinzione del reato (ad esempio, la prescrizione *ex art. 157 ss. c.p.*; la sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 168-bis ss. c.p.*; l'amnistia *ex art. 151 c.p.*), delle cause di estinzione della pena (indulto e grazia *ex art. 174 c.p.*), né, da ultimo, del limite all'aumento di pena per il reato più grave fissato dal terzo comma dell'art. 81 c.p. Inoltre, disconoscendo la pluralità di reati, la vittima dell'offesa meno grave (che può essere tanto la vittima designata, quanto la vittima occasionale) non avrebbe titolo per sporgere querela (artt. 120 ss. c.p.), né tantomeno per costituirsi parte civile (artt. 73 ss. c.p.p.).

Nella Relazione Illustrativa del progetto definitivo è esplicitata la volontà di inquadrare l'*aberratio ictus* plurilesiva nella categoria del reato complesso⁸¹. Come noto, tuttavia, l'interpretazione autentica di una disposizione costituisce un canone ermeneutico esperibile solo in via sussidiaria (art. 14 preleggi), ossia utile dopo aver infruttuosamente adottato i criteri di interpretazione letterale e sistematica.

In tal senso, valorizzando il dato testuale dell'art. 84 c.p., è agevole notare che il reato complesso postula la commissione di più fatti costitutivi di due diverse fattispecie autonome di reato o di una fattispecie autonoma e una circostanza aggravante. Più specificamente, le figure criminose costitutive della fattispecie complessa sono unite da un rapporto teleologico (come accade, ad esempio, negli artt. 628 o 624 *bis*, quest'ultimo limitatamente alla

⁸¹ Cfr. *Relazione sul Libro I*, cit., 137: «Nella seconda ipotesi è presa in considerazione una pluralità di offese della stessa indole, verificatesi in conseguenza di un'attività, la quale era diretta non già a produrle tutte, ma una soltanto. Poiché, in questa ipotesi, unico è l'elemento intenzionale, il Progetto, con il capoverso dell'articolo 85, crea un reato complesso, e dispone che debba applicarsi la pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà. Per tal modo, si ha una responsabilità in parte addebitata a titolo di dolo, e in parte obbiettiva, per un reato unico che deve ritenersi complesso e non già semplicemente aggravato: ossia rimane escluso che l'aumento di pena sia in funzione di una semplice circostanza aggravante e che possa quindi trovare applicazione la disciplina propria delle circostanze del reato».

ipotesi del furto in abitazione), o comunque di non semplice occasionalità (come accade, ad esempio, negli artt. 609 *bis*, 343, comma terzo, 385, comma secondo, c.p.).

L'esatto inverso della situazione regolata dal capoverso dell'art. 82, la quale postula, in armonia con la qualificazione giuridica del fatto nella ipotesi di cui al primo comma, la verifica di un evento (l'offesa in danno della vittima occasionale) non investito, neanche a titolo di dolo eventuale, dalla volontà dell'agente⁸².

Rispetto alla qualificazione come ipotesi unitaria di responsabilità penale valgono le considerazioni svolte in fase introduttiva: disconoscere la duplicità di fatti penalmente rilevanti equivarrebbe non ad accordare – come pretenderebbe il (presunto) principio ispiratore dell'intera disciplina – una tutela indifferenziata, quanto al loro titolare, ai beni della vita e della incolumità personale, bensì una tutela menomata dall'esclusione della vittima del reato meno grave dalla posizione e dalle correlate prerogative accordate alla persona offesa dal reato.

Quanto alla qualificazione come fattispecie aggravata dall'evento, parte della dottrina ha argomentato questa tesi *a contrario*, ossia in base all'esclusione del concorso di una pluralità di reati nella fattispecie delineata nel capoverso: sicché, facendo leva sull'inesistenza nel sistema penale di un reato punito unicamente in forza del nesso causale fra condotta ed evento, come avviene per l'offesa in danno della vittima occasionale descritta nel capoverso, si

⁸² Per la critica all'inquadramento dell'*aberratio* plurilesiva nella figura del reato complesso e per i fondamentali riferimenti bibliografici cfr., per tutti, G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 132 ss. e Cass., Sez. I, 22 aprile 1963, in *Arch. pen.*, 1964, 2, 586 ss., nella parte in cui afferma che «l'ipotesi dell'art. 82 capov., non può inquadarsi sotto lo schema del reato complesso quale contemplato dall'art. 84 cod. pen., soprattutto perché, per aversi tale figura di reato occorre: 1° che essa sia costituita per lo meno da due azioni; 2° che ognuna di tali azioni concreti – sia dal lato oggettivo che da quello soggettivo – un reato a sé stante, costituito, cioè, da un fatto capace di essere punito separatamente ove non concorresse con l'altro. Nel caso in esame, invece, l'azione punibile è unica, come unico è l'elemento intenzionale». Conf. G. SANTUCCI, *Aberratio ictus plurilesiva e amnistia*, in *Giust. pen.*, 1948, 2, 342 ss.

esclude la confluenza di due fattispecie autonome di reato nella figura di *aberratio plurilesiva*.

Si può concordare con quest'orientamento soltanto nella misura in cui, come si è già osservato in corso di esposizione dell'itinerario normativo della disposizione, i reati aggravati dall'evento non costituiscono un paradigma criminoso autonomo, ma fattispecie 'irrigidite' di ipotesi di concorso formale di reati. Tuttavia, come è stato attentamente notato, diversamente dal paradigma delle fattispecie aggravate dall'evento (art. 586 c.p.), composto da un delitto doloso meno grave dal quale deriva un'offesa – secondo alcuni un reato autonomo, secondo altri una circostanza aggravante, secondo altri ancora una condizione di maggiore punibilità – più grave ascritta a titolo di responsabilità oggettiva, solo eventualmente nell'*aberratio plurilesiva* l'offesa non voluta è più grave di quella voluta⁸³.

Ad esempio, laddove l'agente uccida la persona presa di mira, causando accidentalmente anche una lesione personale in danno del soggetto malcapitato, il reato più grave sarebbe costituito dall'omicidio doloso in danno della vittima designata.

Come che sia, anche ravvisando in quest'ultimo caso un'ipotesi di concorso di reati, contraddistinto dal peculiare trattamento sanzionatorio previsto dal capoverso dell'art. 82 e nel caso paradigmatico (in cui l'evento voluto si realizza sulla persona diversa, mentre la vittima designata subisce un'offesa omogenea, ma di gravità minore) un reato aggravato dall'evento, per entrambe le fattispecie si può riconoscere l'operatività del limite all'aumento di pena fissato dal terzo comma dell'art. 81 c.p. La pluralità di reati che compone, indipendentemente dall'unificazione sul versante del regime sanzionatorio, la situazione regolata dall'art. 82 cpv. c.p., autorizza senz'altro l'adozione della disciplina del concorso formale per garantire maggiore prevedibilità in ordine

⁸³ Cfr. Cass., Sez. I, 15 dicembre 1980, in *Cass. pen.*, 1982, 8-9, 1323 ss., con nota adesiva di A. PEZZI PETREI, *Aberratio ictus con pluralità di eventi*. Con cadenze argomentative dissimili, ma concordi nel risultato, G. PILEGGI, *Il reato*, cit., 167. A favore della concezione unitaria M. DONINI, *Il reato*, cit., 799; M. GALLO, voce, cit., 75 ss.; R. A. FROSALI, *Concorso*, cit., 371 ss.; G. ALICE, *Disciplina*, cit., 626.

al trattamento sanzionatorio, contenendo l'aumento massimo di pena nei limiti del concorso materiale di reati (art. 81, comma terzo, c.p.)⁸⁴.

Conviene ora proseguire nell'indagine volta a individuare il campo operativo della norma.

Dapprincipio conviene rilevare se la fattispecie introduca un trattamento punitivo di favore per il colpevole, in deroga al regime del cumulo giuridico delle pene di cui alla disciplina *ex* art. 81, comma primo, c.p.⁸⁵ In riferimento all'impianto originario del codice penale la risposta sarebbe pienamente affermativa, sia rispetto alla pena minima sia a quella massima applicabile a norma del capoverso dell'art. 82. Infatti anteriormente alla riforma del primo comma dell'art. 81, ad opera del decreto-legge dell'11 aprile 1974, n. 99, il regime sanzionatorio del cd. cumulo giuridico era riservato unicamente alla disciplina del reato continuato.

Solo attraverso la richiamata riforma si introduce, anche nella rubrica della norma, la figura del concorso formale, alla quale si estende il trattamento sanzionatorio già stabilito per l'ipotesi di reato continuato. Pertanto prima del

⁸⁴ La giurisprudenza di legittimità risulta molto ondivaga sul punto: specialmente in tempi meno recenti aveva acquisito credito l'interpretazione dell'art. 82 cpv. come ipotesi unitaria di responsabilità dolosa: cfr. Cass., Sez. I, 17 marzo 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 219 ss.; Cass., Sez. I, 29 ottobre 1974, in *Cass. pen.*, 1976, 702 ss.; Cass., Sez. I, 30 aprile 1969, *Ivi*, 1970, 1180. Più recentemente ha guadagnato consensi la tesi avversa, che ravvisa nel capoverso dell'articolo un'ipotesi speciale di concorso formale di reati: cfr. Cass., Sez. I, 27 ottobre 1984, n. 2612, rv. 168364; Cass., Sez. I, 5 luglio 2011, n. 30454, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2595 ss. con nota di G. PALMIERI, *Osservazioni a Cass. Pen., 5 luglio 2011, n. 30454, sez. I*. Considerazioni critiche sulla stessa pronuncia sono svolte da A. GABOARDI, *La propagazione*, cit., 1871 ss. In senso adesivo nei confronti dell'itinerario motivazionale seguito nella decisione del giudice del rinvio, C. ass. app. Milano, 16 ottobre 2012, T. TRINCHERA, *Aberratio ictus plurioffensiva e tentativo di omicidio: quando a essere uccisa è la vittima designata e ferita la vittima colpita per errore*, in *DPC*, 24 luglio 2015.

⁸⁵ In questo senso, Cass., sez. I, 9 febbraio 1927, in *Cass. pen.*, 1973, 1252 ss.; Cass., Sez. I, 19 aprile 1971, in *Giust. pen.*, 1972, 2, 463 ss. In dottrina attribuiscono all'art. 82, comma secondo, la funzione di deroga in senso favorevole al colpevole rispetto alla disciplina generale del concorso di reati, DELITALA, *In tema*, cit., 325; S. RAMAJOLI, *Aberratio ictus e amnistia*, in *Arch. pen.*, 1954, 2, 589 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 270; G. SANTUCCI, *Aberratio ictus*, cit., 344.

1974 nell'ipotesi di *aberratio* plurilesiva il colpevole avrebbe potuto rispondere, *come oggi*, nel minimo, con la pena del reato più grave aumentata di un giorno di reclusione per il reato "satellite"; nel massimo, con la pena del reato più grave aumentata fino alla metà per il reato satellite. Diversamente dal diritto vigente, ricorrendo alla disciplina del concorso materiale di reati dolosi, l'agente avrebbe dovuto rispondere, nel minimo, con la pena del reato più grave aumentata almeno in misura pari al minimo edittale previsto dal reato satellite; nel massimo, con il cumulo materiale tra la pena del reato più grave e la pena del reato satellite.

In realtà anche attualmente la disciplina dettata in materia di *aberratio* plurilesiva potrebbe apparire più favorevole per il colpevole rispetto a quella prevista dal concorso formale: infatti il primo comma dell'art. 81 dispone di aumentare fino al triplo la pena prevista dal reato più grave, mentre il capoverso dell'art. 82 limita l'aumento fino alla metà della pena del reato più grave. Tuttavia, a un'analisi più approfondita, non è difficile notare come il paventato *favor rei* connoti solo apparentemente la disciplina dell'*aberratio ictus* plurilesiva.

Anzitutto la norma in esame imputa l'offesa in danno della vittima occasionale a titolo di mera responsabilità oggettiva. Senza una norma come l'art. 82, invece, ricorrendo alla disciplina generale in materia di concorso di reati (art. 81 c.p.), solo l'effettiva prevedibilità dell'evento avrebbe potuto fondare il rimprovero dell'agente per l'offesa in danno della vittima occasionale⁸⁶.

Inoltre il capoverso dell'art. 82 delinea il concorso fra due reati dolosi: il primo consistente nel reato strutturalmente doloso commesso in danno della

⁸⁶ Sul tema, per tutti, M. DONINI, *Il reato*, cit., 792: «Occorre notare che la responsabilità oggettiva prevista nell'art. 82, comma 2°, presenta una peculiarità ulteriormente peggiorativa per il reo, e consistente nell'imputazione a titolo di dolo dell'offesa più grave sebbene possa essere quella non voluta (benché identica o simile a quella voluta) ancor più rigorosamente di quanto non avvenga nell'art. 116, dove è prevista un'obbligatoria diminuzione di pena. Tale anomalia rende inaccettabile l'opinione abbastanza frequente secondo la quale la disciplina dell'*aberratio ictus* plurilesiva sarebbe ispirata al criterio del *favor rei*, in quanto derogherebbe al principio *tot poenae quot delicta* (...)».

persona presa di mira; il secondo consistente nel reato non voluto in danno della vittima occasionale, ma considerato doloso in applicazione della prima parte dell'articolo. Senza una norma come l'art. 82 – beninteso l'intero art. 82⁸⁷ – invece, il fatto sarebbe qualificato alla stregua di un'ipotesi di concorso fra un reato doloso, commesso in danno della vittima designata e, ricorrendo le note costitutive dell'elemento soggettivo, un reato colposo, commesso in danno della vittima occasionale⁸⁸.

Evidente, di conseguenza, la deroga in senso deteriore disposta dal capoverso dell'art. 82, che può ampliarsi o ridursi a seconda delle concrete modalità di svolgimento del reato aberrante. Si analizzi l'esempio classico, nonché più proficuo, di omicidio aberrante plurilesivo:

(i): A spara in direzione di B con volontà omicida. Ferisce quest'ultimo, colpendo accidentalmente in modo letale C.

Ai sensi del capoverso dell'art. 82 il reato più grave, sul quale parametrare l'aumento di pena, è l'omicidio in danno di C, il quale, per effetto del primo comma dell'articolo, è imputato a titolo doloso. Senza l'art. 82, invece, l'offesa in danno di C integrerebbe, eventualmente, un'ipotesi di omicidio colposo in concorso con il tentato omicidio di B. Quindi il reato più grave, sul quale misurare l'aumento di pena, andrebbe individuato nel tentato omicidio in danno di B. Evidente, già nella scelta della pena base il significativo divario, in senso peggiorativo per il reo, tra la pena da applicare ai sensi del capoverso

⁸⁷ Come si ha già avuto modo di notare in fase d'esordio, la regola fissata dalla prima parte dell'art. 82 avrebbe imposto comunque, anche in assenza della norma del capoverso, il riconoscimento di un concorso di reati dolosi nell'ipotesi di *aberratio* plurilesiva. Soltanto l'abrogazione dell'intero art. 82 c.p. schiuderebbe l'estensione della disciplina del concorso formale di reati alla vicenda *aberrante* e, quindi, alla imputazione a titolo, al più, colposo, dell'offesa in danno della vittima occasionale.

⁸⁸ Cfr. M. DONINI, *Il reato*, cit., 792: «In realtà la disposizione in esame è tanto poco ispirata al *favor rei* che, per tacere della responsabilità oggettiva che introduce, la pena complessiva inflitta ai sensi dell'art. 82 cpv. sarà, di regola, molto superiore a quella che sarebbe stata inflitta se si fosse trattato del semplice concorso di un reato doloso con un reato colposo, in quanto l'aumento sino alla metà consente di superare agevolmente il limite che raggiungerebbe un aumento, pur nel massimo, per una corrispondente realizzazione colposa della medesima offesa».

dell'art. 82 e la pena che sarebbe applicabile ai sensi dell'art. 81, primo comma, c.p.

Si ipotizzi il caso inverso a quello raffigurato nell'esempio precedente:

(ii): A spara in direzione di B con volontà omicida e lo uccide. Il proiettile, dopo aver trapassato il corpo di B, attinge C ferendolo al braccio.

In quest'ultima ipotesi sia secondo l'art. 82, sia secondo l'art. 81, il reato più grave sarebbe costituito dall'omicidio doloso di B. Però, alla luce della regola sancita dal primo comma dell'art. 82, la lesione personale in danno di C assume natura dolosa, mentre ai sensi dell'art. 81 avrebbe assunto, al più, natura colposa.

Evidente anche in quest'ultimo caso la differenza, benché in misura ridotta, fra la pena da irrogare a norma del capoverso dell'art. 82 e la pena irrogabile ai sensi dell'art. 81. Infatti, mentre stando all'art. 82 la pena massima coincide attualmente con quella prevista dal cumulo materiale di due reati dolosi, ai sensi dell'art. 81 coinciderebbe con quella derivante dal concorso materiale fra un reato doloso e, ipoteticamente, un reato colposo⁸⁹.

Urge una precisazione: relativamente all'operatività del terzo comma dell'art. 81 per limitare l'aumento di pena anche per l'ipotesi di *aberratio plurilesiva* è stato attentamente osservato che, per essere conforme al principio di uguaglianza, l'incremento sanzionatorio non solo non può superare, ma nemmeno coincidere con la pena massima irrogabile in base al cumulo materiale di due reati dolosi: poiché infatti ai sensi del capoverso dell'art. 82, dei due reati puniti a titolo di dolo, solo quello in danno della vittima designata è strutturalmente voluto, la pena applicabile non può eguagliare quella irrogabile nel caso, più grave, di concorso tra due reati sostanzialmente dolosi (nel caso in cui l'agente abbia voluto, ad esempio a titolo di dolo eventuale, anche il reato in danno della vittima occasionale)⁹⁰.

⁸⁹ Sul punto cfr., per tutti, A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè, 2007, 447 ss.; ID., *Il diritto penale fra norma e società. scritti 1956-2008. Monografie di parte generale*, Milano, Giuffrè, 2009, I, 34 ss.

⁹⁰ Analogamente M. ROMANO, *Contributo*, 144 ss.; M. DONINI, *Ivi*, 792 ss.

Occorre adesso chiarire un profilo considerato implicito nella disamina in merito alla qualificazione giuridica, in punto di imputazione soggettiva, della ipotesi di *aberratio plurilesiva*. In particolare è necessario chiarire i motivi per cui anche il caso in cui l'agente realizzi l'offesa voluta in danno della persona presa di mira, oltre ad offendere anche la vittima occasionale, rientra nella fattispecie delineata dal capoverso dell'art. 82.

Infatti interpretando il secondo comma in continuità con il primo, si dovrebbe evincere che l'offesa voluta si debba necessariamente perfezionare in danno della vittima occasionale, anche per configurare l'ipotesi di *aberratio plurilesiva*: opinando in senso contrario, infatti, si svuoterebbe di significato la prima parte della disposizione la quale postula, ad ogni evidenza, la produzione dell'offesa voluta in danno di persona diversa dalla vittima predestinata.

Conseguentemente anche nel secondo comma non potrebbe riscontrarsi un'ipotesi di *aberratio* nel caso di convergenza tra fatto e volontà nell'offesa arrecata al soggetto passivo designato. Sicché la lesione della persona diversa costituirebbe un tipico esempio di conseguenza non voluta del reato consumato in danno della persona presa di mira, suscettiva di imputazione, al più, a titolo colposo secondo la disciplina prevista dal concorso formale di reati.

Per confutare la chiave di lettura proposta non basterebbe peraltro addurre che l'art. 82 non esporrebbe alcuna situazione di divergenza fra il voluto e il realizzato, giacché, per quanto interessa al diritto penale, fatto e volizione convergerebbero nella lesione dell'oggetto del reato.

Infatti, anche ascrivendo all'art. 82 funzione semplicemente 'dichiarativa', non si può prescindere dal riferimento testuale del predicato normativo alla persona contro cui l'agente dirige, senza esito, la propria condotta. Qualora, e solo in siffatta ipotesi, la condotta lesiva attingesse distinto soggetto verrebbe in rilievo l'art. 82 c.p. per confermare, o per imporre secondo la tesi 'costitutiva', la natura dolosa del fatto, per la condivisione da parte della vittima designata e della vittima occasionale dell'unica qualità, quella di persona, interessante per la legge penale. Sicché, qualora invece il fatto voluto

si realizzasse in danno della persona presa di mira, risulterebbe arduo concepire una situazione *aberrante* ai sensi e per gli effetti dell'art. 82⁹¹.

Condivisibile in linea logica quanto poc'anzi osservato, è sufficiente un agile sguardo ai risvolti applicativi della soluzione adombrata per sondarne la infondatezza: inquadrare nel concorso di reati l'ipotesi in cui l'agente realizzi l'offesa voluta in danno della persona presa di mira e lede anche la persona diversa, condurrebbe a sanzionare con una pena più lieve quest'ultimo caso rispetto alla ipotesi in cui l'offesa voluta si consumi in danno della persona diversa, congiuntamente al verificarsi di una lesione personale in danno della vittima designata. Infatti nel primo caso, a norma dell'art. 81 c.p., l'agente potrebbe soggiacere, al massimo, al trattamento sanzionatorio coincidente con il cd. cumulo materiale delle pene dell'omicidio doloso per l'uccisione volontaria della vittima designata e della lesione personale colposa per il ferimento della vittima malcapitata (pena da ventuno anni e un giorno a ventiquattro anni e tre mesi di reclusione); nel secondo caso l'agente sarebbe chiamato a rispondere a norma del capoverso dell'art. 82, al massimo, con il trattamento sanzionatorio coincidente con il cd. cumulo materiale delle pene dell'omicidio doloso per l'uccisione della vittima occasionale e della lesione personale dolosa per il ferimento volontario della persona presa di mira (pena da ventuno anni e un giorno a ventisette anni di reclusione).

Non è mancata in dottrina l'autorevole voce di chi, interpellando i principi generali in tema di imputazione soggettiva, ha proposto di inquadrare entrambe le situazioni (tanto quella in cui il colpevole realizza l'offesa voluta in danno di persona diversa, quanto quella in cui realizza l'offesa voluta in danno della persona presa di mira) nel concorso fra un delitto doloso contro la vittima designata e un delitto colposo in danno della vittima occasionale⁹².

⁹¹ Sul tema si veda L. CORNACCHIA, voce, cit., 179, secondo il quale l'art. 82 disciplina l'*aberratio ictus* come un fenomeno di «convergenza tra offesa voluta e realizzata e di divergenza tra vittima ideata e colpita», conferendo a tale scopo la stessa struttura tanto alla ipotesi del primo che a quella del secondo comma. Su speculari cadenze argomentative F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 177; A. GABOARDI, *La propagazione*, cit., 1883 ss.

⁹² Si allude alla posizione di G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 107 ss. Per la critica alla tesi dell'A. si veda G. DELITALA, *In tema*, cit., 323 ss. Si concorda senz'altro con

Al di fuori del censurabile ricorso alla categoria della colpa presunta per l'imputazione dell'offesa in danno della vittima malcapitata⁹³, si può dedurre

l'illustre giurista partenopeo, *Ivi*, 108, quando afferma, che le «regole dell'agire cauto valgono tanto per chi opera legittimamente quanto per chi opera illegittimamente (...) perché non è detto che il tenere un comportamento illecito dispensi da qualsiasi dovere di oculatezza allorché questo si profili nei confronti del mondo estraneo alla offesa illuminata dalla intenzionalità», ma occorre rammentare che l'art. 82 introduce, dissimulandola, proprio un'ipotesi di responsabilità oggettiva in cui, secondo il modello del *versari in re illicita*, il colpevole risponde anche per il caso fortuito. L'unico brandello di giustificazione che può trovare la tesi dell'A. risiede, come si osserverà nel testo, nel carattere problematico della imputazione, stando al secondo comma, di due reati a titolo doloso a fronte di un'unica volontà lesiva. Come già rilevato, tuttavia, la soluzione adottata nel capoverso dell'art. 82 rappresenta solo il riverbero del deciso discostamento dai principi generali attuato nel primo comma dell'articolo. È perciò senz'altro irrazionale pensare di poter ricondurre nell'alveo dei principi l'*aberratio* plurilesiva, senza incorrere nella violazione del principio di uguaglianza, derivante dalla previsione di una pena più severa per l'ipotesi meno grave (l'*aberratio* monolesiva) e di una pena meno severa per l'ipotesi più grave (l'*aberratio* plurilesiva). Attualmente ritengono possibile ricorrere a un'interpretazione costituzionalmente adeguata del capoverso dell'art. 82, richiedendo la concreta prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale, A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007, 346; ID., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 351.

⁹³ Nell'impossibilità di accollare il fatto a titolo di imprudenza, negligenza o imperizia, ad esempio nel caso in cui il colpevole «spari contro una persona isolata e colpisca pure una seconda persona che sopraggiunga su una veloce motocicletta» (LEONE, *Ivi*, 106, nt. 37), Leone esclude comunque il ricorso alla imputazione dell'evento in base al solo nesso causale con la condotta, ritenendo invece configurata una colpa «per inosservanza di leggi» (art. 43, comma primo, n. 2, c.p.) e, in particolare, per la violazione della norma che incrimina il delitto tentato nei confronti della vittima designata. Come ormai da tempo sostiene la dottrina dominante, dilatare in questo modo la categoria della colpa per inosservanza di leggi equivale a presumere l'effettiva prevedibilità ed evitabilità dell'evento, ascrivendo, nel caso dell'*aberratio ictus*, alla norma punitiva del tentativo tanto funzione incriminatrice, quanto la funzione di regola precauzionale rispetto alla verifica di ulteriori eventi disvolti dall'agente. Conf. A. GRIECO, *In tema*, cit., 843. Contro questa teorica è insorta energicamente la dottrina, ravvisando il sostanziale svuotamento della colpa del suo contenuto psicologico e, di conseguenza, l'avallo della logica del *versari in re illicita*. Puntuali critiche al pensiero dell'A. fra i giuristi a lui contemporanei, si trovano in A. DE MARSICO, *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1940, 237 ss., al quale G. LEONE ha replicato in *Appunti polemici in tema di «aberratio ictus» con*

sulla base di quanto poc'anzi dimostrato, l'incoerenza a cui conduce sul piano sistematico siffatta soluzione. Infatti ascrivendo a titolo colposo l'offesa voluta, ma commessa in danno della vittima occasionale si giungerebbe a sanzionare con una pena più tenue, derivante dal concorso fra un delitto doloso e un delitto colposo a norma del primo comma dell'art. 81, l'agente che ha ucciso la vittima occasionale e ferito la persona presa di mira rispetto all'agente che ha mancato la persona presa di mira e ha ucciso la vittima occasionale, il quale risponde a titolo di omicidio doloso per l'uccisione realizzata ai sensi del primo comma dell'art. 82.

Non è necessario indugiare oltre sul punto: in funzione di critica del diritto vigente la tesi deve essere senz'altro condivisa, ma ricondurre in via interpretativa nell'alveo del principio di colpevolezza esclusivamente la disciplina del capoverso, equivarrebbe a ricorrere a una cura peggiore del male, consistente nella disintegrazione del principio di uguaglianza.

È pacifico, alla luce di quanto già esposto nella parte introduttiva (*retro*, cap. III, § 5), che la tesi poc'anzi analizzata si prefigge, almeno in prospettiva di riforma, il rimarchevole scopo, non soltanto di espungere il paradigma di responsabilità oggettiva declinato nel capoverso dell'art. 82, ma anche di evitare la sommatoria di addebiti a titolo doloso a carico dell'agente a fronte di una volontà diretta a offendere un solo soggetto passivo.

A questa ricostruzione in chiave critica della fattispecie, in cui si denuncia, ancorché implicitamente, la violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale, a causa della doppia valutazione del dolo, la prima volta per imputare l'offesa in danno della persona presa di mira, la seconda volta per imputare l'offesa in danno della vittima occasionale, è stato autorevolmente obiettato che alla luce del trattamento sanzionatorio a presidio del precetto normativo, in realtà, solo in apparenza la norma contempla due ipotesi di reato doloso.

Conviene citare il più autorevole esponente di questo pensiero:

pluralità di eventi, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 202 ss.; con controreplica di A. DE MARSICO, *Ancora sulla colpa per "inosservanza di leggi" e sul reato aberrante*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1941, 773 ss. In termini analoghi a quest'ultimo Autore cfr. R. A. FROSALI, *L'errore*, cit., 583 ss.; G. BATTAGLINI, *In tema*, cit., 608.

Siamo ancora, se non andiamo errati, davanti ad uno scambio tra il piano della fattispecie e quello del trattamento della fattispecie stessa. (...) Non si può negare la profonda differenza che intercorre tra l'imputazione dell'offesa contro la persona diversa, operata ai sensi del comma I dell'art. 82 e l'imputazione della stessa offesa, attuata in virtù del capoverso dell'articolo. Nella prima ipotesi, il legislatore applica la disciplina caratteristica dei fatti dolosi ad un fatto che doloso sostanzialmente è (...). Nel secondo caso, invece, l'agente, sia pur fermandosi allo stato del tentativo, ha realizzato l'offesa contro la persona presa di mira e, pertanto, solo quest'ultima offesa può essere ritenuta oggetto del suo dolo. L'imputazione del secondo evento cagionato, ma questa volta, non voluto, avviene sì a titolo di dolo, ma ognuno vede come il richiamo alla responsabilità per dolo qui attenga unicamente alle conseguenze giuridiche e non abbia corrispondenza alcuna nella struttura dolosa⁹⁴.

Al di fuori del formalismo che inficia la distinzione tra titolo legale e fondamento sostanziale della responsabilità penale, conviene notare come proprio il principale argomento addotto dall'Autore a difesa della razionalità della disciplina dettata dal capoverso ricalca il profilo meritevole di censura, secondo la dottrina largamente maggioritaria, della norma. Non solo, come peraltro riconosce l'eminente Studioso, l'offesa in danno della persona diversa da quella presa di mira è accollata unicamente in base al nesso causale con la condotta, ma è anche addebitata a titolo doloso, malgrado l'agente non abbia voluto e, eventualmente, neanche potuto prevedere il fatto lesivo⁹⁵.

In definitiva non solo in discontinuità, ma in contraddizione con la prima parte dell'enunciato, il legislatore imporrebbe di considerare voluta l'offesa cagionata in danno della vittima occasionale; mentre nel secondo comma ripudierebbe il principio consacrato nel primo, attribuendo natura dolosa solo all'offesa in danno della persona designata e natura incolpevole, nonostante l'imputazione a titolo doloso, all'offesa in danno della vittima occasionale.

⁹⁴ Si tratta della tesi di M. GALLO, voce, cit., 72 ss.

⁹⁵ Sul punto, osserva perspicuamente A. GABOARDI, *La propagazione*, cit., 1881, nt. 31, come «si vada ben oltre la *Vorstellungstheorie*, che non espunge l'evento naturalistico dallo schermo mentale dell'agente, ma semplicemente ritiene che esso non possa formare oggetto del coefficiente volitivo del dolo».

Come che sia, anche considerando l'art. 82 l'espressione dell'indifferenza da parte del diritto penale riguardo alla individualità dell'oggetto materiale-persona offesa dal reato, è innegabile che sia nell'ipotesi di *aberratio* monolesiva, sia nell'ipotesi di *aberratio* plurilesiva, il dolo dell'agente si sia proiettato su un solo soggetto passivo.

In ultima analisi si può perciò rilevare come, 'costretta' dal principio (asseritamente) suggellato nell'art. 82, primo comma, c.p., nella disciplina del capoverso alla finzione di dolo che connota l'*aberratio* monolesiva si somma la duplicazione del dolo, mediante l'imputazione all'agente di due reati dolosi, a fronte di un'unica volontà lesiva⁹⁶.

5.2. La lesione di più persone diverse dalla vittima designata e oltre alla vittima designata.

L'attributo plurilesiva con il quale si designa la fattispecie di cui al capoverso dell'art. 82 indica, nel suo significato minimo, la causazione di almeno due eventi lesivi in danno di altrettanti soggetti passivi.

Se la norma regolasse un comune caso di concorso di reati non avrebbe senso alcuno interrogarsi sull'estensione del proprio campo di applicazione, che dipenderebbe dall'accertamento giudiziario dell'esistenza di una correlazione psicologica tra l'agente e i fatti di reato. Relativamente alla fattispecie configurata all'art. 82 cpv. il quesito si impone in ragione dello speciale regime sanzionatorio dell'*aberratio* bilesiva: in ultima analisi occorre stabilire per un verso, se l'offesa in danno di due persone *diverse* dalla vittima designata integri l'ipotesi del primo o del secondo comma dell'art. 82 e, per

⁹⁶ Per una convincente critica allo 'sdoppiamento' del dolo nella fattispecie plurilesiva di *aberratio* si vedano i puntuali rilievi di A. GABOARDI, *La propagazione*, cit., 1876 ss.: «Nel caso contemplato dall'art. 82, comma secondo, c.p., appare, al contrario, invincibile l'obiezione per cui, se si vuole punire l'agente per omicidio volontario in relazione all'uccisione della vittima designata (come fa la sentenza in esame), un'ulteriore imputazione a titolo di dolo non può reggere, se non a costo di escogitare un'artificiosa "duplicazione" di tale nesso psichico. Il soggetto agente, difatti, ha voluto una sola offesa, non due, per giunta dotate di un disvalore diverso. (...) Nell'ottica di questa obiezione, se il dolo fonda un nesso psichico reale, esso non può "moltiplicarsi" abbracciando risultati non voluti dal soggetto».

un altro, se in caso di offesa in danno di due persone *oltre* alla vittima designata, entrambe le offese in pregiudizio dei soggetti passivi occasionali accedano alla fattispecie del capoverso, ovvero se solo l'offesa in danno di una delle vittime occasionali integri l'*aberratio* plurilesiva, richiamando per l'altra la disciplina del concorso formale di reati⁹⁷.

La prima questione attiene al seguente caso: A esplose con volontà omicida un colpo di pistola contro B. Quest'ultimo schiva il proiettile che attinge mortalmente C e D.

Riguardo a questa ipotesi autorevole dottrina ha inquadrato la lesione di due vittime distinte dalla persona presa di mira nella fattispecie delineata dal capoverso dell'art. 82. Secondo quest'ultima posizione, alla luce della irrilevanza dell'identità della persona offesa consacrata al primo comma, da un lato l'offesa in danno della 'prima' vittima occasionale si dovrebbe considerare equivalente all'offesa mancata nei confronti della persona presa di mira; dall'altro l'offesa ulteriore in danno della 'seconda' vittima occasionale integrerebbe la fattispecie del capoverso⁹⁸.

La tesi è senz'altro suggestiva, poiché ricorre alla *ratio* della disciplina normativa in tema di *aberratio ictus*, ma in definitiva non risulta condivisibile. Infatti malgrado l'art. 82 predichi l'equivalenza, ai fini della imputazione dolosa del fatto, tra il voluto e il realizzato, cionondimeno sia nel primo sia nel secondo comma dell'enunciato normativo compare una distinzione fra la vittima designata e la vittima occasionale. In particolare secondo lo schema del capoverso la fattispecie di *aberratio* plurilesiva risulta necessariamente composta da un'offesa in danno della persona presa di mira e da un'offesa in danno della vittima occasionale.

Perciò la soluzione proposta non può essere sottoscritta poiché, diversamente dal dichiarato ricorso a un'interpretazione estensiva, addiuvata da un'applicazione analogica della fattispecie di cui all'art. 82 cpv., in quanto

⁹⁷ Conf. Cass., Sez. I, 19 aprile 1971, n. 368, in *Giust. pen.*, 1972, 2, 435 ss., con nota di L. IANNELLI, *Le varie ipotesi*, cit., e in *Arch. pen.*, 1973, 435 ss., 2, con nota di L. SABATINELLI, *Pluralità di persone offese e aberratio ictus*.

⁹⁸ G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffrè, 1965, 105 ss. In termini sovrapponibili G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1949, 269.

pretende di completare il contenuto normativo della disposizione con un'ulteriore parificazione tra vittima designata e vittima occasionale, idonea a consentire, contro il dettato legale, l'integrazione della ipotesi di *aberratio* plurilesiva anche in carenza di un'offesa in pregiudizio della persona presa di mira. In ultima istanza una delle due offese in danno delle persone distinte dalla vittima designata (in caso di offese corrispondenti a tipi legali diversi, quella coincidente con l'offesa voluta) è imputata *ex art.* 82, primo comma, a titolo doloso; l'offesa ulteriore in danno della 'seconda' vittima occasionale è imputata, ricorrendone gli estremi, a titolo colposo⁹⁹. La disciplina sanzionatoria corrisponde al cumulo giuridico sanzionatorio di cui all'art. 81, primo comma, c.p. per il concorso formale tra un reato doloso e un reato colposo.

La seconda questione attiene al seguente caso: A esplode con volontà omicida un colpo di pistola contro B. Ferisce quest'ultimo e, per effetto di un rimbalzo del proiettile, colpisce in modo letale C e D.

Con riguardo alla seconda questione, inquadrando sia l'offesa in danno della 'seconda' sia l'offesa in danno della 'terza' vittima occasionale nell'ipotesi di cui al capoverso dell'art. 82, il colpevole dovrebbe rispondere, a titolo doloso, di tutti i reati commessi, potendo soggiacere alla pena massima coincidente con quella minacciata per il concorso materiale di reati dolosi (secondo il limite all'aumento di pena posto dall'art. 81, comma terzo, c.p.).

Richiamando parzialmente la disciplina del concorso formale, invece, il colpevole dovrebbe rispondere con la pena prevista dal reato più grave aumentata fino alla metà per l'offesa a una fra le due vittime occasionali. In riferimento all'offesa in danno della 'terza' o della 'quarta' persona distinte dalla vittima designata l'agente dovrebbe rispondere, sussistendone gli estremi, a titolo di colpa.

Quest'ultima soluzione risulta la più convincente¹⁰⁰. A ben guardare, infatti, nel caso di *aberratio* plurilesiva in cui il soggetto causa un'offesa meno grave di

⁹⁹ In tal senso E. CONTIERI, "*Aberratio ictus*", cit., 848; analogamente F. SICILIANO, *Ancora dell'aberratio ictus con pluralità di eventi*, in *Giust. pen.*, 1953, 2, 1134.

¹⁰⁰ Conff. M. ROMANO, *Contributo*, cit., 133; ID., *Commentario*, cit., 739; M. DONINI, *Il reato*, cit., 798; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè,

quella voluta – ad esempio una lesione personale – in danno della vittima designata e un’offesa più grave – ad esempio la morte – in danno di due persone distinte, la soluzione giuridica del caso è imposta già dal primo comma dell’art. 82. L’offesa nei confronti della persona presa di mira è strutturalmente dolosa. In riferimento al reato voluto ma commesso in danno di due persone distinte dalla vittima designata, il fondamento di ‘giustizia sostanziale’ che giustificerebbe la norma, permette di imputare a titolo doloso solo uno degli omicidi. Infatti anche laddove l’art. 82 si limitasse a confermare l’indifferenza da parte dell’ordinamento per l’identità fisica della persona offesa, non consentirebbe comunque di moltiplicare l’imputazione dolosa oltre l’unica effettiva volontà lesiva dell’agente.

In ultima analisi, per scongiurare applicazioni analogiche *in malam partem* del capoverso dell’art. 82, occorre circoscrivere il perimetro applicativo della norma solo all’offesa della persona presa di mira e soltanto a una fra le vittime occasionali attinte dall’azione. Nel caso di offese di gravità diversa, conviene distinguere due ipotesi: in caso di realizzazione dell’evento voluto in danno della vittima occasionale e di produzione di un’offesa diversa in danno di altra vittima malcapitata, occorre ritenere, ai sensi del primo comma dell’art. 82, dolosa l’offesa corrispondente, in astratto, a quella voluta, al di fuori della maggiore o minore gravità rispetto all’offesa in danno della ‘seconda’ vittima occasionale.

Per precisare il concetto conviene ricorrere al fecondo esempio dell’omicidio aberrante: X spara con volontà omicida in direzione di B. Tuttavia per un difetto di mira riesce soltanto a ferire quest’ultimo. Per effetto del rimbalzo su una parete, il proiettile attinge sia C sia D. Il primo muore, il secondo subisce una lesione grave. Poiché X ha agito per uccidere, il fatto voluto, da imputare a titolo doloso, è a norma del primo comma dell’art. 82 l’omicidio di C, mentre le lesioni gravi in danno di D possono essere

2003, 430; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1967, 672; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 364; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 411; G. FORNASARI, *Dolo*, cit., 196; A. COSEDDU, *sub art. 82*, cit., 673.

rimproverate, ricorrendone gli estremi, a titolo colposo¹⁰¹: in sintesi, X risponde ai sensi dell'art. 82 cpv. a titolo di omicidio e lesione personale dolosi, per l'uccisione e il ferimento, rispettivamente, di C e B; ai sensi del primo comma dell'art. 81 c.p. a titolo di lesione colposa per l'ulteriore ferimento colposo in danno di D.

Se invece l'agente realizza l'offesa voluta in danno della persona presa di mira e, accidentalmente, offende anche due diversi soggetti passivi, si ritiene, adottando l'interpretazione più favorevole al reo, dolosa – stando al capoverso dell'art. 82 – l'offesa più tenue, e colposa, ricorrendone gli estremi, l'offesa più grave¹⁰². Anche per precisare i lineamenti di quest'ultima ipotesi conviene ricorrere a un'esemplificazione: X esplosa un colpo di pistola e uccide B. Il proiettile trapassa il corpo di B e attinge sia C, causando il decesso di quest'ultimo, sia D, causando lesioni gravi.

In quest'ultimo caso l'evento voluto si è realizzato in danno della vittima designata e, pertanto, in assenza di indicazioni di segno contrario nel testo dell'art. 82, si riconosce carattere doloso all'omicidio di B in quanto naturalisticamente voluto, carattere doloso alle lesioni gravi in danno di D ai

¹⁰¹ Conf. M. ROMANO, *Contributo*, cit., 165: «Quando si afferma che per la prima parte della norma l'offesa da porre a carico, a titolo di dolo, delle due realizzate in danno di C e D (entrambi persone diverse), sarà quella meno grave, e che parimenti, per il secondo comma, sarà l'offesa meno grave fra quelle a C e a D a dover essere scelta come ulteriore rispetto all'offesa cagionata a B, persona voluta, onde operare fra queste due la scelta successiva, corrispondente all'art. 82, cpv., con la conclusione della imputazione dolosa dell'offesa risultante più grave dall'ultimo confronto, mi pare si vada incontro ad un inconveniente piuttosto serio (...). Quando si muova dalla indifferenza normativa per la divergenza fra persona ideata e persona offesa, e si rilevi che la deviazione fra rappresentato e cagionato sul punto lascia sussistere un comportamento doloso, non mi sembra si possa poi asserire che sarà l'offesa meno grave fra quelle arrecate a C e D ad essere ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 82, co. 1°». Nello stesso senso A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 448; A. COSSEDU, *sub art. 82*, cit., 673.

¹⁰² Concordi M. DONINI, *Il reato*, cit., 798; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 448; M. BOSCARELLI, *Elementi*, cit., 217; G. MARINI, *Lineamenti*, cit., 563; P. PISA, *Ipotesi di responsabilità anomala*, cit., 442; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., 423; G. RICCARDI, *Le proposte*, cit., 307; G. DE VERO, *Corso*, cit., 517; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2016, 380.

sensi del capoverso dell'art. 82 e, infine, carattere colposo, secondo il primo comma dell'art. 81, all'omicidio di C.

6. Il regime di imputazione delle circostanze ai sensi dell'art. 60 c.p.

Per un verso l'art. 60 stabilisce sia per quanto attiene alla imputazione delle circostanze aggravanti, sia per quanto attiene al riconoscimento delle circostanze attenuanti, una deroga *in bonam partem* rispetto al regime comune di imputazione delle fattispecie circostanziali (art. 60, commi primo e secondo, c.p.); per un altro richiama il regime comune di imputazione delle circostanze (art. 60, comma terzo, c.p.). Per quanto concerne quest'ultimo profilo, ossia il rinvio alle regole generali per l'imputazione delle circostanze aggravanti inerenti all'età, alle condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della vittima, non c'è tanto da osservare: la particolare vulnerabilità di una cerchia di consociati, sia fisiologica, in quanto dovuta, ad esempio, alla minore età o all'anzianità, sia patologica, in quanto dovuta a un qualsiasi stato di minorazione psico-fisica, ha indotto il legislatore a ripristinare la possibilità di imputare, anche in base, alla semplice conoscibilità, le suddette circostanze aggravanti.

Per quel che concerne invece l'esclusione della imputazione delle circostanze aggravanti nominate dai primi due commi dell'art. 60, richiamate per espresso rinvio da parte dell'art. 82, attentamente in dottrina si è notato che sia nell'assetto originario del codice penale, sia nell'assetto attuale, l'art. 60 costituisce una deroga al regime di imputazione ordinario.

Rispetto all'assetto originario delineato dal legislatore storico, la natura derogatoria è limpida: anteriormente alla riforma dell'art. 59 c.p., introdotta con l. 7 febbraio 1990, n. 19, la suddetta norma disponeva infatti l'imputazione a titolo meramente oggettivo delle circostanze aggravanti.

Anche allo stato attuale, benché in misura ridotta, l'art. 60 mantiene l'originaria efficacia derogatoria. Infatti mentre secondo i principi generali (art. 59 c.p.) è sufficiente la conoscibilità dei fatti costitutivi delle fattispecie aggravanti per fondare l'imputazione delle stesse, la norma *de qua* esclude del tutto l'operatività delle circostanze aggravanti inerenti ai rapporti fra soggetto

attivo e soggetto passivo e le condizioni o qualità di quest'ultimo, anche qualora conoscibili dal colpevole al tempo della condotta¹⁰³.

In merito all'assetto delle circostanze attenuanti, invece, l'art. 60 deroga al regime di imputazione disposto dall'art. 59 c.p., consentendo di valutare a favore del colpevole le fattispecie attenuanti inerenti alle condizioni o le qualità della vittima e i rapporti fra quest'ultima e l'agente. Sulla reale portata dell'effetto derogatorio occorre intendersi: l'art. 60 dispone di valutare a favore del reo le circostanze attenuanti di contenuto omogeneo alle circostanze aggravanti nominate nel primo comma nei limiti in cui, benché assenti nel fatto realizzato, avrebbero acceduto all'offesa in danno della vittima designata.

L'interpretazione in chiave sistematica della disposizione impone questo esito in quanto, argomentando *a contrario*, ossia sulla scorta del puro dato testuale della norma, si addiverrebbe a ravvisare in ogni caso la rilevanza putativa alle circostanze attenuanti nei casi di *error in persona*, benché carenti nella condotta diretta contro la vittima designata e, per converso, a negare la medesima rilevanza alle suddette circostanze nei casi di realizzazione del fatto in danno della persona presa di mira¹⁰⁴. Infine occorre precisare l'assoggettamento della situazione al regime ordinario di imputazione delle

¹⁰³ Sul tema cfr. T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, 2, 253; A. VALLINI, *Le circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 2000, 42; F. RAMACCI, *I delitti*, cit., 266; G. MARINUCCI -E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 472, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale*, cit., 425; F. BASILE, *Art. 60*, in *Codice penale commentato*, cit., 1061. V. sul punto già le riflessioni di Pessina contenute in G. SUMAN -G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia (approvato del R. decreto 30 giugno 1889, con effetto dal 1° gennaio 1890)*, Torino, UTET, 1892, 627, in materia di ignoranza (o errore) sul rapporto di parentela esistente fra vittima e colpevole: «Ma se la persona uccisa o ferita per errore invece di un'altra abbia qualità per le quali il reato si renderebbe più grave, allora l'errore giova al colpevole, non all'effetto di escludere l'imputazione, ma all'effetto di esonerarlo dalla responsabilità dell'aggravante. Così se taluno, volendo uccidere un estraneo, per errore uccida il padre, si punisce come omicida e non come parricida, perché il parricidio fu un evento che l'agente non volle».

¹⁰⁴ In questo senso già M. GALLO, voce, cit., 69 ss. Si vedano, più recentemente, M. DONINI, *Il reato aberrante*, cit., 790; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 633; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 409.

circostanze attenuanti sussistenti nel fatto realizzato. Benché l'agente sia punito "come se" avesse voluto offendere il soggetto passivo attinto per cause accidentali, la *fictio doli* non si estende fino a escludere le circostanze attenuanti caratterizzanti il fatto commesso: a titolo esemplificativo si può rilevare che, nel caso di offesa in danno della persona che si è volontariamente posta sulla traiettoria di tiro a protezione della vittima designata, sarà valutata a favore dell'agente la circostanza attenuante costituita dal concorso del fatto doloso della vittima alla causazione dell'evento (art. 62, comma primo, n. 5, c.p.).

Un'ultima considerazione si rende opportuna in merito alla tassatività della norma, la quale individua attraverso un rinvio *quoad relationem* (alle circostanze aggravanti indicate nel primo comma) le circostanze attenuanti rilevanti in forma putativa. Occorre evidenziare che siffatta limitazione del campo di operatività del 'putativo' soltanto a talune circostanze esclude ingiustamente la possibilità che vengano considerate, per attenuare il reato nell'ipotesi di *error in persona* , ulteriori ipotesi le quali potrebbero caratterizzare l'offesa diretta contro la vittima designata: fra le ipotesi plausibilmente più frequenti conviene richiamare l'attenuante della cd. provocazione (art. 62, comma primo, n. 2, c.p.), ricorrente ogniqualvolta l'agente ha commesso il fatto "in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui" (è il tipico caso di *homicidium innoxii pro noxio* già noto alla tradizione giuridica romanistica), ovvero all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, comma primo, n. 4, c.p.).

Mette conto notare che l'adombrata estensione della rilevanza putativa delle circostanze attenuanti non entra in frizione con il generale principio di non rilevanza delle circostanze attenuanti non sussistenti nel fatto di reato (art. 59, comma terzo, c.p.). Infatti nella situazione che ci riguarda gli elementi costitutivi delle fattispecie attenuanti, ancorché non sussistenti nell'offesa in danno della persona (*error in persona*) o della cosa (*error in objecto*) attinte per errore, hanno una consistenza reale nella vittima designata (nell'attenuante della cd. provocazione) o nella cosa 'scambiata' per quella danneggiata (nell'attenuante del cd. danno patrimoniale di speciale tenuità) e non si configurano esclusivamente nella rappresentazione soggettiva dell'agente.

Si delinea, quindi, in prospettiva di riforma l'estensione della rilevanza putativa a tutte le circostanze che avrebbero attenuato l'offesa in danno della

vittima designata, come peraltro era già previsto nell'art. 52 del Codice Zanardelli (*retro*, cap. II, sez. I, § 2.1.).

Una trattazione autonoma merita la premeditazione (art. 577, comma primo, n. 3, c.p.). Infatti già in tema di *error in persona* la dottrina italiana risulta storicamente discorda in ordine alla valutazione a carico del reo della circostanza aggravante *de qua*, sussistente nell'offesa diretta nei confronti della vittima designata¹⁰⁵.

L'autorevole posizione favorevole all'esclusione della circostanza aggravante in esame risale a Carrara:

Nella ipotesi che a questo luogo propongo, non si ricerca se il titolo di omicidio rimanga, o no: si suppone risolta codesta prima questione nel senso che il titolo di omicidio rimanga. Ma si procede alla soluzione del caso misto, cioè della aggravante che si vuole far risultare dalla premeditazione. Si noti bene la differenza fra questione e questione: poiché le ragioni di risolvere la prima questione nel senso più severo possono non avere eguale ragione per risolvere nel senso più severo anche la seconda questione. (...) Alla essenzialità del titolo di omicidio sta bene che non pertenga la diversità della persona. Ma certamente alla essenzialità della premeditazione appartiene lo avere precedentemente deliberato quello che si è poscia ottenuto. E sta qui appunto la ragione di dubitare nel secondo caso»¹⁰⁶.

¹⁰⁵La giurisprudenza risulta invece granitica nel riconoscimento della circostanza aggravante *de qua* anche nell'ipotesi di *aberratio ictus*. Cfr. Cass., Sez. I, 17 gennaio 2014, n. 16711, rv. 259521; Cass., Sez. VI, 23 giugno 2009, n. 43275, rv. 244942; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2008, n. 41240, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 27 ss.; Cass., Sez. I, 22 dicembre 2006, n. 1811, rv. 236072; Cass., Sez. I, 24 settembre 2001, n. 43234, in *Cass. pen.*, 2002, 3467 ss.; Cass., Sez. I, 24 marzo 1986, n. 5073, in *Giust. pen.*, 1988, 2, 397 ss.

¹⁰⁶F. CARRARA, *Programma*, cit., 148, nt. 1. Concorde E. PESSINA, *Trattato di penalità speciale secondo le leggi delle due Sicilie*, Napoli, 1859, 25: «Perocché la giustizia penale se vede nel delinquente colui che uccide un uomo, ed avea premeditato di uccidere un altro uomo, dee riconoscere che la premeditazione è rimasta nella pura intenzione senza manifestarsi nella specialità concreta dell'azione. Oltre che la premeditazione o è determinata o è indeterminata. Nel primo caso essendo relativa ad un dato individuo essa non si è avverata punto per colui che è rimasto vittima. Se poi è indeterminata non si è più nel caso dell'omicidio per errore, perché l'errore presuppone appunto una premeditazione sovra un dato individuo come vittima designata». In riferimento alla disciplina del codice vigente, esclude la compatibilità fra premeditazione e *aberratio ictus* già O. VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, Giuffrè, 1935, 80.

Sul fronte opposto è stato obiettato, con argomenti suggestivi ma in definitiva non condivisibili, che la premeditazione andrebbe intesa come la deliberazione, protratta per un lasso di tempo consistente e senza soluzione di continuità, di uccidere chicchessia, senza che sia necessario per configurare la fattispecie aggravante l'individuazione del destinatario del proposito omicida. Di conseguenza, anche nei casi di *error in persona* e di *aberratio* risulterebbe applicabile la circostanza aggravante *de qua*¹⁰⁷. Anzi, proprio il riconoscimento da parte dell'art. 82 del carattere doloso al fatto realizzato implicherebbe necessariamente l'applicabilità dell'aggravante della premeditazione anche nel caso in cui l'omicidio si consuma in danno di persona diversa da quella presa di mira¹⁰⁸.

Tuttavia, nonostante l'avallo offerto dalla dotta tradizione giuridico-medievale, tale orientamento va disatteso.

È vero che la premeditazione caratterizza, caricandola, l'intensità del dolo e non attiene alla direzione della volontà, non offrendo quindi alcun contributo alla definizione dell'oggetto del dolo. La storia degli attentati 'dimostrativi' è eloquente in tal senso: in questi ultimi la premeditazione risiede nella programmazione dell'omicidio di un individuo qualunque che abbia preso parte a una manifestazione commemorativa, a un evento celebrativo etc., e non necessariamente nella direzione della volontà omicida verso una persona specifica.

¹⁰⁷ In questo senso U. CONTI, *Della imputabilità*, cit., 281; G. IMPALLOMENE, *L'omicidio*, cit., 396. Analogamente N. NICOLINI, *Il tentativo*, cit., 96; G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 269. Nella dottrina contemporanea, secondo le stesse cadenze argomentative, F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, UP, 2016, 173.

¹⁰⁸ Sul punto cfr. per tutti U. CONTI, *Ivi*, cit., 283, in riferimento all'art. 52 del Codice Zanardelli: «A nostro avviso, al modo stesso che si esclude dal Pessina la premeditazione, ritenendo vittima l'ucciso, non del fatto premeditato, ma di un errore involontario, si dovrebbe pure escludere la semplice volontà omicida. (...) Ma riconoscere il dolo e disconoscere la premeditazione equivale a scindere ciò che non è scindibile, ammettendo e non ammettendo nel tempo stesso la corrispondenza tra il fatto e l'intenzione». Sulla base di argomenti sovrapponibili B. ALIMENA, *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata*, Torino, Fratelli Bocca, 1887, 253 ss.

Tuttavia, all'esatto contrario, le fattispecie di *error in persona* e di *aberratio ictus* postulano proprio la concentrazione della volontà offensiva contro un soggetto passivo determinato il quale, evidentemente, condiziona anche la pianificazione del delitto nella trama criminosa ordita dall'agente. Pertanto nel caso in cui l'agente manchi il 'bersaglio', uccidendo una persona diversa, quest'ultimo omicidio non si può considerare premeditato.

Del pari è destinata all'insuccesso l'obiezione secondo la quale in chiave di apprezzamento del disvalore soggettivo del fatto, l'assassinio della vittima predestinata risulterebbe equivalente all'omicidio accidentale del passante. Infatti malgrado le due condotte possano essere considerate espressive di un uguale coefficiente di pericolosità per la sicurezza comune, l'assunto non attiene al giudizio sul disvalore soggettivo emergente dalla vicenda criminosa e, in definitiva, alla sussistenza della premeditazione.

Sul versante della pericolosità del fatto per la collettività, l'analogia fra le due situazioni trova riscontro nella fase di determinazione della pena e, specificamente, nell'eguale valutazione, in termini di gravità, della condotta e della vita del reo antecedenti al reato (art. 133, comma secondo, n. 2, c.p.). Sul versante del disvalore soggettivo, invece, resta necessario differenziare la situazione dell'agente che ha 'realizzato quanto premeditato' da quella dell'agente che ha fallito il piano, rilevando l'incompatibilità fra premeditazione e *aberratio ictus*.

In senso avverso non milita l'assunto per cui, stando all'art. 60, unicamente le circostanze aggravanti inerenti alle condizioni o qualità della vittima, e ai rapporti fra quest'ultima e il colpevole sono estromesse dal giudizio d'imputazione. Infatti il divieto di valutazione a carico del reo delle suddette aggravanti non importa l'imputazione all'agente di tutte le altre circostanze che avrebbero aggravato il reato, se la condotta avesse attinto la persona presa di mira. Se, come si ritiene di aver dimostrato (*retro*, cap. III, § 2.1.), stando alla formulazione dell'art. 82 bisogna considerare 'voluto il fatto realizzato' (l'offesa in danno della vittima occasionale) e non, viceversa, 'realizzato il fatto voluto' (l'offesa diretta contro la vittima designata) non si può ritenere sussistente la premeditazione, in forma putativa, soltanto perché non rientrante nel novero di circostanze che l'art. 60 c.p. sottrae dal campo di

imputazione¹⁰⁹. Riguardo alle fattispecie aggravanti diverse da quelle nominate dall'art. 60 si riestende l'ambito applicativo del regime ordinario di imputazione (art. 59 c.p.), che esclude la rilevanza in forma putativa delle circostanze aggravanti.

7. *Aberratio ictus* e legittima difesa.

Un ulteriore profilo di indagine della letteratura in materia di *aberratio ictus* è rappresentato dal modo di configurarsi della legittimità difesa nella situazione descritta dall'art. 82. Occorre preliminarmente delimitare il campo visuale, precisando che si tratterà in questa sede soltanto l'ipotesi in cui l'agente 'manca' l'aggressore, offendendo accidentalmente una persona diversa. Nel caso inverso, in cui l'agente diriga la propria condotta animato dalla volontà di uccidere o ledere il proprio nemico ma, per effetto di una circostanza accidentale, cagioni la morte o la lesione personale di persona diversa, la quale, nella inconsapevolezza dell'agente, fosse in procinto di aggredirlo, andrebbe esclusa l'antigiuridicità – e quindi la punibilità – del fatto realizzato, per il ricorrere, senza che si renda necessario applicare l'art. 82 c.p., della scriminante della legittima difesa.

Infatti, in merito a quest'ultima ipotesi, escludendo l'antigiuridicità dell'offesa per la rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione ai sensi dell'art. 59 c.p., non v'è bisogno di 'assumere', evocando l'art. 82 c.p., che l'agente fosse consapevole della liceità, *ex* art. 52 c.p., dell'azione sfociata nell'offesa in danno della vittima occasionale¹¹⁰. L'agente potrà al più rispondere, ricorrendone i requisiti oggettivi, a titolo di delitto tentato per il tentativo di offendere la vittima designata¹¹¹.

¹⁰⁹ L'orientamento avverso consolidato nel diritto vivente (*retro*, cap. III, § 6) riposa sulla perpetuazione dell'equivoco, espresso in forma tratizia, che addiviene alla compatibilità delle circostanze inerenti alla intensità del dolo – fra cui la premeditazione – con l'art. 82 sulla scorta della mancata inclusione di dette circostanze fra quelle espressamente escluse dal giudizio di imputazione a norma dell'art. 60 c.p.

¹¹⁰ Così sul punto G. PENSO, *La difesa legittima*, Milano, Giuffrè, 1939, 198. Conf. R. VENDITTI, *Aberratio ictus e cause di giustificazione*, in *Giur.it.*, 1959, 2, 313.

¹¹¹ In questi termini L. CORNACCHIA, voce, cit., 175.

Viceversa si addiviene ad escludere la sussistenza della legittima difesa, ravvisando nella suddetta scriminante la funzione di elemento negativo della tipicità soggettiva (*subjektiver Tatbestand*). Secondo quest'ultima impostazione, se stando all'art. 52 c.p. il fatto non è punibile quando il soggetto ha agito, perché "costretto dalla necessità (...)", difetterebbero i presupposti applicativi della scriminante in rilievo, sia rispetto alla vittima designata, sia rispetto alla vittima occasionale, giacché la condotta costituirebbe l'estrinsecazione di una volontà non coartata dall'offesa, diretta nei suoi confronti, che l'agente non ha percepito. Sicché, se la legittima difesa fosse considerata una causa di esclusione della tipicità (soggettiva), nella condotta verrebbe a mancare il dolo che dovrebbe 'scivolare', stando all'art. 82 c.p., dall'offesa diretta contro la persona presa di mira all'offesa in danno della vittima occasionale.

Per quanto concerne la situazione che sarà esaminata in questo paragrafo, conviene dapprincipio osservare come, tradizionalmente, almeno in Italia le medesime esigenze che *in malam partem* hanno sorretto la *translatio doli* per assoggettare alla pena del delitto doloso l'agente responsabile della offesa in danno della vittima occasionale, sono state adoperate per escludere la punibilità del soggetto che, in stato di legittima difesa nei confronti dell'aggressore, abbia offeso accidentalmente altra persona.

Sul punto già Pessina ritiene che, come merita di essere punito a titolo di dolo colui che per un difetto di mira uccide persona diversa da quella voluta «imperocché la legge deve ugualmente proteggere la vita e l'integrità personale di tutti i cittadini (...) le stesse considerazioni consigliano nel caso in cui il reato per sé medesimo sia scusabile, a tener conto della scusa a pro del colpevole, quantunque la scusa non ricorra di fronte alla persona uccisa»¹¹².

¹¹² E. PESSINA, *Elementi*², cit., 315. Sulla scorta di argomenti sovrapponibili N. NICOLINI, *Del tentativo*, cit., 95: «Se alcuno nella necessità attuale della legittima difesa, vibri un colpo contro l'ingiusto aggressore, la forza che mosse prima la sua volontà e quindi il suo braccio, è il desiderio innato della propria salvezza, non quello del meritato altrui danno. Che se il suo colpo ferisce un altro ch'egli aborrisce di offendere, *praevallet quod principale est*: il volere il proprio scampo, e non la morte di alcuno e lo spirito che informa l'atto per tutto il suo corso ed in ogni parte di esso, ovunque ci vada a fermarsi». In termini sovrapponibili in merito all'art. 82, V. MANZINI, *Trattato*, cit., 293. Conf. oggi, A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 609; A. MAGGINI, *Aberratio ictus e*

Con termini diversi si potrebbe affermare, emendando la nota massima invalsa a supporto dell'unitarietà dolosa del reato aberrante, che quando l'agente intende difendersi da un'offesa ingiusta, non interessa alla legge l'identità della persona offesa dalla reazione, giacché il fatto per l'ordinamento resta lecito¹¹³. Senonché non è difficile percepire l'infondatezza, segnalata dagli inconvenienti applicativi ai quali essa perviene, della tesi secondo la quale la causa di giustificazione caratterizzante l'offesa diretta contro la vittima designata eliderebbe, 'traslativamente', anche l'antigiuridicità dell'offesa arrecata alla vittima occasionale.

Preliminarmente conviene osservare come a un'analisi più attenta anche la dottrina tradizionale non esclude recisamente la responsabilità dell'agente nel caso in cui l'offesa contro la vittima designata sia scriminata dalla sussistenza della legittima difesa. Piuttosto sembra che Pessina e Nicolini postulino l'inesigibilità di una condotta conforme al precetto penale nell'ipotesi in cui l'agente risulti "costretto" a commettere un fatto corrispondente a quello descritto da una fattispecie incriminatrice, non muovendo i loro rilievi in punto di antigiuridicità. Del resto la conferma di questa ipotesi si può agevolmente desumere dall'assenza di riflessioni di analogo contenuto su altre figure scriminanti, già profilate al tempo, come il consenso dell'avente diritto o l'uso legittimo delle armi: nessuno ha mai sostenuto, poiché non avrebbe potuto seriamente farlo, che il consenso della vittima designata basta a escludere la punibilità del fatto, per errore o altra circostanza accidentale, commesso in danno della vittima occasionale. Risulta di intuitiva evidenza, infatti, che in quest'ultima ipotesi la scriminante non abbia condizionato la volontà dell'agente, ma abbia soltanto escluso l'antigiuridicità del delitto tentato nei confronti della vittima designata, non interferendo invece sul giudizio di responsabilità – né in punto di antigiuridicità, né in punto di

legittima difesa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 3, 938 ss.; R. VENDITTI, *Aberratio*, cit., 313; G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 268; A. COSSEDU, *sub art. 82*, cit., 670.

¹¹³ Ritenendo l'art. 82 una norma superflua ai fini della determinazione del titolo di imputazione del fatto, si deve coerentemente ritenere l'agente esente da responsabilità, in quanto la causazione dell'offesa astrattamente intesa è scriminata dall'esistenza della legittima difesa. Cfr., per tutti, A. MAGGINI, *Aberratio*, cit., 938 ss.

colpevolezza – per il fatto commesso in danno della vittima occasionale. In ultima istanza, più che in virtù del ‘trasferimento’ della scriminante dall’offesa diretta contro la vittima designata all’offesa in danno della vittima occasionale, sembra più semplicemente che gli insigni Studiosi disconoscano la libertà di autodeterminazione da parte dell’agente minacciato dall’aggressione altrui e, di conserva, la possibilità di imputare a quest’ultimo le conseguenze dell’azione in danno della vittima sventurata.

Muovendo adesso l’analisi sugli argomenti a supporto dell’infondatezza della tesi suesposta, si può notare, come si ha già avuto modo di osservare nel corso nella disamina di una sentenza del *Reichsgericht* (*retro*, cap. II, sez. II, § 1.), che l’‘estensione’ della legittima difesa dal fatto voluto al fatto realizzato si rivela insoddisfacente per ‘il sentimento di giustizia’ che la tesi ‘unitaria’ si prefigge di salvaguardare. Infatti scriminare il fatto commesso in danno della vittima malcapitata imporrebbe equiparare agli effetti penali la situazione del soggetto che reagisce contro un’offesa ingiusta, senza accettare il rischio di colpire persone diverse dall’aggressore, alla situazione dell’agente che reagisce ‘alla cieca’, al solo scopo di mettere in fuga l’aggressore, anche a costo di offendere persone diverse da quest’ultimo.

Invero proprio tale esigenza di differenziazione delle due situazioni trascorre nel principio di diritto enucleato nella sentenza del *Reichsgericht* del 1923: è vero che nella maggioranza dei casi l’addebito all’agente dell’offesa in danno della vittima occasionale andrebbe escluso in considerazione della impossibilità di evitare l’accadimento lesivo, ossia per l’inesigibilità di maggiore cautela nella reazione difensiva alla luce della coercizione psicologica subita dall’agente. Cionondimeno si potrebbe manifestare il caso in cui sia accertato in capo a quest’ultimo il potere, benché limitato, di controllo nell’esercizio della propria attività difensiva: in quest’ultima ipotesi, ossia anche nel caso di una reazione assolutamente imprudente, la quale sfoci nella lesione di terzi innocenti, il colpevole verrebbe a usufruire *per translatio* della legittima difesa sussistente nell’offesa diretta nei confronti dell’aggressore.

Appare quindi più rispondente al principio di colpevolezza ricorrere all’accertamento, compiuto dal *Reichsgericht* nel precedente richiamato, sulla reale evitabilità dell’accadimento lesivo in danno della vittima occasionale.

Acquisito il carattere potenzialmente iniquo al quale condurrebbe l'assoluzione *in ogni caso* del soggetto per l'offesa in danno della vittima occasionale, conseguente a una condotta scriminata nei confronti della vittima designata, occorre valutare l'attuale idoneità dello schema delineato dall'art. 82 a 'travasare' la legittima difesa dal fatto voluto al fatto realizzato. Evocando la tradizione sul tema residuerebbero pochi dubbi: già nel diritto comune si trovano frammenti in cui affiora l'adozione di un criterio di giudizio per l'imputazione delle conseguenze di una condotta *lecitamente* orientata decisamente più benevolo rispetto a quello adottato per la imputazione delle conseguenze di una condotta *illecitamente* orientata¹¹⁴. In quest'ultima ipotesi, secondo la canonistica dottrina del *versari*, si ritiene il soggetto responsabile anche per le conseguenze lesive dovute al caso (*«etiam pro casu»*); nel primo caso il giudizio inclina verso la tendenziale irrilevanza penale del fatto. Noto

¹¹⁴ Peraltro anche a legislazione vigente non mancano norme incriminatrici le quali, come noto, ascrivono a titolo di dolo, stabilendo la pena del delitto doloso, fatti rispetto a un profilo dei quali all'agente è rimproverabile soltanto un atteggiamento colposo. Si tratta delle fattispecie di reato, distinte da quelle in cui l'imputazione a titolo di dolo è fondata (financo esclusivamente) su un rapporto di causalità qualificata tra condotta ed evento (art. 82 c.p., art. 116 c.p., *etc.*), nelle quali l'evento è ascritto a titolo doloso anche allorquando, talvolta per espressa previsione normativa, un profilo di quest'ultimo, costitutivo del fatto tipico, sia stato colposamente ignorato dall'agente: si pensi ai delitti sessualmente motivati contro minori (artt. 609 *bis*, nella forma aggravata di cui all'art. 609-*ter*, comma secondo; 609-*quater*, 609 *quinquies*, 609 *undecies* c.p.) ovvero ai delitti pedopornografici (artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600 *quater*.1, 600 *quinquies* c.p.), rispetto ai quali, agli articoli, rispettivamente, 609-*sexies* e 602-*quater* c.p., si statuisce l'inescusabilità della ignoranza, non inevitabile, sulla minore età, ai fini dell'esclusione della responsabilità penale. Contro l'inquadramento in un'unica fattispecie di reato e sotto un'unica pena edittale di atti sessuali/pedopornografici, sia volontariamente sia inconsapevolmente contro minori, si è levata la critica di una parte della dottrina, che ne censura la contraddizione con il principio di uguaglianza (*sub specie*, proporzionalità sanzionatoria): si vedano, fra gli altri, L. RISICATO, *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 612; ID., *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1474; G. COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1807.

per quest'ultimo caso l'esempio raffigurato da Paolo in riferimento ai principi informativi della *Lex Cornelia de iniuriis*, contenuto nel Digesto, XLVII, X, § 5: «*Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor*»¹¹⁵. Il brano richiamato ravvisa la non punibilità del soggetto che in un contesto d'azione lecito (percuotere il proprio servo, il quale, come è noto, secondo lo *ius civile vetus* non costituisce un soggetto di diritto, ma una *res* di proprietà del *pater familias*) determina un risultato anti-giuridico (l'offesa a una persona libera)¹¹⁶.

Solo in tempi più recenti in Italia ha progressivamente guadagnato consensi la tesi contraria alla compatibilità del paradigma criminoso delineato dall'art. 82 con la legittima difesa¹¹⁷. Il principale argomento di diritto positivo a supporto della tesi risiede nella punizione, ai sensi del dettato dell'art. 82, del colpevole per «il reato in danno della persona che voleva offendere».

¹¹⁵ PAOLO, D. XLVII, X, § 5, in G. LEONE, *Il reato*, cit., 36, nt. 63. Esempio, sul piano della valorizzazione della originaria carenza di anti-giuridicità della condotta per escludere la rilevanza penale di ogni altra conseguenza lesiva non voluta, Trib. S. Maria Capua Vetere, 24 giugno 1959, Manzi-De Rosa, in *Giur. it.*, 1959, 2, 317 ss.: «Comunque si valuti il titolo della responsabilità, non può prescindere dalla causa discriminatrice della condotta: la quale circoscrive del crimine della liceità tutta l'azione del colpevole, la quale, in ogni ipotesi d'intendere il reato aberrante, è unica, e come tale, se vien discriminata per una ragione, non può non essere discriminata in relazione ad entrambi gli eventi lesivi in cui essa si è concretata».

¹¹⁶ Il caso profilato non può essere invocato, evidentemente, a supporto dell'esclusione già nel diritto romano del carattere doloso dell'offesa realizzata nei casi di *aberratio ictus*, in quanto l'esclusione della punibilità dell'agente non dipende dalla imprevedibilità della lesione cagionata al terzo, ma dalla mancanza di anti-giuridicità nella condotta diretta a percuotere il proprio servo. Conf. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, Paris, A. Gobelet, 1872, 3, 445; B. ALIMENA, *La premeditazione*, cit., 255.

¹¹⁷ Anche se tra i primi a sostenere l'impossibilità di applicare la legittima difesa all'offesa contro la vittima non designata, secondo l'assetto dell'art. 82, figura già G. PENSO, *La legittima difesa*, Milano, Giuffrè, 1939, 196 ss., la tesi della incompatibilità tra le fattispecie è compiutamente sviluppata solo circa trent'anni dopo da LEONE, *Il reato*, cit., 34 ss. In senso analogo oggi M. GALLO, voce, cit., 70; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 108; L. CORNACCHIA, voce, cit., 175; G. FORNASARI, *Il dolo*, cit., 194; G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 178 ss.; B. SANTALUCIA, voce, cit., 91.

Impiegando il termine reato il legislatore ha univocamente richiesto per la configurazione del paradigma normativo la sussistenza di un reato completo di tutti i suoi elementi – fatto tipico (senza, ad ogni evidenza, l'evento), antigiuridicità e colpevolezza – nei confronti della vittima designata. Poiché la legittima difesa elide l'antigiuridicità, di conseguenza l'azione diretta nei confronti della persona presa di mira non integra gli estremi del “reato” che l'art. 82 contempla fra gli elementi costitutivi della fattispecie. Quindi la rilevanza penale del fatto realizzato in danno della persona diversa dall'aggressore è da giudicarsi ricorrendo alle norme generali sull'imputazione soggettiva, ossia accertando gli estremi di una responsabilità colposa dell'agente per l'offesa in danno della persona malcapitata. La tesi è convincente.

Sul piano sistematico non si può davvero revocare in dubbio la contraddizione alla quale si addiverrebbe accettando di includere nel reato nominato nell'art. 82 anche il fatto scriminato. Infatti il codice penale italiano, un prezioso esemplare di rigore terminologico per la scienza della legislazione, non impiega mai il termine “reato”, ma il termine “fatto” per riferirsi a un'offesa ritenuta lecita dall'ordinamento per l'esistenza di una causa di giustificazione: sul punto è sufficiente guardare alla formulazione delle fattispecie scriminanti delineate dagli artt. 51, 52, 54, 55 e 59 c.p., in cui ricorrono le espressioni “fatto costituente reato” (art. 51, comma secondo, c.p.); “chi ha commesso il fatto” (artt. 52, 54 c.p.); “commettere alcuno dei fatti” (art. 55, comma primo, c.p.) e alla regola generale in tema di antigiuridicità, “quando il fatto è preveduto dalla legge” (art. 59, comma quarto, c.p.). Oltre ad argomenti ancorati al diritto positivo risultano dirimenti per estromettere dall'ambito applicativo dell'art. 82 i casi di offesa scriminata nei confronti della vittima designata considerazioni di carattere teleologico, emergenti dal fondamento politico-criminale della norma.

‘Estendendo’ la legittima difesa dall'offesa diretta contro la vittima designata all'offesa cagionata in danno della vittima occasionale si rischierebbe di depotenziare proprio la tutela del passante ‘malcapitato’, al quale la legge

penale con l'art. 82 intende accordare la massima protezione contro la combinazione di una condotta illecita e di una sorte avversa¹¹⁸.

A tacer d'altro, è sufficiente da ultimo osservare che al terzo attinto dalla reazione difensiva, in quanto considerato per *fiction iuris* il soggetto aggressore, non resterebbe neanche la possibilità di opporsi alla condotta offensiva: infatti la sua condotta non sarebbe scriminata ai sensi dell'art. 52 c.p., giacché la situazione di pericolo – presupposto per l'applicazione delle anzidette cause di giustificazione – andrebbe imputata proprio al terzo in quanto considerato, in base alla *fiction* già richiamata, l'aggressore contro il quale si dirige la reazione *aberrante*. In definitiva il terzo, l'innocente passante che la norma in esame si prefiggerebbe di tutelare, sarebbe tenuto a soccombere inerme all'offesa diretta, per errore o in seguito all'intervento di altra causa di sviamento, contro di lui¹¹⁹.

8. L'omicidio preterintenzionale aberrante: la fattispecie monolesiva.

Nel corso dell'intero lavoro si ha avuto modo di individuare a più riprese il nocciolo duro dell'*aberratio ictus* nei delitti di sangue, comprendendo in quest'ultima categoria, in linea con la tradizione in materia, i delitti di omicidio e di lesione personale.

Quid iuris riguardo al delitto di omicidio preterintenzionale? Sul tema nelle fila della dottrina si registra una serrata contrapposizione di schieramenti: un fronte esclude il combinato disposto delle due norme, in quanto con l'ipotesi di omicidio preterintenzionale «il legislatore si è allontanato e dalla disciplina generale dell'*aberratio delicti* e da quella, più dura, dettata con l'art. 586 c.p., per

¹¹⁸ *Contra*, ancorché in riferimento non a una norma (assente in Germania), ma ai dogmi della teoria 'monista', K. BINDING, *Die Normen*, cit., 226, secondo il quale assumere l'equivalenza fra il voluto e il realizzato nella risoluzione dei casi di *aberratio ictus* implicherebbe l'estensione della legittima difesa all'offesa in danno della vittima occasionale.

¹¹⁹ Si vedano in argomento nella letteratura straniera le puntuali osservazioni di M. BOHLANDER, *Transferred Malice and Transferred Defenses: a Critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, in *New Criminal Law Review*, 2010, 619 ss.

delineare un modello autonomo di responsabilità, assimilato al doloso, traducendosi in un'autonoma figura di reato»¹²⁰, quello opposto, di contro, lo ammette, considerando ai sensi dell'art. 82 volute le lesioni o le percosse in danno della vittima occasionale e ascritto a titolo di responsabilità oggettiva l'evento morte.

Viceversa la giurisprudenza di legittimità ravvisa concordemente la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante sia nella fattispecie monolesiva, nella quale l'azione diretta a ledere o percuotere 'manca' la vittima designata e ricade accidentalmente su persona diversa, causandone il decesso; sia bilesiva, nell'ipotesi in cui l'azione diretta a ledere o percuotere attinge la persona prescelta, causando contestualmente il decesso della vittima malcapitata (ovvero causando la morte della vittima designata e il ferimento della vittima malcapitata)¹²¹.

¹²⁰ G. MARINI, voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, VIII, 521 ss. Stabilendo, soggiunge l'A., una «deroga ai principi che si giustifica (...) proprio in funzione della medesimezza del soggetto passivo della condotta». Similmente, in tempi recenti, F. CONSULICH, *L'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2024, 9, p. 2491, il quale nella combinazione *aberratio* preterintenzione ritiene «divolto anche il nesso di rischio che vincolerebbe il fatto doloso iniziale alla persona che si intendeva ledere». Cfr. V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, Cedam, 1984, 268 ss.; G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 159 ss.; L. CORNACCHIA, voce, cit., 175; D. BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle funzioni «normative» di dolo da parte della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 9, 2372 ss.; ID., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, Giappichelli, 2019, 133 ss.; V. PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale anche come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa, Pisa University Press, 2016, 139.

¹²¹ Sul tema cfr. Cass., Sez. V, 19 maggio 1975, in *Foro it.*, 1976, 2, 41 ss.; Cass., Sez. V, 28 maggio 1990, in *Giust. pen.*, 1991, 2, 555 ss.; Cass., Sez. V, 14 dicembre 1999, in CED 2000, rv. 215478; Cass., Sez. V, 19 dicembre 2003, n. 4640, in CED 2004, rv. 227455; Cass., Sez. V, 22 gennaio 2007, n. 1796, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6, 762 ss., con nota di F. ARRIGONI, *L'offesa a persona diversa dalla vittima designata può integrare l'omicidio preterintenzionale*; Cass., Sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13192, in *Cass. pen.*, 2020, 1, 218 ss. con nota adesiva di B. ROSSI, *Osservazioni. Cass. Pen., Sez. Sez. V, data deposito (dep. 26 marzo 2019) n. 13192* e in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2019, con nota di S. ZIRULIA, *Morte per 'effetto domino' innescato dall'utilizzo di spray urticante: configurabile l'omicidio preterintenzionale cd. aberrante?* Sui fatti oggetto di quest'ultima sentenza (relativa al giudizio cautelare), inerenti alla nota vicenda di Piazza San Carlo del 3 giugno 2017 cfr. anche M. LANZI, *Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze*

In prima istanza occorre senz'altro condividere le preoccupazioni avanzate dalla dottrina in merito all'intreccio tra omicidio preterintenzionale e *aberratio ictus*. Infatti unendo gli artt. 584 e 82 c.p. si delinea un modello di responsabilità penale gravato dal rigore sanzionatorio che contrassegna la fattispecie di omicidio preterintenzionale, per la realizzazione di un fatto doppiamente non voluto: non voluto poiché l'agente intendeva solo ledere o percuotere; non voluto poiché la persona offesa non coincide con la vittima designata. Se queste ultime illazioni risultano senz'altro condivisibili in funzione di critica dell'impianto normativo, non possono invece essere sottoscritte in chiave ricognitiva del diritto vigente.

di tutela, in *Discrimen*, 11 settembre 2019. Nel giudizio principale (Cass., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269, in *Giur. it.*, 2022, 2222 ss., con nota critica di M. L. MATTHEUDAKIS, *Ancora un'aberrazione applicativa dell'omicidio preterintenzionale*, 2226 ss.) il Supremo Collegio ha confermato la condanna della cd. banda dello spray a titolo di omicidio preterintenzionale per aver causato la morte di due persone travolte dalla fuga scomposta della folla. Tuttavia nella pronuncia in esame la Suprema Corte, riguardo alla ascrizione dell'esito letale agli imputati, esclude la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 82 nella situazione considerata, ritenendo gli atti di violenza strumentali alla rapina (spruzzare lo *spray* ad effetto urticante) come diretti, indifferentemente, verso l'intera compagine degli avventori, comprese le due spettatrici investite dalla folla in fuga tumultuosa. Con cadenze argomentative sovrapponibili Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2023, n. 7213, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1, 45 ss., con nota critica di G. PONTEPRINO, *Elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale: anatomia di un contrasto giurisprudenziale*. Sulla medesima pronuncia si veda, dello stesso A., ID., *Preterintenzione e culpa in re illicita. La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in *Leg. pen.*, 09.03.2024.

Nella giurisprudenza di merito cfr. C. Ass. Napoli, 29 settembre 1952, Russo, in *Giust. pen.*, 1953, 2, 743 ss. con nota di A. MARUCCI, *Omicidio preterintenzionale e aberratio ictus*. I giudici partenopei statuiscano la responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale *ex* art. 82 c.p. in un caso singolare in cui l'imputato aveva scagliato contro la vittima degli atti di violenza una culla nella quale dormiva, alla insaputa dell'agente, una bambina deceduta per effetto dell'emorragia cerebrale conseguente al trauma cranico. Cfr. anche C. Ass. Foggia, 28 giugno 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 10, 3173 ss., con nota critica di G. SALCUNI, *Aberratio ictus e preterintenzione: un'endiadi mal riuscita*, inerente a un caso in cui la Corte foggiana condanna l'imputato per omicidio preterintenzionale, ritenendo quest'ultimo colpevole di aver causato la morte, nel tentativo di sparare alle gambe due rapinatori in fuga, di una donna colpita alla testa da uno dei proiettili vaganti.

Dapprima, infatti, si è già rilevato (*retro*, cap. I, § 3.2.) che la clausola di riserva “fuori dei casi previsti (...)”, introduttiva dell’art. 83 c.p., esclude dalla fenomenologia dell’*aberratio delicti* il caso in cui una condotta diretta a infliggere una lesione personale in danno della vittima prescelta si risolve nell’uccisione della vittima occasionale. Quello appena indicato è l’unico significato che permette di ritagliare uno spazio di operatività autonomo alla clausola *de qua*: infatti il caso in cui da una condotta diretta a *ledere* la vittima designata deriva l’uccisione della vittima occasionale configura un’ipotesi in cui sarebbe stato applicabile l’art. 83, alla luce della divergenza fra il tipo di reato voluto e il tipo di reato consumato. Tuttavia proprio la clausola di riserva poc’anzi evocata auto-limita il campo applicativo della norma, estromettendo dalla sua superficie normativa ogni caso in cui il reato voluto è costituito da una condotta diretta a ledere o a percuotere il soggetto passivo. La clausola di sussidiarietà, che senza una norma idonea a surrogarsi all’art. 83 c.p. nella materia ‘scoperta’ avrebbe illogicamente dischiuso un’aporia nel sistema, si salda al dettato dell’art. 82, il quale contempla, diversamente dall’art. 83, una vittima designata e una vittima occasionale. Breve: l’art. 82 si applica in tutti i casi in cui l’offesa voluta è diretta contro un bene ‘personale’, benché l’offesa in danno della vittima occasionale non coincida con quella voluta contro la vittima designata.

La conferma di quanto osservato perviene dallo stesso enunciato che compone l’art. 82: mentre per indicare la condotta lesiva che in luogo della vittima designata attinge la vittima occasionale il legislatore ricorre due volte al termine offesa (“è cagionata *offesa* a persona diversa a quella alla quale l’*offesa* era diretta”), per indicare l’oggetto della imputazione penale ricorre al termine reato (“il colpevole risponde come se avesse commesso il *reato* (...”). Il dato indica inequivocabilmente la volontà legislativa di condizionare l’applicabilità dell’art. 82 alla identità normativa tra il fatto di reato che si sarebbe realizzato se l’offesa avesse attinto la persona presa di mira e il fatto di reato che si è realizzato in danno della vittima malcapitata.

Per configurare la situazione contemplata dall’art. 82 è perciò sufficiente che l’agente abbia voluto l’offesa veicolata dalla propria condotta, ossia, nell’ipotesi di omicidio preterintenzionale, le percosse o le lesioni. Se l’azione

diretta a ledere o percuotere ricade sulla vittima occasionale, causandone il decesso, l'agente risponde dell'omicidio preterintenzionale in danno di quest'ultima, "come se" avesse voluto dirigere gli atti di violenza (percosse o lesioni) contro la persona colpita per errore¹²². Maggiori dubbi sorgerebbero se la prima parte del predicato normativo indicasse un "reato cagionato in danno di persona diversa da quella alla quale il reato era diretto": in quest'ultimo caso, poiché nell'ipotesi di omicidio preterintenzionale 'voluti' sarebbero solo i fatti costitutivi delle percosse o della lesione personale, si sarebbe dovuta necessariamente negare la compatibilità dell'omicidio preterintenzionale con l'art. 82 c.p., alla luce dell'incompatibilità fra dolo e preterintenzione.

Senza altro l'applicazione congiunta degli artt. 584 e 82 c.p. dischiude il serio pericolo di ammainare le vele del principio di colpevolezza e di issare (di nuovo) quelle della responsabilità oggettiva, specialmente in considerazione dell'impiego disinvolto da parte della giurisprudenza della fattispecie di omicidio preterintenzionale.

8.1. La fattispecie bilesiva.

Relativamente al rapporto fra omicidio preterintenzionale e *aberratio ictus* plurilesiva si impone immediatamente il problema di precisare se, nell'ipotesi di percosse o lesioni consumate in danno della vittima prescelta (contestuali alla causazione del decesso della vittima occasionale), trovi applicazione il solo art. 584 ovvero l'art. 82 cpv. Infatti, a ben vedere, la fattispecie di omicidio preterintenzionale non postula la necessaria coincidenza fra la vittima degli atti di violenza (percosse o lesione personale) e la persona deceduta. Né il dato testuale della norma, né i principi generali che regolano l'imputazione soggettiva si oppongono alla configurazione dell'art. 584 c.p. nel caso di causazione della morte di persona diversa dal soggetto passivo attinto dalle percosse o dalle lesioni.

¹²² Conf. M. ROMANO, *Contributo*, cit., 136 ss.; F. RAMACCI, *I delitti*, cit., 77; M. DONINI, *Il reato*, cit., 789; F. BASILE, *Art. 584 c.p.*, in *Codice penale Commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, Giuffrè, 2011, 5376. Contrario, viceversa, D. BRUNELLI, *Omicidio*, cit., 2378.

Analogamente, ancorché ovviamente con contenuti dissimili rispetto a quanto statuito dalla giurisprudenza in riferimento all'art. 586 c.p., anche per la fattispecie di omicidio preterintenzionale si può prospettare il caso in cui il delitto base (percosse o lesione personale) in danno della vittima designata abbia determinato, in modo prevedibile, la morte di persona diversa. Si pensi alla ipotesi manualistica in cui l'agente percuote la vittima davanti allo sguardo inerme dell'anziano padre di quest'ultima, il quale decede in seguito all'infarto provocato dal dolore suscitato dalla terribile scena. Non si ravvisa alcun elemento nel dettato dell'art. 584 c.p. per escludere la responsabilità dell'agente a titolo di omicidio preterintenzionale del padre della vittima degli atti di violenza. Sul piano della interpretazione sistematico-letterale si può infatti notare che, laddove la legge abbia preteso la coincidenza fra la vittima degli atti di violenza e la persona deceduta, lo ha espresso nella norma incriminatrice, come si ricava, ad esempio, dall'art. 593 *ter*, comma quarto, c.p., in tema di omicidio preterintenzionale, costituito da una lesione personale determinante "la morte della donna", e non di una persona qualunque, dalla fattispecie di cui all'art. 643 c.p., esigente la coincidenza tra la persona delle cui condizioni di subalternità l'agente abusa ("di una persona") e il disponente soggetto passivo del reato ("*la* induce a compiere un atto"), e dalle fattispecie aggravate dall'evento di cui agli artt. 289 *bis*, comma secondo, e 630, comma secondo, c.p., le quali postulano la causazione della morte della "persona sequestrata", e non di una persona qualunque. Sul versante delle regole generali in tema di imputazione soggettiva, la situazione in cui l'agente causa il decesso della vittima degli atti di violenza (percosse o lesioni) presenta contenuti del tutto sovrapponibili a quella in cui l'agente, come nel caso prospettato, causa la morte di persona diversa dalla vittima degli atti di violenza: sul piano oggettivo in entrambe le situazioni sussiste un fatto costitutivo del reato di percosse o del reato di lesione personale e un nesso materiale fra l'evento letale e il reato base; in entrambe le situazioni sussiste

un nesso psichico tra l'agente e l'evento, costituito dalla prevedibilità per l'agente dell'esito letale come conseguenza delle percosse o delle lesioni¹²³.

Precisato che la fattispecie di omicidio preterintenzionale non postula la coincidenza fra il soggetto passivo delle percosse o delle lesioni e la persona deceduta, è necessario chiedersi se quest'ultimo caso integri semplicemente l'ipotesi criminosa prefigurata dall'art. 584 c.p., ovvero un'ipotesi di omicidio preterintenzionale aberrante in forma plurilesiva. Dalla soluzione del quesito dipende il trattamento sanzionatorio applicabile: da un lato, il quadro edittale (pena da anni dieci ad anni diciotto di reclusione) fissato dall'art. 584 c.p.; dall'altro la pena stabilita dall'art. 82, comma secondo, in combinato disposto con l'art. 584 c.p. (pena da anni dieci ad anni diciotto di reclusione aumentata fino alla metà per la lesione personale in danno della vittima designata).

Esigenze di coerenza sistematica impongono di preferire la seconda opzione: senza una norma come l'art. 82, il caso sarebbe deciso applicando soltanto la fattispecie di omicidio preterintenzionale con due persone offese (la vittima degli atti di percosse o lesione e la persona deceduta). Poiché infatti unico è l'elemento psicologico (la preterintenzione), benché composto da un dato effettivo (la volontà) e da un dato potenziale (la prevedibilità) che informa il fatto, unico dovrebbe essere il titolo di imputazione. Invece, proprio a causa della presenza di una norma come l'art. 82 cpv., l'agente soggiace alla pena fissata dall'art. 584 c.p., per l'uccisione 'oltre la volontà' della vittima occasionale, aumentata fino alla metà per le percosse o le lesioni in danno della vittima designata, quanto meno per differenziare la maggiore gravità della ipotesi in cui la condotta diretta a percuotere o a ledere offende due persone

¹²³ Nello stesso senso S. CASTRO, *Aberratio ictus e responsabilità oggettiva*, in *Giust. pen.*, 1945-1946, 542; O. VANNINI, *Omicidio preterintenzionale*, in *Quid iuris?*, Milano, Giuffrè, 1954, 377; V. SERIANNI, voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, 1990, XXI, 14. *Contra* B. SANTALUCIA, voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, 1979, XXIX, 29, 137; F. BASILE, *Art. 584 c.p.*, cit., 5377; G. SALCUNI, *Aberratio*, cit., 3178: «La preterintenzione è caratterizzata dallo istaurarsi di una progressione criminosa nei confronti dello stesso soggetto che si vuole offendere e che assume rilevanza (...), perché lo sviluppo ulteriore del processo causale che porta al reato più grave può essere inarrestabile».

da quella in cui la condotta del medesimo tipo causa come conseguenza non voluta dal colpevole soltanto la morte della vittima occasionale¹²⁴.

Tale esito conduce, ad ogni evidenza, a una doppia valutazione della condotta costitutiva del delitto di percosse o di lesione personale: una volta per l'imputazione dell'offesa in danno della vittima malcapitata; un'altra per l'imputazione dell'offesa in danno della persona presa di mira¹²⁵.

Relativamente allo sdoppiamento della imputazione a titolo doloso della condotta di lesioni o di percosse, la via maestra è senz'altro costituita dalla soppressione dell'art. 82 c.p. A diritto vigente l'unica soluzione idonea a temperare il dissidio con il principio di colpevolezza risiede nella fase di irrogazione della pena, disapplicando di fatto l'aumento di pena disposto dall'art. 82 cpv., ossia aggravando nel minimo consentito dalla disciplina del concorso di reati (un giorno di reclusione) la pena per le percosse o le lesioni consumate in danno della vittima designata.

9. L'*aberratio ictus* nel concorso di persone nel reato.

Esaurita l'analisi sul reato aberrante nella fattispecie monosoggettiva, è giunto ora il tempo di esaminare la rilevanza rispetto al nostro ordinamento giuridico dell'*aberratio ictus* nell'ipotesi del concorso di persone nel reato (artt. 110 ss. c.p.). Del resto il presente studio ha preso le mosse proprio dal commento di un caso storico, il "Rose-Rosahl *Fall*", il quale ha rappresentato l'occasione per innescare un fervido dibattito in terra teutonica in tema di

¹²⁴ Nello stesso senso F. RAMACCI, *I delitti*, cit., 77.

¹²⁵ Sul punto cfr., per tutti, D. BRUNELLI, *L'omicidio*, cit., 2377: «Del resto, se si guarda alla "base dolosa" dell'omicidio preterintenzionale risulta evidente che della stessa non è neppure prospettabile una configurazione aberrante plurilesiva, poiché gli stessi "atti" non possono essere "diretti" contro una persona e contemporaneamente, per errore nella loro esecuzione, contro un'altra persona. Il soggetto che pone in essere quegli atti con coscienza e volontà li vuole e li realizza in quanto (soggettivamente e oggettivamente) diretti contro una persona; se poi per mezzo di questi si colpisce una persona diversa sarà solo il risultato, l'"offesa", ad essere aberrante per gli effetti dell'art. 82. La stessa norma, però, non è abilitata a fondare un dolo per equivalente fittiziamente duplicando, prima ancora dell'evento (nel nostro caso intermedio), gli stessi atti che lo hanno determinato».

aberratio ictus ed *error in persona*. Come già rammentato, la Suprema Corte prussiana valuta l'omicidio di Harnish *in luogo* di Schliebe, vittima designata, come un caso di *error in persona* irrilevante per escludere la responsabilità dolosa sia dell'esecutore materiale (Rose), sia dell'istigatore (Rosahl).

In dottrina la vicenda stimola un fecondo dibattito connotato dalla serrata contrapposizione di due schieramenti: uno, concorde con la sentenza del *Reichsgericht*, che nega natura *essenziale* all'errore commesso da Rose nell'identificazione della vittima designata e perviene, quindi, alla imputazione a titolo doloso del fatto per entrambi i partecipanti nel reato; un altro concorde sulla responsabilità dolosa di Rose per l'irrilevanza dell'errore sull'identità della persona offesa, ma discorde sull'imputazione a titolo doloso del fatto a Rosahl. Quest'ultimo, secondo la tesi avanzata, dovrebbe rispondere a titolo di omicidio colposo per l'uccisione di Harnish, a causa della divergenza fra il piano concordato e il fatto realizzato, dovuta a un errore nella fase esecutiva prevedibile per Rosahl, alla luce delle scarse indicazioni fornite da quest'ultimo a Rose per identificare il 'bersaglio'.

Senza prendere posizione per il momento sul merito del contrasto, ai nostri fini è per ora sufficiente evidenziare i presupposti della descritta polarizzazione della discussione. In tal senso è agevole notare che la disciplina del concorso di persone in Germania, caratterizzata, già all'epoca del *RStGB*, dalla differenziazione della responsabilità penale secondo il 'modello' di concorrente oggettivato dall'agente (autore, coautore, complice, istigatore), consente lo sviluppo di una pluralità di posizioni. Tuttavia si ritiene opportuno rimarcare che, all'epoca della vicenda, l'esclusione della responsabilità dolosa per Rosahl arguita da una sezione della dottrina avrebbe importato un considerevole affievolimento della risposta sanzionatoria: senza una norma analoga al § 30 *StGB* (introdotta nel 1876), che permette di sanzionare con la pena del tentato omicidio l'istigazione a uccidere un uomo, Rosahl avrebbe risposto per il fatto commesso soltanto con la pena dell'omicidio colposo.

Si provi adesso a inquadrare il caso "Rose-Rosahl" secondo l'assetto normativo italiano in materia di concorso di persone nel reato e di *aberratio ictus*. Non si può dubitare, come già puntualmente rilevato in dottrina, della natura dolosa per l'istigatore del fatto diverso da quello voluto, tanto nel caso

in cui la divergenza costituisca un'ipotesi di *error in persona*, quanto nel caso di *aberratio ictus*¹²⁶. Si ritiene però opportuno approfondire il tema, allo scopo di individuare la disciplina applicabile. Più precisamente occorre selezionare nel campionario normativo del concorso di persone, quale tra le fattispecie di cui agli artt. 110 e 116 c.p. si attaglia alla uccisione o al ferimento di soggetto diverso dalla vittima predestinata. È di immediata evidenza che il fattore di divergenza fra il reato pianificato e il reato perpetrato non incide sulla scelta del titolo di imputazione del fatto per l'istigatore o determinatore del reato: sia nell'ipotesi di errata identificazione del 'bersaglio', sia nell'ipotesi di sviamento della condotta esecutiva, l'esecutore materiale ha realizzato un fatto divergente dal piano criminoso e, di conseguenza, da quello voluto dall'istigatore¹²⁷.

Tutt'altro che esibizione di sterile nozionismo, dall'inquadramento del fatto nella prima o nella seconda tra le fattispecie plurisoggettive in rilievo dipendono significative differenze sulla determinazione della pena: optando, infatti, per la soluzione del cd. concorso anomalo, il partecipe che ha voluto un fatto diverso da quello realizzato dall'esecutore materiale, potrebbe andare del tutto esente da pena, laddove fosse in grado di provare l'assoluta imprevedibilità del fatto realizzato dal complice.

Il profilo è tanto più interessante in quanto nelle due uniche occasioni nelle quali la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata a esercitare la propria funzione nomofilattica, è pervenuta a soluzioni divergenti. Nella prima occasione, in tema di *aberratio plurilesiva*, la giurisprudenza in due distinte pronunce ha qualificato diversamente, sul piano delle fattispecie concorsuali, la responsabilità dei due mandanti del delitto non portato a compimento per un errore nella fase esecutiva: procedendo in ordine cronologico, nella prima

¹²⁶ G. LEONE, *Il reato*, cit., 83.

¹²⁷ Dal tema oggetto di indagine esula il caso in cui il partecipe morale, nella posizione di determinatore del reato ai sensi dell'art. 111 c.p., si serve come *longa manus*, ossia a guisa di strumento meccanico per la realizzazione del fatto, di un soggetto non imputabile. In quest'ultima situazione, in caso di offesa in danno di persona diversa dalla vittima designata, il determinatore risponde ai sensi del combinato disposto degli artt. 111 e 82 c.del reato commesso per " un'altra causa " in danno della vittima occasionale.

sentenza uno dei mandanti è stato ritenuto responsabile *ex art.* 116 c.p.; nella seconda l'altro mandante a titolo di concorso ordinario¹²⁸.

Nella seconda occasione, nell'ipotesi di omicidio di una persona diversa dalla vittima concordata a causa di una difettosa identificazione, la Corte ha ritenuto responsabili i mandanti del delitto a titolo di omicidio doloso in concorso *ordinario* (art. 110 c.p.) con l'esecutore materiale¹²⁹.

¹²⁸ Questa, in forma schematica, la ricostruzione processuale della vicenda: A e B, esponenti di una cosca mafiosa, ingaggiavano C per eliminare D, in esecuzione di una rappresaglia nei confronti di quest'ultimo, esponente di una cosca rivale. C tendeva l'agguato nei pressi dell'abitazione di D e, avvistata la vittima designata, esplodeva diversi colpi di pistola ma, per un difetto di mira, riusciva solo a colpire 'di striscio' D. Uno dei proiettili, invece, attingeva mortalmente la piccola E, figlia di D, in compagnia del padre al momento del fatto. Per il giudizio nei confronti di A cfr. Cass., Sez. I, 5 giugno 2001, n. 35386, in *Cass. pen.*, 2002, 3080 ss., in cui la Suprema Corte ravvisa la configurabilità dell'art. 116 c.p.: «Nel caso di specie la condotta materiale contestata - consistente nell'avere aperto il fuoco contro un gruppo di persone che si trovavano con la vittima designata - è correttamente attribuita - nei confronti del partecipe alla fase deliberativa e preparatoria - a titolo di (...) concorso anomalo per i reati commessi ai danni delle altre persone offese; ciò a prescindere dalla sussistenza, o meno, di una "aberratio ictus", poiché anche nei delitti caratterizzati dall'offesa a persona diversa da quella a cui l'aggressione era diretta è configurabile la partecipazione di terzi a titolo di concorso anomalo, non incidendo la divergenza degli effetti della condotta illecita dall'obbiettivo originariamente determinato sul tessuto psicologico dell'azione, nella trama del quale si è strutturalmente inserito il contributo del partecipe, responsabile - come l'autore materiale - pure del delitto diverso da quello da entrambi concordemente voluto». Viceversa nei confronti di B (cfr. Cass., Sez. I, 21 settembre 2001, cit., 532) la Corte esclude la configurazione del concorso anomalo: «È condivisibile, sul punto, il rilievo difensivo circa la improprietà del richiamo, contenuto nell'ordinanza gravata, all'art. 116 c.p., per l'evidente considerazione che questa norma disciplina il cosiddetto concorso anomalo, nel quale l'evento realizzato è diverso e, in quanto tale, non voluto da taluno dei concorrenti, mentre nel caso previsto dall'art. 82 c.p. l'evento verificatosi è quello voluto ed è diversa soltanto la persona concretamente offesa».

¹²⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 8 luglio 2014, n. 38549, rv. 260797. Questa la sintesi, stilizzata, della vicenda in esame: A e B ingaggiavano C e gli procuravano armi e un'autovettura per eliminare D. C tendeva l'agguato nei confronti di D, attendendo all'interno dell'autovettura messa a disposizione per il delitto l'uscita di quest'ultimo da un ristorante. Senonché nell'attesa C si addormentava e si ridestava solo nel momento in cui percepiva la messa in moto di un'autovettura posteggiata al di fuori del locale di D. Credendo che fosse quest'ultimo alla guida dell'automobile, C si lanciava

Rispetto al primo caso oggetto di giudizio, mette conto notare che la sentenza inquadrante nel cd. concorso anomalo la posizione di uno dei compartecipi al delitto disconosce, implicitamente, anche natura ‘dichiarativa’ all’art. 82. Individuando infatti una divergenza penalmente rilevante, in quanto idonea ad attivare la circostanza attenuante di cui al capoverso dell’art. 116, tra il fatto voluto dal partecipe alla fase deliberativo-preparatoria del delitto e il fatto realizzato dall’esecutore materiale, la Corte ha riconosciuto, benché limitatamente alla ipotesi di reato plurisoggettiva, il carattere derogatorio dell’art. 82 rispetto al regime ordinario in materia di imputazione soggettiva.

Conviene subito rilevare come fra i due orientamenti giurisprudenziali, solo quello che iscrive la vicenda nel perimetro del concorso ‘ordinario’ risulta condivisibile¹³⁰. Viceversa, la pronuncia secondo la quale l’art. 116 c.p. sarebbe applicabile anche a situazioni del tipo di quella in giudizio si risolve in una critica valida in chiave politico-criminale, ma interdetta in via interpretativa dal dato normativo. È senz’altro vero che, interpellando unicamente l’art. 116, nell’interpretazione evolutiva della norma imposta dal principio di colpevolezza e avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale¹³¹, sarebbe senz’altro fondato ravvisare una divergenza penalmente rilevante tra fatto e volontà per i concorrenti istigatori nella vicenda in giudizio. Se infatti per “reato diverso”, stando alla lettera dell’art. 116 c.p., si intende non solo l’integrazione da parte dell’esecutore materiale di un *tipo* di reato distinto da quello voluto dall’istigatore, ma anche la realizzazione di un fatto storico

all’inseguimento del veicolo e, dopo averlo raggiunto, sparava al conducente. Qualche momento dopo, nell’atto di accertare l’identità del cadavere, si accorgeva di non aver ucciso D, bensì uno sconosciuto.

¹³⁰ Conf. M. MASUCCI, ‘Fatto’, cit., 183, nt. 228.

¹³¹ Cfr. C. Cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Giur. cost.*, 1965, 639 ss.: «L’interpretazione che in definitiva si è affermata nella giurisprudenza, pur tra qualche difformità e incertezza di formulazione, esige, sostanzialmente, come base della responsabilità *ex* art. 116 del Codice penale, la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potersi rappresentare alla psiche dell’agente, nell’ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza».

diverso da quello concordato¹³², ancorché costitutivo del medesimo modello legale, ne consegue che l'omicidio di una persona diversa dal 'bersaglio' dovrebbe rientrare nell'ambito applicativo del concorso anomalo¹³³.

Tuttavia proprio la presenza di una norma come l'art. 82 osta all'inquadramento della vicenda nel suddetto paradigma normativo. Se infatti, stando alla lettera della norma, occorre escludere il requisito della prevedibilità in concreto per l'imputazione dell'offesa in danno della vittima occasionale, non si può, di contro, esigere lo stesso requisito nei casi di concorso di persone. Detto con distinte parole proprio l'art. 82, mediante la trasfigurazione dell'oggetto del dolo, dall'accadimento concreto, conforme all'evento tipico (nell'art. 575 c.p. l'uccisione di un uomo), alla funzione della incriminazione (la prevenzione degli omicidi), funge da norma speciale sull'asse della imputazione soggettiva rispetto all'art. 116 c.p.¹³⁴,

¹³² Tuttavia questa interpretazione correttiva della disposizione riesce solo a scalfire un modello di responsabilità oggettiva pura, quale è quello profilato dall'art. 116 c.p. Permane infatti intatto il giudizio di disvalore legale sotteso alla disciplina normativa, che impone di imputare a carico dell'istigatore, peraltro a titolo doloso, un fatto diverso da quello commissionato all'esecutore materiale. Perciò anche in merito al concorso anomalo valgono i rilievi già svolti per l'art. 82, in merito all'adozione da parte del legislatore storico di un diverso metro di giudizio per colui che concorre con altri per la commissione di un reato, rispetto al partecipe morale in un fatto, lecito secondo il piano concordato, ma che si è concretizzato in un fatto penalmente rilevante in seguito a una condotta difforme dal piano da parte dell'esecutore materiale, ma prevedibile da parte del complice. In breve: la funzione garantista del principio di affidamento (nella congruenza del comportamento dell'esecutore materiale rispetto al piano concordato) resta confinata, anche e soprattutto nel contesto del concorso di persone, nel giudizio attinente alla responsabilità del 'concorrente' *in re licita*, restando viceversa notevolmente ridimensionata *contra reum* nel giudizio attinente alla responsabilità dell'istigatore di un reato.

¹³³ La questione è trattata con particolare cura in una pronuncia del BGH, 25 ottobre 1990, in *BGHSt*, 1990, 37, 214 ss., analizzata nell'ultimo capitolo (*infra*, cap. IV, § 7.2), in cui il mandante aveva dato istruzioni puntuali e dettagliate all'esecutore materiale per identificare la vittima prescelta al fine di scongiurare, evidentemente senza esito, l'uccisione di una persona diversa.

¹³⁴ Sulle latitudini, in punto di imputazione oggettiva e soggettiva, delle fattispecie di concorso eventuale di persone nel reato si veda., per tutti, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, G. Priulla, 1952, ora in ID., *Diritto penale, I. Scritti di parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, 41 ss. Recentemente rileva come anche l'assetto

neutralizzando la colpa in concreto come limite generale, e quindi anche nella fattispecie plurisoggettiva, all'ascrizione del fatto diverso da quello voluto dal soggetto istigatore/determinatore.

In merito al secondo caso deciso dalla Corte conviene mettere a fuoco, più che il *decisum*, senz'altro condivisibile, con cui il Supremo Collegio ha inquadrato la vicenda nel concorso 'ordinario' di persone, le tracce presenti nella ricostruzione in fatto svolta nella sentenza, dalle quali si può dedurre se l'esecutore materiale fosse in grado di identificare la vittima designata nel piano criminoso.

Sul punto la sentenza in esame, che in merito alle statuizioni di fatto si limita a mutuare l'apparato argomentativo imbastito dai giudici di merito, non chiarisce il processo motivazionale che ha condotto l'esecutore materiale a confondere la vittima designata con la persona offesa. Contribuisce ad alimentare le perplessità sul punto, coincidenti con le allegazioni dei ricorrenti, un passaggio in punto di fatto nella sentenza in cui si afferma che l'agente aveva già visto la vittima prescelta «una volta di persona davanti a una fontana e in fotografia»¹³⁵.

Il rilievo è significativo, non solo e non tanto ai fini dell'esame della sentenza in commento, quanto poiché disvela il pericolo di una responsabilità oggettiva in forma viepiù marcata nell'art. 82, quando è declinato nell'ipotesi del concorso di persone. Infatti alla luce dell'oggettiva difficoltà, sul piano probatorio, di dimostrare la discontinuità fra il programma criminoso e la condotta dell'esecutore materiale, affiora il rischio di condizionare il giudizio

normativo della materia permetta di arguire che il dogma dell'unità del concorso di persone «non è stato perseguito dal legislatore fino in fondo», S. SEMINARA, *Sul 'dogma' dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 789: «Si concorre nel fatto e non nel reato e alla fine, come si vede, il dogma dell'unità del reato concorsuale si riduce al principio di medesimezza del fatto, inteso nella sua dimensione lesiva ovvero come accadimento materiale penalmente significativo. Non solo: tale identità del fatto non implica necessariamente l'identità del reato di cui sono chiamati a rispondere i concorrenti, dovendosi ammettere la pluralità dei titoli di reato in correlazione all'elemento psicologico di ciascun partecipe». ID., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1987, 8 ss. In termini sovrapponibili G. ESPOSITO, *Dalla divergenza*, cit., 1184 ss.

¹³⁵ Cass., Sez. I, 8 luglio 2014, cit., 1.

in ordine al titolo di responsabilità dell'istigatore interamente all'arbitrio dell'esecutore materiale¹³⁶.

In ultima istanza, inoculato nel circuito del concorso di persone, l'art. 82 dispiega l'imputazione a titolo di dolo ben oltre i confini non soltanto della rappresentazione, bensì financo della semplice prevedibilità del fatto lesivo da parte dell'istigatore, lambendo i confini del paradigma di responsabilità oggettiva più distante dal basamento personalistico dell'illecito penale, risiedente nell'imputazione (a titolo di dolo) di un fatto commesso da un terzo (l'esecutore materiale) – anche – a un altro soggetto (l'istigatore/determinatore) che non lo ha voluto, né preveduto.

¹³⁶ In argomento si veda S. SEMINARA, su Cass., sez. III, 31 gennaio 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1123 ss., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*. L'A. (1133 ss.) ritiene che, analogamente a quanto avviene nella fattispecie monosoggettiva, anche nel concorso di persone la volontà del fatto deve essere ricostruita «mediante regole di esperienza volte a stabilire se chi ha realizzato una determinata condotta possa considerarsi autore di questa a titolo doloso». In tal senso l'A. rileva che, specularmente ai casi di illecito monosoggettivo in cui l'agente può essere considerato colpevole a titolo doloso o colposo per il fatto realizzato, allorché, per attuare il proposito criminoso, si serve di uno strumento meccanico (un'arma da fuoco, un'arma da getto) del quale perde parzialmente il controllo, anche nei casi di concorso di persone l'istigatore può essere considerato colpevole (a titolo doloso o colposo) se l'esecutore materiale devia dal piano concordato. Esclude in ogni caso la responsabilità dell'istigatore, invece, G. DACQUÌ, *Il reato*, cit., 78 ss., il quale ravvisa una concausa sopravvenuta ex art. 41, comma secondo, c.p., e, quindi, già sul piano oggettivo, l'impossibilità di muovere alcun addebito all'istigatore, nell'autonoma scelta da parte dell'esecutore materiale di uccidere o ledere persona diversa da quella designata. In altri termini, agendo in autonomia rispetto al piano concordato, l'esecutore materiale si 'mette in proprio', acquisendo la posizione di soggetto agente in una nuova e distinta ipotesi di fattispecie monosoggettiva di reato. Analogamente G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 68, nt. 72; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale*, cit., 532. *Contra* G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale*, cit., 531. Tuttavia questi ultimi non adducono a fondamento della propria posizione argomenti di natura dogmatica, ma preoccupazioni di politica criminale, insite, nel caso di adesione alla tesi avversa, nella non punibilità del concorrente per il "solo fatto della istigazione". Infatti, come è noto, l'art. 115 c.p. esclude la punibilità dell'istigatore nell'ipotesi in cui il reato non è commesso, consentendo soltanto l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata (art. 229 c.p.).

Preannunciando quanto sarà illustrato in fase di esposizione delle prospettive *de lege ferenda*, conviene per il momento rilevare, in ordine alla responsabilità del concorrente morale, che la divergenza fra l'oggetto materiale del reato e l'oggetto del dolo deve importare, salvo il caso in cui sussistano gli estremi di un tentativo punibile o di una responsabilità colposa, il ritrarsi della pena in favore della misura di sicurezza della libertà vigilata ai sensi degli artt. 115 e 229 c.p.

Giunti all'epilogo dell'analisi del quadro normativo che regola il fenomeno della divergenza fra il voluto e il realizzato in materia di concorso di persone, si ritiene doverosa una precisazione: la critica del diritto vigente articolata nelle pagine precedenti non è intesa a placare la nostra coscienza di garantisti, obliterando il rischio sotteso alla sola applicazione della misura di sicurezza come reazione avverso a condotte dirette ad aggredire i beni costitutivi dell'esistenza umana (nella forma individuale e della convivenza civile). Non è questa, ad ogni evidenza, la sede per prendere posizione sulla proposta elaborata e condivisa da quella parte della dottrina favorevole alla inserzione di una autonoma fattispecie incriminatrice per sanzionare l'istigazione non accolta a commettere un reato, che consentirebbe con ogni probabilità di attrarre nella propria orbita l'ipotesi di divergenza fra l'oggetto materiale attinto dall'esecutore materiale e la vittima designata dall'istigatore. Preme però rilevare, simmetricamente a quanto rilevato in merito alle ipotesi di responsabilità monosoggettiva, che il ritrarsi della sanzione penale di fronte a condotte espressive di un evidente disvalore soggettivo trova giustificazione nella natura atipica, giacché ancillare, del contributo di tipo istigatorio alla commissione del reato.

Se è a dubitarsi che, rispetto alla ipotesi di *aberratio ictus* nel tipo monosoggettivo, la condotta dell'agente riceverebbe una risposta comunque significativa da parte dell'ordinamento, mediante il potenziale ricorso – senza l'art. 82 c.p. – alla pena del delitto tentato, nel concorso di persone l'ordinamento rinuncerebbe – sempre senza l'art. 82 – all'applicazione di una pena, arrestando la risposta sanzionatoria alla irrogazione di una misura di sicurezza. Cionondimeno è del pari doveroso considerare che mentre nel tipo monosoggettivo l'agente ha effettivamente messo in pericolo l'oggetto del

reato, nel reato concorsuale la condotta dell'istigatore, isolatamente considerata, risulta inidonea a mettere a repentaglio il bene giuridico tutelato.

CAPITOLO IV

L'ABERRATIO ICTUS NEL PRISMA DEL DIRITTO COMPARATO

Sommario: 1. L'origine della questione nella tradizione giuridica di *common law*: dal *felony murder* al *general malice*. – 1.1. L'ambito applicativo della norma. – 2. La posizione del problema nel dibattito dottrinale: il versante politico-criminale. – 2.1. Il versante dogmatico. – 3. Lo stato del dibattito in Germania. La sua irriducibilità alla contrapposizione “monisti”-“pluralisti”. – 4. La teoria dell'equivalenza: la concezione imperativistica – 4.1. La concezione ‘personalistica’ (o ‘dell'equivalenza materiale’) – 5. Teorie ‘pluraliste’: la *Visualisierungstheorie* – 5.1. La teoria della realizzazione del piano – 6. La divergenza fra il voluto e il realizzato nel concorso di persone. Introduzione. – 6.1. *Excursus*: il caso “Rose-Rosahl”. – 6.2. *Excursus*: l’“Hoferbenfall” (o “Rose-Rosahl II”). L'*aberratio* plurilesiva per l'istigatore. – 7. Considerazioni finali. – 8. L'ordinamento spagnolo: lo stato del dibattito prima e dopo la *Ley Orgánica* n. 8 del 1983. – 8.1. Oltre le tesi dell'unitarietà e della pluralità di reati. La teoria del nesso di rischio di Silva Sanchez. – 9. L'ordinamento francese.

1. L'origine della questione nella tradizione giuridica di *common law*: dal *felony murder* al *general malice*.

Nella fase introduttiva è stato rilevato come la questione inerente alla responsabilità penale del soggetto nel reato aberrante sia insorta nell'ambito del dibattito penalistico germanico già ai primi albori del diciannovesimo secolo. La dottrina tedesca ha infatti affrontato il tema con un livello di maturità scientifica incomparabile rispetto a quello manifestato dalla dottrina dei diversi ordinamenti europei, incline a convogliare l'*aberratio ictus* e l'*error in persona* nell'alveo dell'errore sul fatto di reato non essenziale ai fini del giudizio di colpevolezza.

Grazie al prezioso contributo reso alla riflessione scientifica sul tema, è stato quindi destinato uno spazio centrale nell'economia dell'opera all'evoluzione del dibattito dottrinale in Germania, illustrando gli orientamenti contrapposti e, più importante, rilevando come Autori appartenenti della medesima tradizione filosofica (quella hegeliana, *retro*, cap. II, sez. I, § 1.) possano addivenire a risultati dissimili, talvolta financo divergenti, in materia di *aberratio ictus*.

Conviene adesso dare conto che la questione afferente alla qualificazione giuridica dell'offesa in danno di persona diversa dalla vittima designata alligna nel *common law* britannico sotto la denominazione di *general* (o *transferred*) *malice* (o *intent*, o *mens rea*)¹: si tratta di una norma forgiata dalla giurisprudenza anglosassone nel sedicesimo secolo per stabilire la responsabilità dolosa di colui il quale, a causa di un errore o di un'altra circostanza accidentale, avesse ucciso o ferito persona diversa da quella contro la quale aveva diretto la condotta².

Sebbene quella del *general malice* sia considerata una disciplina di «origine talmente remota da oltrepassare la memoria umana»³, essa stessa sembra

¹ L'espressione compare per la prima volta in una sentenza del 1553, nel caso R. v. Salisbury, in *English Reports in Law and Equity*, 1553, 75, 158 ss. In ossequio al principio dello "*stare decisis et non quieta movere*", la norma si è consolidata nella giurisprudenza successiva, riuscendo a perpetuarsi per oltre quattro secoli di storia fino ad oggi: cfr. R. v. Saunders and Archer (1573), in *English Reports in Law and Equity*, 1576, 75, 706 ss.; R. v. Gore (1611), in *English Reports in Law and Equity*, 1612, 76, 853 ss.; R. v. Pembrilton (1874), in *The Law Reports: Cases determined by the Court for Crown Cases Reserved*, 1875, 2, 119 ss. (ancorché in quest'ultimo caso per statuirne l'inapplicabilità); R. v. Latimer (1886), in *The Law Reports. Queen's Bench Division*, 1886, 17, 361 ss.; Hyam v DPP, in *The Law Reports. Queen's Bench Division*, 1974, 101 ss.; R. v. Mitchell (1983), in *The Law Reports. Queen's Bench Division*, 1983, 76 ss.; R. v. Grant (2014), in *England and Wales Court of Appeal (Criminal Division)*, 2014, 143 ss.

² Una definizione dell'istituto in siffatti termini si trova in M. HALE, *The History of the Pleas of the Crown*, London, Payne, 1736, 465: «Al caso precedente deve aggiungersi quello già accennato in cui A spara in direzione di B con volontà omicida, lo manca e colpisce in modo letale C. Malgrado A non abbia voluto uccidere C, egli resta un'omicida e la legge lo punisce come tale, trasferendo la *mens rea* dall'offesa voluta all'offesa realizzata. Definizioni dal contenuto analogo si rinvencono in W. BLACKSTONE - E. CHRISTIAN - J. F. ARCHBOLD, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, 2, 200; W. HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, London, S. Sweet, 1824, I, 100; E. H. EAST, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, London, A. Strahan, 1803, 230.

³ La massima, in generale adoperata per conferire il crisma di giuridicità a norme – specialmente di natura consuetudinaria – applicate in modo reiterato per un periodo di tempo significativo, si riferisce nel diritto anglosassone agli istituti di fonte giurisprudenziale consolidati da una costante applicazione nel tempo e, quindi, difficilmente suscettibili di subire un *overruling* ad opera delle Corti Superiori. Sul punto v. K. M. PARKER, *Law "In" and "As" History: The Common Law in the American Polity, 1790-1900*, in *Irvine Law Review*, 2011, 594 ss.

gemmata da un'altra norma risalente a un passato ancora più remoto e di portata ancora più generale, denominata *felony murder*⁴, coniata dalla giurisprudenza anglosassone in età medievale per assoggettare alla pena capitale (pena dell'omicidio doloso) colui il quale avesse causato la morte di un uomo come effetto del tentativo di commettere, o della commissione, di un altro reato considerato di estrema gravità (*felony offence*)⁵.

Quest'ultima norma, evidente riproduzione del reativo canone del *dolus generalis*, dapprima criticata e superata dalla giurisprudenza⁶, è quindi abrogata

⁴ Una definizione del *felony murder* si trova in W. BLACKSTONE - E. CHRISTIAN - J. F. ARCHBOLD, *Commentaries*, cit., 147: «Chi vuole commettere un crimine contro una persona e, senza averlo previsto, causa la morte di un uomo, anche in questo caso è colpevole di omicidio».

⁵ Si allude alle fattispecie incriminatrici nelle quali figura una persona offesa, coincidente o meno con l'oggetto materiale del reato: lesione personale, violenza sessuale, sequestro di persona, furto, rapina, incendio, sono questi ultimi i reati in relazione ai quali si ricorre più frequentemente all'istituto. Considerano il *general malice* una *species* del *felony murder*, W. J. RITZ, *Felony Murder, Transferred Intent, and The Palsgraf Doctrine In The Criminal Law*, in *Washington & Lee Law Review*, 1959, 169 ss.; A. M. DILLOF, *Transferred Intent: An Inquiry Into the Nature of Criminal Culpability*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, 507. Sull'origine e la funzione della *felony murder rule* nella tradizione giuridica di *common law* cfr. M. MOORE, *Intentions and Mens Rea*, in Gavison (a cura di), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, 266 ss.; J. POLLOCK, *Criminal Law*, New York, Routledge, 2021, 258; W. R. LAFAVE, *Criminal Law*, New York, Thomson-West, 2003, 744; M. MYERS, *Felony Killings and Prosecutions for Murder: exploring the Tension between Culpability and Consequences in Criminal Law*, in *Social Legal Studies*, 1994, 3, 150; G. BINDER, *The Culpability of Felony Murder*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2008, 977. Quest'ultima ritiene che l'istituto del *felony murder* sia stato introdotto solo intorno al diciannovesimo secolo, sostenendo che le Corti anglosassoni dei secoli precedenti si limitassero ad assoggettare, senza la necessità di coniare uno specifico modello di imputazione, alla pena dell'omicidio doloso colui che avesse causato la morte di una persona nel corso della commissione di un altro reato. Anche da questo diverso angolo visuale risulta avvalorata l'ipotesi per cui il *general malice* alligna in una stagione del pensiero penalistico contraddistinta da un giudizio di imputazione iper-responsabilizzante dei fatti di sangue, diretto principalmente alla individuazione di un colpevole per ripristinare l'ordine sociale.

⁶ Cfr. R. v. Cunningham, in *The Law Reports. Queen's Bench Division*, 1957, 396, in cui la Corte d'Appello annulla la condanna dell'imputato per il reato di avvelenamento doloso (art. 23, *Offences against the Person Act*), in un caso in cui quest'ultimo aveva

dall'art. 1 dell'*Homicide Act* (1957)⁷. La stessa sorte non è toccata al *general malice*, il quale è tutt'ora in vigore come istituto di *common law*⁸, in mancanza, nel corso di quasi cinque secoli dalla sua introduzione, di alcuna riforma legislativa sul

danneggiato il contatore del gas allacciato all'abitazione della matrigna per impossessarsi del denaro ivi contenuto. Il gas fuoriuscito dal contatore si era propagato nell'abitazione della matrigna, asfissiadola in modo non letale. La giuria assolve l'imputato dall'accusa di avvelenamento doloso, in quanto non era stata accertata la prevedibilità dell'evento lesivo derivante dalla iniziale condotta illecita (furto).

⁷ Ai sensi dell'art. 1 della legge richiamata nel testo, rubricato “*Abolition of «constructive malice»*”, «se una persona uccide un'altra nel corso o a seguito di un altro reato, l'uccisione non integra il crimine di omicidio (...)». Occorre tuttavia notare che nonostante l'abrogazione dell'istituto, si registra almeno un caso nel quale sembra che la giurisprudenza non vi abbia rinunciato. Si tratta del caso *Hyam v DPP*, cit., 62, nel quale l'imputata è stata condannata per duplice omicidio. Questo, in forma schematica, lo svolgimento della vicenda: al fine di eliminare la rivale in amore, l'imputata appiccava un incendio nel giardino di casa di quest'ultima, cospargendo di benzina la cassetta postale e giornali in essa contenuti, e usando un fiammifero per sprigionare le fiamme. Il fuoco si propagava rapidamente a ridosso delle pareti domestiche. La vittima designata e uno dei figli riuscivano a salvarsi fuggendo attraverso la finestra. Le due figlie più piccole invece morivano asfissiate dal fumo prodotto dalle fiamme. La Corte d'Appello conferma la condanna a titolo di duplice omicidio emessa dalla *Crown Court* ma, provando l'importanza della questione giuridica rilevante per la decisione, l'imputata riesce a ricorrere davanti all'*House of Lords*: a quest'ultima è richiesto se la *mens rea* del delitto di omicidio doloso sia configurabile anche allorquando l'agente abbia solo previsto come altamente probabile una grave lesione personale in danno di altri, come concretizzazione del pericolo derivante dalla propria condotta. L'*House of Lords* risponde, ancorché con il quoziente deliberativo minimo (tre favorevoli contro due contrari), in senso affermativo al quesito, confermando la condanna della imputata. La Corte motiva la decisione, annettendo alla *mens rea* del delitto di omicidio anche i casi di mancanza di una volontà diretta a causare una grave lesione personale e in presenza, soltanto, della volontà di agire nonostante la previsione del pericolo di un grave nocumento alla salute di una persona come conseguenza della condotta. Proprio alla luce dei rilievi svolti dal giudice di ultima istanza A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 80 e 84, ritiene che nel caso in esame sia stata, ancorché implicitamente, sdoganata l'applicabilità del *transferred malice* anche nei casi di previsione dell'evento lesivo come effetto di una condotta pericolosa (*recklessness*).

⁸ La sentenza più recente che ha applicato l'istituto risale al 2014, nel già richiamato caso *R. v. Grant*, cit., 143 ss.

punto. L'unico disegno di legge in materia consiste in un progetto, arenato, di codificazione del diritto penale inglese⁹, il quale avrebbe invero suggellato la norma di elaborazione giurisprudenziale conferendole crisma di legalità, mediante la previsione di una disciplina specifica per il caso (art. 24)¹⁰.

In fase di primo bilancio è possibile osservare plurime analogie con l'ordinamento italiano: in prima analisi entrambi gli ordinamenti dispongono di una norma specifica per il caso; inoltre sia il legislatore italiano sia quello inglese hanno manifestato – quanto meno negli intendimenti – la volontà di consolidare l'imputazione a titolo di dolo del fatto non voluto. In particolare il legislatore britannico ha tentato di suggellare la norma di origine giurisprudenziale conferendogli crisma di legalità nel naufragato disegno di legge diretto a introdurre un codice penale nel Regno; il legislatore italiano ha manifestato nella maggioranza dei progetti di riforma del codice penale la volontà di mantenere l'art. 82 c.p. (quanto meno il primo comma, v. *retro*, cap. III, § 5, nt. 67).

Muovendo l'analisi dal piano storico a quello della filosofia analitica, si può osservare come già il *nomen iuris* riveli il condizionamento esercitato da valutazioni di tipo etico sulla teorizzazione dell'istituto. In tal senso, come è stato attentamente notato, l'espressione *general malice* risulta preferibile rispetto alle alternative *transferred intent* e *transferred mens rea*, indifferentemente adoperate dalla letteratura odierna per riferirsi alla regola.

Infatti da un lato l'attributo *general* descrive meglio, rispetto a *transferred*, la funzione della norma; dall'altro il sostantivo *malice* descrive meglio di *intent* e *mens rea* la *ratio* della regola.

Riguardo al primo profilo, è preferibile adottare l'attributo *general*, giacché, come si è in procinto di esporre, in applicazione della norma la giurisprudenza non 'trasferisce', bensì 'estende' la responsabilità dolosa dal voluto al realizzato

⁹ Cfr. *A Criminal Code for England and Wales*, in *The Law Commission*, 1989, I-II, 1 ss.

¹⁰ Così dispone il primo comma dell'articolo, rubricato "*Transferred Fault*" (*A Criminal Code*, I, cit., 53): «Chi vuole offendere o prevede di offendere mediante la propria condotta una determinata persona o una determinata cosa e invece offende una persona o una cosa diverse è colpevole, rispettivamente, come se avesse voluto offendere o avesse previsto di offendere la persona o la cosa effettivamente colpite».

o, più direttamente, dal tentativo diretto contro la vittima designata al reato consumato in danno della vittima occasionale, inquadrando la vicenda in un concorso di reati dolosi.

Preziose in merito le considerazioni di Lord Mustill:

«Invocare un dolo generale non significa altro che questo, ossia che la volontà criminosa manifestata mediante una condotta illecita può essere utilizzata come base per punire a titolo doloso l'agente per ogni risultato lesivo derivante dalla propria condotta. Ricorrere all'espressione *transferred malice* serve solo a trasfigurare attraverso una formula fuorviante la reale funzione della regola. Allorquando la Corte accerta che la volontà dell'agente era diretta contro una persona, ma è stata offesa una persona diversa, Essa (*per imputare a titolo doloso il fatto*, N.d.R.) non trasferisce alcuna volontà, ma riconosce una responsabilità dolosa là dove questa non esiste»¹¹.

Per quanto attiene al sostantivo, il termine *malice* descrive meglio sia di *mens rea* sia di *intention* la natura morale, prima ancora che giuridica, della norma¹². Riguardo a *mens rea*, valga osservare che l'istituto, più che estendere la colpevolezza dell'agente dal fatto voluto al fatto realizzato, permette di assoggettare alla medesima pena (reclusione a vita dell'omicidio doloso) quest'ultimo per la malvagità¹³ estrinsecata mediante la propria condotta, al

¹¹ *Attorney General's Reference, no. 3, 1994*, in *English Reports in Law and Equity*, 1997, 105. Prosegue l'A., esprimendo la propria generale avversione per la dottrina: «Come ha lucidamente rilevato il Dr. Williams, si tratta di un'eccezione arbitraria ai principi ordinari della responsabilità penale, la quale, come tutte le eccezioni in quest'ambito, può essere ammessa solo fintanto che in una specifica e ristretta serie di casi assolve un'esigenza di giustizia. Ben diverso è ritenere, viceversa, di poter piegare il principio per regolare anche altre e dissimili situazioni».

¹² Sul punto si veda S. WILLIAMS, *Is Transferred Malice for Murder Always Justifiable?*, in *Oxford Law Journal*, 2009, 14, il quale individua nell'istituto la funzione politico-criminale di ridurre la criminalità di sangue, prevenendo la conflittualità sociale derivante dalla perpetrazione di così gravi delitti.

¹³ Eloquenti sotto questo profilo sono le locuzioni adoperate dalla giurisprudenza anglosassone per riferirsi alla volontà omicida, tutte orbitanti intorno al nucleo semantico della immoralità, piuttosto che a quello dell'appartenenza psichica di un fatto a un soggetto: *maliciousness*, *wickedness*, *blameworthiness*, *wrongdoingfulness*, *depraved heart*, *depraved indifference*, *wanton disregard*. Affiora, anche in virtù dell'assonanza, il richiamo alle massime della tradizione giuridica romanistica, poi confluite, con rimodulazioni, nell'esperienza del diritto comune (la logica 'versarista') "*in maleficiis, voluntas spectatur non exitus*" ovvero «*actus reus non facit reum nisi mens rea*». Per una

fine «instillare nella società», in particolare in quella frazione di essa considerata incline a delinquere, «il rispetto di alcuni valori cardinali»¹⁴, mediante la minaccia di una robusta risposta sanzionatoria. A conferma dell'origine etica, quasi sacrale, della regola, è sufficiente rilevare il ricorso a essa da parte della giurisprudenza per sancire la colpevolezza a titolo di omicidio (*murder*) dell'agente, nel caso in cui quest'ultimo avesse causato la morte di un uomo nel tentativo di suicidarsi, ancorché il suicidio costituisse una figura di reato autonoma (abolita dal *Suicide Act* nel 1961) rispetto a quella di omicidio¹⁵.

In relazione a intent, è sufficiente notare che il termine non esaurisce l'intero spettro dei requisiti soggettivi della responsabilità penale nel sistema anglosassone: se, come è financo pleonastico rilevare, il *general malice* non può estendere la responsabilità colposa (*negligence*) dalla lesione prevedibile alla lesione cagionata¹⁶, cionondimeno essa impone di estendere la responsabilità dell'agente anche in presenza di condotta sorretta da un dolo indiretto (*oblique intention*), o in presenza financo di una condotta sconsiderata (*recklessness*), in considerazione della riprovazione che suscita l'indifferenza dell'agente

ricostruzione in chiave genealogica dell'elemento psicologico del delitto di omicidio nella tradizione di *common law* anglosassone si veda J. POLLOCK, *Criminal Law*, cit., 255 ss.

¹⁴ Testualmente S. WILLIAMS, *Is Transferred Malice*, cit., 24. In argomento cfr. anche J. GARDNER, *Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, 511, secondo il quale il *general malice* è coerente con il carattere personale dell'illecito penale, in quanto per fondare un giudizio di responsabilità dolosa sarebbe sufficiente che «la condotta criminosa sia stata sorretta da una volontà di fare del male (*blameworthy wrongdoing*), mentre non è necessario che quest'ultima si sia proiettata anche sulle sue conseguenze, che sono addebitate all'agente per il rischio insito nella condotta».

¹⁵ Cfr. la rassegna di casi citati da G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 126, nt. 5. Per gli opportuni rilievi critici sul punto si veda ID., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, A. Knopf, 1957, 177, il quale ravvisa nella casistica richiamata un'ipotesi di omicidio colposo, laddove l'offesa in danno della persona diversa dall'aspirante suicida fosse prevedibile.

¹⁶ Cfr. per tutti ID., *Criminal Law*, cit., 110 ss.; ID., *Convictions and Fair Labelling*, in *Cambridge Law Journal*, 1983, 85 ss. In termini sovrapponibili H. HURD - M. MOORE, *Negligence in the Air*, in *Social Sciences Research Network*, 2002 68 ss.

(*depraved indifference, wanton disregard*) verso la vita altrui (evidentemente, quella della vittima designata)¹⁷.

Esemplari del giudizio di rimprovero, prima ancora che di responsabilità per la violazione della legge penale, sono le considerazioni di Sir Blackstone: «Non sarà ritenuto colpevole di un reato minore chi causa la morte di un uomo come conseguenza di una condotta diretta ad arrecare del male ad altri. Al contrario sarà ritenuto un nemico dell'umanità intera»¹⁸.

Oltre alle anzidette ragioni di natura morale, altrettanto determinanti sono considerazioni di carattere, per così dire, pragmatico, alla base della consacrazione del principio: in una stagione del pensiero giuridico – quella del sedicesimo secolo – ancora restia a sistematizzare secondo una tassonomia concettuale la materia giuridica, le Corti non dispongono dell'armamentario teorico-dogmatico per adombrare una qualificazione giuridica del fatto esigente dimestichezza con le nozioni di dolo, tentativo e colpa.

Alla carenza di una dommatica e, in una certa misura, anche di una scienza dei presupposti e dei limiti del diritto penale¹⁹, si salda la drammaticità del giudizio devoluto al giudice anglosassone, investito della scelta fra

¹⁷ Cfr. A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 80; G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 102; A. DILLOF, *Transferred Intent*, cit., 534. Dopo tutto, come già osservato, la soluzione è stata suggellata anche dal diritto vivente, nel poc'anzi ricordato Hyam v. DPP (*retro*, nt. 7). Evidentemente in questo contesto, come conferma il tipo di esempi ai quali ricorrono gli Autori nei testi citati, *recklessness* è adottato nell'accezione del termine più prossima a quella di una responsabilità dolosa, ossia, più precisamente, più vicina alla figura del dolo eventuale.

¹⁸ W. BLACKSTONE, *History*, cit., 201. Cfr. anche G. L. WILLIAMS, *Criminal Law The General Part*, London, 1961, 125, secondo il quale l'istituto rappresenta la risposta a un emotivo («*emotional one*») bisogno di pena diffuso nella comunità civile per ripristinare il sentimento di sicurezza menomato dall'uccisione di uno dei suoi componenti; ID., *Convictions and Fair Labelling*, cit., 85 ss. In termini sovrapponibili H. HURD - M. MOORE, *Negligence in the Air*, cit., 71 ss.; M. MOORE, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 207; S. ELGAR, *The Limits of Transferred Malice*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2012, 636 ss.

¹⁹ Sul punto v. H. HURD - M. MOORE, *Negligence in the Air*, cit., 70; D. HUSAK, *Transferred Intent*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2012, 65; W. L. PROSSER, *Transferred Intent*, in *Texas Law Review*, 1967, 653.

l'irrogazione della pena capitale o della commisurazione discrezionale della sanzione detentiva per il tentativo. In siffatto contesto, che conferisce nel senso autentico del termine carattere 'terribile' alla potestà giurisdizionale, conviene contestualizzare le motivazioni che inducono la Corte a consacrare un principio rispondente a esigenze di certezza della legge o, da diversa angolazione, di stabilizzazione dell'ordine istituzionale e del *quid* di consenso sociale utile a salvaguardarne la perpetuazione.

Rende efficacemente il fondamento delle preoccupazioni poc'anzi riferite sull'asse del trattamento sanzionatorio, il commento di Lord Byron a supporto della condanna per omicidio doloso dell'imputato nel caso Regina v. Saunders & Archer²⁰:

John Saunders ha somministrato il veleno con la volontà di uccidere una persona. Poiché alla sua azione è conseguita la morte di una persona, ancorché diversa da quella che aveva premeditato di uccidere, egli è ritenuto colpevole di omicidio, perché la sua azione ha costituito l'antecedente causale della morte di una persona. Se lui non fosse condannato, il fatto resterebbe interamente impunito, perché la consorte che ha offerto la mela alla figlia, ignorando che fosse avvelenata, non può essere ritenuta colpevole per aver voluto nutrire la figlia. Di conseguenza è ragionevole considerare quest'ultima innocente e lui (*John Saunders*) colpevole di omicidio per aver causato volontariamente con la propria condotta la morte di una persona, privando la Regina di un suddito²¹.

²⁰ R. v. Saunders & Archer, cit., 706 ss. Questo, in forma schematica, lo svolgimento della vicenda: B consegna ad A del veleno con il quale quest'ultimo impregna una mela, che intende offrire alla consorte per ucciderla. Effettivamente A offre la mela alla consorte, ma quest'ultima la offre a sua volta alla figlia C, la quale, dopo averla assaggiata, decede a causa del veleno ingerito. La *ratio decidendi* di R. v. Saunders & Archer è riprodotta, pressoché in modo letterale, dalla Corte in R. v. Gore, cit., 854, in un caso speculare di veneficio nel quale la Corte statuisce: «Chi somministra veleno con volontà di arrecare del male a una persona e in tal modo causa la morte di una persona, (...) è considerato dalla legge un omicida, anche se la vittima non corrisponde a colei alla quale la sostanza nociva era destinata, (...) perché lasciare impunito un delitto tanto odioso ed esecrabile sarebbe dannoso e dischiuderebbe un grave vuoto di tutela nell'ordinamento».

²¹ *Ivi*, 708. Soggiunge Lord Byron: «Ma se un uomo prepara un veleno, lo dispone in diversi angoli della casa per uccidere topi o ogni sorta di animale strisciante, e una persona lo nota e lo assume, l'uomo non può essere considerato colpevole di omicidio, perché non aveva in animo alcuna volontà di ledere l'altrui persona».

Dopo aver tratteggiato il contesto etico e politico nel quale si iscrive l'istituto, si può muovere l'indagine verso la situazione di vita nella quale il principio trova applicazione, alla luce della stratificazione giurisprudenziale sul tema e della interpretazione di quest'ultima da parte della dottrina.

1.1. L'ambito applicativo della norma.

Prima di esaminare le cause che hanno determinato la vigenza della norma fino ad oggi, è necessario definire il perimetro applicativo del *general malice*. Si può in tal senso notare che, diversamente dall'art. 82 del codice penale italiano, il quale delinea tanto la situazione di vita denominata *aberratio ictus*, quanto la disciplina sanzionatoria, assoggettando l'agente alla pena del delitto doloso consumato, l'istituto del *general malice* regola soltanto il trattamento sanzionatorio²².

Conformemente alla tradizione giuridica di *common law*, infatti, la giurisprudenza anglosassone si limita a definire, dalla analisi complessiva delle circostanze del caso concreto, la decisione più aderente ai canoni di giustizia, della quale riferisce il percorso motivazionale attraverso la *ratio decidendi*. Non sorprende, quindi, rilevare che l'unica caratterizzazione dell'istituto si sviluppi 'per sottrazione', mediante la cd. «no translation rule»²³: il dolo non si estende dal fatto voluto al fatto realizzato quando il secondo configura un titolo di reato oggettivamente diverso dal primo²⁴. Se, quindi, si può registrare anche

²² Cfr., per tutti, J. HORDER, *Homicide and the Politics of Law Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 186 ss.; il quale rimarca l'inesattezza della impostazione che attribuisce la natura di dottrina al *general malice*, rilevando come quest'ultimo costituisca piuttosto l'applicazione di una dottrina, quella del "*versari in re illicita*" (nella terminologia dell'A. "*prohibited outcome doctrine*").

²³ La formula appartiene a J. HORDER, *Homicide*, cit., 186, impiegata per indicare il limite operativo del meccanismo di 'conversione' del voluto nel realizzato.

²⁴ Cfr. R. v. Pembliton, cit., 119 ss. Questo, in forma schematica, lo svolgimento dei fatti: A è espulso da un pub, ma tenta di rientrarvi. Ne deriva un alterco fra A e il personale di vigilanza del locale, nel corso del quale A raccoglie una pietra e la scaglia in direzione di quest'ultimo. Per un difetto di mira però la pietra colpisce la finestra di una delle abitazioni sovrastanti il pub, frantumandone il vetro per danni superiori a cinque sterline. In primo grado l'imputato è condannato per il danneggiamento della finestra, in quanto la giuria considera sufficiente, secondo il *general malice*, la

nel sistema inglese la distinzione fra *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, tuttavia, come si dirà a breve, la linea di demarcazione fra le due ipotesi appare nitida solo nelle esemplificazioni didattiche, ma sbiadisce nelle ipotesi frequenti di *omogeneità* tra l'offesa voluta e l'offesa realizzata.

Per tracciare il raggio d'azione della norma, si può procedere enucleando i profili più rappresentativi della fattispecie delineata dall'art. 82 del codice penale italiano, verificando se e quale interesse essi rivestono per l'applicazione dell'omologa – almeno nell'esito – norma del diritto anglosassone.

In prima analisi conviene interrogarsi (i) sui reati ai quali l'istituto si applica, vale a dire se essa sia confinata ai delitti di sangue o anche ad ulteriori ipotesi di reato. In un secondo momento (ii) conviene definire se solo un errore dell'agente o anche una circostanza accidentale da lui indipendente sia idonea a integrare un caso che può essere deciso applicando l'istituto del *general malice*. Conviene, quindi, interrogarsi (iii) sull'idoneità della norma a scriminare il fatto realizzato nei casi in cui la stessa causa di giustificazione avrebbe escluso l'antigiuridicità dell'offesa, se quest'ultima avesse attinto la persona presa di mira. Occorre, inoltre, definire (iv) se l'istituto contempla solo il caso in cui il fatto voluto e il fatto realizzato configurino, sul versante oggettivo della imputazione, lo stesso tipo di reato ovvero anche due tipi diversi, ma ambedue disposti a presidio della persona fisica, intesa come bene iperonimo rispetto alla vita e alla incolumità personale. Conviene, infine, stabilire l'applicabilità (v) dell'istituto nei casi in cui la volontà dell'agente non si realizza, arrestandosi l'offesa alla fase del tentativo.

Fattispecie alle quali si può applicare la norma (i): con riguardo al primo profilo, benché nella giurisprudenza inglese l'istituto sia stato concepito e

convergenza fra la volontà di commettere un reato e la commissione di un reato, anche se diverso da quello voluto. La Corte di Appello annulla la sentenza della *Crown Court*, ravvisando l'impossibilità di estendere la gittata del *general malice* ai casi di divergenza fra il *tipo* di reato commesso e il *tipo* di reato voluto. Per una puntuale ricostruzione della vicenda storica e dell'itinerario motivazionale della sentenza cfr. J. DINE - J. GOBERT - W. WILSON, *Cases & Materials on Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2006, 160.

sviluppato esclusivamente in riferimento a fatti di omicidio e di lesione personale, la dottrina assume concordemente la sua applicabilità anche ai delitti diversi da quelli di sangue, a condizione, senza approfondirsi tuttavia in alcuno sforzo argomentativo, che si tratti di delitti a condotta libera²⁵ (le esemplificazioni si concentrano sui reati di danneggiamento e incendio). In concreto, vale a dire in merito ai contorni della figura di reato causalmente orientata, si consuma il dissidio fra gli interpreti.

Una sezione della dottrina, che si conforma al pensiero di Williams, ritiene che solo laddove la definizione giuridica del reato non postuli la convergenza fra l'oggetto del dolo e l'oggetto materiale del reato, la norma possa trovare applicazione. In senso contrario, un diverso orientamento, riferibile al pensiero di Ashworth, considera applicabile la norma anche nel caso in cui la fattispecie incriminatrice contempri un oggetto materiale determinato. Il primo indirizzo, considerando l'istituto una deviazione dai principi comuni sull'imputazione dolosa, ancorché favorevole alla interpretazione estensiva della norma oltre i delitti di omicidio e di lesione personale, esclude l'applicabilità in via analogica del *general malice* alle fattispecie in cui la norma incriminatrice esige non solo che l'agente abbia dato volontariamente causa all'evento, ma che la sua volontà si sia realizzata nell'offesa della persona o della cosa presa di mira e non di una persona o di una cosa diverse, benché equivalenti agli effetti della tutela penale.

Sul punto è esemplare l'evoluzione normativa del delitto di veneficio (figura di reato autonoma rispetto a quella di *murder*): nella configurazione previgente l'art. 11 dell'*Offences against the Persons Act* (1828) sanziona con la pena di morte "chiunque, con la volontà di uccidere una persona, somministra o fa assumere veleno a *quella* ("such") persona". In seguito alla riforma del 1861, il riferimento alla coincidenza fra la persona offesa e la persona destinataria della sostanza velenosa è soppresso dalla disposizione e il precetto (tutt'ora vigente) è riformulato come segue: «Chiunque, con volontà di

²⁵ Cfr. G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 102; A. ASHWORTH, *Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences*, in *Reshaping the Criminal Law. Essays in honour of Glanville Williams*, London, P.R. Glazebrook, 1978, 84 ss.; A. ASHWORTH - J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 91.

offendere, illecitamente somministra o fa assumere veleno che causa la morte di una (“any”) persona (...).» Tale innovazione imporrebbe, secondo Williams, di estendere anche al delitto di veneficio l’applicabilità del *general malice*²⁶.

Sul fronte opposto secondo Ashworth il *general malice* costituisce il precipitato – almeno dalla visuale delle Corti che coniarono l’istituto – dei principi generali. A favore della tesi si può richiamare la posizione di Lord Coleridge nella sentenza che ha definito il caso Regina v. Latimer:

È noto che se un soggetto vuole commettere un reato contro un’altra persona, ma nel tentativo di commetterlo offende una persona diversa da quella presa di mira, è colpevole secondo il diritto inglese di un reato doloso in danno della persona offesa, perché ha agito illecitamente e con quella che i giudici chiamano *general malice*.²⁷

Come affiora dal pensiero testé riferito, nella prospettiva della giurisprudenza anglosassone del sedicesimo secolo il *general malice* invero il principio ai sensi del quale la volontaria violazione della legge fosse sufficiente per fondare la responsabilità dolosa dell’agente.

In considerazione dei rilievi dianzi addotti la posizione di Ashworth risulta preferibile rispetto a quella di Williams, il quale muove da un’interpretazione dell’istituto in contrasto con la sua origine storica e con la sua funzione politico-criminale: se, alla luce della genealogia del *general malice* sviluppata nel paragrafo precedente, occorre rilevare che l’istituto non sostanzia una

²⁶ Lo stesso ordine di considerazioni vale, secondo l’A., per il delitto di lesioni personali gravi (*grievous bodily harm*), il quale, ai sensi della disciplina previgente, si configura quando chiunque con la volontà di ledere una persona, leda quella (“such”) persona, mentre stando all’attuale art. 18 dell’*Offences against the Person Act*, si configura quando chiunque intenzionalmente e illecitamente causa una lesione personale grave in danno di un’altra (“any”) persona, e per il delitto di danneggiamento il quale, ai sensi dell’art. 58 del *Malicious Damage Act* (1861), si configura quando una persona causa un danno alla proprietà altrui (“any such property”). *Contra* P. B. KUTNER, *The Prosser Myth of Transferred Intent*, in *Indian Law Journal*, 2016, 4, 1110, secondo il quale proprio la sufficienza ai sensi del dettato normativo della generica volontà di danneggiare l’altrui proprietà nel delitto di danneggiamento, esclude la necessità del ricorso al *general malice*.

²⁷ Il pensiero è riferito, fra gli altri, da M. J. ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, New Hampshire, Oxford University Press, 1991, 78.

deviazione dai principi generali, ma l'iterazione degli stessi in riferimento a un caso particolare, si comprende perché la norma sia applicabile proprio in relazione ai reati nella cui descrizione legale figurino un soggetto passivo determinato, confermando anche per queste ultime ipotesi di reato l'operatività del principio di impersonalità della tutela penale.

Concentrando l'attenzione sul secondo profilo (*ii*) – il tipo di deviazione idoneo a traslare l'offesa dalla vittima designata a quella occasionale – si può rilevare, alla luce della giurisprudenza richiamata, il carattere incontrovertito della questione: nel caso Regina v. Salisbury il fattore aberrante è costituito dal repentino movimento della vittima designata²⁸; nel caso Regina v. Gore, dalla condotta della vittima occasionale²⁹; nel caso Regina v. Latimer, da un errore da parte dell'agente³⁰. È fuor di dubbio, pertanto, che la norma sia applicabile tanto nell'ipotesi in cui un errore dell'agente nella fase esecutiva del reato (difetto di mira, uso maldestro dell'arma), quanto nell'ipotesi in cui una circostanza esterna (condotta della vittima designata o della vittima occasionale), abbiano determinato l'offesa in danno di persona diversa da quella presa di mira. Del resto, se in ossequio alla regola, per fondare un'ipotesi di responsabilità dolosa è sufficiente un fatto e una volontà, isolatamente considerati, in contrasto con una legge penale, risulta del tutto indifferente la natura della circostanza che conduce all'offesa a persona diversa dalla vittima designata.

È tempo di dirigere la disamina sul terzo quesito (*iii*): occorre quindi indagare se, oltre al dolo, è possibile anche estendere le cause di esclusione

²⁸ Questo, in forma schematica, lo svolgimento dei fatti: A esplose un colpo d'arma da fuoco in direzione di B sulla strada pubblica. Quest'ultimo schiva prontamente il proiettile, il quale attinge C.

²⁹ Questo, in forma schematica, lo svolgimento dei fatti: A somministra arsenico nel medicinale destinato al coniuge. Quest'ultimo assume parte della medicina e, immediatamente, percepisce un peggioramento del proprio stato di salute. Perplesso, mostra il medicinale al farmacista dal quale A lo ha acquistato. Quest'ultimo, per dimostrare la qualità del prodotto venduto, assume egli stesso il medicinale e decede per il veleno ingerito.

³⁰ Questo, in forma schematica, lo svolgimento dei fatti: durante un alterco con B in un'osteria, A si slaccia la cintura e la usa come oggetto contundente contro B. Tuttavia indirizza male il colpo e in luogo di B colpisce C, alle spalle di quest'ultimo.

dell'antigiuridicità dal voluto al realizzato. Siffatto profilo rappresenta senz'altro il più divisivo nella letteratura sul tema. L'indirizzo prevalente ritiene che la scriminante *de qua* escluda l'antigiuridicità della condotta dell'agente, indipendentemente dal suo esito, rendendo conseguentemente lecito ogni effetto di quest'ultima, ivi compresa l'offesa in danno della vittima occasionale.

Al contrario l'indirizzo minoritario arguisce la punibilità della condotta diretta contro la vittima designata e, quindi, la sua antigiuridicità come presupposto di operatività del *general malice*. Di conseguenza, l'assenza di una condotta originariamente antigiuridica preclude il ricorso alla disciplina del *general malice* e richiede l'applicazione dei principi generali.

Il primo schieramento alligna su una concezione dell'illecito penale ancorata al disvalore di condotta. Da quest'angolazione, da una condotta lecita – giacché scriminata dalla presenza di una causa di giustificazione – non può conseguire un risultato illecito, pena la violazione del principio di non contraddizione: l'ordinamento non potrebbe consentire una condotta e allo stesso tempo sanzionarla al verificarsi di talune conseguenze lesive³¹.

Il secondo alligna sulla *ratio* e sulla fisionomia del *general malice*: se la norma disciplina l'imputazione soggettiva dell'evento, essa postula la sussistenza, sul versante oggettivo della imputazione, di un fatto penalmente rilevante, ossia non giustificato da alcuna circostanza scriminante. Ne consegue che nel caso in cui una causa di giustificazione escluda l'antigiuridicità dell'offesa diretta contro la persona presa di mira, la norma non entra in funzione e, pertanto, la rilevanza penale dell'offesa in danno della vittima occasionale deve essere accertata secondo i comuni criteri soggettivi di imputazione³².

³¹ Cfr. G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 107; A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 81; ID., *Principles*, cit., 91; A. SIMESTER *et al.*, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, London, Bloomsbury, 2019, 183; D. ORMEROD - K. LAIRD, *Smith, Hogan, & Ormerod's Text, Cases, & Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 126; M. DSOUZA, *Rationale-Based Defences in Criminal Law*, Portland, Bloomsbury, 2017, 104.

³² In questo senso M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 557. ID., *Transfer of Defences*, in *Criminal Law: Domestic and Comparative Perspectives*, a cura di Bohlander - Reed, London, Ashgate, 2016, 51 ss.

Il primo orientamento ha il merito di evidenziare un profilo strutturale dell'istituto, già rimarcato in precedenza: se per *malice* si intende non già la volontà del fatto storico, ma la generale intenzione di arrecare del male da parte dell'agente, intesa quest'ultima nel senso intraducibile di *wrongfulness* (o *blameworthiness*), nel caso in cui la condotta diretta a offendere la vittima designata è scriminata, verrebbe a mancare il *quid* di quel trasferimento: in termini distinti, verrebbe meno la volontà immorale da estendere dall'offesa diretta contro la vittima designata all'offesa in danno della vittima occasionale e subentrerebbe in sua vece una volontà conforme alla legge, dalla quale non potrebbero perciò discendere conseguenze penali³³. Inoltre preme rilevare come da un lato la giurisprudenza, benché nella configurazione di una Corte di grado minore³⁴, dall'altro il legislatore, nel progetto di codice mai entrato in vigore, abbiano suffragato la soluzione³⁵.

Cionondimeno la tesi non è condivisibile, in base a un duplice ordine di rilievi critici: il primo che promana dalla *ratio* stessa del *general malice*; il secondo al diritto positivo. Quanto al primo è sufficiente rilevare che, qualora lo scopo della norma fosse garantire una tutela più energica della collettività, scriminare

³³ In senso critico sul punto M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 578, ID., *Transfer of Defences*, cit., 63; ha osservato come tanto la teorica del *general malice*, quanto quella delle *general defences* subiscano l'ascendenza di una concezione fortemente eticizzata della pena. In questa censurata prospettiva la colpevolezza dell'agente non dipenderebbe dalla sua effettiva responsabilità in relazione al fatto di reato, ma dalla generale immoralità, nel caso del *general malice*, o generale moralità, nel caso delle *general defences*, della sua volontà.

³⁴ V. R. v. Gross (1913), in *Cox's Criminal Cases*, 1913, 22, 455 ss. La sentenza riguarda il caso di una donna che, per reagire contro le vessazioni subite dal coniuge, esplose un colpo di pistola in direzione di quest'ultimo. Tuttavia per un difetto di mira colpiva in modo letale un'altra persona. La Corte derubrica il capo d'accusa da omicidio doloso in omicidio colposo, dapprincipio estendendo la causa di giustificazione dall'offesa nei confronti del coniuge all'offesa in danno della vittima occasionale, quindi statuendo la responsabilità dell'agente per aver ecceduto colposamente i limiti della legittima difesa nei confronti di quest'ultima.

³⁵ Il secondo comma del poc'anzi menzionato art. 24 del Progetto così dispone: «Ogni difesa che l'accusato avrebbe invocato se l'offesa avesse attinto la persona o la cosa prese di mira può essere invocata per l'offesa in danno della persona o della cosa effettivamente colpite».

in ogni caso il fatto commesso in danno della vittima malcapitata, soltanto perché la medesima causa di giustificazione *avrebbe* escluso l'antigiuridicità nel fatto diretto contro la vittima designata, colliderebbe con la *ratio* dell'istituto. Infatti la sussistenza di una causa di giustificazione per l'offesa diretta contro la vittima designata non importa l'assenza di una responsabilità colposa (*reckless* o *negligence liability*) dell'agente per l'offesa arrecata alla vittima occasionale. Quanto al secondo, un importante argomento fondato sul diritto positivo milita contro l'estensione della causa di giustificazione all'offesa in danno della vittima malcapitata. Nel diritto anglosassone tanto nelle fattispecie che hanno origine nella tradizione di *common law*, quanto in quelle tipizzate da fonti legislative, il reato è sempre descritto nei termini di una condotta connotata da una volontà immorale (*maliciously*) e contraria alla legge (*unlawfully*): quest'ultimo requisito indica, secondo il giudizio unanime della dottrina anglosassone, l'assenza di cause di esclusione della punibilità della condotta e, quindi, anche l'assenza di scriminanti. In termini distinti, in quanto l'assenza di cause di giustificazione è incorporata nella descrizione legale del fatto tipico mediante l'esplicito riferimento alla illiceità di quest'ultimo (*unlawfully*), ciò implica che la presenza di una scriminante esclude la tipicità oggettiva del fatto di reato e, quindi, l'irrilevanza penale della condotta diretta a offendere la vittima designata³⁶.

Venendo al quarto profilo (*iv*) – definire il rapporto intercorrente fra il reato tentato e il reato consumato – apparentemente esso non sembra poter dare

³⁶ Diversamente dall'ordinamento italiano, nel quale le norme incriminatrici, salvo i casi di antigiuridicità speciale, contemplano solo i requisiti oggettivi e soggettivi dell'illecito, nel sistema anglosassone le norme incriminatrici – sia di fonte giurisprudenziale sia di fonte legislativa – richiedono espressamente l'antigiuridicità della condotta quale elemento costitutivo del reato. A titolo esemplificativo l'omicidio (*murder*) è definito nel *common law* come «l'uccisione *illicita* (“*unlawfully*”) di un uomo che vive nella pace della Regina o del Re»; il danneggiamento è definito dall'art. 1 del *Criminal Damage Act* (1971) come la distruzione o il deterioramento senza una giustificazione legale (“*without legal excuse*”) della proprietà altrui; la lesione personale grave è definita dall'art. 20 dell'*Offences against the Person Act* (1861), come l'inflizione illecita (“*unlawfully*”) di un grave danno al corpo o alla mente di un'altra persona». Sul punto cfr. M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 582; S. ELДАР, *Cross-Victim Defenses*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2020, 141.

adito a schermaglie interpretative. Infatti, analogamente a quanto già analizzato nel contesto italiano, anche in quello anglosassone la norma è impiegata tanto nel caso di identità normativa tra il fatto voluto e il fatto realizzato, quanto nel caso di omogeneità dei beni tutelati dalla fattispecie di reato tentata e da quella consumata, configurandosi in quest'ultimo caso un'ipotesi di omicidio preterintenzionale aberrante (*“constructive manslaughter”*)³⁷.

Tuttavia anche su questo aspetto del tema il campo è conteso fra due schieramenti: uno che considera conforme alla *ratio* dell'istituto l'assoggettamento alla pena dell'omicidio preterintenzionale del soggetto il quale abbia causato la morte di persona diversa da quella destinataria della condotta diretta a ledere o a percuotere³⁸; un altro che considera la soluzione adottata dalla Corte un'illegittima dilatazione del campo di applicazione del *general malice*³⁹.

³⁷ Cfr. R. v. Mitchell, cit., 76 ss. Questa la ricostruzione della vicenda nei tratti essenziali: A cercava di eludere la fila per lo sportello dell'ufficio postale. B, che era in fila, si accorgeva del tentativo di A e gli intimava di rimettersi in coda. Ne conseguiva una colluttazione: A spingeva B, il quale, cadendo, piombava su un'anziana donna alle sue spalle. A sua volta quest'ultima perdeva l'equilibrio, schiantandosi contro una parete dell'edificio. Dalla collisione conseguiva la frattura di una gamba e, dopo qualche giorno di ricovero, il decesso dell'anziana signora. La Corte d'Appello condannava l'imputato a titolo di omicidio preterintenzionale, “come se” il colpevole avesse diretto la propria condotta lesiva contro l'anziana donna deceduta in seguito alla caduta.

³⁸ Cfr. HORDER, *Homicide*, cit., 185; D. ORMEROD - K. LAIRD, *Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law*, cit., 126; M. A. REED - B. F. FITZPATRICK, *Criminal Law*, London, Thomson - Sweet & Maxwell, 2006, 79; M. T. MOLAN, *Cases & Materials on Criminal Law*, London, Routledge, 2005, 86.

³⁹ Per la critica della pronuncia cfr. G. L. WILLIAMS, *Textbook*, cit., 181; M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 588; A. P. SIMESTER *et al.*, *Simester and Sullivan's*, cit., 184; D. HUSAK, *Transferred malice*, cit., 77. In particolare M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 588, denuncia la contraddizione con il fondamento personalistico dell'illecito penale derivante dall'applicazione di un principio «anacronistico», quale è il *general malice*, per estendere l'ambito applicativo di una fattispecie altrettanto «anacronistica e artificiosa» quale è l'omicidio preterintenzionale.

In base a un ordine di argomenti sovrapponibile a quello esposto in riferimento al contesto italiano, occorre aderire al primo orientamento. Se, infatti, l'addentellato normativo concreta una concezione imperativistica del diritto, in cui l'irrogazione della pena risponde alla violazione di un precetto legale, anche da una condotta diretta a provocare lesioni può conseguire, nel caso di morte di persona diversa dalla vittima designata, una condanna del colpevole a titolo di omicidio preterintenzionale. Infatti, quanto all'agente, quest'ultimo ha agito con il dolo richiesto – la volontà di causare una lesione personale – dalla fattispecie di omicidio preterintenzionale (“*manslaughter*”) e l'evento morte gli è imputato in base al nesso causale con la condotta, come nel caso in cui avesse attinto la persona presa di mira.

Per la lucidità sul punto si riferisce la posizione di Lord Staughton J, giudice del caso R. v. Mitchell:

Non vediamo alcuna ragione valida per escludere che una condotta diretta a ledere A, possa integrare gli estremi di un omicidio preterintenzionale in danno di B. Il dolo di chi compie l'azione è esattamente lo stesso, sia nel caso della morte di A, sia nel caso della morte di B. Una persona che lancia una pietra contro A è altrettanto colpevole se, invece di colpire e uccidere A, colpisce e uccide B»⁴⁰.

L'esito al quale perviene l'applicazione della norma anche ai casi di omicidio preterintenzionale entra senz'altro in rotta di collisione con il carattere personale dell'illecito penale: tuttavia i demeriti di questo risultato sembrano dipendere più dalla previsione di una fattispecie come l'omicidio preterintenzionale che dal *general malice*⁴¹.

⁴⁰ R. v. Mitchell, cit., 213.

⁴¹ Emblematiche sul punto le riflessioni di Lord Mustill, critiche riguardo alla configurazione normativa dell'omicidio nel diritto inglese: «L'omicidio è ampiamente considerato il più grave dei crimini. Ci si potrebbe attendere che un sistema evoluto preveda una legge sull'omicidio sufficientemente precisa da produrre un risultato inequivocabile in base a una serie di fatti, conforme alla giustizia formale e che abbia una solida base intellettuale. Non è così in Inghilterra, dove la legge sull'omicidio è permeata da anomalie, finzioni, termini impropri e ragionamenti obsoleti. Una vistosa anomalia è la regola che identifica il "*malice aforethought*" (espressione doppiamente fuorviante), richiesto per il reato di omicidio, non esclusivamente con l'intenzione di uccidere, ma anche con l'intenzione di causare gravi lesioni personali. Quindi è

Infine, muovendo l'analisi sull'ultimo profilo problematico (v) – la configurabilità della norma anche nel caso in cui, in seguito all'errore accidentale, l'offesa si arresta allo stato del tentativo – conviene subito escludere la possibilità di 'trasferire' il dolo nell'ipotesi in cui il tentativo contro la vittima designata non si traduce nella consumazione di un reato in danno della vittima occasionale: in quest'ultimo caso, con argomenti sovrapponibili a quelli già adottati in sede di analisi dell'art. 82 c.p., la dottrina inglese esclude l'applicabilità della disciplina, considerando l'agente colpevole unicamente per il tentativo nei confronti della persona presa di mira⁴².

In relazione al caso finitimo in cui il tentativo diretto contro la vittima designata attinge la vittima occasionale, causando un'offesa dello stesso genere ma di gravità inferiore a quella voluta in danno di quest'ultima, occorre osservare che la giurisprudenza inglese sembra rispondere in senso affermativo al quesito. Nel caso *Regina v. Grant*⁴³ la Corte, coerentemente

possibile essere ritenuti colpevoli di omicidio non solo senza volere la morte di una persona, ma senza che fosse possibile neanche prevederla. In tanti potrebbero dubitare della giustizia di questa norma, che non riflette il significato di omicidio secondo il sentire comune e che (come suggerirò) non trova più alcun fondamento intellettuale. La legge scozzese correttamente vi rinuncia e l'Inghilterra dovrebbe fare altrettanto».

⁴² Cfr. per tutti G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 620.; A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 86.

⁴³ *R. v. Grant*, cit., 143 ss. Questo, in forma schematica, lo svolgimento della vicenda in giudizio: A esplose due colpi di pistola in direzione della vittima designata all'interno di un negozio di abbigliamento. Entrambi i proiettili mancavano quest'ultima e attingevano, procurando gravi lesioni personali, due diverse persone. Nella sentenza in esame la Corte ravvisa la responsabilità dolosa dell'imputato per il tentato omicidio nei confronti della vittima designata e, adoperando il *general malice*, per le lesioni personali in danno delle due vittime malcapitate. Piuttosto che trasporre il dolo dal tentato omicidio ai delitti di lesione personale, la Corte ha quindi *esteso* la responsabilità dolosa per il tentativo ai reati consumati. Per una sintesi della vicenda giudiziaria v. T. STOREY, *Transferred Malice, Joint Enterprise and Attempted Murder*, in *The Journal of Criminal Law*, 2014, 3, 214 ss. In senso adesivo alla decisione C. HALL, *A Defence of the Doctrine of Transferred Malice. Its Place in the Nigerian Criminal Code*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1985, 810. In senso critico M. BOHLANDER, *Transferred Malice and Transferred Defenses: a Critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, in *New Criminal Law Review*, 2010, 617.

con la *ratio* politico-criminale della norma nell'ordinamento inglese, estende la responsabilità dolosa dal tentativo contro la persona presa di mira alle lesioni personali cagionate in danno delle vittime occasionali, inquadrando la vicenda in un concorso di reati dolosi⁴⁴. Sotto questo profilo, diversamente dall'orientamento prevalente nella letteratura e costante nella giurisprudenza italiane, le quali, stando al primo comma dell'art. 82, considerano l'agente meritevole solo della del reato consumato nel caso cui il tentativo non produca alcuna lesione materiale in danno della vittima designata, le concordi dottrina e giurisprudenza anglosassoni, con l'eccezione di un'autorevole posizione contraria⁴⁵, convengono sulla rilevanza penale tanto del tentativo, quanto del reato consumato.

A ben vedere, quindi, l'espressione *transferred malice* sembra attagliarsi meglio al primo comma dell'art. 82 c.p., trovando così un'ulteriore conferma l'assunto iniziale, in base al quale nel sistema inglese l'espressione *general malice* risulta più adatta a descrivere la fisionomia della fattispecie. Se a codesto rilievo si aggiunge la portata viepiù ampia della nozione di tentativo (*attempt*)⁴⁶ rispetto a quella delineata dall'art. 56 del codice penale, si può desumere la funzione marcatamente intimidatrice della norma, strumentale a prevenire mediante la minaccia di una pena rigorosa i delitti di sangue.

⁴⁴ D. ORMEROD - K. LAIRD, *Criminal Law*, cit., 127, osservano come apparentemente la Corte non abbia considerato la possibilità di condannare gli imputati per un triplice tentato omicidio, estendendo non già la volontà lesiva in senso lato, ma la volontà di uccidere caratterizzante la condotta diretta contro la vittima designata. Gli Autori ipotizzano che la Corte abbia implicitamente vagliato ed escluso la possibilità di dilatare in tal misura l'area di applicazione della norma.

⁴⁵ Cfr. A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 84, secondo il quale «una volta 'trasferita' la *mens rea* dal tentativo nei confronti di A all'offesa realizzata in danno di B, il delitto tentato non potrebbe più essere sanzionato, non risultando più disponibile il requisito psicologico per l'imputazione del fatto». Conf. W. J. RITZ, *Felony Murder*, cit., 176.

⁴⁶ Il tentativo è definito laconicamente al primo comma dell'art. 1 del *Criminal Attempts Act* (1981) come la «condotta non meramente preparatoria diretta a commettere un reato». Il secondo comma dispone l'applicazione della pena del tentativo anche nei casi in cui le modalità della condotta rendono impossibile la commissione del reato. Evidente, quindi, che senza il *general malice*, i casi di *aberratio* configurerebbero necessariamente – nell'ordinamento inglese – un'ipotesi di responsabilità dell'agente a titolo di tentativo.

Si è definito lo spazio operativo dell'istituto alla luce del diritto vigente nel Regno Unito. Alla luce di quanto osservato la norma (i) risulta applicabile a ogni ipotesi di reato che contempla un soggetto passivo determinato; ogniqualvolta (ii) una circostanza accidentale determina l'offesa a una persona diversa da quella presa di mira; limitatamente (iii) a ipotesi di illiceità originaria dell'offesa diretta contro la vittima occasionale; ai casi (iv) di omogeneità e non solo di equivalenza fra il reato consumato e il reato tentato; infine (v) anche nell'ipotesi in cui l'offesa aberrante non si estrinseca nella realizzazione del fatto di reato voluto dall'agente.

È tempo di definire i termini del dibattito nella letteratura inglese.

2. La posizione del problema nel dibattito dottrinale: il versante politico-criminale.

Paul Robinson ha affermato che «ci sono due modi in cui la giustizia penale può deludere le aspettative della collettività: astenendosi dal punire le azioni che la comunità considera immorali e incriminando le azioni che la comunità considera moralmente accettabili»⁴⁷.

Questa verità elementare riflette fedelmente l'influsso – sovente larvato – dell'etica individuale sull'adesione a soluzioni prevalentemente orientate alla tutela del singolo dalla collettività ovvero alla tutela della collettività dal singolo. Se in riferimento ai delitti cd. di mera creazione legislativa l'assunto è controvertibile, in relazione ai delitti cd. naturali e, in particolar modo, rispetto ai crimini di sangue, esso difficilmente si presta a essere confutato.

Poiché l'*aberratio ictus* interessa principalmente i delitti di sangue, le tesi degli Autori che dibattono sul tema possono subire l'influsso di *pregiudizi* morali. Un tratto che distingue il dibattito italiano da quello anglosassone consiste proprio nell'estrinsecazione, da parte della dottrina inglese, del fattore morale nel quadro di analisi. Sicché, oltre ad affrontare la questione sul piano giuridico, la dottrina anglosassone sottopone ogni soluzione al lume dell'*idem sentire* (filtrato, evidentemente, dal sondaggio di quest'ultimo da parte del

⁴⁷ P.H. ROBINSON-J.M. DARLEY, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal law and Justice Policy*, in *Southern California Law Review*, 2007, 81, 23.

singolo studioso), come se cercasse una legittimazione democratica da associare al fondamento teorico delle proprie posizioni⁴⁸. Lo sforzo della dottrina inglese in questa direzione si comprende agevolmente, considerando il potere decisionale accordato alla giuria nel processo penale, specialmente in relazione ai delitti di sangue: presso la *Crown Court* (l'organo giurisdizionale di primo grado per i delitti più gravi) la giuria sancisce la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, mentre il giudice è preposto soltanto alla determinazione del trattamento sanzionatorio. È di palese evidenza, in definitiva, che ogni soluzione *tecnica* in tema di *aberratio*, nell'ordinamento inglese più di altri, debba tenere in debito conto anche la sua fruibilità da parte degli attori del processo penale e, specificamente, la sua accessibilità da parte del corpo dei giurati.

In merito alla 'dimensione morale' della questione si può definire il primo esito della ricerca. Interrogando il comune sentimento di giustizia non si ravvisa un'unica soluzione possibile: il colpevole può risultare meritevole tanto della pena più rigorosa, quanto di una pena più temperata.

Chi aderisce a una concezione prevalentemente utilitaristica della sanzione penale, nella prospettiva della massima prevenzione dei delitti di sangue,

⁴⁸ Si tratta del cd. *fair* (o *representative*) *labelling approach* nel diritto penale. Si veda. sul tema A. SIMESTER - A. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Bloomsbury, Oxford, 2011, 202 ss.: «Il diritto penale si relaziona con il pubblico e con i colpevoli quando li condanna, e deve comunicare il suo giudizio con precisione, denominando con esattezza il reato per il quale sono stati condannati. Questo requisito è noto come principio del *fair labelling*. La legge deve specificare che tipo di criminale rappresenta il colpevole. Dovrebbe comunicarlo all'imputato, per consentire a quest'ultimo di comprendere il disvalore del fatto commesso, evitando che possa percepire la pena come ingiusta e arbitraria (...). Dovrebbe comunicarlo con altrettanta precisione alla collettività, affinché quest'ultima possa comprendere per quale illecito è stato condannato uno dei consociati». Si vedano anche G. L. WILLIAMS, *Convictions*, cit., 85; A. ASHWORTH, *The Elasticity*, cit., 57.; ID., *Principles, Pragmatism and the Law Commission's Recommendations on Homicide Law Reform*, in *Criminal Law Review*, 2007, 336; W. WILSON, *The structure of criminal Homicide*, in *Criminal Law Review*, 2006, 477. Per la declinazione del tema del *fair labelling* nell'ambito del *general malice* si veda anche P. SITNIK, *Theoretical Underpinnings of the Doctrine of Transferred Malice*, in *Studia Iuridica*, 2016, 127.

propende per l'applicazione della pena del reato consumato doloso⁴⁹, attribuendo al più rilevanza al minor grado di colpevolezza dell'agente nella fase di commisurazione della pena; chi viceversa aderisce a una concezione prevalentemente liberale del diritto penale, valorizzando la colpevolezza come presupposto della responsabilità penale, oltre che limite della risposta sanzionatoria, propende per escludere la natura dolosa del reato consumato⁵⁰. L'anteposizione di valutazioni di natura etica ad argomenti di carattere giuridico emerge limpidamente nel commento sul tema svolto nell'ambito della Relazione illustrativa al già richiamato progetto di codice penale:

Quando l'agente vuole offendere una persona o una cosa determinate (X) e invece offende una persona o una cosa distinte (Y), sarebbe accusato per il tentativo di offendere X, salva la prova innanzi alla Corte che egli abbia agito considerando l'elevato rischio di mettere in pericolo anche Y, senza ricorrere all'istituto (*del transferred malice*, N.d.R.). Tuttavia la prova del tentativo potrebbe risultare impossibile (laddove non emerga nel processo se l'agente abbia voluto offendere X) o, in ogni caso, la pena per lo stesso risultare insoddisfacente rispetto alle aspettative sociali sulla punizione del colpevole. Inoltre la prevedibilità della lesione nei confronti di Y potrebbe risultare insufficiente per irrogare una sanzione penale ovvero impossibile da provare. La norma sancita nell'articolo esclude siffatto genere di inconvenienti⁵¹.

⁴⁹ Orientamento che trova la sua più eloquente espressione nella nota massima invalsa nella letteratura sul tema, secondo la quale “la volontà segue il proiettile” (“*intent follows the bullet*”). Da quest'angolazione la volontà di uccidere si è compiutamente manifestata con l'esaurimento della condotta diretta a causare la morte di un uomo. Le conseguenze – *scilicet*, il tipo e il numero di lesioni – sono imputate all'agente a titolo di responsabilità oggettiva e considerate dolose ai fini della determinazione della pena. Tuttavia, a voler sviluppare fino alle debite conseguenze l'assunto, si giungerebbe a riconoscere la responsabilità dolosa dell'agente il quale ferisca sé stesso nel tentativo di uccidere altri. Per una puntuale revisione critica sul punto si vedano G. L. WILLIAMS, *The Sanctity*, cit., 277; D. HUSAK, *Transferred Intent*, cit., 78.

⁵⁰ Limpidamente, sul punto, A. ASHWORTH, *The Elasticity*, cit., 4: «La terminologia adottata per descrivere un reato dovrebbe sempre riflettere fedelmente l'immoralità del responsabile». Si veda anche G. L. WILLIAMS, *Convictions*, cit., 85. ID., *Criminal Law*, cit., 109; M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 618 ss. Si vedano anche P. TOMLIN, *Accidentally Killing on Purpose: Transferred Malice and Missing Victims*, in *Law and Philosophy*, 2022, 337 ss.; D. HUSAK, *Transferred Intent*, cit., 87 ss.; P. K. WESTEN, *The Significance of Transferred Intent*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2013, 333.

⁵¹ *A Criminal Code for England and Wales*, in *The Law Commission*, London, 1989, 2, 202.

Si tratta – come è appena il caso di notare – di considerazioni di politica criminale, dirette a presidiare la certezza della pena per il colpevole, almeno dinanzi al foro della propria coscienza, della morte di un altro essere umano. Sotto tale profilo, l'esplicitazione da parte della Commissione delle istanze repressive alla base di una norma sanzionatoria in deroga alla disciplina comune in materia di colpevolezza⁵², ancorché non condivisibile nel fine, risulta commendevole, in quanto non ammantava il *general malice* sotto il velo di una conformità invero solo artefatta ai principi generali, consentendo così al cittadino di conoscere l'effettiva funzione dell'istituto⁵³.

2.1. Il versante dogmatico.

Concentrando l'analisi sugli argomenti di ordine dogmatico, è interessante notare come il dibattito sia meno polarizzato rispetto a quanto osservato negli altri ordinamenti e presenti un mosaico di orientamenti viepiù composito.

Da un lato si registra lo schieramento (*i*) che considera l'istituto conforme ai principi di imputazione soggettiva⁵⁴; da un altro quello (*ii*) favorevole al

⁵² Cfr. A. ASHWORTH, *The Elasticity*, cit., 69, il quale evidenzia che, sebbene il dolo dovrebbe essere disciplinato dal diritto positivo assumendo come punto di riferimento la sua natura di fenomeno psichico, generalmente invece l'imputazione a titolo doloso di un fatto riposa sul valore del bene offeso. In tal senso il *general malice* rappresenta un tentativo di definire la responsabilità dolosa nei delitti di sangue «in termini estesi, in modo da incrementare il potere discrezionale della Pubblica Accusa nella formulazione del capo di imputazione e dell'Autorità Giudiziaria nella commisurazione della pena».

⁵³ Preziose al riguardo le considerazioni di A. ASHWORTH, *The Elasticity*, cit., 57, il quale nota come «in un sistema in cui il carattere personale della responsabilità penale si considera fondato su un principio morale, il grado di definizione di una fattispecie incriminatrice non è mai un dato interamente asettico». Proprio per questo motivo (A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 93), «alcune discrepanze tra l'effettivo grado di colpevolezza e il titolo di responsabilità configurato dalla legge possono anche essere legittime, ma occorre enunciarle chiaramente per consentire di verificare il loro fondamento».

⁵⁴ Concordano sulla conformità dell'istituto alla *mens rea* del delitto di omicidio, D. ORMEROD - K. LAIRD, *Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law*, cit., 127; J. CHILD - D. ORMEROD, *Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law*, London, Oxford University Press, 2021, 140; A. SIMESTER *et al.*, *Simester and Sullivan's*, cit., 185; A. SIMESTER, *Fundamentals of Criminal Law: Responsibility, Culpability, and Wrongdoing*,

mantenimento della regola, postulando però un temperamento del trattamento sanzionatorio alla luce del minore grado di colpevolezza dell'agente⁵⁵; da un altro ancora l'orientamento (*iii*) secondo il quale l'istituto costituisce un'eccezione ai principi generali e bisognosa, quindi, di correttivi da introdurre in via ermeneutica⁵⁶; infine la posizione (*iv*) favorevole all'abolizione della norma e alla qualificazione del fatto come un'ipotesi di concorso fra un delitto tentato e, eventualmente, un delitto colposo⁵⁷. In riferimento agli schieramenti in frontale contrapposizione (*i* e *iv*), si può osservare specularmente a quanto già rilevato in sede di esposizione dello stato del dibattito in Italia, che l'orientamento favorevole al mantenimento della

Oxford, Oxford University Press, 2021, 291; M. DSOUZA, *Rationale-based Defences*, cit., 104, nt. 37; J. HERRING, *Criminal law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 72; M. JEFFERSON, *Criminal Law*, Edinburgh, Pearson, 2006, 120; M. A. REED - B. FITZPATRICK, *Criminal Law*, cit., 79; W. WILSON, *Criminal Law*, Harlow, Pearson, 2017, 184.

⁵⁵ Cfr. D. HUSAK, *Transferred Intent*, cit., 89; ID., *The Philosophy of Criminal Law: Extending the Debates*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2013, 362; D. WESTEN, *The Significance*, cit., 345; P. SITNIK, *Underpinnings*, cit., 128, il quale attribuisce all'istituto «il vantaggio di stabilire con certezza il reato contestato e la relativa pena, permettendo allo stesso tempo al giudice di modulare il trattamento sanzionatorio alla luce dell'effettivo grado di colpevolezza dell'agente inferito dalle modalità di svolgimento del fatto».

⁵⁶ Cfr. G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 107; ID., *Conviction*, cit., 86.; J. HORDER, *Transferred Malice and the Remoteness of unexpected Outcomes from Intentions*, in *Criminal Law Review*, 2006, 390; ID., *Homicide*, cit., 179; S. ELGAR, *The Limits*, cit., 652; ID., *Examining Intent through the Lens of Complicity*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2015, 40.

⁵⁷ Cfr. A. ASHWORTH, *Transferred Malice*, cit., 77; ID., *The Elasticity of Mens rea*, in Tapper, *Crime, Proof and Punishment*, London, Butterworths, 1981, 56; M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 559, ID., *Problems of Transferred Malice in Multiple-actor Scenarios*, in *The Journal of Criminal Law*, 2010, 161; ID., *Transfer of Defences*, cit.; S. WILLIAMS, *Is Transferred Malice*, cit., 18; D. HURD - M. MOORE, *Negligence*, cit., 72, i quali ritengono che nella fattispecie aberrante l'unica figura di reato a venire necessariamente in rilievo sia il delitto tentato. In particolare M. BOHLANDER, *Transferred Malice*, cit., 559 ss. evidenzia il carattere asistemático della disposizione, analizzando l'incoerenza dei suoi risvolti applicativi con le regole che governano diversi settori dell'ordinamento penale: disciplina della imputazione a titolo di dolo, operatività delle cause di giustificazione, tutela della vittima designata, tutela della vittima occasionale, proporzionalità della pena.

disposizione adduce a difesa della tesi il principio di impersonalità della tutela penale e, come logico corollario, la responsabilità dolosa dell'agente nel caso in cui la divergenza fra il voluto e il realizzato consista unicamente nell'identità della persona offesa.

L'orientamento favorevole all'abolizione della norma obietta l'inadeguatezza del richiamo al principio di impersonalità della tutela penale a fondamento del *general malice*: infatti, dall'angolazione di quest'ultimo, l'impersonalità della tutela penale implica l'irrilevanza dell'identità della persona offesa, allorquando siffatta identità appartiene al fatto storico che è illuminato, nel profilo definito dal paradigma normativo, dalla volontà dell'agente. Poiché invece nei casi di *aberratio ictus*, prima ancora che l'identità – dato neutro ai fini del giudizio di colpevolezza – la stessa persona offesa – elemento costitutivo del fatto tipico – rimane estranea alla volontà dell'agente, l'unico reato doloso che si configura è il tentativo diretto contro la vittima designata, mentre l'offesa in danno della vittima occasionale concretizza, se prevedibile, un'ipotesi di responsabilità colposa.

L'indirizzo ermeneutico asserente la legittimità della norma sgorga da una nozione di dolo mutilata del suo referente storico, e ridotto alla deliberata infrazione di una norma giuridica, indipendentemente dalla congruenza della volontà dell'agente con il fatto costitutivo della fattispecie incriminatrice⁵⁸.

L'indirizzo contrario al mantenimento della norma, censurandola come relitto di una giustizia draconiana, ravvisa in essa una soluzione solo apparentemente allineata al principio di colpevolezza, la quale viceversa dissimula l'autoritativa imposizione di una responsabilità dolosa per un fatto non investito dalla volontà dell'agente.

Il massimo e più convincente esponente di questo indirizzo interpretativo è Ashworth⁵⁹, il quale ravvisa nella norma una finzione giuridica concepita per

⁵⁸ Sul punto cfr. M. MOORE, *Intentions and Mens Rea*, cit., 268, il quale, rievocando quasi letteralmente il pensiero di E. BELING (*retro*, cap. II, sez. II, § 1.), ritiene che nella situazione regolata dal *transferred malice* «il dolo dell'agente ha concretizzato uno dei tipi di volontà rilevanti ai sensi della fattispecie incriminatrice».

⁵⁹ L'unico Autore, o senz'altro il più esplicito nelle fila della dottrina – accanto a Lord Mustill nelle fila della giurisprudenza – a censurare la regola, criticando (*Transferred*

«ritenere qualcuno colpevole del più grave fra i delitti»⁶⁰, e derogare alla più mite, ma più giusta, pena per il tentato omicidio. Anche Williams meriterebbe un posto in prima fila fra i detrattori della regola, in quanto uno fra i primi autori nella dottrina inglese a criticare vigorosamente la norma, definendola il prodotto di un bisogno emotivo («*an emotional one*»)⁶¹ di pena invocato dalla collettività, l'acme di una concezione della giustizia alla stregua di vendetta popolare contro il colpevole («*a crude retaliation theory*»)⁶², un'arbitraria eccezione ai principi generali («*an arbitrary exception to normal principles of subjective liability*»)⁶³ della responsabilità penale. Cionondimeno, non solo Williams non sviluppa la critica fino alle sue logiche conseguenze – l'abolizione del *general malice* – limitandosi a estromettere dal perimetro applicativo della norma i casi di imprevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale, ma, proprio nel tentativo di confutare la tesi di Ashworth, ricorre a un giudizio di valore per arguire la legittimità della norma: diversamente dai beni di natura patrimoniale ai quali è *attribuito* un valore funzionale a distinguerli gli uni dagli altri, i beni che designano la dimensione ontologica dell'uomo *sono* valori, indifferentemente dall'individuo nel quale essi si incarnano. Di conseguenza, indipendentemente dalla coincidenza fra la persona presa di mira e la persona offesa, il responsabile della volontaria aggressione in danno del diritto alla vita o alla integrità personale merita di essere sanzionato con la pena del delitto doloso⁶⁴.

Malice, cit., 93) «l'invocazione della responsabilità dolosa dell'agente per giustificare una norma che replica chiaramente un paradigma di responsabilità oggettiva». Si veda anche ID., *The Elasticity*, cit., 47, 56 ss.

⁶⁰ Cfr. A. ASHWORTH - J. HORDER, *Principles*, cit., 193. Il riferimento nel testo è soltanto a uno dei due Autori dell'opera, giacché Horder, il quale succede ad Ashworth dalla settima edizione, è favorevole al mantenimento del *general malice*, limitandosi esclusivamente ad argomentare la necessità di circoscriverne l'ambito applicativo (*infra*, nel testo).

⁶¹ G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 125.

⁶² *Ibidem*, 109.

⁶³ *Ibidem*, 107.

⁶⁴ Cfr. G. L. WILLIAMS, *Convictions and Fair Labelling*, cit., 87. In definitiva il pensiero dell'Autore sul tema risulta contraddittorio, in quanto fonde notazioni critiche sul versante dogmatico a considerazioni 'salvifiche' di politica criminale, pervenendo a

Non indugiando oltre sulla disamina degli orientamenti diametralmente opposti, alla luce dell'omogeneità fra gli argomenti addotti dagli stessi e quelli già esposti attraverso la delineaazione dello stato del dibattito italiano, si può concentrare l'attenzione sulle posizioni "intermedie".

La seconda (ii) riserva alla fase della commisurazione della pena il momento nel quale non solo distinguere l'ipotesi di reato *effettivamente* doloso dalla ipotesi di reato *imputato* a titolo doloso a norma del *general malice*, ma anche differenziare il trattamento sanzionatorio fra le diverse situazioni mediante le quali può concretarsi il reato aberrante.

La terza (iii), che si articola in diverse declinazioni, argomenta la necessità di limitare il raggio di estensione della imputazione dolosa del fatto, precludendo l'applicazione del *general malice* in mancanza di prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale.

La seconda posizione, in linea con la concezione di giustizia che anima la tradizione giuridica di *common law* e, in particolare, la disciplina dei delitti di omicidio che è interamente di fonte giurisprudenziale, conferisce all'organo giudicante il dovere di graduare il trattamento sanzionatorio alla luce delle peculiarità del caso concreto: la causa di sviamento della condotta; il contributo causale da parte della vittima designata o della vittima occasionale; il rapporto di quest'ultima con l'agente. Inoltre gli assertori della tesi denunciano una certa diffidenza verso criteri idonei a comprimere l'operatività della regola, in particolare la prevedibilità, in quanto il loro difficile accertamento sarebbe demandato alla giuria, che ben potrebbe velatamente lasciarsi influenzare da pregiudizi culturali o ideologici nel riconoscimento o nell'esclusione della prevedibilità dell'evento⁶⁵.

giustificare la norma alla luce della indulgenza manifestata dalla giurisprudenza nei casi di delitto tentato, strumentale, secondo l'Autore (*Ivi*, cit., 87) anche ad «alleviare la pressione sugli istituti penitenziari». È appena il caso di obiettare che lo sviamento del potere discrezionale nella commisurazione della pena per il tentativo non può riverberarsi nell'adozione di una soluzione più rigorosa per il colpevole.

⁶⁵ In questo senso D. ORMEROD - K. LAIRD, *Criminal Law*, cit., 128, ritengono «suggestiva» la soluzione ma «difficile da attuare» ("*impractical*") per la giuria.

Quest'ultima tesi, evidentemente fondata su una concezione del principio di prevedibilità della pena più flessibile rispetto a quella consolidata nell'ordinamento italiano, anzitutto presta il fianco all'obiezione per cui anche la punizione del tentativo potrebbe conseguire gli stessi effetti sul piano della giustizia sostanziale. Infatti, in tema di tentato omicidio, la più frequente ipotesi in cui trova applicazione del *general malice*, la legge conferisce all'organo giudicante il potere di ridurre discrezionalmente la pena⁶⁶. Di conseguenza, senza il bisogno di ricorrere a una *fiction doli*, l'autorità giurisdizionale potrebbe commisurare la pena alla luce dell'effettivo grado di colpevolezza dell'agente, determinato secondo i parametri poc'anzi indicati⁶⁷. In secondo luogo, ancorché si riconosca il rischio di potenziali disparità di trattamento derivanti dall'ancoraggio dell'operatività della norma alla prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale, preme obiettare che tale rischio non può ridondare a sfavore dell'agente, mediante l'imputazione a titolo doloso di ogni evento, benché imprevedibile, astrattamente conforme alla sua volontà. Al contrario, proprio il timore che il verdetto della giuria possa veicolare

⁶⁶ Più in generale l'art. 4 del *Criminal Attempts Act*, in relazione ai reati sanzionati con la pena della reclusione a vita, conferisce all'organo giurisdizionale il potere discrezionale di stabilire sia l'*an* sia il *quantum* della riduzione di pena per il reato tentato. In particolare, in materia di tentato omicidio, ciò implica l'esistenza di un quadro edittale da tre a quarant'anni di reclusione. Per favorire un trattamento sanzionatorio uniforme nei casi di tentativo, nell'aprile del 2010 il Governo ha istituito il *Sentencing Council*, un organo preposto alla definizione delle linee-guida alle quali le *Crown Courts* sono tenute ad attenersi per la commisurazione della pena del tentativo.

Per una ricognizione delle raccomandazioni e dei criteri elaborati per la commisurazione della pena si rinvia a <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/attempted-murder-2/>.

Postulando l'abolizione del *general malice*, il tentativo di uccidere la vittima designata sarebbe punibile, alla stregua dei criteri indicati dal *Sentencing Council*, con una pena fra i venticinque e i trent'anni di reclusione, quando commesso mediante l'uso di un'arma da fuoco ("*Very High Culpability*"); con la pena fra i venti e i venticinque anni di reclusione, quando commesso mediante l'utilizzo di sostanza velenosa ("*High Culpability*").

⁶⁷ Conf. S. WILLIAMS, *Is Transferred Malice*, cit., 21.

considerazioni di carattere morale dovrebbe indurre ad abbandonare l'istituto, riducendo in tal modo gli effetti di eventuali valutazioni arbitrarie da parte della giuria al riconoscimento o all'esclusione di una responsabilità (e di una pena) a titolo colposo.

Riguardo alla terza si possono distinguere due sotto-schieramenti orientati, mediante soluzioni diverse, alla restrizione della sfera di operatività del *general malice*.

Il primo criterio che si è affermato storicamente si può ricondurre al pensiero di Williams e consiste nella prevedibilità dell'offesa in danno della persona diversa dalla vittima designata (*foreseeability doctrine*); in un secondo momento, l'A., senza denunciare una rimediazione sul problema, individua nella prossimità spazio-temporale (*immediacy and physicality*) tra l'offesa voluta e quella realizzata il limite all'applicazione del *general malice*⁶⁸.

Un differente criterio, elaborato da Horder, esclude l'operatività del *general malice* qualora il fatto realizzato diverga dalla volizione dell'agente sotto due profili: riguardo alla identità della persona offesa dal reato e riguardo al decorso causale del fatto storico (cd. *remoteness doctrine*)⁶⁹.

In linea generale, sia il criterio elaborato da Williams sia quello elaborato da Horder perseguono il fine di escludere l'imputazione dolosa nel caso di imprevedibilità dell'offesa in danno della vittima malcapitata, vincolando l'organo giudicante all'accertamento, rispettivamente, della prossimità cronologica e spaziale tra l'offesa voluta e l'offesa cagionata e della divergenza, da un lato fra l'effettiva modalità di realizzazione dell'evento e quella prevista dall'agente, dall'altro fra l'identità della persona offesa e quella della vittima designata.

⁶⁸ Entrambi i criteri, in tempi diversi, sono stati teorizzati da Glanville Williams. Il primo, consistente nella prevedibilità in concreto dell'offesa in danno della vittima occasionale, è inizialmente sostenuto dall' A. nella prima edizione del Manuale del 1961 (*Criminal Law*, cit., 127), ma è abbandonato e sostituito circa venti anni dopo (1983) dal criterio della consequenzialità spazio-temporale tra l'offesa diretta contro la persona presa di mira e l'offesa in danno della vittima occasionale (*Textbook*, cit., 181). Argomenti efficaci sulla preferibilità del criterio della *foreseeability* rispetto ad altre soluzioni si trovano in S. ELДАР, *The Limits*, cit., 649.

⁶⁹ Cfr. J. HORDER, *Homicide*, cit., 181 ss.

Relativamente a Williams, fra il canone della prevedibilità e quello del nesso di prossimità spazio-temporale non sembra intercorrere un rapporto di reciproca incompatibilità, quanto di specificazione, del secondo rispetto al primo. Infatti il rapporto di prossimità spazio-temporale che congiunge la condotta all'offesa in danno della vittima occasionale si atteggia a elemento di prova della prevedibilità, atto a circoscrivere il potere discrezionale dell'organo giudicante⁷⁰. Più in particolare, come traspare dalla casistica esposta, il fine per il quale è coniato il duplice criterio sembra quello di precludere l'applicabilità della norma nei casi in cui la condotta dell'agente non costituisca l'immediato antecedente causale dell'offesa in danno della vittima occasionale, in quanto l'evento si verifica *mediante* il contributo involontario della vittima occasionale ovvero della vittima designata⁷¹.

⁷⁰ Cfr. S. ELGAR, *The Limits*, cit., 159, secondo il quale il ricorso al criterio del rapporto di prossimità spazio-temporale è derivata dal timore, percepito da Williams, della sistematica elusione del criterio della prevedibilità nella prassi giurisprudenziale. Significativo al riguardo è che l'edizione del manuale in cui Williams non riproduce il criterio della prevedibilità coincide con il momento nel quale la Corte d'Appello, nel già richiamato caso R. v. Mitchell, ravvisa l'applicabilità del *general malice* anche in ipotesi in cui la condotta dell'agente è diretta a commettere un reato omogeneo, ma di offensività ridotta, rispetto a quello consumato. L'Autore avalla la pronuncia, ma per scongiurare il rischio che la giurisprudenza ne «riproduca meccanicamente la *ratio decidendi*», decide di suffragare quest'ultima riconoscendo espressamente la sua validità nel proprio Manuale. Più specificamente, l'Autore denuncia apertamente il timore che la giurisprudenza inglese possa allinearsi a quella americana, la quale nel caso *Ex P. Heigbo*, in *Idaho Reports*, 1910, 110, 1029 ss., ravvisa l'applicabilità dell'istituto – condannando l'imputato per omicidio preterintenzionale – in un caso in cui un'aggressione in una strada pubblica aveva determinato la morte di un passante, il quale, trovatosi casualmente ad assistere alla colluttazione, era deceduto per un arresto cardiaco derivante dal turbamento suscitato dalla veemenza dello scontro.

⁷¹ In particolare G. L. WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 106, ricorre a un esempio di veneficio, in cui la verifica dell'evento è necessariamente *filtrata* da una condotta ulteriore rispetto a quella dell'agente: «A consegna un flacone di medicinale imbevuto di veleno alla infermiera di B. Quest'ultima offre il medicinale a B, il quale lo rifiuta, restituendolo alla infermiera. Ella getta il medicinale nel cestino dei rifiuti. Il netturbino, confondendo il flacone per una bottiglia di whisky, la beve e decede per il veleno ingerito». Secondo l'A. in questo caso il *general malice* non sarebbe applicabile per 'trasferire' il dolo da B al netturbino, ostandovi un rapporto di consequenzialità spazio-temporale fra la condotta e l'offesa della vittima occasionale.

Poiché in tali ipotesi l'evento si verifica soltanto a causa dell'intermediazione di un altro soggetto (la persona presa di mira o la vittima malcapitata), non si potrebbe ravvisare in esso la proiezione della volontà dell'agente e, per l'effetto, potrebbe al più dar luogo a un'ipotesi di responsabilità colposa.

Senonché non è difficile opporre che, sebbene l'intervento di una condotta da parte di un terzo, successiva a quella dell'agente, possa, nella generalità dei casi, determinare un evento imprevedibile per l'agente, cionondimeno anche nell'ipotesi in cui manca una condotta attiva da parte del soggetto terzo, l'evento realizzato può non risultare prevedibile per l'agente. Infatti, come è già stato argomentato in tal senso, la prevedibilità di un evento non è verificabile solo mediante un giudizio di tipo descrittivo, diretto ad accertare la violazione di un precetto cautelare, ma si fonda anche su un giudizio di tipo ipotetico-controfattuale, diretto ad accertare se l'evento si sarebbe ugualmente verificato in presenza di una condotta conforme alla regola cautelare. Mentre le disposizioni cautelari possono essere *formalizzate*, il rapporto fra la violazione di queste ultime e l'evento può essere accertato solo alla luce delle modalità di svolgimento del fatto ed è insuscettibile di essere normato in regole di diritto sostanziale.

A sostanziare la posizione di Horder militano considerazioni di carattere più generale, attinenti alla forma libera del delitto di omicidio: se, quando l'offesa attinge la persona presa di mira, è irrilevante per l'imputazione dolosa del fatto che il decorso causale della condotta si sia svolto in forma diversa da quella prevista dall'agente, in base a un analogo ordine considerazioni, quando l'offesa attinge una vittima occasionale non potrebbe ritenersi necessariamente esclusa la responsabilità dolosa dell'agente. In entrambi i casi, infatti, l'agente eserciterebbe la propria volontà fino all'ultimo atto in cui si esaurisce la propria condotta (premere il grilletto, scagliare la pietra) e la sequenza di eventi successivi non potrebbe e non dovrebbe essere necessariamente – ai fini della imputazione dolosa del fatto – investita dalla volontà dell'agente.

Da quest'angolazione l'Autore osserva che non solo per integrare il delitto di omicidio è insignificante la divergenza fra il decorso causale effettivo e

quello prevedibile dall'agente, ma anche che, alla luce della fattispecie di omicidio delineata nel sistema inglese, è sufficiente che l'agente abbia voluto causare una lesione personale grave in danno del soggetto passivo (v. *retro*, nt. 41). L'esito fatale è imputato all'agente unicamente in forza del nesso causale con la condotta lesiva.

Preme dunque vagliare gli argomenti sui quali riposa, nella ipotesi di divergenza di quest'ultima sorta fra il fatto commesso e quello rappresentato, l'imputazione a titolo di dolo, mentre, viceversa, nella ipotesi di *transferred malice* l'esclusione di quest'ultima⁷².

Al fine di rifuggire da esiti (apparentemente) contraddittori, l'Autore propone di escludere l'operatività del *transferred malice* esclusivamente nei casi in cui, alla divergenza fra vittima designata e vittima occasionale, si aggiunge quella fra il decorso causale effettivo e quello preveduto dall'agente⁷³.

⁷² In sostanza la sorte favorevole alla vittima designata non potrebbe giovare all'agente, permettendo a quest'ultimo di sfuggire alla pena del delitto doloso (consumato), perché il caso, in quanto per definizione sottratto al controllo umano, non dovrebbe interferire – né *in bonam*, né *in malam partem* – sul giudizio di responsabilità penale. Sull'incidenza della sorte nell'accertamento della responsabilità penale, non solo in relazione ai casi di *general malice* cfr. K. D. KESSLER, *The Role of the Luck in the Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, 2183 ss.

⁷³ Cfr. J. HORDER, *Transferred Malice*, cit., 79 ss. L'A. esordisce prefigurando una serie di casi al di fuori dell'ambito applicativo del *general malice*: si tratta di tre ipotesi caratterizzate dalla realizzazione dell'offesa in danno della vittima occasionale, in seguito al verificarsi di un'alterazione del decorso causale in modo non prevedibile per l'agente. Nel primo, l'agente espone un colpo di pistola che manca la vittima designata, ma il rumore dello sparo determina il decesso per arresto cardiaco di un passante, spaventato dal colpo di pistola. Nel secondo, l'agente ferisce gravemente la persona offesa, la quale viene ricoverata in ospedale. Il padre, il quale si reca in ospedale per verificare le condizioni del figlio (la persona offesa), decede per l'arresto cardiaco determinato dalla vista del figlio coperto di sangue. Nel terzo, l'agente spara in direzione della vittima designata, ma per un difetto di mira manca il bersaglio. Il proiettile entra in una fabbrica di munizioni, causando un'esplosione da cui deriva la morte di diversi dipendenti. Come si evince nitidamente dalla casistica prospettata, anche Horder – come Williams – muove le proprie riflessioni con l'intento di evitare la dilatazione dell'ambito applicativo della regola oltre il caso 'tipico' di *general malice* delineato dalla giurisprudenza, nel quale un errore o una deviazione indirizzano l'azione contro una persona diversa da quella presa di mira.

La proposta non è soddisfacente giacché, dapprincipio, muove da una falsa premessa, ossia che il nesso causale e la persona offesa rivestano uguale interesse per il diritto penale ai fini del giudizio di colpevolezza, in secondo luogo, incorre in una contraddizione in termini nella misura in cui afferma di estromettere dalla base del giudizio di colpevolezza i fattori accidentali mentre, in realtà, conferisce loro la massima importanza.

Riguardo al primo profilo, è sufficiente notare che, specialmente nei delitti di sangue, il nesso eziologico è un dato del fatto storico superfluo ai fini del giudizio di colpevolezza, in quanto si considera tradizionalmente sufficiente la conoscenza *generica* da parte dell'agente dell'efficacia offensiva del proprio agire, ma non la conoscenza *specificata* dell'effettivo decorso causale. Viceversa, l'evento del reato – e l'oggetto materiale che ne rappresenta il referente empirico – deve essere investito dalla volontà dell'agente. L'esito, tradizionalmente condiviso dalla scienza penalistica moderna, deriva da considerazioni di tipo ontologico e di tipo assiologico: riguardo alle prime, le evidenze empiriche rivelano come generalmente l'evento morte costituisce la risultante di un decorso causale così segmentato da non poter esigere la sua integrale prevedibilità da parte dell'agente; riguardo alle seconde, esse rilevano l'inutilità di verificare la convergenza fra il decorso causale effettivo e quello prefigurato dall'agente, poiché il disvalore del delitto di omicidio risiede nella lesione del bene (la vita umana) e non nelle modalità di lesione dello stesso.

Riguardo al secondo profilo, il pensiero dell'Autore muove dall'ampiezza che connota la condotta tipica nel delitto di omicidio, il quale è integrato anche soltanto da una volontà diretta esclusivamente a causare una lesione personale di grave entità. In verità sembra che proprio tipizzando una condotta dai contorni così estesi, l'ordinamento inglese implicitamente ascriva un'incidenza significativa alla sorte ai fini del giudizio di responsabilità penale: sono infatti considerati colpevoli di omicidio doloso (*murder*) tanto colui che ha voluto e ha causato la morte di una persona; quanto colui che ha voluto causare solo una lesione personale (grave), dalla quale è derivata attraverso il contributo di circostanze imprevedibili l'evento morte.

Viceversa, in ordine al preteso disconoscimento di ogni rilevanza alla sorte mediante il ricorso al *general malice*, è sufficiente notare che il tentativo

(compiuto) di commettere un reato postula necessariamente l'intervento di una circostanza accidentale, la quale impedisce la completa realizzazione della volontà dell'agente. Di conseguenza – di qui la segnalata contraddizione in termini – proprio addebitando all'agente a titolo doloso un evento non voluto, si valorizzerebbe ai massimi livelli la stessa circostanza accidentale che ha arrestato l'offesa alla fase del tentativo compiuto per qualcuno e che ha condotto l'offesa alla fase della consumazione per qualcun altro. Al più, volendo negare ogni rilevanza a fattori indipendenti dalla responsabilità dell'agente, un sistema penale coerente dovrebbe – come avviene peraltro nell'ordinamento inglese – sanzionare con la stessa pena il tentativo (quanto meno quello compiuto) e il reato consumato, incentrando il giudizio di disvalore penale sulla condotta espressiva della volontà lesiva e tuttavia – analogamente alla soluzione prescelta dalle predominanti prassi giurisprudenziale e indirizzo dottrinale tedesche – escludere la responsabilità dolosa per l'offesa in danno della vittima malcapitata⁷⁴.

In ultima analisi, anche riguardo a quest'ultima proposta di delimitazione del perimetro applicativo del *general malice*, occorre registrare il fallimento dello scopo. Come è stato attentamente osservato, il carattere di imprevedibilità di un evento, infatti, è relativamente insensibile alla convergenza o divergenza del decorso causale effettivo con quello rappresentato dall'agente: possono verificarsi tanto situazioni nelle quali lo sviluppo causale del fatto coincide con quello rappresentato, ma l'offesa in danno di persona diversa da quella presa di mira risulta imprevedibile, quanto casi nei quali il nesso causale effettivo diverge da quello previsto dall'agente, ma l'offesa in danno della vittima malcapitata non si può considerare imprevedibile⁷⁵.

⁷⁴ Sotto questo profilo sembra che alla base della sopravvivenza del *general malice* fino ad oggi risieda il timore di un trattamento sanzionatorio troppo mite, derivante da riduzioni eccessive della pena per il tentativo. Limpidamente sul punto K. D. KESSLER, *The Role*, cit., 2207, a giudizio del quale l'irrogazione, e non già soltanto la comminatoria, della medesima disciplina sanzionatoria per il delitto tentato e il delitto consumato permetterebbe l'abbandono dell'istituto del *general malice*.

⁷⁵ Una critica in questo senso del criterio è svolta da S. ELGAR, *The Limits*, cit., 654, secondo il quale Horder ha tentato di individuare delle coordinate nella fattispecie concreta per conferire un tasso di determinatezza maggiore al concetto di

In definitiva per quanto concerne lo stato del dibattito in terra anglosassone, si registra la predominante adesione al paradigma di responsabilità oggettiva delineato nell'istituto *general malice*. A prevalere è l'area favorevole a limitare il rigore sanzionatorio derivante dalla imputazione a titolo doloso di un fatto non voluto, o incidendo nella fase della commisurazione della pena, o circoscrivendo l'operatività del *general malice* ai casi di prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale.

Il quadro delineato disvela il significativo influsso esercitato dai dettami della filosofia utilitaristica sul pensiero giuridico inglese: l'estensione della imputazione dolosa dal tentativo al reato consumato e la conseguente punizione dell'agente per due illeciti dolosi si allinea a quest'orizzonte ideologico, dispiegando la tutela penale tanto a favore della vittima designata, quanto a favore della collettività, impersonata dalla vittima occasionale. Il punto di osservazione assunto dal *general malice* è quello dei "beneficiari" (v. *retro*, cap. III, § 3.1., nt. 62) della pena, ossia di quella frazione della collettività che 'condivide' il precetto che vieta di uccidere e non si limita ad 'accettarlo', poiché intimidita dalla minaccia sanzionatoria⁷⁶. In tale orizzonte ideologico l'illecito penale si configura principalmente come un'offesa diretta contro l'interesse meta-individuale alla pace sociale, che si proietta nella persona offesa nel caso particolare: in questa prospettiva il diritto penale non tutela la collettività perché è stata offesa la vittima, ma tutela la vittima perché è stata offesa la collettività⁷⁷.

prevedibilità, sottraendolo al rischio di applicazioni arbitrarie da parte della giurisprudenza. Evidentemente si tratta di un tentativo non riuscito di positivizzare un criterio «*a priori*» (*Ivi*, 655), in base al quale affermare o negare la responsabilità dolosa dell'agente.

⁷⁶ Sulla distinzione fra i concetti di 'accettazione' e di 'condivisione' della norma giuridica si veda H. L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, 110 ss. È chiaro che l'adesione incondizionata all'orizzonte di coloro che 'condividono' le norme incriminatrici implica necessariamente il sacrificio, in misura più o meno ampia, del principio di colpevolezza sull'altare delle istanze di prevenzione generale.

⁷⁷ Critico in riferimento a questa concezione marcatamente utilitaristica del diritto penale, A. DILLOF, *Transferred Intent*, cit., 534: «L'illecito penale, analogamente all'illecito civile, deve essere concepito come un'offesa contro una vittima. Riferirsi

Alla luce di tutto quanto esposto, si desume che l'ordinamento inglese adotta per i casi di *aberratio ictus* la soluzione più rigorosa: analogamente all'ordinamento italiano, sembra che anche nel sistema inglese alla base della qualificazione normativa della vicenda alla stregua di un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa, risieda il velato timore che, senza il *general malice*, le Corti possano abusare del potere discrezionale a esse conferito in materia di delitto tentato, determinando una pena marcatamente inferiore rispetto a quella del reato consumato; diversamente dall'ordinamento italiano però, nel quale la soppressione dell'art. 82 c.p. potrebbe dischiudere uno spazio, benché circoscritto, alla irrilevanza penale del fatto, nel sistema inglese, senza il *general malice*, l'incriminazione del reato impossibile⁷⁸ garantirebbe in ogni caso una risposta sanzionatoria, peraltro niente affatto lieve, in quanto potenzialmente coincidente con quella del reato consumato.

Con l'ordinamento inglese si chiude l'indagine di diritto comparato, nell'accezione letterale del termine, e si apre il raffronto con ordinamenti – il tedesco, il francese e lo spagnolo – i quali non contemplano una disciplina

al reato come a un illecito contro la collettività o contro la pace del Regno, implica la riduzione di quest'ultimo a un'offesa contro un indefinito componente della società. Viceversa, solo gli individui, singolarmente intesi, sono titolari di interessi di valore tanto elevato da giustificare, nel caso della loro lesione, una risposta sanzionatoria rigorosa come quella che generalmente caratterizza il diritto penale».

⁷⁸ Sul fondamento razionale alla base della punizione del reato impossibile a titolo di delitto tentato cfr., per tutti, G. L. WILLIAMS, *The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, in *Cambridge Law Journal*, 1986, 35 ss.: «La nozione di tentato omicidio o di tentato furto, diversamente da quella di omicidio o di furto consumato, non importa necessariamente l'esistenza della persona da uccidere o della cosa da sottrarre. Per la configurazione del tentativo è sufficiente che l'agente *creda* all'esistenza di queste ultime (...). Infatti non importa alcuna contraddizione in termini affermare che un soggetto "ha tentato di rubare una coppa inesistente", ovvero che "ha tentato di uccidere un uomo già morto". Viceversa, affermare che "un soggetto ha tentato di rubare una coppa, *conoscendo* l'inesistenza di quest'ultima" ovvero che "ha tentato di uccidere un uomo, *sapendo* che quest'ultimo era già deceduto", è privo di senso logico. La punizione del delitto tentato si basa sulla volontà dell'agente e sulla sua conoscenza della realtà che intende modificare al momento della condotta. La realtà effettiva diventa irrilevante allorquando l'agente per errore se ne rappresenta una diversa. In definitiva per integrare gli estremi del delitto tentato interessa principalmente la rappresentazione mentale del fatto da parte dell'agente».

specifica per il caso. Pertanto d'ora in avanti la disamina si concentrerà sui principi generali in materia di imputazione soggettiva vigenti nei sistemi normativi menzionati, dai quali dottrina e giurisprudenza deducono la qualificazione giuridica della vicenda *aberrante*.

3. Lo stato del dibattito in Germania. La sua irriducibilità alla contrapposizione “monisti” - “pluralisti”.

Come già rimarcato nel corso della trattazione, l'ordinamento tedesco non regola mediante una specifica norma il fenomeno dell'*aberratio ictus*. Quest'ultimo è infatti comunemente considerato un caso speciale di errore sul decorso causale dell'azione⁷⁹, al quale, in deroga alle regole generali, la dottrina

⁷⁹ Per la tematizzazione del problema nell'ambito dell'errore sul decorso causale della condotta, rilevante per escludere l'imputazione a titolo doloso dell'evento, si vedano già L. EBERMAYER - A. LOBE - W. ROSENBERG, *Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipzig Kommentar*, Berlin, De Gruyter, 1954, 1, 442 ss.; A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München-Berlin, C. H. Beck, 1961, 341 ss.; E. KOHLRAUSCH - R. LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, Berlin, De Gruyter, 1961, 231. In dottrina trattano l'*aberratio ictus* come una fattispecie di errore sul decorso causale, pervenendo a soluzioni antitetiche (concorso di reati ovvero delitto doloso consumato) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, De Gruyter, 1960, 66 (responsabilità a titolo di delitto doloso consumato); J. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking E.U.W., 1960, 320 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo); G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Berlin, Vahlen, 1970, 100 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo); E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Biederstein, 1967, 187 ss. (responsabilità a titolo di delitto doloso consumato); H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, 210 (responsabilità a titolo di delitto doloso consumato); E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen, J. Mohr Siebeck, 1970, 315 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo); M. KÖHLER., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 153 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo). Nella dottrina contemporanea si vedano G. STRATENWERTH - L. KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Köln, Vahlen, 2003, 119 (responsabilità a titolo di delitto doloso consumato); T. WALTER, *Irrtümer auf Tatbestandsebene*, in *Handbuch des Strafrecht. Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, a cura di Hilgendorf, Kudlich, Valerius, Heidelberg, C. F. Müller, 2020, II, 893 (responsabilità a titolo di delitto doloso consumato); G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, 247 ss.

prevalente attribuisce rilevanza per escludere l'imputazione dolosa del fatto. In tal senso si ritiene che, malgrado l'interesse oggetto della tutela penale non sia costituito dal diritto alla vita o alla incolumità fisica del singolo individuo, ma dalla vita e dalla incolumità fisica in quanto valori trascendenti le loro singole personificazioni, nell'ipotesi di *aberratio ictus* l'offesa all'oggetto del reato prende forma in un modo incompatibile con la volontà dell'agente, tale da escludere gli estremi di un reato consumato doloso. Come rivela anche l'impiego di locuzioni come *Fehlgehen der Tat* o *Aberration der Tat*, il tratto principale dell'*aberratio ictus* consiste nell'alterazione dello sviluppo materiale dell'azione determinante il fallimento dell'obiettivo perseguito dall'agente.

Non sorprende in questo senso che nella manualistica tedesca la fattispecie nota nella nostra letteratura con la denominazione *aberratio delicti* non riceva uno spazio autonomo di trattazione, ma sia considerato una fattispecie di *aberratio ictus*. Se infatti l'epicentro del fenomeno aberrante è costituito dalla verifica di una circostanza idonea a deviare il corso causale dell'azione in senso difforme dalla volontà dell'agente, non riveste alcun interesse la natura del bene contro il quale era diretta la condotta dell'agente, giacché la volontà non si è realizzata e tanto basta per escludere l'imputazione dolosa del fatto. In via di estrema sintesi, secondo la dottrina predominante, sia laddove la condotta fosse diretta contro una persona e ne abbia colpito un'altra, sia laddove fosse diretta contro un bene patrimoniale e abbia colpito una persona, l'evento non ha realizzato il volere dell'agente e, di conseguenza, non può dar luogo a una responsabilità dolosa per il fatto commesso⁸⁰.

(concorso fra il tentativo e il delitto colposo); C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2006, 1, 518 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo); W. GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 2015, 156 (concorso fra il tentativo e il delitto colposo); B. HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Kohlhammer, 2016, 473.

⁸⁰ Cfr. in tema le attente riflessioni di G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, 99: «Anche per quanto attiene ai casi di *aberratio ictus* l'imputazione dell'evento a titolo doloso o colposo, ovvero l'esclusione di responsabilità dell'agente dipende dalla realizzazione del pericolo che, secondo la comune esperienza, è stato previsto o poteva esser previsto dall'agente come conseguenza della propria condotta. (...) Il pericolo della deviazione dipende esclusivamente dalle modalità dell'azione, e non dal tipo di oggetto che l'agente vuole offendere. Anche qualora l'agente abbia potuto riconoscere il pericolo di offendere

Come si avrà occasione di rilevare nei paragrafi successivi, al netto di qualche autorevole pensiero di segno divergente⁸¹, questa posizione risulta condivisa dalla totalità della dottrina tedesca. Cionondimeno, focalizzando lo sguardo sullo schieramento dominante, quest'ultimo si rivela così disomogeneo da precludere la possibilità di definirlo un orientamento, profilandosi piuttosto alla stregua di un fronte comune contro la già richiamata teoria dell'equivalenza (*Gleichwertigkeitstheorie*).

In tal senso si può fin d'ora notare come solo apparentemente il collante fra le prospettive che compongono il pensiero predominante sia la ricostruzione dell'oggetto del dolo alla stregua del fatto concreto voluto dall'agente (*Vorsatzkonkretisierung*), in quanto, come si avrà modo di esporre a breve, ogni posizione che tassella l'orientamento prevalente riempie con un significato diverso codesta formula definitoria⁸².

Sembra preferibile riconoscere, perciò, a guisa di *trait d'union* fra le antitetiche posizioni poc'anzi richiamate l'avversione contro la tesi che ricorre al criterio dell'equivalenza normativa fra l'oggetto dell'offesa voluta e l'oggetto dell'offesa realizzata per fondare l'imputazione del fatto a titolo doloso.

Poiché si è rimarcato il carattere 'negativo' del profilo comune alle correnti usualmente aggregate nella *Vorsatzkonkretisierungstheorie*, appare opportuno iniziare la disamina sullo stato del dibattito in Germania proprio dall'esposizione della minoritaria e ormai recessiva teoria dell'equivalenza.

una determinata persona, ciò non implica che egli abbia potuto esercitare una qualche forma di controllo sulla causa di sviamento dell'azione. Perciò nell'ipotesi di *aberratio ictus* non sussistono gli estremi di un reato consumato doloso». Analogamente M. HEUSER, "*Aberratio ictus*" als "error in persona vel objecto" in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (?), in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2019, 3, 191.

⁸¹ In tempi più remoti si vedano H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 66; E. MEZGER - H. BLEI, *Strafrecht*, cit., 187 ss.; H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 210. Fra gli Autori contemporanei si vedano L. KUHLEN, *Die Unterscheidung*, cit., 479 ss.; I. PUPPE, *Zur Revision*, cit., 1 ss.

⁸² Per il quadro completo delle diverse posizioni che compongono la *Konkretisierungstheorie* cfr. T. WALTER, *Der Kern des Strafrecht. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 285 ss.

4. La teoria dell'equivalenza: la concezione imperativistica.

La teoria dell'equivalenza (*Gleichwertigkeitstheorie* o *formelle Äquivalenztheorie*) prende le mosse, come già osservato nell'analoga corrente di pensiero italiana, dalla impossibilità di distinguere la figura dell'*error in persona* da quella dell'*aberratio ictus*. Entrambe le ipotesi descriverebbero situazioni nelle quali l'agente ha offeso una persona della quale ignorava la vera identità e della quale non voleva la morte. Poiché tuttavia la legge penale, in quanto generale e astratta, assicura protezione paritetica a ogni essere umano indipendentemente dalle sue singole personificazioni, l'ignoranza che ricade sull'identità della vittima non esclude il dolo, in quanto la sanzione penale presidia, nella stessa misura, la vita e l'integrità fisica di ogni essere umano⁸³.

Sul versante della teoria generale del reato tale posizione considera, con diversità di accenti, l'*aberratio ictus* un'ipotesi di errore, o sul solo decorso causale della condotta ovvero congiuntamente sul decorso causale e sull'oggetto materiale del fatto⁸⁴. Nella più completa esposizione di quest'orientamento si rileva che l'unica differenza intercorrente fra l'ipotesi di *error in persona* e quella di *aberratio ictus* consiste nella verifica, in quest'ultimo caso, di una deviazione del corso eziologico della condotta rispetto a quanto previsto e voluto dall'agente.

Ciononostante poiché nei delitti di sangue la divergenza fra il decorso causale effettivo e il decorso causale rappresentato non immuta la natura dolosa del fatto commesso e poiché, come è noto, l'identità della persona offesa e l'individualità dell'oggetto materiale non rientrano fra gli elementi costitutivi del fatto tipico, l'*aberratio ictus*, analogamente all'*error in persona*,

⁸³ Su tali cadenze argomentative I. PUPPE, *Zur Revision*, cit., 531 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2019, 157; D. MOOJER, *Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung. Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio ictus*, in *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, a cura di Geisler, Kraatz, Kretschmer, Schneider, Sowada, Berlin, De Gruyter, 1985, 38 ss.; 45 ss.; 100 ss.; 106 ss.; 126 ss.; 134 ss.; L. KUHLEN, *Die Unterscheidung*, cit., 493; J. WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 1977, 649 ss.; ID., *Vorsätzliche Vollendung*, cit., 545 ss.

⁸⁴ Sul punto cfr. D. MOOJER, *Ivi*, 101 ss.

profilerebbe un caso di reato consumato doloso. In breve: se sussistono gli estremi per l'imputazione oggettiva dell'evento in presenza di una condotta dolosa, il fatto integra un'ipotesi di reato doloso.

La posizione raffigurata restituisce una concezione di illecito penale ancorata al disvalore della condotta in contraddizione con un precetto dell'ordinamento giuridico. In questo quadro di riferimento emerge una responsabilità dolosa mutilata della volizione dell'evento, in quanto il dolo si riduce alla volontarietà della condotta alla quale si salda l'evento ad essa correlato.

4.1. La concezione 'personalistica' (o dell'equivalenza materiale).

Accanto a un orientamento che si può considerare imperativistico o legalistico-formale, in seno alla *Äquivalenztheorie* se ne aggiunge un altro che condiziona la rilevanza dell'errore alla natura personalistica o non personalistica (patrimoniale o collettiva) dell'oggettività penalmente tutelata.

Mentre secondo l'originario e tradizionale orientamento della *Gleichwertigkeitstheorie*, la confluenza della volontà di violare una legge penale e della lesione dell'interesse tutelato dalla medesima norma incriminatrice è sufficiente per imputare all'agente a titolo doloso il fatto, nella posizione ora in esame, l'imputazione dolosa del fatto commesso nei casi di *aberratio* permane soltanto per i reati offensivi di interessi patrimoniali o collettivi (istituzionali o a titolarità diffusa), nei quali l'oggetto materiale dell'azione non coincide con il soggetto passivo del reato (per questo la teoria è anche nota con la denominazione di *materielle Gleichwertigkeitstheorie*), e non per quelli offensivi di beni che delineano il profilo biologico-esistenziale della persona⁸⁵.

Riguardo ai beni giuridici impersonali – secondo l'orientamento in esame – la tutela penale si dispiegherebbe in modo indifferenziato sugli interessi presidiati dalla sanzione penale, indipendentemente dalla identità del titolare

⁸⁵ Aderiscono, fra gli altri, a questa tesi T. HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen, O. Schwartz, 1971, 113; C. PRITTWITZ, *Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung*, in *GA*, 1983, 13; H.-L. SCHREIBER, *Grundfälle zum "error in objecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht*, in *Juristische Schulung*, 1985, 873.

della cosa (riguardo ai delitti contro il patrimonio) o della persona danneggiata dall'offesa al bene superindividuale (ad esempio, la persona titolare del bene distrutto da un incendio; la persona incolpata dalla falsa accusa nel delitto di calunnia; la persona vittima di un abuso delle qualità ovvero dei poteri da parte dell'agente pubblico)⁸⁶. Poiché – si ritiene – in relazione alla tipologia di fattispecie incriminatrici richiamate, la persona che compare nella descrizione del fatto tipico subisce un danno in conseguenza del reato consumato, ma non sostanzia l'oggetto del reato (che trascende la dimensione individuale per trasfondersi nell'intera collettività), l'errore ricadente nella fase esecutiva del reato non intaccherebbe il carattere doloso dell'offesa, ma varrebbe soltanto a mutare l'identità del soggetto legittimato a esperire l'azione risarcitoria.

Diversamente, nei delitti contro la persona, nei quali la persona danneggiata rappresenta anche il titolare dell'interesse penalmente tutelato, l'errore ricadente sulla fase esecutiva del reato da cui deriva l'offesa a persona diversa da quella contro la quale l'offesa era diretta, precluderebbe l'imputazione dolosa del fatto realizzato. Breve: poiché la vita e l'integrità fisica profilano diritti appartenenti autonomamente a ciascun individuo, essi si incarnano, distintamente, in ogni essere umano. In questa prospettiva, benché l'ordinamento protegga, indifferentemente, la vita e l'integrità personale di ciascun individuo, nei casi di *aberratio* il reato consumato in danno della vittima

⁸⁶ Come noto, nelle norme incriminatrici a presidio di beni collettivi – istituzionali o a titolarità diffusa – l'oggetto della tutela penale è costituito unicamente dall'interesse offeso dalla condotta, e non dalla persona, talvolta contemplata fra gli elementi del fatto tipico, *danneggiata*, ma non *offesa* dal reato. A titolo esemplificativo, è sufficiente osservare come in tema di incendio (art. 423 c.p.) la norma assoggetta alla stessa pena l'agente sia nell'ipotesi di incendio di cosa propria (art. 423, comma secondo, c.p.), sia nell'ipotesi di incendio di cosa altrui (art. 423, comma primo, c.p.), individuando l'oggetto giuridico del reato esclusivamente nella incolumità pubblica (e non anche, nell'ipotesi del primo comma, nel patrimonio del detentore della cosa incendiata). Analogamente, in tema di concussione, l'art. 317 c.p. assoggetta il pubblico agente alla stessa pena sia nell'ipotesi in cui la condotta costringiva determini la promessa, sia nell'ipotesi in cui essa determini la dazione (di denaro o altra utilità), individuando l'oggetto giuridico del reato esclusivamente nella pubblica amministrazione, in particolare nelle due articolazioni del buon andamento e della imparzialità (e non anche, nell'ipotesi della dazione, nel patrimonio della persona concussa).

occasionale non si può considerare doloso, in quanto l'agente aveva diretto la propria condotta contro un bene giuridico – la vita o l'integrità fisica della vittima designata – *omogeneo*, ma *distinto* da quello preso di mira.

Invece, riguardo ai beni superindividuali non solo la norma incriminatrice presidia, *indifferentemente*, gli interessi oggetto di tutela, ma anche la titolarità dei richiamati interessi appartiene *indifferentemente* alla intera collettività. In questa mutata prospettiva lo sviamento dell'azione determinante la realizzazione del fatto in danno di persona o cosa diverse da quelle contro le quali era destinata l'azione non pregiudicherebbe la punizione a titolo doloso del reato consumato, poiché nell'aggressione in danno della vittima o dell'oggetto materiale 'occasionalmente' si sarebbe estrinsecata la lesione volontaria del bene giuridico appartenente alla intera collettività.

Nel solco della posizione poc'anzi tratteggiata si è posta la giurisprudenza di legittimità, in una significativa pronuncia in tema di calunnia cd. reale o indiretta (§ 164 *StGB*) del 1956. Questo il principio di diritto enucleato dal *Bundesgerichtshof*:

Nell'ipotesi in cui l'agente accusa falsamente una persona della commissione di un reato, anche se l'accusa ricade su persona diversa da quella che egli intendeva incolpare, si configura comunque il delitto di calunnia (§ 164, comma primo, *StGB*), in quanto l'amministrazione della giustizia, alla cui salvaguardia, come a quella della persona accusata, sovrintende il § 164 *StGB*, è stata comunque messa in pericolo⁸⁷.

⁸⁷ BGH, 3 maggio 1956, cit., 241. Il giudizio ha ad oggetto un caso di calunnia cd. reale o indiretta, in cui un dipendente agiva allo scopo di determinare l'iscrizione di un procedimento penale a carico del proprio datore di lavoro. Questi i lineamenti essenziali della vicenda: l'impresa presso la quale era in servizio l'imputata, era teatro di una serie ininterrotta di furti, dei quali non si riusciva a individuare il responsabile. Al fine di restringere il campo d'indagine, gli organi inquirenti collocavano in alcuni uffici della società plichi macchiati con inchiostro trasparente contenenti somme di denaro. L'imputata, informata da un complice sulla distribuzione all'interno della sede sociale dei plichi, prelevava nell'ufficio del proprio datore di lavoro il plico 'macchiato', lo apriva, estraeva con attenzione il denaro per evitare di toccare la parte 'segnata' della busta, richiudeva il plico e lo riponeva, vuoto, nel cassetto della scrivania. Agendo in questo modo confidava che il datore di lavoro fosse ritenuto responsabile della sottrazione del denaro nella busta presente nel proprio ufficio e che, di conseguenza, l'Autorità inquirente concentrasse le indagini – per i furti

Richiamando anche la posizione di Frank in materia di *aberratio ictus* nei casi di equivalenza fra gli oggetti dell'offesa voluta e dell'offesa realizzata, la Suprema Corte conferma la sentenza di condanna a carico dell'imputato, rilevando come nel delitto di calunnia, «conformemente alla collocazione sistematica della norma incriminatrice»⁸⁸, l'oggetto della tutela penale sia costituito, in via principale, dall'amministrazione della giustizia. Alla luce di questo rilievo, la divergenza fra la persona che l'agente intendeva calunniare e la persona in danno della quale è ricaduta la falsa accusa sarebbe irrilevante, giacché, nonostante l'errore sugli effetti della propria condotta, l'agente offenderebbe comunque dolosamente l'oggettività penalmente tutelata.

Più esattamente, poiché il § 164 *StGB* profilerebbe una fattispecie incriminatrice plurioffensiva, per l'integrazione del reato *de quo*, sarebbe sufficiente, alternativamente, la lesione dell'onore della persona falsamente incolpata ovvero un pericolo per il buon andamento dell'amministrazione giudiziaria. Conseguentemente, anche nel caso di divergenza fra la persona che l'agente intendeva falsamente incolpare e la persona contro la quale sono

perpetrati in precedenza all'interno dell'azienda – su di lui. Non aveva previsto che la segretaria, accedendo all'ufficio del proprio datore di lavoro per attendere alle ordinarie mansioni, potesse trovare e aprire la lettera vuota, 'macchiandosi' con l'inchiostro presente sui bordi. Così avvenne e, almeno inizialmente, le indagini sui furti reiterati nell'azienda si concentrarono sulla segretaria. La Suprema Corte conferma la condanna a carico dell'imputata emessa dal Tribunale di Wiesbaden per il delitto di calunnia ai sensi del § 164 *StGB*, considerando inidonea a escludere l'imputazione del fatto a titolo di reato doloso (consumato) la divergenza fra l'obiettivo perseguito dall'agente (la concentrazione delle indagini sul proprio datore di lavoro) e il fatto realizzato (l'iscrizione del procedimento a carico della segretaria).⁸⁸ *Ivi*, 242. Soggiunge la Corte, *ibidem*: «Quest'errore sull'effettivo decorso dell'azione, quando non è determinato da eventi anomali rispetto alla comune esperienza di vita, non incide sull'essenza del fatto commesso secondo la legge penale, la quale incrimina la volontà diretta a mettere in pericolo l'amministrazione della giustizia, che nel caso in esame ha trovato integrale realizzazione». Con riguardo al nostro ordinamento individuano nell'amministrazione della giustizia penale il bene protetto nel delitto di calunnia (art. 368 c.p.), G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2012, I, 366. *Contra* A. PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, Palermo, G. Priulla, 1961, 103 ss.

ricadute le accuse, verrebbe a configurarsi il delitto di calunnia, in quanto l'errore sulla persona del destinatario della falsa incolpazione non escluderebbe la natura dolosa dell'offesa arrecata all'amministrazione della giustizia⁸⁹.

Né dall'angolo visuale dischiuso dalla dottrina, né da quello dischiuso dalla giurisprudenza, l'orientamento testé svolto risulta condivisibile, in quanto introduce surrettiziamente giudizi di valore nell'ambito del giudizio di colpevolezza. Se infatti va senz'altro condiviso il fondamento della distinzione da un lato fra i beni cd. personalissimi (vita e incolumità fisica) e dall'altro fra i beni patrimoniali e superindividuali, quest'ultimo assume rilevanza in fase di apprezzamento dell'offensività della condotta. In tal senso non è difficile osservare che nei delitti di omicidio e di lesione personale materialità e offensività del fatto tendenzialmente coincidono, mentre, viceversa, negli illeciti offensivi di beni superindividuali, il fatto, ancorché rispondente alla descrizione svolta nel paradigma legale (materialità), risulta offensivo soltanto se pregiudica (sotto forma di lesione o messa in pericolo) l'interesse superindividuale del quale il soggetto passivo rappresenta l'esponente.

Volendo esemplificare, verificando l'ipotesi proprio sulla fattispecie di calunnia, si può osservare che la falsa incolpazione di un reato può rivelarsi inoffensiva in ipotesi di inidoneità della condotta fraudolenta verso l'amministrazione della giustizia: si può prospettare la falsa incolpazione di un soggetto cieco per la partecipazione a competizioni sportive non autorizzate (art. 9 *bis*, d. lg. 30 aprile 1992, n. 285) ovvero la falsa accusa contro un senzatetto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi (art. 5, d. lg. 10 marzo 2000, n. 74).

⁸⁹ Sicché il reato di calunnia costituirebbe una fattispecie cd. plurioffensiva, in quanto per l'integrazione del reato sarebbe sufficiente la lesione o la messa in pericolo anche di uno solo fra i beni presidiati dalla norma incriminatrice. Sulla distinzione tra reati plurioffensivi e reati «a interesse strutturalmente complesso» (ad esempio i delitti di rapina e di estorsione), per l'integrazione dei quali viceversa è necessario offendere congiuntamente tutti gli interessi presidiati dalla norma incriminatrice si veda M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 26.

Con termini diversi, ricostruendo il reato alla stregua di un'entità tridimensionale, la distinzione fra beni personalissimi e beni superindividuali interessa il giudizio di accertamento del grado minimo di *profondità* dell'offesa insita nella realizzazione del fatto tipico; viceversa, la distinzione fra dolo e colpa interessa il giudizio di accertamento della congruenza tra il fatto voluto e il fatto realizzato. Da quest'angolazione, in armonia con il principio già enunciato, in forza del quale la tutela penale si proietta su «realtà concrete e non solo su astratte entità valoriali» (*retro*, cap. III, § 4), si deve respingere la possibilità che giudizi di fatto siano permeati da giudizi di valore – trasfigurando illeciti, al più, colposi in illeciti dolosi – accordando invece a essi rilevanza in sede di accertamento del contenuto offensivo del fatto conforme al modello legale.

In tal senso, declinando le premesse sul caso deciso dalla Suprema Corte tedesca, si può osservare in senso critico come la volontà dell'agente – emergente inequivocabilmente dalle modalità della condotta – è diretta a incolpare falsamente un soggetto diverso dalla persona sulla quale sono ricadute effettivamente le accuse per i furti perpetrati in azienda. Stando a quanto rilevato, un giudizio di valore, funzionale a individuare l'oggettività penalmente tutelata non può ingerirsi nel giudizio di colpevolezza, inerente all'accertamento dell'appartenenza psicologica del fatto all'agente. Peraltro, analogamente a quanto diffusamente osservato in chiave critica della tesi 'monista', anche riguardo a quest'ultimo caso l'impossibilità di riscontrare il dolo nel fatto realizzato, non preclude la possibilità di ravvisare gli estremi della calunnia tentata, scongiurando l'*horror vacui* rappresentato dalla non punibilità dell'agente, a fronte dell'offesa a una oggettività penalmente tutelata⁹⁰.

Esaurita la disamina dei due orientamenti che compongono *Gleichwertigkeitstheorie*, è giunto il momento di analizzare i contenuti che, sulla

⁹⁰ Nello stesso senso C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 522, il quale nel caso deciso dalla Suprema Corte ravvisa soltanto gli estremi del tentativo di calunnia (§§ 22-164 *StGB*), in quanto la norma incriminatrice contempla la persona incolpata fra gli elementi del fatto tipico e, di conseguenza, appartiene all'oggetto del dolo. Analogamente R. HERZBERG, *Aberratio ictus*, cit., 891.

scorta dell'esegesi della medesima disposizione in tema di errore sul fatto (§ 16 StGB), assume la definizione del dolo come volizione del fatto storico nella *Konkretisierungstheorie*.

5. Teorie 'pluraliste': la *Visualisierungstheorie*.

Come affiora dalla denominazione adottata, la proposta qualificatoria avanzata conferisce rilevanza decisiva per determinare la configurazione di un caso di *aberratio ictus* all'esistenza di una percezione diretta (*sinnliche Wahrnehmung*) della vittima designata. Da quest'angolazione, perciò, l'*aberratio ictus* si atteggia a fattore deviante, che si articola in circostanze indipendenti dalla condotta (un difetto dell'arma impiegata, un movimento improvviso da parte della vittima designata), ovvero in un errore nell'esecuzione del reato (difetto di mira), idoneo a mutare la direzione dell'atto verso persona-oggetto materiale diverso da quello preso di mira⁹¹. In ogni altra situazione nella quale non intercorre un rapporto di percezione diretta tra l'agente e la vittima predestinata non si può ravvisare, secondo quest'orientamento, un caso di *aberratio ictus* e, di conseguenza, il fatto in danno della vittima occasionale assumerebbe carattere doloso. In tal senso nei summenzionati esempi diffusi nella letteratura tedesca del *Bombenleger-Fall* ('caso dell'ordigno esplosivo'), del *Telefonbeleidiger-Fall* ('caso della ingiuria telefonica') e dell'*Enzian-Fall*⁹² ('caso

⁹¹ In quest'orientamento si iscrivono C. PRITWITZ, *Zur Diskrepanz*, cit., 127; G. STRATENWERTH, *Objektsirrtum und Tatbeteiligung*, in *Festschrift für Jürgen Baumann*, Bielefeld, Gieseking, 1992, 58 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 104; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 81 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Vahlen, 1994, 412.

⁹² Si tratta del caso di veneficio esemplificato da Puppe (*Zur Revision*, cit., 8) e assunto rapidamente a modello di *aberratio ictus* nella letteratura tedesca, in cui una donna spedisce al coniuge in servizio militare una bottiglia di genziana velenosa con la raccomandazione di non offrirgliela ai commilitoni. Un camerata dell'uomo però trova la bottiglia e la beve, decedendo per il veleno ingerito. Prevale nella dottrina tedesca l'orientamento che ravvisa nella vicenda un'ipotesi di *aberratio ictus*, considerando perciò la coniuge responsabile per il tentato omicidio del coniuge e a titolo di omicidio colposo, laddove fosse prevedibile l'esito aberrante, per l'uccisione del camerata. Per tutti cfr. C. ROXIN, *Rose-Rosabl redivivus*, cit., 290. *Contra* G. STRATENWERTH, *Objektsirrtum*, cit., 61: «Assume qualche importanza l'invito allegato alla bottiglia: "Bevila tutta da solo"? Raffrontando questo caso a quello dell'ordigno

della genziana’), nei quali al tempo della condotta la vittima designata non rientra nel campo visivo dell’agente, l’offesa in danno della persona distinta integrerebbe sempre un’ipotesi di reato consumato doloso, benché commesso per *error in persona* contro un soggetto passivo diverso da quello preso di mira.

Infatti nella casistica richiamata, nel momento in cui, rispettivamente, l’agente posiziona il congegno esplosivo nell’autovettura, ingiuria il destinatario della telefonata, spedisce la bottiglia dal contenuto velenoso, nessuna circostanza fortuita incide – alterandolo – sullo sviluppo della condotta, la quale è realizzata dall’agente in modo conforme alla propria volontà (l’agente colloca con successo l’ordigno, offende il destinatario della telefonata, spedisce la bevanda velenosa)⁹³.

esplosivo, non dovrebbe essere difficile individuare fra le possibili soluzioni quella corretta. Giunto a destinazione, il veleno letale era a disposizione della vittima predestinata. Cionondimeno le modalità della condotta non consentivano di prevedere chi avrebbe ingerito il veleno: se la vittima designata, o un ospite, o una persona che si fosse impossessata furtivamente della bottiglia. (...) Sicché l’offesa che trova la “falsa” vittima, appare perciò uno speciale caso di *error in objecto*.

⁹³ Un’analitica trattazione di questi casi con le relative soluzioni si trova in C. PRITTWITZ, *Zur Diskrepanz*, cit., 128 ss. L’A. distingue fra casi tipici (*Sonderfälle*) di *aberratio ictus* come la situazione dell’‘errore sul colpo’ (*Fehlgeben* o *Abirrung des Schlages*), contraddistinta dalla contestuale presenza fisica sul *locus commissi delicti* dell’agente, della vittima designata e del terzo soggetto attinto per errore, e casi-limite (*Grenzfälle*) fra *aberratio ictus* ed *error in persona*, ai quali appartengono proprio le evocate ipotesi della ingiuria telefonica proferita contro la persona che ha risposto alla chiamata al posto del titolare dell’apparecchio; del soggetto che ha collocato l’ordigno esplosivo nell’autovettura della vittima designata, ma guidata casualmente (dopo il posizionamento della bomba) da altra persona; del soggetto che ha spedito la bevanda intrisa di veleno all’indirizzo della vittima designata, causando il decesso di persona diversa che ha assunto la bevanda in luogo del destinatario. Secondo l’Autore la linea di demarcazione fra *error* e *aberratio* nella casistica citata consiste, in assenza di una percezione visiva da parte dell’agente della vittima designata, nella conformità o difformità dell’evento rispetto alla comune esperienza in situazioni analoghe (*allgemeine Lebenserfahrung*). Nel caso di conformità si verte in ipotesi di *error in persona*. Nel caso di difformità, per cui, ad esempio, la persona che subisce l’ingiuria telefonica si era impossessata illecitamente dell’apparecchio; se la persona che decede a causa dell’innesco del congegno esplosivo stava tentando di impossessarsi illecitamente dell’autovettura; se il corriere ingerisce la bevanda che gli è stata consegnata dal mittente, si verte in ipotesi di *aberratio ictus*.

L'orientamento sommariamente delineato nei suoi tratti essenziali detiene indubbiamente il pregio di caratterizzare la fattispecie *aberrante*, ricalcandone la linea di demarcazione rispetto alla finitima fattispecie di *error in persona vel in obiecto*: nel caso di percezione della vittima designata da parte dell'agente, sussisterebbe *in ogni caso* un'ipotesi di *aberratio ictus*; al contrario laddove la vittima designata non sia presente nel luogo dell'azione, l'offesa a una persona diversa dal 'bersaglio' varrebbe a configurare un'ipotesi di *error in persona*, essendo l'agente caduto in errore sull'identità della persona, rappresentata solo nel suo schermo mentale ma non percepita fisicamente, la quale *risponderà alla telefonata, guiderà l'auto sulla quale è stato installato il congegno esplosivo, assumerà la bevanda velenosa* etc. Una definizione nei termini anzidetti della situazione *aberrante* risulta rimarchevole anche in chiave politico-criminale, in quanto contempera gli scopi di garanzia del singolo, escludendo la responsabilità di quest'ultimo per un reato consumato doloso, con gli scopi di tutela del bene giuridico, mediante il ricorso alla disciplina del delitto tentato per sanzionare la condotta diretta a offendere il soggetto passivo preso di mira.

Infatti dalla prospettiva dei militanti nella corrente ermeneutica in esame si ravvisa il rischio, contemplando nella fattispecie *aberrante* anche le ipotesi nelle quali la vittima designata esula dal campo visivo dell'agente al tempo dell'azione, di addivenire a un'integrale esenzione da responsabilità dell'agente nel caso in cui la condotta non si riveli diretta a offendere la vittima designata. Si pensi, richiamando casi già esemplificati, alla ipotesi in cui l'agente spedisca la bevanda velenosa all'indirizzo dell'appartamento nel quale non dimora più la vittima designata; ovvero alla ipotesi in cui l'agente invii il messaggio a contenuto molesto, minatorio o ingiurioso a persona diversa dalla vittima designata per un errore di memorizzazione del contatto telefonico di quest'ultima: mancando una condotta diretta contro la vittima designata, in applicazione dei principi dell'*aberratio ictus*, l'agente potrebbe rispondere, al più, del delitto colposo in danno della vittima occasionale.

Ancorché sia rimarchevole il tentativo espresso dalla tesi avanzata di conferire determinatezza alla fattispecie di *aberratio*, essa risulta

insoddisfacente per un duplice ordine di argomenti. Anzitutto non convince l'alternativa posta fra *aberratio* ed *error* nei casi in cui, alla luce delle modalità dell'offesa (*Art des Angriff*) si esclude la concretizzazione della volontà dell'agente in direzione di uno specifico soggetto passivo.

Inoltre sembra fuori segno la ricostruzione dell'oggetto del dolo esclusivamente alla luce della direzione impressa alla condotta⁹⁴.

Riguardo al primo punto, è sufficiente notare, come è già stato raffigurato in precedenza, che elemento comune alle fattispecie di *aberratio* ed *error* è la designazione da parte dell'agente di un soggetto passivo nella posizione di destinatario dell'offesa, con la differenza che nell'ipotesi di *aberratio* in luogo di quest'ultimo la condotta attinge un terzo soggetto, mentre nell'ipotesi di *error* è proprio la persona presa di mira, benché non identificata correttamente, a essere offesa. Così stando le cose, se gli esponenti della tesi interpretativa in esame ravvisano nei *Grenzfälle* un dolo indeterminato, che si determina *ex post* con la realizzazione dell'evento, non si può configurare né la fattispecie di *error in persona*, né quella di *aberratio ictus*, con la conseguenza che il caso dovrà essere considerato alla stregua di un'ipotesi ordinaria di delitto doloso. Un esito siffatto, ancorché logicamente coerente all'inquadramento della questione nell'orientamento raffigurato, condurrebbe a esiti in frontale contrapposizione con il substrato psicologico che riveste il fatto.

Accedendo a tale soluzione andrebbero imputate a carico dell'agente anche le circostanze inerenti ai rapporti tra egli e il soggetto passivo, quali ad esempio le relazioni di parentela. Sicché l'agente che ha spedito la bevanda intrisa di veleno all'indirizzo di residenza dell'usuraio, dovrebbe rispondere di parricidio per aver causato la morte del padre recatosi per chiedere un prestito a casa di

⁹⁴ Tale esito, tuttavia, risulta coerente con una certa declinazione della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, che incentra il disvalore dell'illecito penale sulla condotta che ha concretizzato un rischio non consentito dall'ordinamento per l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Per un quadro esaustivo delle differenti concezioni della teoria imputazione oggettiva dell'evento nello stato attuale del dibattito nella dottrina tedesca v. C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2020, § 11.

quest'ultimo, al quale quest'ultimo avesse donato la bottiglia velenosa quale omaggio per l'intesa raggiunta.

Rispetto alla ricostruzione dell'oggetto del dolo desta perplessità l'attribuzione di eccessiva rilevanza al decorso causale della vicenda, come se, nella logica di un *dolus in re ipsa*, il dolo ricalcasse necessariamente la direzione impressa all'azione da parte dell'agente. In particolare si contesta a una definizione in siffatti termini del dolo e del suo oggetto la rinuncia all'accertamento del coefficiente psicologico che ha informato la condotta dell'agente, tentando perciò di risolvere una questione pertinente al versante della imputazione soggettiva su quello della imputazione oggettiva. Ancorché la direzione della condotta, specialmente nei delitti causalmente orientati, costituisce il punto di riferimento dal quale prendere le mosse per verificare l'esistenza di una volontà lesiva, non rappresenta, isolatamente considerata, la prova del dolo, in quanto, per assurgere a tale *status*, deve essere integrata dall'accertamento *aliunde* della volizione da parte dell'agente del fatto realizzato. A ben vedere, inoltre, deprecare completamente il dolo delle sue proprietà psicologiche condurrebbe a rigore a sottrarre dall'ambito di operatività dell'*aberratio ictus* proprio la situazione di vita tradizionalmente esemplificativa della ipotesi, ossia il difetto di mira da cui consegue l'offesa in danno di persona diversa dalla vittima predestinata. Poiché, infatti, in quest'ultimo caso l'agente crede falsamente di aver diretto la propria condotta, di aver 'preso la mira' contro una persona, ma in realtà sta inconsapevolmente indirizzando la propria condotta, sta 'prendendo la mira', contro persona diversa, si dovrebbe escludere la configurazione di un'*aberratio ictus*, in quanto solo a causa di un difetto cognitivo (*sub specie*, valutativo o percettivo) l'agente crede di 'visualizzare' la vittima prescelta, mentre in realtà sta 'designando' proprio la vittima occasionale come oggetto materiale dell'azione.

In reazione all'oggettivizzazione del dolo che connota la tesi appena esposta si è affermata la posizione, sempre in seno all'orientamento che fa leva sulla concretizzazione dell'oggetto del dolo, la quale individua nella 'realizzazione del piano' (*Tatplanverwirklichung*) l'ago della bilancia per distinguere i casi di *aberratio* da quelli di un comune fatto criminoso di carattere doloso.

5.1. La teoria della realizzazione del piano.

Per ovviare ai segnalati inconvenienti della *Visualisierungstheorie*, oltre che per censurare la teorica dell'equivalenza, si è andata sviluppando, conseguendo progressivamente un ampio consenso⁹⁵, la tesi della 'realizzazione del piano' da intestare a Claus Roxin.

Come traspare dalla denominazione, la teorica in esame si contraddistingue per l'importanza attribuita sul versante soggettivo della imputazione al fine perseguito dall'agente mediante la propria condotta. Come già raffigurato, l'elaborazione della questione nei termini poc'anzi delineati va intestata a Franz von Liszt, secondo il quale la qualificazione giuridica del fatto nelle ipotesi di *aberratio ictus* non dipende soltanto dall'esistenza di un errore ovvero di uno sviamento del decorso causale della condotta, quanto, invece, dalla congruenza dell'esito dell'azione con il fine perseguito dall'agente. Nel solco di un'ideale storia dei concetti (*Begriffsgeschichte*) la tematizzazione, nel senso già circostanziato, dell'*aberratio ictus* come un fenomeno di *aberratio causae* proposta da Liszt è stata recepita e integrata da Claus Roxin nella cd. teorica della 'realizzazione del piano'. Nel pensiero dell'insigne giurista tedesco, né la teoria dell'equivalenza, né la teoria della concretizzazione individuano il profilo rilevante per stabilire la responsabilità dell'agente per il fatto realizzato. Non è condivisibile la tesi dell'equivalenza, in quanto trasfigura il dolo da volizione dell'accadimento storico conforme all'evento tipico a volontà del *tipo* di lesione incriminata dalla legge, vale a dire, in chiave funzionalista, a una «strategia per integrare il fatto tipico»⁹⁶. Parimenti non risulta condivisibile la

⁹⁵ Si vedano R. HERZBERG, *Aberratio ictus und error in obiecto*, in *JA*, 1981, 473; H. RUDOLPHI, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1974, 96; W. BOTTKÉ, *Urteilsanmerkung*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, 347; Conf. M. HEUSER, "Aberratio ictus", cit., 191.

⁹⁶ In questi termini M. HETTINGER, *Die Bewertung*, cit., 531. Dello stesso A. cfr., in riferimento alla tematica del *dolus generalis*, omogenea, per l'attinenza al contesto degli illeciti di sangue, all'*aberratio ictus*, ID., *Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines "Irrtums über den Kausalverlauf"?*, in *Festschrift für Günter Spindel*, Canberra, C. F. Müller, 1992, 237 ss.

tesi che incentra sulla percezione (*sinnliche Wahrnehmung*) della vittima designata il tratto denotativo dell'*aberratio ictus*.

In breve, nella prospettiva dischiusa da Roxin la fattispecie di *aberratio* non si incentra tanto sulla verifica di uno sviamento materiale della condotta, quanto sulla realizzazione da parte dell'agente di un risultato lesivo incompatibile con le finalità dell'azione. In tal senso l'errore nell'uso dei mezzi del reato, l'alterazione del decorso eziologico della condotta e ogni altra circostanza incidente nella fase di esecuzione del reato non costituiscono la causa, ma il sintomo di un'*aberratio ictus*⁹⁷. Al fine di precisare il contenuto della tesi avanzata dall'Autore conviene richiamare alcuni esempi ai quali ricorre lo stesso Roxin: il *Wirtshausstreit-Fall* ('caso dell'alterco in osteria') e il *Schneeball-Fall* (caso della palla di neve). Il primo esempio ritrae un caso in cui l'agente, in occasione di un diverbio in osteria degenerato in una colluttazione, esplose un colpo di pistola contro l'avversario, ma colpisce il proprio figlio; il secondo esempio ritrae un caso in cui un ragazzo lancia palle di neve in strada per schernire i passanti. Avvistata una persona, il ragazzo lancia la 'palla' nella sua direzione ma, poiché quest'ultima si china improvvisamente, colpisce accidentalmente un altro passante dietro di lei. Roxin osserva come, concentrando l'attenzione sullo svolgimento materiale del fatto, in entrambi gli esempi sarebbe dato ravvisare un'evoluzione del decorso causale diversa da quella pronosticata dall'agente. Infatti in ambedue le situazioni il referente storico dell'azione era oggettivato *ex ante* da un soggetto passivo, mentre è venuto a coincidere *ex post* con una persona diversa. Da tali premesse muove l'Autore per rilevare dapprincipio, in senso critico rispetto alla tesi dell'equivalenza, come il dolo non definisca mai, unicamente, una volontà in conflitto con un valore tutelato dalla legge penale, ma si riferisca sempre, ancorché in forma più o meno determinata, al fatto concreto. In secondo luogo egli prende le distanze anche dalla *Visualisierungstheorie*, alla quale contesta di privare il dolo delle sue note costitutive, comprimendo il

⁹⁷ Coerentemente, sia nel caso "Rose-Rosahl" sia nel "Hoferbenfall", l'A. censura le sentenze della Suprema Corte, escludendo l'imputazione dolosa dell'omicidio consumato a carico dell'istigatore. Cfr. C. ROXIN, § 26, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, diretto da Jahnke, Laufhütte, Odersky, Leipzig, De Gruyter, 1993, 148.

versante materiale sul versante psicologico del fatto, come se la direzione della condotta esprimesse necessariamente la direzione della volontà. In tal senso secondo Roxin i casi raffigurati sono istruttivi per rivelare la fallacia di una siffatta oggettivizzazione del dolo: sostenere infatti che, giacché in entrambe le situazioni la persona percepita direttamente dall'agente (*anvisierte Opfer*) non sia stata colpita, egli non possa soggiacere alla pena del delitto doloso (consumato), varrebbe ad equiparare la responsabilità penale dei due soggetti, disconoscendo il divergente coefficiente psicologico sottostante alla condotta nelle due situazioni. Infatti, nel caso dell'alterco in osteria, il soggetto ha agito per offendere solo il rivale della lite e invece ha offeso il figlio; nel caso del ragazzo che vuole schernire i passanti, per l'agente risultava del tutto indifferente l'identità della persona colpita dalla palla di neve. Sicché, secondo l'A., solo nella prima ipotesi è dato ravvisare gli estremi di un *aberratio ictus* idonea a escludere l'imputazione dolosa del fatto commesso, mentre nella seconda il fatto si atterrebbe in forma dolosa alla luce della indifferenza da parte dell'agente circa l'identità del soggetto passivo: costui ha infatti conseguito il proposito dell'azione malgrado lo sviamento dell'azione.

Come è agevole notare la concezione dell'A., il quale attribuisce allo scopo della condotta la distinzione fra un'ipotesi di *aberratio ictus*, esimente l'agente dall'addebito del fatto a titolo doloso, e un'ipotesi di *aberratio causae*, non rilevante nel giudizio di imputazione soggettiva, si risolve in una sorta di innovazione della *Gleichwertigkeitstheorie*, rispetto alla quale l'elemento di novità consiste nell'unità di misura prescelta per riconoscere o negare efficacia esimente allo sviamento del decorso causale. Secondo la *Gleichwertigkeitstheorie* la legge si atpeggia a termine di relazione in base al quale verificare se l'offesa in danno della persona diversa dalla vittima designata configuri una divergenza penalmente rilevante fra il voluto e il realizzato: se il fatto voluto e il fatto commesso attentano e ledono, rispettivamente, beni equivalenti, secondo la 'tradizionale' concezione della *Gleichwertigkeitstheorie* il fatto acquisirebbe carattere doloso. Nella corrente roxiniana, invece, è l'angolo visuale dell'agente a determinare la rilevanza o l'irrelevanza dell'alterazione del

decorso causale della condotta⁹⁸: se, come nello *Schneeball-Fall*, per l'agente fosse indifferente l'identità del soggetto passivo, non sussisterebbero i presupposti di un'ipotesi di *aberratio* e, per l'effetto, il fatto andrebbe trattato alla stregua di un caso comune di reato (consumato) doloso; viceversa se per l'agente, alla luce, anche ma non solo, dallo svolgimento eziologico della vicenda, l'identità del soggetto passivo non risultasse indifferente, verrebbe in rilievo un'ipotesi di *aberratio ictus*, valida ad escludere la responsabilità a titolo doloso dell'agente.

Come è agevole intuire alla luce delle considerazioni già svolte in precedenza in merito alla posizione di Liszt, la tesi in esame ha incontrato la critica da parte tanto di esponenti della *Gleichwertigkeitstheorie* quanto di esponenti della *Visualisierungstheorie*, fondata sull'asserita incoerenza dipendente dalla diversa valutazione in merito alla rilevanza penale dell'*error in persona* e dell'*aberratio ictus*. Se, infatti, secondo la *Planverwirklichungstheorie* il tratto saliente dell'*aberratio ictus* non è costituito dallo sviamento materiale dell'azione, ma dal fallimento del piano perseguito dall'agente, coerentemente andrebbe negata natura dolosa al fatto anche nell'ipotesi di *error in persona*, giacché anche in siffatta ipotesi sarebbe fallito il piano dell'agente, il quale voleva offendere una persona diversa⁹⁹.

La critica non sembra fondata, in quanto travisa, dilatandone strumentalmente il contenuto, il criterio della 'realizzazione del piano'. Sebbene infatti quest'ultimo individui effettivamente nella congruenza del risultato lesivo allo scopo dell'azione il *discrimen* per riconoscere o disconoscere, limitatamente al dolo, efficacia esimente all'*aberratio*, cionondimeno essa non riduce la volontà penalmente rilevante alla coincidenza fra la direzione di quest'ultima e il risultato lesivo, confinando il dolo nella sua configurazione intenzionale. Come precisa lo stesso Autore¹⁰⁰,

⁹⁸ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 518.

⁹⁹ Sottopone a una serrata critica la tesi di Roxin, I. PUPPE, *Zur Revision*, cit., 4 ss.

¹⁰⁰ Limpidamente in tal senso C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 439, nella parte in cui riconosce, dopo aver rivendicato l'autonomia della propria posizione tanto dalla *Gleichwertigkeitstheorie*, quanto dalla *Konkretisierungstheorie*, che «l'oggetto del dolo si inferisce anzitutto dalle modalità di svolgimento della vicenda».

infatti, l'anomalia nello sviluppo materiale della condotta ovvero nella fase intercorrente fra l'esaurimento dell'azione e la verifica dell'evento idonea a far produrre i suoi effetti in danno di persona diversa dalla vittima designata costituisce il presupposto indefettibile dal quale muovere per accertare gli estremi della fattispecie di *aberratio*.

Più precisamente ancora, prima di verificare la confluenza (o divergenza) fra lo scopo perseguito dall'agente e il risultato lesivo ottenuto, occorre accertare se secondo la comune esperienza di vita in situazioni consimili la causa di sviamento incidente nella fase esecutiva avrebbe indotto a escludere il dolo dell'agente per il fatto realizzato o se, viceversa, avrebbe disvelato comunque la presenza di una responsabilità dolosa, ad esempio a titolo di dolo alternativo o eventuale. Su questa prima fase di giudizio fondata sulle massime dell'ordinaria esperienza di vita si innesta quindi l'accertamento, condotto *aliunde*, sulla congruenza tra il fatto realizzato e il fatto voluto. Per focalizzare meglio quest'ultimo profilo della teoria conviene ricorrere a un esempio, prospettato in due varianti:

- (i) Nel corso della fuga dalla polizia dopo aver messo a segno una rapina in banca, A attraversa un centro commerciale. Per scoraggiare l'inseguimento questi espone diversi colpi di pistola in direzione degli agenti di polizia:
- (x) uno dei proiettili colpisce uno degli agenti di polizia;
- (y) uno dei proiettili colpisce una cliente del centro commerciale.

Mentre rispetto alla variante *x* del caso, aderendo alla teoria dell'equivalenza, alla teoria della visualizzazione, o alla teoria della realizzazione del piano si perviene al riconoscimento della responsabilità a titolo di reato consumato doloso – dolo indeterminato o alternativo – per la variante *y* non è possibile, neanche ricorrendo al criterio della 'realizzazione dello scopo', stabilire *ex ante* il tipo di responsabilità dell'agente per il fatto commesso. In prima analisi solo in base alle modalità di svolgimento del caso concreto si possono evincere i presupposti per la configurazione di un'ipotesi di *aberratio ictus*: sicché se la cliente attinta dal proiettile si trovasse in prossimità degli agenti al tempo dell'esplosione del colpo, si potrebbe inferire il raggiungimento dello scopo dell'agente, derivante dallo scompiglio – oltre che

dalla necessità di soccorrere – creato nel gruppo degli inseguitori dal ferimento della cliente; viceversa se la cliente fosse distante dal gruppo, per esempio all'interno di un negozio, si potrebbe inferire l'estraneità del ferimento della donna al piano perseguito dall'agente, stante la prevedibile inidoneità del fatto a rallentare l'inseguimento da parte delle forze dell'ordine. Resta inteso che l'agente è ammesso a provare sulla base di altre circostanze concomitanti rispetto all'azione, antecedenti o susseguenti a essa, la divergenza del fatto realizzato dalla propria volontà¹⁰¹.

La rilevata necessità di circostanze di fatto, dalle quali occorre prendere le mosse per desumere empiricamente i presupposti dell'*aberratio ictus*, è ampiamente sufficiente per escludere che nell'ipotesi di *error in persona* l'agente abbia fallito lo scopo perseguito nel senso della *Planverwirklichungstheorie*.

In definitiva la teoria analizzata nel presente paragrafo risulta la più equilibrata, per la dimostrata capacità di contemperare gli scopi di tutela della collettività, evitando incursioni nella sfera dei motivi dell'azione ovvero nei meandri del substrato emotivo (speranze e timori) nella ricostruzione dell'oggetto del dolo, con gli scopi di garanzia del singolo, valorizzando il carattere personalistico dell'illecito penale grazie alla importanza attribuita al finalismo caratterizzante la condotta, quanto meno nei casi, come quelli di *aberratio*, che postulano la direzione della volontà (come già osservato, quanto meno nella forma del dolo diretto) verso l'offesa a un bene giuridico¹⁰². Nel

¹⁰¹ Sul punto, mutuando le osservazioni di S. FIORE (*La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 96 e 186), si può osservare che se «da cognizione dei fatti nel processo penale certamente nasce (non può che nascere) dalla gnoseologia comune, essa presenta, rispetto a questa, un carattere ulteriore e distintivo (...). Le incapacità processuali di corrispondere alle crescenti pretese avanzate dalla categoria dogmatica hanno finito per svuotare la categoria stessa dalla maggior parte del suo, altrimenti relevantissimo, contenuto pratico-applicativo, riducendola ad un 'simulacro' ovvero, nella migliore delle ipotesi, affidando la sua operatività a scelte di tipo intuitivo, del tutto prive di uno statuto cognitivo e valutativo congruo rispetto alla complessità strutturale e funzionale raggiunta dalla categoria della colpevolezza sul piano della teoria generale del reato».

¹⁰² Anche nella giurisprudenza di legittimità è possibile attingere qualche pronuncia dalla quale trapela l'adesione della Suprema Corte alla teorica della realizzazione del piano. Sul punto cfr. BGH, 16 ottobre 2008, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, 210

solco di un'ideale *Begriffsgeschichte* la tesi poc'anzi avanzata può essere apprezzata come la convincente evoluzione della *Tatplantbeorie* di Liszt, dalla quale si discosta, perché desiste dalla indagine intorno alle forze motrici e inibitrici della condotta rimaste inesprese, incentrando l'accertamento intorno alla finalità dell'azione sul giudizio *ex post* sul dispiegarsi di quest'ultima, in base agli atti antecedenti e susseguenti alla causazione del risultato lesivo.

6. La divergenza fra voluto e realizzato nel concorso di persone. Introduzione.

Prima di esporre la valenza attribuita (o disconosciuta) all'*aberratio ictus* nell'ambito del concorso di persone conviene preliminarmente dar conto del modello di disciplina del concorso di persone nel reato recepito dallo *StGB*. Senza avere la pretesa di voler ripercorrere anche solo i tratti salienti dell'impianto normativo, è sufficiente considerare che la tipizzazione delle singole forme di partecipazione nel delitto, corrispondenti ai tipi criminologici dei concorrenti nel reato, ha costituito senz'altro un viatico utile a consentire, nei casi di divergenza fra il fatto voluto e il fatto commesso, di puntualizzare i profili di responsabilità penale dell'istigatore che aveva voluto un fatto diverso da quello realizzato.

ss. Tale, nei termini essenziali, il fatto storico: A trovava nella propria abitazione la coniuge B e il migliore amico di quest'ultima, C, distesi uno sopra all'altro. C aveva i pantaloni abbassati e B indossava un accappatoio aperto. Convinto che durante la notte i due avessero consumato un rapporto sessuale, A afferrava un'ascia e sferrava un colpo in direzione del torace di C. Tuttavia, a causa della pesantezza dell'arma, mancava C e colpiva al cranio B, causandone il decesso. Benché la vicinanza fra la vittima designata e la vittima occasionale avrebbe potuto indurre la Corte a inferire la volontà da parte di A di uccidere C, almeno nella forma del dolo eventuale, il Supremo Collegio ha ritenuto A responsabile soltanto a titolo colposo per l'uccisione di B. Il riferimento da parte della Corte, per escludere la sussistenza del dolo eventuale, all'elevata soglia di inibizione dell'omicidio («*der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung*») e ai motivi dell'azione rivela l'adesione alla teorica della 'realizzazione del piano', in cui l'imputazione dolosa del fatto postula la concretizzazione dello scopo perseguito dall'agente.

In particolare per quanto attiene ai fini della nostra indagine, la demarcazione sul piano della disciplina sanzionatoria (più che su quello del contributo concorsuale) tra le figure dell'autore (*Täter*) e dell'istigatore del fatto (*Anstifter*) di reato ha condotto la dottrina dominante a valorizzare la divergenza tra il fatto concordato e il fatto realizzato, anche nei casi di equivalenza normativa fra i beni giuridici offesi. Poiché infatti l'istigazione a delinquere configura, già isolatamente considerata, una condotta rivestita di disvalore penale autonomo (§ 30 *StGB*), correlativamente si dilata l'area di rilevanza attribuito alla divergenza tra il fatto pianificato e il fatto commesso ai fini della formulazione del rimprovero penale a carico dell'istigatore. Breve: la previsione della punibilità dell'istigatore indipendentemente dalla commissione del fatto oggetto del mandato criminoso agevola la valorizzazione del contenuto del mandato criminoso ai fini della ricostruzione dell'oggetto del dolo. In tal modo l'ordinamento tedesco valorizza il contenuto finalistico caratterizzante la condotta istigatoria: con siffatto rilievo non si intende sottintendere l'esistenza di un concetto ontologico di istigazione, trascendente il diritto positivo dei singoli ordinamenti. Si vuole – più semplicemente – riconoscere il significato ordinariamente attribuito alla istigazione, consistente nella persuasione di una determinata persona ad agire proprio in vista dello specifico scopo e mediante le specifiche modalità indicati dall'istigatore.

Solo nell'ipotesi in cui la condotta dell'esecutore rifletta, almeno nei tratti salienti, le istruzioni (o gli ordini) impartite da un altro soggetto, si può definire quest'ultimo, dal punto di vista semantico, l'istigatore del fatto realizzato dall'autore¹⁰³.

¹⁰³ Sul tema cfr. le perspicue osservazioni di S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 1133: «L'esecuzione volontaria da parte dell'istigato di un fatto diverso, anche solo nel suo oggetto materiale, costituisce quindi una sicura deviazione dalla volizione di quegli: l'istigatore non può essere considerato responsabile di ogni reato di 'tipo' equivalente a quello da lui voluto, poiché in tal modo il concetto di istigazione subisce una violenza tale da stravolgerne l'essenza, che priva la condotta istigatoria del suo specifico finalismo, disconoscendole quel legame di carattere psichico rispetto alla persona del soggetto istigato che ne rappresenta la nota più caratteristica».

In base a quest'ordine di considerazioni si può perciò osservare che, diversamente dall'ordinamento italiano nel quale l'art. 116 c.p. involge una sorta di ridefinizione “agli effetti penali” del concetto di istigazione, imperniata sul disvalore oggettivo consistente nella persuasione di un soggetto a violare la legge penale, nell'ordinamento tedesco la ‘nozione penalistica’ di istigazione ricalca, quanto meno nei lineamenti essenziali, il significato comune del termine.

La premessa era necessaria per confermare come la ricostruzione dell'oggetto del dolo nel reato, ancorché diversamente strutturata in relazione al compartecipe morale nel reato (istigatore o determinatore del proposito criminoso) rispetto all'autore del fatto tipico, debba garantire un grado di rigore ugualmente conforme con il carattere personalistico dell'illecito penale. In tal senso lo specifico finalismo che innerva la condotta istigatoria non permette di dissolvere il dolo nell'efficienza causale della istigazione a determinare ‘il passaggio all'azione’ da parte dell'esecutore materiale, ma impongono di fondare l'imputazione soggettiva del fatto a carico dell'istigatore «soltanto sulla base del concreto piano d'azione dei concorrenti»¹⁰⁴. Se queste sono le coordinate del discorso non sorprende che la dottrina largamente maggioritaria, nel giudizio di colpevolezza inerente all'istigatore, *minimizzi* la differenza tra il caso in cui l'autore sia incorso in un errore di identificazione della vittima designata e quello in cui abbia deliberatamente offeso persona diversa dal ‘bersaglio’¹⁰⁵.

Per quanto attiene alla responsabilità dell'istigatore, infatti, non assume importanza necessariamente determinante che il fatto diverso da quello commissionato sia stato commesso in virtù di un'autonoma decisione da parte dell'autore ovvero per errore, in quanto in entrambi le ipotesi diverge dall'oggetto del mandato criminoso. Sul punto occorre prevenire malintesi: nell'ordinamento italiano per effetto di una norma come l'art. 82 che ricostruisce l'oggetto del dolo alla stregua del tipo di evento (*retro*, cap. I, §

¹⁰⁴ Testualmente G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 546.

¹⁰⁵ Limpide sul punto le riflessioni di C. ROXIN, *Rose-Rosahl redivivus*, in *Festschrift für Günter Spindel*, cit., 291. Analogamente K. LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, 57.

3.1.), nel caso in cui l'esecutore materiale incorre in un *error in persona*, l'istigatore risponde a titolo doloso per il concorso morale 'ordinario' (art. 110 c.p.) nel fatto, come se egli stesso fosse incorso nello stesso errore commesso dall'esecutore materiale; nell'ordinamento tedesco, invece, in assenza di una norma come l'art. 82 c.p., l'istigatore non è considerato responsabile a titolo doloso ogniqualvolta l'autore principale realizza il fatto a causa di un'errata identificazione della vittima. La responsabilità dell'istigatore riposa sul grado di determinatezza dell'oggetto del mandato a lui conferito (elementi per identificare la vittima designata; modalità di esecuzione del piano, etc.): maggiore è la libertà d'azione che il mandato accorda all'autore del fatto tipico, maggiori sono le possibilità di ravvisare una responsabilità dolosa a carico dell'istigatore; minore è la libertà d'azione accordata dal mandato, minori sono le possibilità di poter imputare a titolo doloso al concorrente istigatore il reato in danno di persona diversa dal 'bersaglio'.

6.1. *Excursus*: il caso "Rose-Rosahl".

Diversamente dalla ipotesi di responsabilità da illecito monosoggettivo in cui lo stato del dibattito registra, in dottrina come in giurisprudenza, il marcato dominio della soluzione 'pluralistica', nell'ipotesi di responsabilità concorsuale il tema ha sollevato molteplici questioni giuridiche idonee tanto a polarizzare giurisprudenza e dottrina su posizioni antitetiche, quanto ad alimentare nelle fila di quest'ultima la formazione di orientamenti in serrata contrapposizione. Analizziamone i contenuti alla luce dei casi giurisprudenziali che hanno stimolato il dibattito scientifico. Il primo, già evocato in più occasioni, è il cd. "Rose-Rosahl Fall" oggetto di sentenza della Corte Suprema prussiana nel 1859. Preliminarmente conviene dare contezza dell'irresistibile forza attrattiva esercitata dal caso, capace di coagulare l'attenzione della letteratura penalistica e di favorire una vasta produzione scientifica¹⁰⁶, senz'altro inconsueta per la dottrina di un ordinamento di *civil law*.

¹⁰⁶ Per un quadro esaustivo sulla evoluzione del dibattito nella dottrina tedesca sul caso "Rose-Rosahl", si veda H. HÄLSCHNER, *Der Kriminal-prozess gegen Rose und Rosahl*, in *GA*, 1859, 7, 444 ss.; E. BÖHLAU, *Der Kriminalprozess gegen Rose und Rosahl. Ein Beitrag zur Lehre vom Irrthum*, in *GA*, 1859, 7, 433 ss.; E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*,

Pacifica la responsabilità a titolo di omicidio doloso per Rose derivante dalla uccisione di Harnish, due questioni giuridiche sono sorte intorno ai profili di responsabilità penale di Rosahl, il quale aveva conferito a Rose l'incarico di eliminare il rivale in affari Schliebe. La prima consistente nell'identificabilità nell'ambito del concorso di persone di un'ipotesi di *aberratio ictus* per l'istigatore nel caso in cui l'autore offenda per un errore di identificazione¹⁰⁷ una persona diversa dalla vittima prescelta nell'accordo criminoso. La seconda, che dipende dalla soluzione in senso affermativo della prima questione, consistente nell'individuazione dei profili di responsabilità penale dell'istigatore e, in particolare, se quest'ultimo risponda a titolo di

Tübingen, J. Mohr, 1906, 428 ss.; D. J. NIEMANN -Y. WEBER, *Über den Einfluß des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen. Zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosahl*, in *Juristische Ausbildung*, 2009, 5, 373 ss.; C. SIEGEL, *Verwechslungsfälle bei der Anstiftung*, Göttingen, 1895, 22 ss.; B. HASSENSTEIN, *Irrthum im Objekt und Aberration bei der Brandstiftung*, GA, 1871, 153 ss.; G. BEMMANN, *Zum Falle Rose-Rosahl*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1958, 817 ss.; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, Engelmann, 1872, 3, 223 ss. (e 5-6 per la bibliografia in materia), secondo il quale a carico di Rosahl non può essere imputato l'omicidio doloso di Harnish, perché il fatto commesso da Rose non rientra nell'oggetto del dolo. Per una *summa* di tutte le possibili soluzioni del caso riguardo ai profili di responsabilità dell'istigatore si veda K. LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 52 ss. Una vicenda pressoché analoga al caso "Rose-Rosahl" è decisa dalla Corte suprema tedesca, BGH, 25 ottobre 1990, in *BGHSt*, 37, 214 ss., nel cd. "Hoferbenfall" ("Caso dell'eredità"), di cui si tratterà oltre (*infra*, § 7.2).

¹⁰⁷ Nel presente paragrafo e in quelli seguenti si tratterà soltanto l'ipotesi in cui la divergenza fra quanto voluto dall'istigatore e il fatto realizzato dipende da un errore di identificazione della vittima designata (*error in persona*) da parte dell'autore, e non da un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione da parte di quest'ultimo (*aberratio ictus*). Nell'ultima ipotesi richiamata, infatti, secondo la teoria dell'accessorietà del contributo causale nel concorso di persone, l'istigatore risponde (in base all'orientamento dominante in dottrina e giurisprudenza nell'ipotesi di illecito aberrante monosoggettivo) soltanto a titolo di delitto tentato contro la vittima designata e, eventualmente, a titolo di delitto colposo in danno della vittima occasionale. Si veda in argomento K. LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 53 ss.; N. NESTLER-P. PROCHOTA, *Error in persona und aberratio ictus in sog. Distanzfällen (Teil II)*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, 566.

tentata istigazione di un omicidio (§§ 30 – 212 StGB) ovvero di concorso morale in un tentato omicidio (§§ 26, 22 – 212 StGB).

Riguardo alla prima questione la dottrina maggioritaria, divergendo dall'indirizzo giurisprudenziale, esclude la responsabilità a titolo doloso dell'istigatore, attribuendo carattere essenziale all'*error in persona* commesso all'autore del fatto di reato. In breve l'errore che per l'autore del fatto tipico integra un'ipotesi di *error in persona*, per l'istigatore configura un'ipotesi di un *aberratio ictus*, in quanto l'autore era stato 'indirizzato' verso un determinato scopo dal quale quest'ultimo, per impazienza o trascuratezza, ha deviato.

Dottrina minoritaria esclude invece la possibilità di ricorrere allo schema dell'*aberratio ictus* per accertare la responsabilità dell'istigatore.

Due gli argomenti principali addotti a fondamento della soluzione: il primo, da intestare a Binding, secondo il quale l'istigatore risponderebbe a titolo doloso per il fatto alla luce della volontà da parte di quest'ultimo di causare l'offesa effettivamente realizzata; il secondo elaborato da Puppe, secondo la quale, in mancanza della percezione della vittima designata da parte dell'agente, nell'ipotesi di illecito plurisoggettivo come in quella di illecito monosoggettivo, mancherebbero i presupposti per ravvisare l'ipotesi di *aberratio ictus*, dovendosi invece ravvisare sia per l'istigatore sia per l'autore del fatto principale la commissione del reato a causa di un *error in persona*, inidoneo a intaccare la natura dolosa della responsabilità.

Secondo la tesi avanzata da Binding nota anche come “argomento del bagno di sangue”, (*Blutbadargument*)¹⁰⁸, l'istigatore risponderebbe di tanti omicidi quanti siano stati quelli perpetrati dall'autore, ancorché solo uno fosse l'omicidio oggetto del mandato. Poiché infatti l'istigatore determinerebbe l'autore alla commissione di un “fatto riprovevole”, egli sarebbe chiamato a rispondere «per l'intera strage perpetrata» dall'autore per adempiere l'incarico conferitogli. In tal senso, dilatando *ad absurdum* la vicenda costitutiva del caso “Rose-Rosahl”, l'insigne Studioso considera Rosahl responsabile a titolo doloso per tutti gli omicidi che Rose avesse eventualmente commesso nella falsa convinzione di uccidere Schliebe (la vittima designata). Detto altrimenti,

¹⁰⁸ Cfr. K. BINDING, *Die Normen*, cit., 214.

se Rose avesse ucciso “tre Harnish” falsamente confusi con “altrettanti Schliebe”, Rosahl sarebbe stato chiamato a rispondere a titolo di concorso doloso in tre omicidi dolosi.

Secondo la tesi avanzata da Ingeborg Puppe, invece, nei casi in cui la verifica dell'evento non coincida in senso fisico-materiale con l'esaurimento dell'azione, l'oggetto del dolo risulta determinato *ex post* dalla persona attinta dall'offesa. Perciò per quanto attiene alla responsabilità dell'istigatore, quest'ultimo risponderebbe a titolo doloso dell'omicidio in danno della persona diversa dalla vittima prescelta, in quanto l'istigazione sarebbe necessariamente diretta verso un oggetto materiale indeterminato (*unbestimmter Anstiftung*) nella fase preparatoria e determinato nella fase esecutiva dall'autore del fatto di reato¹⁰⁹. Da quest'ultima angolazione la responsabilità dell'istigatore per il fatto sarebbe esclusa soltanto in due ipotesi: la prima profilata dal caso in cui l'autore abbia deciso di abbandonare il programma concordato, aggredendo consapevolmente persona diversa dalla vittima prescelta e recidendo così, già sul piano oggettivo, il nesso eziologico fra l'istigazione e il fatto commesso; la seconda profilata dal caso in cui, benché la persona ‘diversa’ sia stata uccisa per un difetto di identificazione, il fatto realizzato non è imputabile a titolo doloso al concorrente morale, in quanto anomalo rispetto alla comune esperienza di vita¹¹⁰.

Né l'argomento proposto da Binding, né quello proposto da Puppe sembrano insuperabili.

Riguardo alla tesi di Binding essa perviene all'integrale ripiegamento della responsabilità dell'istigatore su quella dell'autore del fatto-reato, senza alcun riguardo al contenuto del disegno criminoso e, in particolare, alle istruzioni impartite dal compartecipe morale all'autore per identificare correttamente la vittima prescelta. È indubbio, dunque, che Binding prenda le mosse da un

¹⁰⁹ Cfr. I. PUPPE, *Verwechslung des Opfers durch Angestifteten Urteil vom 25.10.1990*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, 125.

¹¹⁰ Secondo il principio di diritto statuito proprio dalla Corte Suprema tedesca nell'“*Hoferbenfall*”, *Ivi*, 21: «Per l'istigatore è irrilevante l'errore dell'autore sull'identità della vittima, salvo i casi in cui quest'ultimo oltrepassa i confini della prevedibilità, desunti dalla comune esperienza di vita».

modello unitario di concorso di persone, nel quale la condotta istigatoria e quella esecutiva del fatto tipico sono intese alla stregua di segmenti di un'operazione unitaria, rispetto alla quale compartecipe morale e compartecipe materiale risultano meritevoli della stessa pena.

Aderendo a quest'ordine di idee la responsabilità dell'istigatore dipenderebbe esclusivamente dall'efficacia eziologica del contributo (di natura morale) per commettere il reato, in aderenza ai postulati di un esasperato positivismo eziologico, nel quale i presupposti della colpevolezza arrivano a collimare con quelli della imputazione oggettiva dell'evento.

Riguardo alla posizione di Puppe, la tesi non può essere condivisa per un ordine di argomenti analogo a quello già esposto in sede di analisi del reato aberrante monosoggettivo: definire l'oggetto del dolo *ex post* nei casi in cui la vittima designata si trova al di fuori dell'orizzonte visivo del compartecipe nel reato, equivale ad ammainare le vele del principio di colpevolezza per l'istigatore, oltre a ingenerare un'illegittima disparità di trattamento rispetto a situazioni nelle quali, ancorché soggetto attivo e soggetto passivo si trovino 'faccia a faccia', l'offesa in danno della vittima occasionale risulti un esito non imprevedibile della condotta.

Assecondando la prospettiva di Puppe si perverrebbe infatti a escludere necessariamente l'imputazione dolosa del fatto ogniqualvolta la vittima rientri nel campo visivo del compartecipe, benché l'offesa attinga persona la quale, ancorché al di fuori del campo visivo, facesse parte – in modo prevedibile – del contesto storico di svolgimento del fatto; viceversa si dovrebbe necessariamente statuire la responsabilità dolosa per il fatto laddove, malgrado l'istigatore abbia fornito tutte le indicazioni per identificare 'il bersaglio', nonché le modalità per attuare il piano idonee a prevenire errori, l'autore uccida una persona diversa.

Siffatto approdo importa evidentemente il cedimento del basamento personalistico dell'illecito penale, polverizzando i presupposti della colpevolezza nell'efficienza del contributo causale della istigazione per la realizzazione del fatto. Si può pertanto concludere aderendo alla posizione dominante nella letteratura tedesca, la quale in puntuale critica degli arresti giurisprudenziali richiamati, esclude la responsabilità dolosa dell'istigatore nel

caso in cui l'offesa in danno della vittima occasionale fuoriesca, alla luce del contenuto del mandato conferito all'autore, dall'oggetto del dolo.

Ricusata la punibilità a titolo doloso dell'istigatore nei casi di divergenza fra l'oggetto materiale dell'azione e l'oggetto del mandato criminoso, la dottrina ha dovuto conseguentemente cimentarsi nell'individuazione dei profili di responsabilità penale per l'istigatore. Sul punto si sono affermati due orientamenti: uno che considera l'istigatore responsabile per il tentativo di istigazione di un omicidio (*versuchte Anstiftung*, §§ 30 - 212 *StGB*); un altro, più rigoroso, che considera l'istigatore responsabile a titolo di concorso morale in un tentato omicidio (§ 26, §§ 22 - 212 *StGB*).

I primi Autori, negando che la condotta dell'autore del fatto tipico integri gli estremi di un tentativo punibile contro la vittima prescelta, di conseguenza ravvisano per l'istigatore solo una responsabilità per il tentativo di istigazione dell'omicidio in danno della vittima prescelta¹¹¹ e, ricorrendone gli estremi, di un omicidio colposo (§ 222 *StGB*)¹¹².

I secondi, ravvisando nell'agguato al di fuori delle scuderie gli estremi di un delitto tentato *in incertam personam*, considerano l'istigatore responsabile per il concorso morale in un tentato omicidio e, ricorrendone gli estremi, di un omicidio colposo (§ 222 *StGB*)¹¹³. La scelta per l'una o per l'altra ipotesi si rivela gravida di risvolti applicativi nella determinazione del trattamento sanzionatorio: considerando l'istigatore colpevole del tentativo di istigazione in concorso, eventuale, con un delitto colposo egli risponderebbe con la pena del tentativo (§ 22 *StGB*), ridotta secondo il § 49 *StGB*.

¹¹¹ Occorre rimarcare che la qualificazione giuridica della vicenda è compiuta ricorrendo al quadro normativo vigente. All'epoca dei fatti il tentativo di istigazione non era punibile secondo l'*RSStGB*. In argomento si veda anche K. LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 60.

¹¹² C. ROXIN, *Ivi*, 300 ss.; T. HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, cit., 63 ss.; SCHÜNEMANN, §26, in *Leipziger Kommentar*, cit., 772; E. RAMOS, *Die Wirkung des error in persona des Täters auf die Haftung des Anstifters: zur Möglichkeit einer ausreichend differenzierten Lösung*, in *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, Berlin, De Gruyter, 2014, 493, K. LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 59; N. NESTLER - P. PROCHOTA, *Error*, cit., 565 ss.

¹¹³ In questo senso R. VON HIPPEL, *Deutsches*, cit., 464; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit. 428; G. STRATENWERTH - L. KUHLEN, *Strafrecht*, cit., 120.

Ritenendo viceversa integrato un tentativo punibile nella condotta esecutiva precedente all'errore che ha portato all'offesa a persona diversa dalla vittima designata, l'istigatore risponderebbe per l'istigazione del reato commesso con la pena del delitto tentato, coincidente nell'ordinamento tedesco con quella del delitto consumato.

Solo la soluzione che opta, *di regola*, per la punibilità dell'istigatore per il tentativo di istigazione dell'omicidio commissionato risulta condivisibile. Se infatti riguardo all'autore del fatto principale è senz'altro fondato ravvisare gli estremi di un delitto tentato, allorché la condotta abbia integrato i requisiti richiesti dalla fattispecie di tentativo, sebbene la condotta sia diretta contro la persona falsamente identificata con la vittima designata, lo stesso rilievo non può valere per l'istigatore. Quest'ultimo, infatti, non ha conferito all'autore l'incarico di uccidere una persona qualunque, ma solo 'il bersaglio' individuato nell'accordo criminoso. Non è a dubitarsi – è appena il caso di precisarlo – che laddove anche la vittima prescelta, ancorché non attinta dall'offesa, venga a trovarsi nel medesimo contesto storico nel quale ha preso forma l'offesa in danno della vittima occasionale, l'istigatore sia responsabile a titolo di concorso morale del tentato omicidio, alla luce dell'effettivo pericolo al quale è stata effettivamente esposta la vittima designata¹¹⁴.

Con le considerazioni appena svolte, non si intende di certo disconoscere il timore di potenziali vuoti di tutela sotteso alla soluzione che esclude l'operatività dello schema *aberrante* nel concorso di persone.

Ancorché in misura minore, anche nell'ordinamento tedesco ricusare la responsabilità dolosa dell'istigatore a titolo di delitto tentato o consumato per

¹¹⁴ Ipotesi che si rivela alquanto remota, alla luce del condiviso rilievo in dottrina per cui anche al momento dell'agguato finalizzato a uccidere la vittima designata, la condotta non risulta ancora approdata alla fase esecutiva di un tentato omicidio. In tal senso, proiettando siffatte considerazioni sul caso "Rose-Rosahl", per ritenere integrati i presupposti di un tentativo punibile contro Schliebe, si dovrebbe assumere che quest'ultimo si trovasse accanto o comunque nelle vicinanze di Harnish al tempo della esplosione del colpo da parte di Rose. Diffida della configurabilità di un delitto tentato sulla scorta degli argomenti addotti K. LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 60, il quale colloca l'agguato nella fase preparatoria (*Vorbereitungshandlung*) del delitto. Nella nostra letteratura si veda G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 63, nt. 73.

L'offesa nei confronti della vittima occasionale importerebbe, infatti, l'accettazione di un sensibile depotenziamento della risposta sanzionatoria, limitata all'assoggettamento dell'istigatore alla pena a titolo di tentativo di compartecipazione (§ 30 *StGB*) per l'offesa diretta contro la vittima designata, oltre che, ricorrendo i presupposti dell'imputazione soggettiva, a titolo di reato colposo per l'offesa in danno della vittima occasionale. Il segnalato affievolimento della risposta sanzionatoria non può tuttavia rappresentare – senz'altro *de lege lata* – un argomento a supporto di una soluzione, quella della imputazione a titolo doloso del fatto realizzato, idonea a eradicare ai fini della scelta del titolo di ascrizione del fatto a carico dell'istigatore l'accertamento dell'evento perseguito mediante la condotta istigatoria.

In definitiva alla luce delle riflessioni che precedono occorre escludere la possibilità di addebitare a titolo doloso il fatto a carico dell'istigatore, ritenendo sufficiente l'arresto della risposta sanzionatoria a un grado inferiore rispetto a quello conseguente alla imputazione a titolo di concorso morale nel tentato omicidio o nell'omicidio consumato. Del resto, in base a quanto già osservato in relazione all'ordinamento italiano (*retro*, cap. III, § 9) basti considerare che l'istigatore ha scelto di prendere parte alla realizzazione del reato con una condotta di per sé atipica e che, per quanto subdola, rivela un disvalore sul piano della dannosità sociale senz'altro inferiore rispetto a quello che connota l'agente nelle ipotesi di illecito monosoggettivo.

6.2. *Excursus*: l'“*Hoferbenfall*” (o *Rose-Rosahl II*). L'*aberratio plurilesiva* per l'istigatore.

Oltre un secolo dopo il caso “*Rose-Rosahl*”, la Suprema Corte tedesca ha esaminato un caso – il cd. “*Hoferbenfall*”¹¹⁵ – parzialmente affine a quello deciso

¹¹⁵ BGH, 25 ottobre 1990, cit., 214 ss. La vicenda può essere schematizzata come segue: A decideva di uccidere B, figlio del suo primo matrimonio nonché suo unico erede. Al fine indicato ingaggiava il proprio dipendente C, al quale forniva tutte le informazioni utili a identificare correttamente B, per scongiurare l'uccisione di persone diverse dal ‘bersaglio’. Segnatamente offriva a C una descrizione scritta sull'aspetto fisico di B, corredata da una foto di quest'ultimo. Inoltre A indicava a C anche il luogo in cui doveva compiersi il delitto: B doveva essere assassinato nelle scuderie che generalmente attraversava di rientro alla propria residenza. La sera del

dal *Reichsgericht*. Due i profili differenziali da rimarcare: il primo consistente nel carattere plurilesivo della vicenda, derivante dall'offesa, oltre alla vittima occasionale, anche della vittima prescelta; il secondo nell'emersione dalla ricostruzione della vicenda svolta dalla Corte di un'attenzione certosina nella delineazione del mandato conferito dal soggetto istigatore/determinatore all'autore, corredato di tutte le informazioni necessarie (inerenti alla identificazione della vittima prescelta e alle modalità per eliminarla) per minimizzare il margine di errore nella fase esecutiva del piano.

Anche in questo caso, come già rimarcato, la Suprema Corte ha statuito la responsabilità dell'istigatore a titolo doloso per l'uccisione della vittima occasionale, oltre che a titolo di concorso morale per la condotta diretta a uccidere la vittima prescelta¹¹⁶. Come è agevole intuire, la questione giuridica principale che ha destato l'attenzione della dottrina è rappresentata dai profili di responsabilità penale a carico dell'istigatore alla luce della commissione di due fatti penalmente rilevanti, a fronte del mandato conferito da quest'ultimo per l'uccisione di una sola persona. Infatti, accedendo all'orientamento che ricusa l'operatività dell'*aberratio ictus* per stabilire la responsabilità dell'istigatore, ossia disconoscendo la direzione della volontà nei confronti di una persona determinata, quest'ultimo risponderebbe a titolo doloso del fatto commesso in danno della vittima occasionale.

25 novembre 1985, intorno alle ore 19:00, C si recava nel luogo prescelto e tendeva un agguato a B. Era buio e solo il pallido riflesso della neve che ammantava il terreno conferiva una luce fioca alla scena. In quel momento entrava nella scuderia D, affine per corporatura e statura a B. Spianato il fucile, C esplose il colpo che attingeva mortalmente D. Qualche momento dopo, nell'atto di accertare l'effettivo decesso della persona trafitta dal proiettile, si accorgeva di aver ucciso la persona 'sbagliata'. Senza avvisare A dell'accaduto qualche giorno dopo C si recava nuovamente alle scuderie e, dopo aver scorto B, esplose un colpo di fucile contro quest'ultimo, riuscendo tuttavia solo a ferirlo.

¹¹⁶ Riformando, questa volta, a differenza del caso "Rose-Rosahl", la sentenza del giudice di primo grado (il *Landsgericht* di *Bielefeld*), il quale aveva condannato l'imputato, oltre che per l'istigazione dell'omicidio tentato in danno della vittima prescelta, solo per il tentativo di istigazione in relazione all'uccisione della vittima occasionale.

Senonché è agevole osservare che a questa soluzione si contrappone la realizzazione, ancorché nella incompleta forma del tentativo, del fatto voluto in danno della vittima designata¹¹⁷. Infatti, una volta addebitato a titolo doloso l'omicidio commesso in danno della vittima occasionale, non residuerebbe più lo spazio necessario per imputare a carico dell'istigatore il tentato omicidio contro la vittima predestinata, offuscando in questo modo lo specifico finalismo che aveva informato la condotta di quest'ultimo.

Inoltre, considerando doloso il fatto commesso in danno della vittima malcapitata, si dovrebbe 'accettare il rischio' di mandare financo assolto l'istigatore per il secondo delitto, laddove non prevedibile alla luce del grado di dettaglio caratterizzante il mandato criminoso: in tal senso proprio nell'"*Hoferben-Fall*" la minuziosa descrizione delle caratteristiche fisiche, l'allegazione di una fotografia del 'bersaglio', l'indicazione del luogo più idoneo per portare a termine il piano, consentono di escludere la responsabilità a titolo di colpa dell'istigatore per deviazioni da parte dell'autore del fatto tipico dal mandato conferito. Si dovrebbe, conseguentemente, disconoscere lo *status* di persona offesa dal reato voluto dal mandante dell'assassinio proprio al figlio del quale il padre intendeva 'liberarsi'.

Conducendo alle logiche conseguenze l'ordine di argomenti testé addotti, si condivide, in ragione della maggiore aderenza alla caratterizzazione psicologica del fatto, il pensiero che ravvisa lo schema dell'*aberratio* plurilesiva in riferimento alla responsabilità dell'istigatore. Perciò, mentre l'autore del fatto di reato risponde a titolo di concorso materiale fra un omicidio doloso e un tentato omicidio, l'istigatore risponde a titolo di concorso morale nel tentato omicidio (*Anstiftung der Tötungsversuch*) della vittima prescelta. In relazione all'omicidio della vittima occasionale, il fatto non può essere imputato neanche a titolo colposo alla luce della determinatezza e della precisione dell'oggetto del mandato conferito all'autore, idoneo, almeno *ex ante*, a prevenire l'offesa in danno di persone diverse dalla vittima predestinata.

¹¹⁷ In questo senso si vedano le limpide riflessioni di C. ROXIN, *Rose-Rosahl*, cit., 301. *Contra* I. PUPPE, *Zur Revision*, cit., 10.

In definitiva si può osservare che proprio i casi in cui l'autore offende sia la vittima prescelta sia la vittima occasionale disvelano la necessaria infondatezza della imputazione a titolo doloso del fatto anche in ipotesi del 'tipo' "Rose-Rosahl". Se infatti, similmente a quanto già osservato nell'ipotesi di *aberratio* plurilesiva nell'illecito monosoggettivo (*retro*, cap. III, § 5), occorre considerare voluta (o 'naturalisticamente' dolosa) la condotta contro la vittima prescelta, sebbene costitutiva 'soltanto' di un reato tentato, non è dato coerentemente ritenere dolosa l'offesa in danno della vittima occasionale nell'ipotesi di *aberratio* monolesiva. In breve, sia nell'ipotesi monolesiva sia nell'ipotesi plurilesiva, la vittima designata dal mandante del delitto resta la medesima, e perciò identica deve essere la scelta sul versante soggettivo della imputazione per quest'ultimo. Perciò anche nella fattispecie monolesiva l'assenza della vittima designata dalla serie delle persone offese non permette di surrogarla con la vittima occasionale, ascrivendo all'istigatore a titolo doloso l'offesa in danno di quest'ultima: pena la contraddizione con il principio di uguaglianza della qualificazione giuridica delle due situazioni¹¹⁸.

7. Considerazioni finali.

Il ritratto impressionistico dello stato del dibattito in Germania esposto nei paragrafi precedenti ha senz'altro restituito la percezione di un elevato grado di consapevolezza da parte della dottrina e della giurisprudenza in merito ai problemi fondamentali posti dall'*aberratio ictus*. Più precisamente, mentre si ha avuto modo di riscontrare la prevalenza in dottrina dell'orientamento che valorizza il principio di colpevolezza, ripudiando un'imputazione oggettiva del dolo insensibile alla natura psicologica dello stesso, quanto alla giurisprudenza è dato riscontrare lo stesso grado di sensibilità soltanto limitatamente alla ipotesi di *aberratio ictus* monosoggettiva. Viceversa, per quanto attiene al concorso di persone, prevale un orientamento che, valorizzando il contributo istigatorio in funzione di antecedente causale della condotta determinante l'esito fatale, ascrive a titolo doloso al compartecipe morale (il soggetto istigatore) il fatto commesso dall'autore in danno di persona diversa dalla

¹¹⁸ In questo senso C. ROXIN, *Rose-Rosahl*, cit., 302; LETZGUS, *Vorstufen*, cit., 59.

vittima prescelta. Si ha già avuto modo di prendere posizione sul punto, ricusando quest'ultimo indirizzo di pensiero, al quale si contesta di fondare il giudizio di colpevolezza in base al più cieco e bieco determinismo, secondo il quale l'assoggettamento alla pena del delitto doloso dell'istigatore dipende non dalla compenetrazione tra il fatto istigato e il fatto commesso dall'autore materiale, ma dalla meccanica giustapposizione di una condotta dolosa (l'istigazione) sull'evento letale ascritto oggettivamente al concorrente morale¹¹⁹.

Alla luce di queste ultime considerazioni gli argomenti addotti dalla corrente di pensiero predominante nella dottrina tedesca costituiscono senz'altro un prezioso contributo per propugnare la rimozione dell'art. 82 dal sistema. L'abrogazione della disposizione valorizzerebbe il reale contenuto psicologico del fatto, devolvendo all'accertamento giudiziario l'individuazione di eventuali profili di responsabilità dell'agente: a titolo di tentativo per la condotta diretta contro la vittima designata; a titolo colposo per il fatto commesso in danno della vittima occasionale.

Conviene svolgere un'ultima riflessione. Se è vero, sulla scorta degli argomenti già esposti, che l'orientamento prevalente nella letteratura e nella

¹¹⁹ In contrasto con il principio consacrato nella nota massima criminalistica – comunemente attribuita a Bartolo – “*obligor ex delicto propter mandatum, non ex mandato*”, in base al quale nel concorso di persone l'istigatore risponde per il fatto commesso dall'autore in quanto conforme al mandato criminoso, e non per qualunque fatto solo in quanto *occasionato* dalla condotta istigatoria, intesa alla stregua del *primum movens* della condotta causativa dell'evento tipico. In tema si veda S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 1127: «Non è possibile ancorare la responsabilità dell'istigatore solo alla creazione o rafforzamento dell'altrui proposito criminoso; se così fosse, infatti, potrebbe ritenersi che l'istigatore, una volta compiuta la sua condotta, sia responsabile di qualunque illecito commesso dall'esecutore in connessione con l'originario proposito criminoso o, al contrario, che egli risponda solo di quel particolare fatto (in senso storico e naturalistico) che sia stato da lui voluto». Declinando le osservazioni dell'A. ai nostri fini si può notare la mancanza nel processo motivazionale del giudizio sia del caso “Rose-Rosahl” sia dell’“*Hoferbenfall*” di uno sforzo argomentativo da parte delle Corti diretto a sostenere l'imputazione dolosa del fatto a carico dell'istigatore sulla base della razionalità e, quindi, dell'appartenenza al patrimonio della comune esperienza del comportamento dell'autore del fatto principale, ad onta della sua deviazione dal piano concordato.

giurisprudenza tedesche (limitatamente alla ipotesi di *aberratio ictus* nell'illecito monosoggettivo) merita di essere avallato per la sua maggiore aderenza al carattere personalistico dell'illecito penale, tuttavia non si può trascurare che in un sistema in cui il trattamento sanzionatorio del delitto consumato coincide con quello del delitto tentato (§ 22 *StGB*)¹²⁰, ed è punibile l'istigazione non accolta (§ 30 *StGB*), la coerenza interna della soluzione 'pluralistica' sia pregiudicata sul versante della disciplina sanzionatoria dall'assoggettamento dell'agente a una pena più rigorosa di quella applicabile per la consumazione di un unico reato doloso.

Non è a dubitarsi, tuttavia, che quest'ultimo approdo riposi sulla particolare concezione dell'illecito penale e, più in generale, sulle funzioni della pena condivise nel diritto positivo di un dato ordinamento – nella specie quello tedesco – le quali esulano evidentemente dall'oggetto del presente lavoro.

8. L'ordinamento spagnolo: lo stato del dibattito prima e dopo la *Ley Orgánica* n. 8 del 1983.

Nella sua formulazione originaria risalente al 1870, l'art. 1 del codice penale spagnolo dispone quanto segue al terzo comma: «Una persona che commette volontariamente un reato è penalmente responsabile, anche se il reato commesso è diverso da quello che intendeva commettere».

¹²⁰ La disciplina del delitto tentato, sotto il duplice profilo della struttura del fatto tipico e della risposta sanzionatoria, è sovente raffigurata come 'il banco di prova' per verificare la tenuta delle garanzie costituzionali in materia penale. Cfr. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale*, cit., 399: «Il tentativo rappresenta in effetti un fondamentale banco di prova del modello di diritto penale fatto proprio da qualsiasi legislatore: sia la struttura, sia il trattamento sanzionatorio del tentativo sono diversi a seconda che ci si ispiri ad una concezione del reato di impronta soggettivistica o sintomatica, ovvero alla concezione del reato come offesa a un bene giuridico». Cfr. anche G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, 7 ss., il quale individua nel carattere «indispensabile per la integrità delle istituzioni e la sopravvivenza stessa della società» del bene e nel carattere «tipicamente pericoloso» della condotta, il duplice limite alla incriminazione nella forma di fattispecie autonome di fatti che altrimenti costituirebbero soltanto 'atti preparatori' di regola penalmente irrilevanti.

L'indirizzo prevalente nella dottrina e l'unanime giurisprudenza riconoscono nella norma la consacrazione del principio del *versari in re illicita* e, con specifico riguardo all'*aberratio* (sia *ictus* sia *delicti*), la qualificazione giuridica della vicenda come un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa¹²¹. Secondo quest'ordine di idee l'art. 1 del codice previgente impone la punizione a titolo doloso di qualunque fatto penalmente rilevante sul piano oggettivo, congiunto da un nesso causale a una condotta illecita di natura dolosa. Per avvalorare la tesi, l'indirizzo dominante in dottrina adduce, in funzione di argomento *a contrario*, l'ottavo comma dell'art. 8 del codice previgente, il quale esclude la punibilità dell'agente quando, «tenendo una condotta lecita con la diligenza dovuta commette un fatto penalmente rilevante involontariamente e senza colpa». Il raffronto in chiave sistematica fra le due disposizioni delinea il quadro di un diritto penale eticamente orientato: da condotte penalmente illecite deriva una responsabilità penale a titolo doloso per il fatto realizzato, ancorché l'evento non fosse prevedibile per l'agente (art. 1, comma terzo, c.p.); viceversa, da una condotta lecita non possono derivare conseguenze sanzionatorie, salva la sussistenza degli estremi di una responsabilità colposa per il fatto non voluto (art. 8, ottavo comma, c.p.).

Alla luce di quanto osservato con buone ragioni la prevalente dottrina spagnola prima della riforma delle disposizioni richiamate con la *Ley Orgánica* 25 giugno 1983, n. 8 considera irrilevante agli effetti penali l'errore determinante l'offesa a persona diversa dalla vittima designata. Più specificamente si ritiene preclusa dalla lettera della legge la 'scomposizione' della vicenda in un'ipotesi di delitto tentato nei confronti della vittima designata e in una di delitto colposo in danno della vittima occasionale. Infatti quest'ultima soluzione implicherebbe la necessità di accertare i requisiti di una responsabilità colposa per fondare l'imputazione delle conseguenze non volute dell'agire illecito, le quali a norma della disposizione in esame sono

¹²¹ Si veda per la esposizione delle diverse interpretazioni della norma citata, J. C. MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, 65 ss.

invece imputate a titolo doloso al soggetto, giacché risultanti da una condotta diretta a trasgredire la legge penale¹²².

Con la riforma del codice penale e il graduale abbandono del paradigma del ‘*versari in re illicita*’ in favore del principio di colpevolezza, la tesi del concorso di reati si è progressivamente imposta nella dottrina spagnola, sicché l’*aberratio ictus* è assimilata, relativamente agli effetti sul versante della responsabilità penale, alla figura dell’errore sul fatto idoneo a escludere la responsabilità dolosa (art. 14 c.p.)¹²³.

Per molti versi in modo analogo a quanto rilevato in fase di ricognizione dello stato del dibattito in Italia, anche per quanto attiene all’ordinamento spagnolo si può registrare il carattere recessivo della tesi ‘monista’ nella dottrina e, di contro, la condivisione unanime di quest’ultima nella giurisprudenza¹²⁴.

¹²² Favorevoli alla qualificazione del fatto come un reato consumato doloso a norma della disposizione in commento, F. P. PEÑA, *Derecho penal*, Barcelona, Nauta, 1959, 312; Q. RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, Rústica, 1958, 207; M. L. DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, Hispano Europea, 1964, 157; E. G. ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1979, 50; J. C. MIR, *Problemas fundamentales del derecho penal*, cit., 71. V. ANTÓN – M. C. ROSAL, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, 547; J. M. G. BENITEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984, 228. Favorevoli alla punizione a titolo doloso del reato consumato anche dopo la riforma dell’art. 1 c.p., Q. OLIVARES, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1989, 414; E. BAGICALUPO, *Principios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, 236; N. G. RIVAS, *El error en la teoría del delito*, in *Curso de derecho penal*, a cura di Zapatero, de la Torre, Barcellona, Experiencia, 2018, 299.

¹²³ Favorevoli alla soluzione pluralistica, G. R. MOURULLO, in *Comentarios al Código Penal*, diretto da Cordoba – Mourullo - Del Toro - Casabo, Barcelona, Civitas, 1972, II, 208 ss., nt. 12; J. M. R. DEVESA, *Derecho penal español*, Madrid, Civitas, 1990, 624; M. COBO - A. VIVES, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 507; F. M. CONDE - M. G. ARÀN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, 262; O. BERENGUER - E. G. CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, 383; S. M. PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcellona, Reppertor, 2016, 285 ss.; M. ESCAMILLA - M. LORENZO - V. M. DE GANTE, *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2012, 145.

¹²⁴ L’affermazione della natura dolosa del reato consumato nelle ipotesi di *aberratio ictus* trova la sua più limpida espressione in TS, 10 aprile 2001, n. 612: «Nel caso

Un attento studioso del tema ha rilevato come all'origine del dissidio nella letteratura in merito alla soluzione della questione risieda la diversità di contenuti con i quali è riempito l'oggetto del dolo. Infatti ancorché sul piano nominalistico risulti incontrovertibile in letteratura la definizione del dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico, tale formula assume contenuti mutevoli, dipendenti dalla concezione di reato condivisa dal singolo autore¹²⁵.

Più in particolare, come nota lucidamente Puig¹²⁶, alla base delle differenti ricostruzioni dell'oggetto del dolo risiederebbe una diversa concezione di bene

dell'errore nel colpo o "aberratio ictus", l'errore è la conseguenza di un mancato successo nella direzione dell'attacco, sia per mancanza di mira, sia per l'intervento di un terzo sulla traiettoria (...). Vi è, quindi, identità nell'interesse giuridico tutelato e, pertanto, l'errore, non incidendo sul primo, è irrilevante, in quanto l'identità della vittima è insignificante per la qualificazione giuridica del fatto, poiché in entrambi i casi (...), non vi è alcuna alterazione della qualificazione giuridica del fatto costituita dal delitto di lesione personale dolosa. In questo senso concordano la dottrina tradizionale e la sentenza di questa Corte dell'8 maggio 1995, in cui è stato affermato che se i fatti risultano equivalenti sul piano della descrizione normativa del reato, l'errore è irrilevante». Conff. TS, 24 marzo 2022, n. 1112; TS, 25 gennaio 2018, n. 1730; TS, 15 dicembre 2016, n. 5501; TS, 18 dicembre, 2007, n. 16050; TS, 1° dicembre 2006, n. 1230; TS, 7 febbraio 2002, n. 773; TS, 23 luglio 2001, n. 6484; TS, 5 maggio 1998, n. 2872.

Le pronunce del *Tribunal Supremo* sono consultabili sul sito ufficiale della Corte, al seguente indirizzo web: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

¹²⁵ Cfr. M. S. SANCHEZ, "Aberratio ictus", cit., 354.

¹²⁶ Cfr. S. M. PUIG, *Derecho penal*, cit., 285: «La soluzione dipende dalla concezione di bene giuridico che si intende adottare. Considerando il bene giuridico un valore astratto (per esempio, "la" vita, "la" salute etc. intesi come entità astratte) sarà coerente la soluzione che ritiene irrilevante l'errore e qualifica il fatto come un'ipotesi di delitto doloso consumato: poiché si intende ledere un dato valore e quel valore è stato leso, ancorché mediante l'offesa a un oggetto materialmente distinto da quello preso di mira. Viceversa, qualora, come si ritiene più corretto, si considera il bene giuridico come una realtà empirica, contraddistinta da alcuni caratteri che ne rendono meritevole la tutela penale (...), sarà rilevante lo sviamento dell'azione che determina la lesione di un oggetto materialmente diverso, ancorché equivalente, rispetto a quello preso di mira. I fautori di quest'ultima concezione del bene giuridico coerentemente ravvisano nel caso un'ipotesi di tentativo nei confronti della persona presa di mira in concorso, eventuale – se sussistono i requisiti della prevedibilità dell'offesa e della punibilità del fatto a titolo colposo – con un reato colposo in danno della vittima occasionale».

giuridico: una che attribuisce a quest'ultimo contenuti assiologici, definendolo come un'entità trascendente la sua dimensione empirica; un'altra che considera quest'ultimo il referente *reale* della condotta dell'agente, ritenuto meritevole di tutela mediante la previsione di una norma incriminatrice. Con parole diverse, assecondando la prima posizione il reato aberrante integrerebbe un'ipotesi di reato consumato doloso, in quanto il giudizio di colpevolezza per il fatto risulta surrogato dal giudizio di disvalore per l'offesa: l'agente ha voluto ledere e ha leso il valore salvaguardato dall'ordinamento e, di conseguenza, la sua condotta ha fondato un'ipotesi di responsabilità dolosa per l'offesa arrecata all'interesse penalmente tutelato. In questa impostazione la divergenza fra il voluto e il realizzato che non investe la tipologia di interesse tutelato può, alla luce delle modalità di svolgimento del fatto, incidere, eventualmente, sulla commisurazione della pena in senso favorevole al colpevole¹²⁷.

Aderendo alla seconda posizione, invece, nella vicenda aberrante si ravvisano necessariamente gli estremi di due reati, in quanto il giudizio di (dis)valore e il giudizio di colpevolezza si declinano su piani distinti: il primo orienta la politica criminale, individuando fra gli interessi umani quelli meritevoli di protezione penale e ha, in questo senso, natura prescrittiva nei confronti del legislatore; il secondo rappresenta l'esito della indagine sullo svolgimento di un episodio di vita e assume, in questo senso, natura descrittiva in quanto si limita ad accertare, limitatamente a quanto di interesse per l'integrazione della fattispecie, se nel fatto si sia realizzata la volontà del soggetto.

¹²⁷ Come precisato nel testo, tale esito dipende dalle peculiarità del caso concreto. Laddove il colpevole abbia offeso per un notevole difetto di mira persona diversa dalla vittima designata, potrebbe beneficiare di una pena più lieve per la manifestazione di una scarsa capacità delittuosa. Diversamente, laddove il colpo correttamente diretto verso la vittima designata attingesse un terzo che si fosse frapposto al momento dello sparo sulla traiettoria di tiro per sacrificarsi, non sussisterebbero i presupposti per una mitigazione del trattamento sanzionatorio, in quanto l'uccisione del terzo non indicherebbe in questo caso una scarsa capacità a delinquere del colpevole.

Non occorre indugiare oltre sul tema: si ha già avuto modo di argomentare a più riprese l'adesione alla concezione *realistica* del bene giuridico, denunciando lo spirito eticizzante e, in definitiva, illiberale, alla base della concezione funzionalista. Si può peraltro osservare, analogamente a quanto già rilevato nella disamina del dibattito nell'ordinamento italiano, come la definizione in termini valoriali del concetto di bene giuridico più che innestarsi su una data concezione dell'illecito penale, sembra rispondere, limpidamente in tema di *aberratio*, all'asserita necessità di rispondere a una precisa istanza sociale di una più vigorosa protezione degli interessi fondamentali dell'individuo: in Spagna come in Italia, infatti, il tentativo è sanzionato con una pena inferiore rispetto al reato consumato¹²⁸ e, di conseguenza, l'adesione alla soluzione pluralistica importerebbe un affievolimento della risposta sanzionatoria.

8.1. Oltre le tesi dell'unitarietà e della pluralità di reati. La teoria del nesso di rischio di Silva Sanchez.

Occorre registrare l'esistenza di una posizione intermedia che si colloca al di fuori della contrapposizione 'monisti'-'pluralisti', la quale fonda o esclude l'imputazione dolosa del fatto realizzato in base alla congruenza o anomalia dell'offesa alla vittima occasionale rispetto al rischio attivato dall'agente. Da questa diversa angolazione, che ripercorre gli orientamenti diffusi nella letteratura tedesca (*retro*, cap. IV, § 3) non è l'accertamento della realizzazione o del fallimento del piano perseguito dall'agente, né la percezione diretta della vittima designata a determinare o a escludere l'imputazione dolosa del fatto. Secondo questa prospettiva l'esclusione o il riconoscimento della responsabilità dolosa si fonda sulla possibilità di ravvisare nell'offesa in danno della vittima occasionale la concretizzazione del rischio prodotto dalla

¹²⁸ L'art. 62 del codice penale spagnolo dispone per il tentativo la riduzione della pena da un giorno a tre quarti della pena minima del delitto consumato. Ad esempio, il tentato omicidio (pena minima: dieci anni di reclusione ai sensi dell'art. 138 c.p.) è punibile nel massimo con la pena pari a nove anni, undici mesi e 364 giorni di reclusione; nel minimo con la pena pari a due anni e sei mesi di reclusione.

condotta dell'agente: sicché, ricorrendo ai consueti esempi del veneficio mediante spedizione della bevanda intrisa di veleno all'abitazione del nemico, il titolo di imputazione del fatto dipenderebbe dalla congruenza dell'evento all'area di rischio attivata dalla condotta. Qualora ad assumere la bevanda avvelenata fosse un vicino al quale il destinatario originario la avesse donata, l'offesa acquisirebbe carattere doloso, in quanto il risultato lesivo prodotto rientrerebbe, secondo la comune esperienza di vita, fra le prevedibili conseguenze della condotta dell'agente. Se, viceversa, l'evento travalicasse i confini dell'area di rischio attivata dalla condotta, esso non potrebbe essere imputato neanche a titolo colposo all'agente: è il caso in cui la coniuge astemia del destinatario della bevanda assumesse la bevanda velenosa ovvero del corriere che trafugasse il pacco e assumesse egli stesso la bevanda. In questi ultimi casi l'evento morte concretamente verificatosi esonderebbe dalla sfera di rischio correlata alla condotta dell'agente e, di conseguenza, in nessun caso sarebbe rimproverabile a quest'ultimo¹²⁹.

In generale, secondo quest'impostazione, nei casi in cui l'agente abbandoni di propria iniziativa il controllo diretto sull'esecuzione del reato decidendo di cederlo a terzi (un complice ovvero alla stessa vittima designata), si verterebbe necessariamente in un'ipotesi di responsabilità dolosa per il fatto commesso, salvo che l'evento in concreto conseguente alla condotta *rischiosa* (l'offesa in danno di *quella* vittima occasionale) configuri uno sviluppo dell'azione difforme dall'ordinaria esperienza di vita¹³⁰. Una lineare esposizione di tale orizzonte ermeneutico è offerta in una recente sentenza del *Tribunal Supremo*:

Ai fini della responsabilità dolosa è sufficiente accertare, secondo una ricostruzione classica del concetto di dolo, che una volontà abbia sorretto una condotta tipica mediante mezzi idonei alla realizzazione dell'evento. Tale

¹²⁹ Gli esempi riferiti si trovano in M. S. SANCHEZ, "Aberratio ictus", cit., 382.

¹³⁰ Cfr. ID., *Ivi*, 383 ss. Sulla tematica del nesso di rischio, in specie sulla esclusione della imputazione oggettiva dell'evento determinato *anche* da una *concausa* eccentrica rispetto alla violazione della regola cautelare (*causa*), quest'ultima comunque in rapporto di causalità adeguata con l'evento (ostativa, quindi, all'operatività all'art. 41 cpv. c.p.), si veda L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, 329, con ricorrenti richiami proprio all'Autore iberico.

volontà si deve estrinsecare in una decisione consapevole delle potenzialità lesive dei mezzi impiegati e diretta a impiegarli. (...) Secondo la concezione normativa del dolo, (...) quest'ultimo si radica nella consapevolezza del concreto pericolo determinato per il bene giuridico protetto, (...) vale a dire nella volontà di quanto sufficiente a conseguire un risultato analogo a quello effettivamente conseguito, come effetto del rischio prodotto»¹³¹.

Risulta agevole notare che sulla scorta di siffatta ricostruzione del dolo l'*aberratio ictus* assume rilevanza – nel senso di escludere l'imputazione a titolo doloso dell'evento – solo allorché lo sviamento della condotta esclude il nesso di causalità fra la condotta e la lesione dell'oggettività giuridica del reato: difatti, negli esempi richiamati, sia l'assunzione da parte della consorte astemia della bevanda velenosa, sia l'assunzione da parte del corriere della bevanda indirizzata al nemico, rappresentano eventi occasionali rispetto alla condotta, non correlati a quest'ultima secondo un rapporto di regolarità causale.

Come si ha già avuto modo di notare precedentemente, siffatta posizione incentra il disvalore penale del fatto esclusivamente sull'azione che mette a repentaglio il bene giuridico protetto, convertendo surrettiziamente in illeciti di condotta e di pericolo i delitti di omicidio e di lesione personale, malgrado questi ultimi rappresentino, al contrario, i prototipi dei reati di evento e di danno¹³².

Seguendo questa impostazione l'imputazione a titolo di dolo dell'evento non si fonderebbe sulla volontà di quest'ultimo da parte dell'agente, bensì sulla dolosità della condotta causalmente idonea a produrlo.

Osserva Silva Sanchez:

Breve. L'illiceità penale risiede nell'illiceità della condotta. Il carattere illecito di una condotta consiste nella concretizzazione in essa di un rischio per il bene

¹³¹ TS, 3 maggio 2018, n. 207, 8. In senso analogo TS, 7 aprile 2022, n. 1325, 4.

¹³² Cfr. M. S. SANCHEZ, *Ivi*, 366. Coerentemente, sotto questo profilo, con la funzione attribuita dall'Autore alla sanzione penale nello stato sociale di diritto: «Considero che la Costituzione dello stato sociale e democratico di diritto attribuisca alla pena una funzione preventiva. Di conseguenza ritengo allo stesso tempo che le norme penali (incriminatrici) si configurano come imperativi diretti a motivare i cittadini contro la commissione di fatti delittuosi. Siffatta posizione determina in misura decisiva la definizione della sostanza di antigiuridicità penale. Alla luce di siffatte osservazioni considero il reato una condotta diretta a ledere un bene giuridico».

giuridico. Il dolo, che deve riferirsi agli elementi della condotta tipica, si deve proiettare sui rischi di lesione del bene giuridico per integrare l'esistenza di un illecito doloso. La punizione per un delitto doloso consumato richiede che il dolo abbia investito proprio il rischio che ha dato vita al risultato lesivo. (...) Da diversa angolazione: l'evento deve costituire la realizzazione proprio del rischio voluto dall'agente mediante la propria condotta, e non di un rischio di diverso tipo dipendente in modo occasionale dalla condotta»¹³³.

Senonché, trattando la questione sul versante oggettivo della imputazione, la soluzione prefigurata eclisserebbe del tutto la dimensione psicologica del fatto, rinunciando a ricalcare il confine tra dolo e colpa: infatti, secondo questa prospettiva, una volta accertato che l'offesa arrecata alla vittima occasionale estrinseca il rischio veicolato dalla condotta dell'agente, il fatto dovrebbe essere imputato a titolo doloso, tanto se coincidente con il fine dell'azione (dolo intenzionale); quanto se corrispondente a una conseguenza non prevista e soltanto prevedibile al tempo della condotta (colpa).

Tale esito presta il fianco a due obiezioni e, per tanto, non può essere condiviso: per un verso postula l'oggettivizzazione di un fenomeno psichico quale è il dolo nel decorso causale della vicenda criminosa; per un altro fonde il dolo e la colpa in una massa informe nella quale sbiadiscono i tratti distintivi dei due elementi soggettivi del reato. In particolare la volontà dell'evento fuoriesce dall'oggetto di accertamento del dolo, per essere surrogata dalla prevedibilità: maggiore è la prevedibilità dell'evento, maggiori sono le possibilità di imputare quest'ultimo a titolo doloso all'agente. Si ha già avuto modo di rilevare la fallacia dell'assunto, il quale mediante la degradazione di un elemento psicologico effettivo (il dolo, ossia previsione e volontà dell'evento) in uno potenziale (la colpa, ossia la prevedibilità dell'evento) confligge con i principi di uguaglianza e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

9. L'ordinamento francese.

¹³³ ID., *Ivi*, 370.

Nell'ordinamento francese, il quale non prevede una norma specifica per l'*aberratio ictus*, tanto in passato¹³⁴ quanto allo stato prevale sia in dottrina¹³⁵ sia in giurisprudenza¹³⁶ la soluzione unitaria. Con maggiore precisione si può rilevare che, mentre allo stato attuale del dibattito in dottrina l'orientamento 'monista' risulta assolutamente preponderante, diversamente fra il diciannovesimo e il ventesimo secolo a esso si contrappone, propugnato da minoritaria ma autorevole dottrina, l'orientamento favorevole all'esclusione

¹³⁴ Già nella letteratura ottocentesca la dottrina più autorevole dell'epoca considera l'*aberratio ictus* – tradotta negli studi sul tema *erreur du coup* o *erreur de tir* – alla stregua di un'ipotesi di errore sull'identità del soggetto passivo del reato, inidoneo a escludere l'imputazione del fatto a titolo di dolo. Cfr. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Larose et Tenin, 1898, I 562; ID., *Précis de droit criminel*, Paris, Larose et Forcel, 1885, 212; J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, H. Plon, 1855, 152; A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie*, cit., 444 ss.; D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, C. Debure Pere, 1771, 3, 508.

¹³⁵ Cfr. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2022, 379; P. BOUZAT - J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963, 193. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1986, 477; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1991, 406; J. LARGUIER, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 1995, 42; M.-L. RASSAT, *Droit pénal*, Paris, Ellipses, 2017, 358; F. DESPORTES - F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2002, 625; P. CANIN, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 2014, 70. Da notare come alcuni fra gli Autori delle opere richiamate prospettano la possibilità di frazionare la vicenda, sul versante della qualificazione giuridica, attraverso le imputazioni a titolo di tentativo della condotta diretta contro la vittima designata e, eventualmente, a titolo colposo del fatto in danno della vittima occasionale. Nonostante ciò, nessuno di loro critica la soluzione unitaria consolidata nel diritto pretorio, riconoscendo, perciò, implicitamente la compatibilità di entrambe le soluzioni con i principi di uguaglianza e proporzionalità della sanzione penale. *Contra* DE VABRÉS, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, R. Sirey, 1947, 84.

¹³⁶ In riferimento alla giurisprudenza del diciannovesimo secolo si veda Cass. crim., 8 settembre 1826; Cass. crim., 31 gennaio 1835, entrambe in A. DALLOZ - D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1853, 14, 581, con nota adesiva dell'A. a 590. Conformi, successivamente, Cass. crim., 18 febbraio 1922, n. 329; Cass. crim., 21 novembre 1984, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambre criminelle.*, 362, 960 ss.; Cass. crim., 4 febbraio 1978, in *Revue de science criminelle*, 1978, 859; Cass. civ., 15 dicembre 1965, n. 250, in *Gazette du Palais.*, 1966, I, 250.

del dolo in riferimento all'offesa in danno della vittima occasionale¹³⁷. Tra gli esponenti dell'indirizzo 'dualista' svetta senz'altro Haus, il quale non solo in tema di *aberratio*, ma per il complessivo inquadramento giuridico della divergenza fra il voluto e il realizzato, si contraddistingue per l'acuta sensibilità verso una concezione della colpevolezza come presupposto, e non soltanto come oggetto, del giudizio di imputazione soggettiva. Preme dare voce direttamente all'Autore, per evitare quelli che si rivelerebbero maldestri tentativi di filtrare un pensiero che restituisce così limpidamente la quintessenza del carattere personale dell'illecito penale:

L'agente è colpevole simultaneamente a titolo di dolo e a titolo di colpa, allorché da un delitto voluto derivano conseguenze che egli non aveva preveduto, o non aveva voluto, ancorché queste ultime fossero da lui prevedibili al tempo della condotta. La colpa può concorrere con il dolo in innumerevoli occasioni: (...) quando il tentativo di offendere una persona si risolve nell'offesa di una persona diversa che l'agente non si era rappresentato; oppure quando l'agente si è determinato alla commissione di uno specifico delitto, ma quest'ultimo ha prodotto un'offesa più grave di quella voluta. Quando l'agente non ha previsto il risultato della propria condotta, dal fatto conseguono un'imputazione a titolo di colpa senza previsione e un'imputazione a titolo di dolo¹³⁸.

Le riflessioni di cui poc'anzi restituiscono un paradigma di responsabilità penale interamente permeato dal principio di colpevolezza, e refrattario, quindi, a forme di strumentalizzazione del soggetto attivo per rinsaldare il sentimento di sicurezza nella collettività, minacciato dall'offesa in danno di beni giuridici cardinali per la convivenza civile. Sia nel contesto di un agire lecito, sia nel contesto di un agire illecito, sia, in quest'ultimo caso, nell'ipotesi di equivalenza tra l'interesse attentato e quello leso, sia nell'ipotesi di

¹³⁷ Si vedano J. HAUS, *Cours*, cit., 83; F. J. RAUTER, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, Paris, Hingray, 1836, 183, il quale distingue il caso di errore non essenziale sull'identità del soggetto passivo da quello in cui «il colpo determinante la morte ai sensi della legge penale deriva, come nel caso del sicario incaricato di uccidere una persona, da un errore a causa del quale l'agente ha attinto una persona diversa dalla vittima prescelta». «In quest'ultimo caso», soggiunge l'A. (*ibidem*), «non si configura un omicidio doloso, mancando nell'agente la volontà dell'evento».

¹³⁸ J. HAUS, *ibidem*.

omogeneità tra l'interesse attentato e quello leso di maggiore rilievo, l'imputazione dell'evento non voluto resta dipendente dalla effettiva prevedibilità di quest'ultimo da parte dell'agente e, comunque, a titolo colposo.

Focalizzando l'indirizzo maggioritario si evince che quest'ultimo non solo considera doloso il fatto realizzato, ma ritiene altresì sussistente la premeditazione dell'agente, evidentemente nel caso in cui quest'ultimo abbia preordinato l'uccisione della vittima designata. La questione assume considerevole e specifica importanza dal momento che, diversamente dal codice vigente che conferisce alla premeditazione la natura di circostanza aggravante (art. 221-3 c.p.), il codice penale in vigore dal 1810 al 1994 disciplina l'omicidio premeditato come una fattispecie autonoma di reato (*Assassinat*, art. 296 c.p.). Quest'ultimo è sanzionato con la pena di morte (art. 302 c.p.); l'omicidio con la pena dei lavori forzati a vita (art. 304, comma secondo, c.p.). Così stando le cose, dal riconoscimento o dall'esclusione della premeditazione dipende la vita o la morte del soggetto agente.

In argomento si segnala il pensiero di Dalloz, il quale, muovendo oltre che dalle regole ordinarie in materia di elemento psicologico del reato, anche dalla definizione giuridica di omicidio premeditato (art. 297 c.p.), rileva la configurabilità di un "omicidio aberrante premeditato". Secondo l'A., infatti, poiché nell'ipotesi di *aberratio* muta esclusivamente «il risultato materiale, ma non il risultato lesivo della condotta» (la lesione del diritto alla vita)¹³⁹, se l'agente ha tramato l'uccisione di un uomo, malgrado quest'ultimo non corrisponda alla vittima effettiva, si configura la fattispecie di omicidio premeditato.

In merito all'argomento fondato sulla definizione legale della premeditazione, Dalloz ritiene come, dal momento che l'art. 297 c.p. si appaga – per configurare l'omicidio premeditato – della uccisione della "persona nella quale l'agente si imbatte o incontra", congiuntamente alla preordinazione dell'uccisione di una persona, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima non

¹³⁹ A. DALLOZ - D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, cit., 590.

coincida con la vittima, l'offesa realizzata resterebbe premeditata. Gli argomenti, ancorché suggestivi, non colgono nel segno: contro il primo valgono le obiezioni già esposte in precedenza in merito alla impossibilità logica di concepire la premeditazione in riferimento al soggetto passivo attinto per errore (*retro*, cap. III, § 6); contro il secondo è sufficiente osservare che l'art. 297 c.p., definendo la premeditazione come “la preordinata uccisione di un uomo determinato, o della persona in cui l'agente si imbatte (...)” non autorizza la soluzione interpretativa prescelta dall'A.

L'esegesi più aderente al dettato normativo permette infatti di riferire l'ultima parte dell'enunciato al caso in cui l'agente fosse *originariamente* determinato a uccidere un passante qualunque, ossia nei casi di quella che si potrebbe denominare “premeditazione indeterminata o alternativa”, e non anche al caso in cui l'agente abbia preordinato l'uccisione di una persona determinata e, per circostanze accidentali, ne abbia ucciso un'altra.

Riannodando le fila del discorso sul dibattito contemporaneo, per alcuni versi analogamente a quanto rilevato in merito alla letteratura tedesca, anche in quella francese si registra un caso – divenuto di pubblico interesse per la carica istituzionale rivestita dalla vittima designata – che ha catturato l'attenzione della dottrina sul tema: la mattina del 19 gennaio 1901 Vera Gelo, una studentessa russa, entrava nel *Collège de France* armata di rivoltella per vendicare un'offesa subita. Ritenendo di aver riconosciuto l'aggressore sparò in direzione di quest'ultimo. Tuttavia il proiettile non colpì la vittima designata, ma Alexandrina Zelenine, amica di Vera Gelo, la quale si era frapposta sulla traiettoria di tiro. Nel corso della istruzione dibattimentale emerge che l'imputata aveva confuso la vittima della tentata aggressione, il presidente della Camera Emile Deschanel, con l'individuo contro il quale intendeva vendicarsi. Sulla scorta delle risultanze delle perizie psichiatriche l'imputata è assolta, giacché ritenuta incapace di intendere e di volere¹⁴⁰.

Indipendentemente dalla soluzione adottata nel caso concreto, la quale prescinde ad ogni evidenza dalla tesi condivisa in materia di *aberratio*, è

¹⁴⁰ L'episodio è riferito e commentato da H. VARENNÈS, *Un An de Justice*, Paris, 1900-1901, 156, 167, 311 - 325.

interessante notare come la giurisprudenza francese, più di quella di altri ordinamenti continentali, fondi la qualificazione dell'*aberratio ictus* come una figura unitaria di responsabilità dolosa, sulla base della semplice concomitanza nel fatto di elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, come se quest'ultimi rispecchiassero due fenomeni empiricamente distinti, e non due punti di osservazione (esterno per l'elemento materiale, interno per quello psicologico) per giudicare un episodio di vita¹⁴¹.

Inoltre, diversamente da quanto osservato in merito a Italia e Spagna, la soluzione 'unitaria', ancorché ancorata a un paradigma di responsabilità oggettiva, si rivela in concreto la più favorevole per il colpevole: infatti alla luce della parificazione delle conseguenze sanzionatorie fra tentativo e reato consumato (art. 121-4 c.p.), nell'ipotesi di applicazione della disciplina del concorso di reati, il colpevole risponderebbe per il tentativo contro la vittima designata con la stessa pena del delitto consumato, alla quale si aggiungerebbe la pena del delitto colposo in danno della vittima occasionale.

Tale esito conferma che il rigore caratterizzante la soluzione 'unitaria' non risiede necessariamente nelle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla punizione dell'agente per il fatto commesso a titolo doloso, quanto

¹⁴¹ Particolarmente espressiva della censurata sovrapposizione del piano della fattispecie astratta con quello del fatto concreto è Cass. crim., 18 febbraio 1922, cit.: «Considerato che l'omicidio commesso con l'intenzione di causare la morte è qualificato come omicidio dall'art. 295 del Codice Penale; che l'intento omicida è integrato dal momento che il colpevole ha la volontà di uccidere e anche se ha ucciso una persona diversa da quella che intendeva uccidere per raggiungere l'obiettivo; (...) considerato che dal rapporto redatto ai sensi dell'articolo 108 della legge militare risulta che l'imputato ha sparato ad A., ma che ha colpito e ucciso M; considerato che il giudice di primo grado ha ravvisato un tentato omicidio nei confronti di A e un omicidio colposo nei confronti di M; (...) Occorre rilevare come la condotta in esame non aveva il carattere di tentato omicidio, in quanto ne è conseguita la morte, né ha avuto carattere di omicidio colposo, in quanto l'imputato ha agito con intento omicida». Ripercorrendo la *ratio decidendi* è agevole osservare che la condanna non si fonda sulla *compenetrazione* tra il fatto e la volontà, ma sulla mera *concomitanza* fra l'elemento oggettivo (la causazione dell'evento morte) e l'elemento soggettivo (la volontà di uccidere) della fattispecie di omicidio.

nell'alleggerimento delle esigenze probatorie imposte dalla soluzione pluralistica: specificamente, da un lato l'accertamento degli estremi di un tentativo punibile nei confronti della vittima designata (in particolare, il requisito della idoneità dell'azione); dall'altro l'accertamento sull'effettiva prevedibilità dell'offesa in danno della vittima occasionale.

Infine si considera opportuno esprimere una riflessione, la quale sarà compiutamente sviluppata nella disamina delle prospettive di riforma: come si ha avuto modo di osservare, anche senza una norma specifica per il caso analoga all'art. 82 c.p., la giurisprudenza di legittimità francese, analogamente a quella spagnola, ravvisa concordemente nei casi di *aberratio* gli estremi di un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa. In prospettiva *de lege ferenda* il rilievo conferma che la rimozione dell'art. 82 dall'ordinamento non osterebbe alla perdurante qualificazione della vicenda alla stregua di un'ipotesi unitaria di responsabilità dolosa, ascrivendo all'abrogazione del precetto la funzione di razionalizzare l'architettura normativa in materia di colpevolezza, eliminando una fattispecie (asseritamente) iterativa dei principi in materia di responsabilità dolosa.

CAPITOLO V

LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Sommario: 1. L'itinerario della riforma: l'abrogazione degli artt. 82 e 83 c.p. – 2. Una proposta: una fattispecie aberrante per la parte speciale e una fattispecie aberrante per la parte generale. – 2.1. Omicidio aberrante, lesione personale aberrante e morte derivante da diverso delitto: per una revisione della disciplina in tema di divergenza fra il voluto e il realizzato. – 2.2. La fattispecie di parte generale. *Excursus*: l'oggetto del dolo nei delitti contro beni diversi dalla 'integrità umana'. – 3. Rilievi di sintesi e considerazioni finali.

1. L'itinerario della riforma: l'abrogazione degli artt. 82 e 83 c.p.

È stata a più riprese caldeggiata nel corso della trattazione la soppressione dell'art. 82 c.p., in quanto foriero di un paradigma di responsabilità penale in contrasto necessario con il principio di uguaglianza ed eventuale con quello di colpevolezza. Il primo si sostanzia nella tensione con il principio di proporzionalità (estrinseca) del trattamento sanzionatorio, consistente nella manifesta irragionevolezza della punizione dell'agente con la sanzione prevista per la fattispecie di reato doloso in un'ipotesi in cui sussistono gli estremi di un delitto tentato (per l'offesa diretta contro la vittima designata) e/o di una responsabilità colposa (per l'offesa in danno della vittima occasionale). A titolo esemplificativo, in materia di omicidio, l'art. 82 assoggetta alla pena minima pari a ventuno anni di reclusione il colpevole analogamente a un caso ordinario di omicidio doloso. Viceversa, ricorrendo alle regole generali, la pena minima corrisponderebbe a: a) sette anni di reclusione, sussistendo esclusivamente gli estremi del tentato omicidio; b) sei mesi di reclusione, sussistendo esclusivamente gli estremi dell'omicidio colposo; c) sette anni e un giorno di reclusione, sussistendo sia gli estremi del tentato omicidio sia quelli dell'omicidio colposo.

La discordanza eventuale con il principio di colpevolezza riposa sull'assoggettamento dell'agente a sanzione penale per un fatto che, in mancanza della disciplina dettata dall'art. 82 c.p., potrebbe risultare, parzialmente o interamente, non penalmente rilevante: infatti la fisionomia

della fattispecie in esame non evoca né i requisiti (oggettivi) del delitto tentato, né i requisiti (soggettivi) del reato colposo.

Attraverso il presente capitolo si delineano le modalità più coerenti con lo scopo, alla luce dello stato del dibattito in Italia e negli ordinamenti esaminati nell'analisi comparatistica.

A tale riguardo conviene dapprincipio rimarcare che nell'ordinamento italiano e in quello inglese, nei quali l'imputazione a titolo doloso del fatto riposa su una norma regolante segnatamente la situazione *aberrante*, la giurisprudenza considera concordemente quest'ultima la pleonastica riaffermazione delle regole comuni in tema di colpevolezza. Nell'ordinamento spagnolo e in quello francese, i quali non dotano la vicenda di autonoma regolamentazione normativa, la giurisprudenza ravvisa in modo concorde nel fatto gli estremi di un'ipotesi unitaria di responsabilità a titolo di reato doloso (consumato).

Soltanto nell'ordinamento tedesco, il quale non demanda a una norma specifica la disciplina della vicenda *aberrante*, la giurisprudenza disconosce concordemente – nella fattispecie monosoggettiva – la natura dolosa dell'offesa in danno della persona diversa dalla vittima designata. Mette conto altresì segnalare che nel progetto, poi naufragato, di codice penale comunitario, diretto ad attuare quello spazio comune di “libertà, sicurezza e giustizia” sancito dall'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), la disciplina dell'errore sul fatto (art. 11 del Progetto)¹ non presenta alcun riferimento all'*aberratio ictus*, autorizzando siffatta omissione a inferire il recepimento da parte della legislazione comunitaria della soluzione del diritto positivo (Italia e Inghilterra) e del diritto vivente (Francia e Spagna) condivise dalla maggioranza degli ordinamenti continentali.

In considerazione di siffatti rilievi non è difficile pronosticare che l'abrogazione dell'art. 82 non varrebbe a suggellare un diverso inquadramento

¹ In argomento si veda M. DELMAS MARTY - J. VERVAELE, *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Antwerp, Gronigen, Oxford, Intersentia, 2000, vv. II, III, 304 (in riferimento all'ordinamento francese), 354 (in riferimento all'ordinamento tedesco), 499 (in riferimento all'ordinamento italiano), 787 (in riferimento all'ordinamento spagnolo), 877 (in riferimento all'ordinamento inglese).

giuridico dell'*aberratio ictus*. Sotto questo profilo, a complemento di quanto precedentemente riscontrato nel diritto vivente, occorre rilevare come anche tra le fila della dottrina un orientamento, ancorché recessivo, disconosca la deviazione dell'art. 82 dalle regole generali (artt. 42, 43, 47 c.p.) in tema di responsabilità penale.

Senz'altro eventuali indicazioni nella Relazione illustrativa della proposta di riforma profilerebbero validi elementi argomentativi, mediante un'interpretazione autentica della normativa di risulta, verso l'esclusione della 'natura' dolosa dell'offesa in danno della vittima malcapitata (anche) nei casi di *aberratio ictus*. Cionondimeno – è noto – fra i canoni ermeneutici, l'interpretazione autentica può fungere al più da argomento di prova della validità di una proposta esegetica (già) fondata sulla interpretazione sistematico-letterale dell'enunciato.

Così stando le cose appare più conforme al suindicato scopo – armonizzare la disciplina sull'*aberratio ictus* ai principi di proporzionalità sanzionatoria e di colpevolezza – non limitarsi all'abrogazione dell'art. 82 c.p., ma sottoporre a revisione l'intero apparato normativo della fenomenologia *aberrante*. A quest'ultimo riguardo è agevole segnalare anzitutto l'opportunità di espungere dall'ordinamento la fattispecie di cui all'art. 83 c.p.: a decorrere dalle sentenze della Corte Costituzionale 24 marzo 1988, n. 364 e 13 dicembre 1988 n. 1085, nonché della Suprema Corte a Sezioni Unite, datata 29 maggio 2009, n. 22676, le quali hanno puntualizzato lo statuto normativo della responsabilità penale, ricusando la legittimità di giudizi di colpevolezza disancorati dall'accertamento dei requisiti della responsabilità colposa, la fattispecie di *aberratio delicti* ha assunto la forma di un'inutile iterazione della fattispecie generale di concorso formale di reati art. 81 c.p., *sub specie* del concorso formale tra un delitto doloso e un delitto colposo. Quindi, con specifico riferimento all'*aberratio ictus*, si prefigura da un lato la riforma della disposizione di cui art. 82 c.p. intesa a eradicare espressamente l'imputazione a titolo di dolo del fatto in danno della vittima occasionale, dall'altro l'introduzione di una fattispecie in tema di omicidio e di lesione personale aberranti nella parte speciale, fedele alla tradizionale pertinenzialità della materia ai delitti di sangue.

Una chiosa: la rimozione dall'ordinamento del paradigma della responsabilità oggettiva insito nell'attuale configurazione normativa dell'*aberratio ictus* impone la sinergica innovazione della disciplina dell'*error in persona* di cui all'art. 60 c.p.

Quest'ultima fattispecie – debole contrappeso al modello di responsabilità oggettiva di cui all'art. 82 c.p. – deve essere emendata in senso estensivo, ampliando l'operatività della rilevanza putativa delle circostanze attenuanti. In tal senso si propone la riformulazione del capoverso dell'articolo, estendendo l'operatività in forma putativa nelle ipotesi di *error in persona* a tutte le circostanze attenuanti l'offesa voluta contro la vittima designata. L'innovazione persegue l'obiettivo di coordinare la nuova fisionomia – 'pluralistica' – della normativa in materia di *aberratio ictus* con la ipotesi di *error in persona*: mentre, infatti, secondo la nuova regolamentazione dell'*aberratio ictus*, in questa ultima ipotesi l'offesa diretta contro la vittima designata risulterebbe attenuata, ad esempio, dall'aver il colpevole reagito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui' (art. 62, comma primo, n. 2, c.p.), nella ipotesi di *error in persona* ad analogo temperamento sanzionatorio osterebbe la restrizione della valenza putativa soltanto alle circostanze inerenti ai rapporti fra colpevole e vittima e alle qualità o condizioni soggettive di quest'ultima. La riformulazione del secondo comma dell'art. 60 c.p. nel senso indicato preverrebbe siffatta disparità di trattamento, oltre a temperare la distanza sul piano della risposta sanzionatoria fra situazioni – l'*aberratio ictus* e l'*error in persona* – sensibilmente differenti dalla prospettiva del dolo dell'illecito, ma consimili da quella della volontà del suo autore.

2. Una proposta: una fattispecie aberrante per la parte speciale e una fattispecie aberrante per la parte generale.

Prima di esporre le direttrici di riforma della normativa in materia di reato aberrante, conviene riannodare le fila del discorso sull'evoluzione della fattispecie aberrante dalle codificazioni preunitarie fino al diritto vigente.

Lo storico pendolarismo della disciplina in tema di *aberratio ictus*, in origine 'accessoria' a quella di omicidio, successivamente dislocata tra le "disposizioni comuni" ai delitti di omicidio e di lesione personale (art. 292), quindi trasposta

nella parte generale, dappprincipio nell'intitolato sulla colpevolezza (art. 52), in seguito in quello sul concorso di reati, tradisce le incertezze dei legislatori storici riguardo alla realtà criminale (reati di sangue o, qualora strutturalmente compatibile, qualsiasi reato?) da fronteggiare disponendo un trattamento sanzionatorio ampiamente più rigoroso rispetto a quello che la giurisprudenza avrebbe potuto irrogare condividendo la tesi 'dualistica' – tentativo e reato colposo – predominante nella dottrina e giurisprudenza tedesche a far tempo dalla seconda metà del diciannovesimo secolo. In tal senso l'iniziale circoscrizione – nei Progetti Preliminari del Codice del 1889 – della norma alle fattispecie di omicidio e di lesione personale restituisce la prudenza del legislatore storico all'atto di suggellare normativamente una disciplina sanzionatoria derogante (*in malam partem*) a quella comune. Anche la successiva trasposizione – nel Progetto definitivo – della norma (art. 52) nell'intitolato della parte generale in materia di imputazione soggettiva ("Imputabilità") rivela, in filigrana, la funzione derogatoria della norma rispetto alla regolamentazione comune sull'elemento psicologico del reato, come comprova anche il parziale contemperamento del rigore insito nel trattamento sanzionatorio per il fatto *aberrante* con il regime di valutazione delle circostanze attenuanti derogatorio *in bonam partem* alla disciplina ordinaria. Infine, l'attuale collocazione della norma nell'area del concorso di reati contraddice altresì la tesi che conferisce all'art. 82 c.p. portata puramente ricognitiva dell'oggetto del dolo, per come (già) delineato agli artt. 43 e 47 c.p.: se riguardo al cpv. dell'art. 82, l'immissione nell'alveo del concorso di reati si comprende alla luce del cumulo (giuridico) delle pene alle quali è assoggettato l'agente, riguardo invece alla fattispecie di cui al primo comma il suddetto dato topografico disvela, occultandola al contempo attraverso l'unità del trattamento sanzionatorio, la pluralità dei titoli di responsabilità penale nella situazione *aberrante*². Se infatti il legislatore del '30 avesse voluto dissipare ogni incertezza

² Coerente risulta quindi la scelta di C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 630, divergente da quella adottata comunemente nella manualistica, di trattare l'argomento nella tematica del concorso di reati: «La figura del *reato aberrante* si presenta come una deroga al regime sanzionatorio del concorso formale di reati, che troverebbe applicazione nella maggior parte dei casi disciplinati dagli artt. 82 e 83, se queste

intorno alla funzione dell'art. 82 nel sistema di imputazione soggettiva, avrebbe potuto disciplinare anche l'*aberratio ictus* monolesiva, oltre all'*error in persona*, nell'art. 60 c.p., come noto situato nel capo riservato alle "circostanze del reato": si sarebbe in questo modo rimarcato come sia riguardo all'*error in persona* sia riguardo all'*aberratio ictus* le uniche deroghe – *in bonam partem* – alla disciplina ordinaria in tema di imputazione soggettiva riguardassero la valutazione delle circostanze attenuanti e, *ratione temporis*, la imputazione delle circostanze aggravanti del reato. Benché – è stato già constatato – la Relazione illustrativa al progetto definitivo offra argomenti indicativi della funzione cd. dichiarativa dell'art. 82 c.p., essi non permettono comunque di disconoscere che l'inserzione della disciplina nell'area del concorso di reati presti il fianco alla tesi attributiva a quest'ultima funzione innovatrice nella definizione dell'oggetto del dolo: anzi, fra gli intendimenti legislativi su una disposizione espressi nelle Relazioni Ministeriali e il dato topografico relativo a quest'ultima appare necessario conferire maggiore rilevanza al secondo, in quanto appartenente al diritto positivo³.

Se, come si ritiene di aver provato, il travagliato percorso per individuare la *sedes materiae* della fattispecie aberrante adombra le incertezze dei legislatori storici sull'opportunità di dotare di una disciplina positiva, diversamente da tutti gli altri ordinamenti dell'area continentale, l'imputazione del fatto a titolo di dolo, incertezze di analogo spessore dimorano nella giurisprudenza in ordine alla ritenuta accessibilità dell'art. 82 c.p. a ogni fattispecie di reato. Del

ultime disposizioni non esistessero. Da un punto di vista sistematico, questo secondo profilo, sotto cui il reato aberrante viene in considerazione, ci sembra decisivo anche per la scelta della *sedes materiae* più appropriata per la esposizione della relativa problematica: non foss'altro, per la collocazione normativa, del tutto univoca, dell'istituto, appunto all'interno del capo dedicato al "concorso di reati".

³ Ancorché sia incontrovertibile la debole capacità vincolante della collocazione sistematica di una norma e, in generale, delle denominazioni legislative (ad esempio, la rubrica dell'articolo) non confluenti nella descrizione del fatto tipico, essa non va sottostimata eccessivamente, in quanto appartenente, in ogni caso, al diritto vigente. Sul punto è sufficiente richiamare le riflessioni di G. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1948, 32: «Deve pur sempre attribuirsi a tale manifestazione di volontà legislativa una qualificazione giuridica, e deve ad essa riconoscersi valore obbligatorio».

resto il dato comprova come anche in questa occasione gli intendimenti legislativi siano rimasti parzialmente disattesi nella loro trasformazione in diritto positivo.

Come già notato in fase di esame del predicato normativo, quest'ultimo risulta destinato a regolare unicamente i reati caratterizzati da una condotta, causalmente orientata, contro la persona. Peraltro la pertinenzialità dell'art. 82 c.p. ai delitti contro la integrità fisica della persona si allinea a un ordinamento penale che, similmente alla fattispecie aberrante, nel circuito delle fattispecie aggravate dall'evento ricorre al paradigma del "*versari in re illicita*" e all'inasprimento della pena limitatamente al verificarsi, conseguente a un illecito doloso, di una lesione in danno dell'essere umano.

Così stando le cose non sorprende registrare l'infrequenza nelle rassegne giurisprudenziali del ricorso all'art. 82 c.p. in riferimento a fattispecie di reato distinte dai delitti di omicidio e lesione personale. Si segnalano soltanto quattro precedenti, uno nella giurisprudenza di legittimità in tema di danneggiamento aberrante (*retro*, cap. III, § 1., nt. 10), tre nella giurisprudenza di merito, di cui due in tema di molestie e minacce *ex* art. 660 c.p. (*retro*, cap. III, § 1., nt. 4) e un altro in tema di incendio (*retro*, cap. III, § 1., nt. 9). Se è indubbio che una sentenza isolata del Supremo Collegio, anche allorquando esito virtuoso dell'esercizio della funzione nomofilattica, non vale a fondare un orientamento giurisprudenziale, altrettanto – e *a fortiori* – vale per i precedenti delle Corti di merito.

Cionondimeno preme rilevare che il mancato approdo all'esame del Supremo Collegio dei giudizi di merito dinnanzi richiamati, con certezza in riferimento ai procedimenti per i fatti di reato contravvenzionali (art. 660 c.p.) e con alta probabilità in riferimento ai procedimenti per il fatto delittuoso (art. 423 c.p.), sia dipeso dalla mitezza della pena irrogata. Inoltre, e infine, proprio l'adombrata introduzione di una fattispecie *aberrante* riservata esclusivamente ai delitti di omicidio e di lesione personale, ed escludente l'imputazione a titolo doloso dell'offesa in danno della vittima occasionale, potrebbe essere intesa come una deroga, *in bonam partem*, alla disciplina ordinaria della imputazione a titolo di dolo, il cui oggetto, fuori dalle ipotesi dell'omicidio e della lesione personale, avrebbe una latitudine maggiore: detto altrimenti, per tutte le

fattispecie distinte da quelle di omicidio e di lesione personale l'oggetto del dolo resterebbe sublimato nel valore riconosciuto dall'ordinamento all'oggetto materiale del reato, autorizzando giudizi di imputazione a titolo doloso fondati sulla equivalenza fra la cosa investita dalla volontà dell'agente e la cosa attinta dalla sua condotta; viceversa, riguardo alle fattispecie di omicidio e di lesione personale l'oggetto del dolo si sostanzierebbe nell'uomo attinto dalla volontà dell'agente, condizionando il giudizio di imputazione a titolo doloso alla *identità* fra l'uomo investito dalla volontà lesiva o omicidiaria e l'uomo attinto dalla condotta lesiva o omicidiaria.

2.1. Omicidio aberrante, lesione personale aberrante e morte derivante da diverso delitto: per una revisione della disciplina in tema di divergenza fra il voluto e il realizzato.

Profilati gli argomenti per sdoppiare la fattispecie aberrante in una disposizione pertinente esclusivamente alle fattispecie di omicidio e di lesione personale e in un'altra di parte generale, conviene definire il contenuto della fattispecie da situare nell'area comune ai cd. delitti di sangue.

Come si ha avuto modo di precisare preliminarmente, rimuovendo l'art. 82 c.p. dall'ordinamento la situazione da esso disciplinata risulterebbe financo penalmente non rilevante. Infatti l'offesa diretta contro la vittima designata potrebbe difettare degli elementi costitutivi del delitto tentato (art. 56 c.p.), in specie, della idoneità degli atti; il fatto in danno della vittima malcapitata potrebbe non soddisfare i requisiti della responsabilità colposa, in mancanza della prevedibilità dell'accadimento lesivo. Siffatto esito, indubbiamente risultante da una rigorosa applicazione del principio di colpevolezza, mal si attaglierebbe all'ordito normativo-penale a tutela della vita e della integrità fisica: come traspare dal mosaico delle fattispecie aggravate dall'evento e, in particolare, dalla fattispecie di omicidio preterintenzionale, il bene categoriale 'integrità personale' gode di una tutela penale rafforzata tanto sul terreno della imputazione soggettiva, quanto su quello della risposta sanzionatoria.

Con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 584 c.p., il colpevole a titolo di omicidio preterintenzionale soggiacerebbe a una pena superiore rispetto al colpevole a titolo di omicidio aberrante, con evidente frizione con

il principio di uguaglianza, nella specie con il suo corollario costituito dalla proporzionalità sanzionatoria, giacché a un disvalore soggettivo di grado inferiore, quello del colpevole a titolo di omicidio preterintenzionale (dolo di percosse o di lesione personale), corrisponderebbe una pena superiore rispetto a quella stabilita per un'ipotesi di disvalore soggettivo superiore, quello del colpevole a titolo di omicidio aberrante (dolo omicida).

In sede di riforma dell'art. 82 c.p. si rivela dunque ineludibile il confronto con la fattispecie di omicidio preterintenzionale⁴.

L'idea di sanzionare con una pena di eccezionale rigore la lesione della vita umana, anche quando risultante da un'aggressione diretta contro un bene distinto, benché omogeneo, non è esclusivo appannaggio del codice vigente⁵. Ancorché quest'ultimo abbia indubbiamente inasprito la repressione delle aggressioni contro la persona, in ossequio al primato riconosciuto alla inviolabilità della integrità fisica altrui e, in una certa misura, alla indisponibilità della propria, invero anche il codice del 1889 prevede una tutela penale

⁴ Sul delitto di omicidio preterintenzionale la letteratura è estremamente vasta. Alcuni riferimenti bibliografici fondamentali sono senz'altro G. ZUCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, cit.; M. SPASARI, *Osservazioni sulla natura giuridica del cd. delitto preterintenzionale*, in *Arch. pen.*, 1957, I, 229 ss.; A. A. CALVI, *Reato aberrante*, cit., 1137 ss.; C. F. GROSSO, *Rapporti fra condotta ed evento nell'art. 584 cod. pen.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 882 ss.; ID., *Preterintenzione*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991; J. DE ASUA, *Il delitto preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 3 ss.; E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, II, 796 ss.; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento (profili storici e prospettive di riforma)*, Padova, Cedam, 1979, 180 ss.; G. INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, 754; V. PATALANO, *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 351; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989; ID., voce *Preterintenzione*, cit., 36 ss.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 35; A. REGINA, *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584. c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991, 521 ss.; ID., voce *Preterintenzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, 4481 ss.; S. T. CAGLI, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 1994, 352 ss. In tempi più recenti v. M. CATERINI, *Il reato eccessivo: la preterintenzione dal versarsi in re illicita al dolo eventuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; V. PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale anche come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa, 2016, 139; M. L. MATTHEAUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 113 ss.

⁵ Una disamina puntuale dei lavori preparatori in tema di preterintenzione e di omicidio preterintenzionale si trova in M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., 175 ss.

decisamente robusta a presidio della persona, nella funzione di massimo comune denominatore dei beni vita e integrità psico-fisica. È sufficiente notare che quest'ultimo contempla, oltre alla fattispecie di omicidio preterintenzionale (art. 368 c.p.), anche quella di lesione preterintenzionale (art. 374 c.p.), ascrivendo in entrambe le ipotesi a titolo oggettivo gli eventi, rispettivamente, lesivo e omicida⁶.

Analogamente, tra i codici preunitari, il codice penale del Granducato di Toscana, agli artt. 312, 330 c.p., il codice penale per il Regno delle Due Sicilie, agli artt. 362, comma secondo, e 363 c.p., il codice penale per il Granducato di Parma, all'art. 319, il codice penale per il Regno Lombardo-Veneto, ai §§ 134, 140, e il Regolamento dello Stato Pontificio, all'art. 293, sanzionano con una autonoma cornice editale l'omicidio *oltre* l'intenzione, adottando una pena sensibilmente superiore al cumulo materiale tra le pene del delitto di lesione personale (tentato o consumato) e del delitto di omicidio colposo⁷.

Il radicamento della fattispecie di omicidio preterintenzionale nella storia della legislazione penale italiana basta a giustificare la necessità di delineare, almeno nei tratti essenziali, i profili caratterizzanti il paradigma normativo di cui all'art. 584 c.p.

Per quanto riguarda la fisionomia oggettiva della fattispecie, dappprincipio occorre definire il contenuto degli atti diretti a ledere o a percuotere, quindi vagliare, al metro del canone della ragionevolezza, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio e la parificazione tra gli atti di percosse e gli atti di lesione nella fattispecie *de qua*.

In ordine alla prima questione è noto che la mancata riproduzione nell'art. 584 c.p. della terminologia dell'art. 56 c.p. ha stimolato nella letteratura e nella giurisprudenza un intenso dibattito fra gli assertori della necessità e quelli della ultroneità del tentativo di percosse o di lesione personale per la configurazione dell'omicidio preterintenzionale.

⁶ Sulla gestazione delle fattispecie di omicidio e di lesione preterintenzionali nei lavori preparatori del Codice Zanardelli, si veda ID., *Ivi*, cit., 132 ss.

⁷ Sulle configurazioni dell'omicidio preterintenzionale nei codici preunitari si veda ID., *Ivi*, cit., 94 ss.

Autorevole dottrina disconosce la necessità di un delitto tentato di percosse o di lesioni, rimarcando che «nel linguaggio del codice, così tecnicamente preciso, la formula “atti diretti a” sottende solo una pura finalità, in qualunque modo manifestata e indifferentemente riferibile a uno stadio preparatorio o esecutivo»⁸.

Pertanto, da un lato, la mancata riproduzione nell'art. 584 c.p. delle «note caratteristiche del delitto tentato»⁹ e, quindi, la scarsa pertinenza dell'appello alla univocità (o esecutività) e alla idoneità (o efficacia causale) degli atti per integrare la fattispecie, dall'altro il mancato ricorso al linguaggio comune delle fattispecie aggravate dall'evento (“dal fatto deriva”, “al fatto segue”)¹⁰ escludono il passaggio obbligato degli atti diretti a percuotere o a ledere attraverso il viatico del delitto tentato.

Secondo quest'ultima linea interpretativa la fattispecie di omicidio preterintenzionale consta, sul versante della imputazione oggettiva, di un rapporto di causalità tra i cd. atti di violenza e l'evento morte.

Sulle stesse cadenze argomentative dell'indirizzo dottrinale testé tratteggiato, la giurisprudenza di legittimità afferma univocamente, sebbene in tempi non recenti¹¹, che «l'ipotesi dell'omicidio preterintenzionale non deve ritenersi necessariamente ed esclusivamente legata al presupposto di un tipico tentativo di percosse o lesioni, poiché nel testo dell'art. 584 c.p. non è trasfusa la formulazione di cui all'art. 56 c.p. – atti idonei, diretti in modo non equivoco – ma è contemplata una forma di condotta atipica – atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli artt. 581 e 582 c.p. – nella quale può sussumersi anche un semplice comportamento minaccioso ed aggressivo, sempre che sia

⁸ S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 79.

⁹ C. F. GROSSO, *I rapporti*, cit., 823. In termini sovrapponibili A. REGINA, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., 526; ID., voce *Preterintenzione*, cit., 4486; V. PATALANO, voce *Omicidio*, cit., 988 ss.; G. INSOLERA, *Riflessioni*, cit., 754.

¹⁰ Cfr. C. F. GROSSO, *Ivi*, 824. Quanto alla contestazione di un preteso contrasto con il principio di materialità, l'A. obietta (*ibidem*) che «una estrinsecazione della volontà sarebbe pur sempre presente nella commissione della condotta cosciente e volontaria che ha prodotto l'evento “non voluto”».

¹¹ Cass. Pen. Sez. V, 17 marzo 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 533 ss. e in *Giust. pen.*, 1983, II, 99 ss. Conf. Cass. Pen., Sez. V, 10 giugno 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 305.

tendente a ledere o a percuotere». La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie concordano recentemente invece nel ravvisare, per un verso la natura oggettiva del requisito *direzionale* nell'art. 584 c.p. e, per l'effetto, la natura esecutiva degli atti di violenza; per un altro l'immanenza della idoneità a ciascun illecito penale e, per l'effetto, nei rispetti dell'omicidio preterintenzionale, la necessità di un rapporto causale qualificato tra gli atti di violenza e l'evento morte¹².

Nella dottrina si osserva autorevolmente che «l'evento voluto deve consistere almeno in un *tentativo di reato* (...) sia perché non è agevole comprendere come atti, non idonei e non univoci rispetto all'evento minore (es.: lesioni), possano essere “causali” rispetto all'evento maggiore (es.: morte), sia perché l'art. 43 parla di “azione od omissione” nel verosimile senso, tanto più se vista la locuzione nel contesto dello stesso, di condotta “tipica”, almeno *ex art. 56*»¹³.

Distinte le forze in campo congiuntamente ai rispettivi apparati argomentativi, è possibile prendere partito intorno alla necessità che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 584 c.p., gli atti diretti a ledere o a percuotere attraversino, nell'itinerario eziologico verso la morte del soggetto passivo, lo stadio evolutivo del delitto tentato.

¹² Cfr. S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 216; ID., voce *Preterintenzione*, cit., 724; A. A. CALVI, *Reato aberrante*, cit., 1137; F. PALAZZO, *Voluto e realizzato*, cit., 30; ZUCCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, cit., 16; PROSDOCIMI, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., 299; Recentemente F. BASILE, *sub art. 584*, cit., 5356; M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., 346; M. L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 140; V. PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., 114. Nella manualistica si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 354; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 693; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 427; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale*, cit., 385; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 218; G. DE FRANCESCO, *Principi*, cit., 465; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, 360; D. PULITANÒ, *L'omicidio*, in *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, a cura di Pulitanò, Torino, Giappichelli, 2014, 71. Nella giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 1° febbraio 2018, n. 18048, in *Guida dir.*, 2018, 26, 82; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, in *Dir. e giust.*, 2016, 27 ottobre; Cass. pen., Sez. II, 17 dicembre 2014, n. 301, in *Dir. e giust.* 2015, 9 gennaio; Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2008, n. 4237, in *Cass. pen.*, 2010, XII, 4189.

¹³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 354.

Si può quindi affermare che per il configurarsi della fattispecie di cui all'art. 584 c.p. sono sufficienti atti preparatori dei delitti di percosse o lesione personale *causativi* la morte di una persona. Per quanto sia indubbia la problematicità, in punto di materialità, offensività e personalità dell'illecito penale, di siffatto esito, le scelte terminologiche compiute nella formulazione dell'art. 584 c.p. permettono di prescindere dal tentativo di percosse o di lesione personale per il perfezionamento della fattispecie. Peraltro, oltre al dato testuale della norma *de qua*, a conforto di siffatta linea interpretativa militano anche le scelte terminologiche compiute dal legislatore in talune disposizioni incriminatrici, le quali inducono ad escludere l'idoneità e la univocità dalle caratteristiche *tipiche* degli "atti" di cui all'art. 584 c.p.: quanto alla idoneità è possibile richiamare le fattispecie di attentato modellate sul paradigma della fattispecie di delitto tentato, quali l'art. 241 c.p. ("Attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato"), che incrimina la perpetrazione di "atti violenti diretti *e idonei* a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero (...)"; l'art. 270 c.p., il quale ("Associazioni sovversive") incrimina "chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni dirette *e idonee* a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato (...)"; l'art. 283 c.p. ("Attentato contro la Costituzione dello Stato"), il quale incrimina ogni "*fatto* diretto *e idoneo* a mutare la Costituzione dello Stato (...)". Di contro, nel medesimo solco della tutela penale della personalità dello Stato, prescindono dalla nota tipica della idoneità di cui alla fattispecie di delitto tentato, l'art. 245 c.p. ("Intelligenze con lo straniero per impegnare lo Stato italiano alla neutralità o alla guerra"), il quale incrimina "chiunque tiene intelligenze con lo straniero per impegnare o per compiere atti *diretti* a impegnare lo Stato italiano alla dichiarazione o al mantenimento della neutralità"; art. 285 c.p. ("Devastazione, saccheggio e strage"), il quale incrimina "chiunque (...) commette un fatto *diretto* a portare la devastazione (...) è punito con l'ergastolo"; l'art. 289 c.p. ("Attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali"), a norma del quale "è punito con la reclusione da uno a cinque anni (...) chiunque commette atti violenti *diretti* ad impedire (...)". Il raffronto dell'art. 584 c.p. con il primo e il secondo

insieme di disposizioni di cui sopra, peraltro apparentate sia dall'identità dell'interesse tutelato, sia dall'appartenenza allo stesso intitolato normativo, permette di ritenere che, laddove l'idoneità tipizzi la condotta la legge lo dispone espressamente, viceversa occorre negare la necessità della idoneità degli atti in mancanza di espresso riferimento normativo.

In ordine al requisito della univocità (o esecutività) degli atti di violenza è sufficiente raffrontare la fattispecie *de qua*, oltre che con i reati aberranti, i quali richiamano espressamente la fase esecutiva (“errore nell'uso dei mezzi di esecuzione”) del reato, anche con l'art. 4, comma primo, lett. d), del d.lg. 11 settembre 2011, n. 159, il quale designa fra i destinatari delle misure di prevenzione gli “(...) coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere *atti preparatori*, obiettivamente rilevanti, *ovvero esecutivi* diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato (...)”. L'ultima disposizione richiamata permette di desumere che, non solo naturalisticamente, ma anche nel diritto positivo, gli atti preparatori sono distinti dagli atti esecutivi del reato e in mancanza, quindi, di espresso riferimento normativo alla fase esecutiva, assumono rilevanza penale anche gli atti preparatori. A contraddire tale interpretazione non vale osservare il riferimento da parte dell'art. 43, comma secondo, c.p. all'azione (“quando dall'azione od omissione”) per definire l'illecito preterintenzionale, la quale a sua volta involgerebbe il riferimento a una condotta penalmente rilevante *ex art. 56 c.p.*¹⁴ In merito è sufficiente replicare che sovente la disciplina generale degli istituti risulta derogata dalle disposizioni della parte speciale: basti qui richiamare la disciplina della reclusione, fissata nel massimo edittale in anni ventiquattro di reclusione

¹⁴ Sul punto, per tutti, A. REGINA, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., 327: «È corretto assegnare alla norma dell'art. 56 valore di clausola di estensione della punibilità di fatti altrimenti non previsti; ma non sembra corretto, al contrario, assegnare alla medesima norma la funzione generale di *criterio discrezionale fra un'attività lecita (...) e un'attività penalmente perseguibile*, almeno nei limiti in cui con ciò si pretenda di far diventare dotati dei connotati tipici del tentativo tutti gli atti che nelle singole fattispecie di parte speciale di essi connotati siano privi. (...) Gli atti descritti nell'art. 584 c.p. non possono dirsi così connotati, facendosi ivi riferimento ad *atti diretti* che non ha nulla a che vedere con l'idoneità e inequivocità degli atti di tentativo, né con l'idoneità o l'equivocità di essi».

nell'art. 23 c.p. e derogata dall'art. 630 c.p., il quale fissa il massimo edittale in anni trenta di reclusione. Analogamente, anche in tema di illeciti preterintenzionali, al legislatore non è precluso di strutturare taluni reati prescindendo dal requisito della esecutività (o univocità) degli atti e talaltri, come l'art. 593-ter, comma secondo, c.p. (“...con azioni dirette a provocare lesioni alla donna”), esigendolo. Si potrà obiettare: non si comprende «come atti, non idonei e non univoci rispetto all'evento minore (es.: lesioni), possano essere “causali” rispetto all'evento maggiore (es.: morte)».

L'obiezione disvela un profilo problematico sul versante della imputazione oggettiva, del pari a quelli inerenti alla definizione degli ‘atti diretti a percuotere’¹⁵, arrestatisi prima di varcare la soglia del delitto tentato e alla loro parificazione nell'art. 584 c.p. agli diretti a ledere¹⁶. “Le cause delle incomprendimenti” non sono tuttavia da addebitare all'interprete, giacché dipendenti, invece, dalla fisionomia del paradigma normativo, integrato (anche esclusivamente) da atti preparatori dei delitti di percosse (art. 581 c.p.) e di lesione personale (art. 582 c.p.). Siffatta aporia in punto di *materialità* e *offensività* del tipo non può essere negletta e, congiuntamente alle aporie, di qui a breve ripercorse, in punto di colpevolezza e di proporzionalità sanzionatoria, rende impervia, ancorché percorribile, una rilettura costituzionalmente orientata della disposizione. La soluzione più conforme alla separazione del potere

¹⁵ I quali, in quanto non riproposti nella fattispecie oggettiva dell'art. 593-ter, comma terzo, c.p., in materia di omicidio preterintenzionale di donna in stato di gravidanza, indicano una violazione del principio di proporzionalità per difetto (la cui declaratoria di illegittimità risulta pertanto interdotta dall'art. 25, comma secondo, Cost.) dell'art. 593-ter rispetto all'art. 584 c.p., sia perché il primo non incrimina gli atti diretti a percuotere incriminati dal secondo, sia perché il primo sanziona con una pena di minore rigore (da anni otto ad anni sedici di reclusione) una condotta di disvalore maggiore (“azioni dirette a provocare lesioni”) rispetto a quella incriminata dal secondo (“atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582”) e sanzionata con una pena di maggiore rigore (da anni dieci ad anni diciotto di reclusione). In argomento si veda S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 84.

¹⁶ Per la critica, per il contrasto con il principio di uguaglianza e del suo corollario costituito dalla proporzionalità della pena, alla equiparazione degli atti diretti a percuotere agli atti diretti a ledere, cfr. S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., 217; ID., voce *Preterintenzione*, cit., 730.

giurisdizionale da quello legislativo consiste pertanto nella soppressione dell'art. 584 c.p., per opera legislativa o mediante declaratoria di illegittimità costituzionale, dall'ordinamento penale.

Spiegata la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale anche in mancanza di una condotta integrante gli estremi dei tentativi di percosse o di lesione personale, occorre adesso analizzare l'elemento psicologico del reato, per quanto attiene specificamente all'imputazione dell'evento letale. Attenta dottrina ha rilevato, sulla scorta delle indicazioni attinte dalla Relazione illustrativa del progetto definitivo, che l'intenzione del legislatore storico è il conio di una fattispecie tipizzata, sul versante della imputazione soggettiva, dal dolo della condotta e dalla prevedibilità dell'evento costitutivo del reato.

In particolare, notando la "evoluzione" dell'omicidio preterintenzionale da fattispecie di lesione personale aggravata nel progetto preliminare, a figura autonoma di reato nel testo definitivo (il vigente art. 584 c.p.), si desume il proposito legislativo di fondare l'imputazione dell'evento più grave (la morte) di quello voluto (percosse o lesioni) su un coefficiente psicologico, diversamente dalle circostanze aggravanti, ascrivibili (originariamente) anche soltanto in forza del nesso causale tra la condotta e l'evento¹⁷.

Per la prospettiva appena dischiusa campeggia del resto anche il dato topografico: sia del delitto preterintenzionale, intermedio al delitto doloso e al delitto colposo nell'art. 43 c.p., sia dell'omicidio preterintenzionale, intermedio rispetto all'omicidio e alla lesione personale (artt. 575 e 582 c.p.) da un lato, e all'omicidio colposo e alla lesione personale colposa (artt. 589 e 590 c.p.) dall'altro.

A poco vale obiettare che la preterintenzione costituisce un tipico esempio di formalismo giuridico, senza un precipitato empirico, giacché un fatto o è voluto e quindi dà luogo alla ipotesi di responsabilità dolosa, o non è voluto e, eventualmente, dà luogo alla ipotesi di responsabilità colposa. L'obiezione, ancorché fondata in chiave di critica del diritto, non risponde allo stato del diritto vigente, in quanto proprio l'indeterminatezza del titolo di imputazione preterintenzionale attende alla funzione, conforme alla tradizionale

¹⁷ M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., 195 ss.

configurazione dell'istituto, di convogliare in un'unica fattispecie e sotto un'unica comminatoria edittale ipotesi distinte di *culpa dolo determinata* (fatto colposo insorto da fatto doloso): sia l'ipotesi di cd. *culpa dolo proxima* (responsabilità colposa lambente la responsabilità dolosa), sia quella di cd. *culpa levis o levissima* (responsabilità colposa lambente la non imputabilità del fatto all'agente) dell'agente rispetto alla morte del destinatario degli atti diretti a ledere o percuotere¹⁸.

Non si può disconoscere che sancendo una presunzione generica (indifferentemente dagli atti *equivoci e imidonei* a percuotere o ledere al tentativo di percosse o di lesione personale) e assoluta di pericolosità degli atti di aggressione verso l'integrità fisica per la vita del soggetto passivo, l'art. 584 c.p. deroga, in misura irragionevole, ai principi di colpevolezza e di proporzionalità sanzionatoria:

riguardo al primo punendo l'agente (anche) in mancanza di prevedibilità dell'evento morte;

riguardo al secondo, stabilendo una pena minima, pari ad anni dieci di reclusione, e una pena massima, pari ad anni diciotto di reclusione, sproporzionate per eccesso rispetto a quella davvero intermedia all'omicidio doloso (da anni ventuno ad anni ventiquattro di reclusione) e all'omicidio colposo (da mesi sei ad anni cinque di reclusione).

Il poc'anzi tratteggiato e invero conclamato contrasto con i principi di colpevolezza¹⁹ e di proporzionalità della pena, congiuntamente alle note

¹⁸ Sulla esclusione del profilo soggettivo della colpa nelle fattispecie preterintenzionali si veda, per tutti, S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 210, il quale discorre di 'colpa generica oggettiva' o 'colpa generica normativizzata': «Il nesso che avvince inscindibilmente la norma oggettiva di colpa con la tipologia delittuosa della preterintenzione presta questo aspetto peculiare: l'elaborazione del profilo obiettivo della colpa non risiede su un piano "soggettivo-oggettivo" (...) – dove si avvertono i legami con le condizioni personali (capacità, esperienza, intelligenza) del soggetto inserito nel gruppo sociale di appartenenza – bensì va riportata su un piano astratto, che non è quello di un agente più o meno concreto e raggruppabile per tipi, ma quello dell'avveduto uomo medio».

¹⁹ Non sanabile, diversamente da quanto osservato in merito alla fattispecie oggettiva, tramite interpretazione costituzionalmente orientata del disposto, ostando la regolamentazione della preterintenzione quale titolo di imputazione autonomo dal

critiche già spiegate in punto di materialità e offensività del reato, impongono la rimozione dell'art. 584 dall'ordinamento penale²⁰.

Come è agevole notare, la sommaria analisi dell'omicidio preterintenzionale restituisce una fattispecie, e, più in generale, un istituto, la preterintenzione, per fisionomia quasi integralmente speculare all'art. 82 c.p.: entrambe le fattispecie postulano, quanto al fatto incriminato, una divergenza fra l'evento voluto e l'evento realizzato, una condotta, anche in forma inidonea (oltre che equivoca nell'art. 584 c.p.), orientata a ledere l'incolumità fisica altrui e una lesione in danno della persona (la morte nell'omicidio preterintenzionale, la morte o la lesione personale nel reato aberrante); quanto alla disciplina sanzionatoria le fattispecie risultano apparentate dalla predisposizione di una risposta sanzionatoria improntata al massimo rigore. La riforma sinottica degli artt. 82 e 584 c.p. passa, con ogni evidenza, dal riempimento delle aporie, in materia di colpevolezza e di proporzionalità della pena delle due figure di reato. Dapprincipio si prospetta l'abrogazione del titolo di imputazione preterintenzionale nella parte generale (artt. 42, comma secondo e 43, comma primo, n. 2, c.p.) e della fattispecie di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.). Quindi si adombra l'innesto nell'art. 586 c.p. di tre disposizioni: al comma secondo quella regolante la fattispecie di uccisione di un uomo come conseguenza non voluta di un tentativo di causare una lesione personale; al comma terzo sia quella regolante la fattispecie di uccisione di una persona diversa da quella contro la quale è diretta la condotta omicidiaria, sia quella regolante la fattispecie di lesione personale contro persona diversa da quella contro la quale è diretta la condotta lesiva.

Riguardo al precetto le tre disposizioni delle quali si propone la introduzione configurano altrettante ipotesi di concorso formale tra un delitto

dolo e dalla colpa negli artt. 42 e 43 c.p. In argomento si veda S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 82, il quale individua proprio nella disciplina di parte generale sulla preterintenzione l'insormontabile ostacolo alla possibilità di mutuare, per l'art. 584 c.p., la rilettura costituzionalmente orientata sperimentata riguardo all'art. 586 c.p. (Cass., Ss. Uu., 29 maggio 2009, n. 22676, cit.).

²⁰ Sulle proposte di riforma della preterintenzione e degli illeciti preterintenzionali contenute nei progetti di riforma del codice penale si veda M. CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., 350 ss.

tentato (tentata lesione personale nella disposizione del secondo comma; tentato omicidio nella prima parte della disposizione del terzo comma; tentata lesione personale nella seconda parte della disposizione del terzo comma) e un delitto colposo (omicidio colposo nella disposizione del secondo comma; omicidio colposo nella prima parte della disposizione del terzo comma; lesione personale colposa nella seconda parte della disposizione del terzo comma).

Quanto alla disciplina sanzionatoria, oltre al rinvio (implicito) alla pena del delitto tentato per il fatto voluto, si dispiega un aggravamento scalare della pena muovendo dalla fattispecie di gravità 'inferiore', quella attualmente in vigore, caratterizzata dalla suddetta *eterogeneità* fra il bene leso colposamente (la vita o la integrità psico-fisica) e il bene leso dolosamente (un bene di natura non 'personale'), trapassando la ipotesi di gravità intermedia, quella di cui al secondo comma, connotata dalla suddetta *omogeneità* fra il bene leso colposamente (la vita) e il bene attentato, o leso dolosamente (la integrità psico-fisica), approdando infine alle ipotesi di gravità maggiore, quelle di cui al terzo comma, connotate dalla suddetta *equivalenza* fra il bene leso colposamente (rispettivamente, la vita o la integrità psico-fisica) e il bene attentato, o leso dolosamente (la vita e la integrità psico-fisica). Nella ipotesi delittuosa di cui al primo comma si mantiene la circostanza aggravante ad effetto comune della pena del reato colposo; nella ipotesi delittuosa di cui al secondo comma si introduce una circostanza aggravante ad effetto speciale con aumento della pena del reato colposo fino alla metà; nella ipotesi delittuosa di cui al terzo comma si introduce una circostanza aggravante ad effetto speciale con aumento della pena del reato colposo da un terzo alla metà.

Senza ulteriori indugi si prospetta la riforma dell'art. 586 c.p. nei termini seguenti:

“Art. 586. Morte o lesione come conseguenza di altro delitto. Omicidio e lesione personale aberranti”.

“[I]. Quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate.

[II] *Quando dal delitto, consumato o tentato, previsto dall'art. 582 c.p. deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte di una persona, la pena stabilita nell'articolo 589 è aumentata fino alla metà.*

[III] *Quando dal delitto, consumato o tentato, previsto dall'art. 575 c.p. deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte di una persona diversa da quella offesa dal delitto consumato o tentato, la pena stabilita nell'art. 589 è aumentata da un terzo alla metà. Quando dal delitto, consumato o tentato, previsto dall'art. 582 c.p. deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la lesione di una persona diversa da quella offesa dal delitto consumato o tentato, la pena stabilita nell'art. 590 è aumentata da un terzo alla metà”.*

Qualche ulteriore puntualizzazione diretta a circostanziare il campo di applicazione delle tre fattispecie. Riguardo ai profili comuni alle fattispecie di cui al novellato art. 586 c.p., tutte raffigurano ipotesi di divergenza tra il soggetto passivo del reato doloso e il soggetto passivo del reato colposo con altrettante circostanze aggravanti della pena di quest'ultimo: alternativamente – alla identità fra la vittima del reato doloso e quella del reato colposo – nelle ipotesi di cui al primo e al secondo comma (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto; morte come conseguenza di un tentativo di lesione personale), necessariamente nelle ipotesi di cui al terzo comma (omicidio e lesione personale aberranti).

Quanto ai profili particolari delle singole fattispecie, la ipotesi, espunta dalla fattispecie subentrante all'art. 584 c.p., di derivazione della morte del soggetto passivo da un tentativo di percosse, rientra adesso nella superficie normativa del primo comma dell'art. 586 alla stregua dell'“altro delitto” di cui alla prima parte della rubrica legale.

Quanto alle ipotesi di omicidio e di lesione personale aberranti si può notare che, specularmente a quanto osservato in ordine agli artt. 83 e 586 c.p., tra le fattispecie *aberranti* di cui al terzo comma dell'art. 586 e il novellato art. 82 (sul quale v. *infra*) intercorre un rapporto di specialità biunivoca: dell'art. 586 verso l'art. 82 in considerazione della natura del bene tutelato (la vita e la integrità personale *vs* beni di qualsiasi natura); dell'art. 82 verso l'art. 586 in considerazione della necessità, per configurare la fattispecie di parte generale,

del cd. tentativo di reato compiuto, turbato da un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione o da un'altra circostanza accidentale e, viceversa, dalla configurabilità delle fattispecie di parte speciale anche in mancanza degli estremi del cd. delitto tentato compiuto. Si potrebbe obiettare che le fattispecie *aberranti* di parte speciale, per come configurate, perderebbero i caratteri tradizionali della *aberratio ictus*: l'obiezione coglie nel segno, ma invero siffatto, peraltro circoscritto, scostamento dalla tradizione risulta giustificato dalla duplice necessità di irrobustire la risposta sanzionatoria nella ipotesi in cui l'offesa *aberrante* interessi il bene di categoria 'integrità umana' e di proporzionare la medesima a quella disposta per la ipotesi della morte derivante da un tentativo di lesione personale (art. 586, comma secondo, c.p.), la quale non postula gli estremi del cd. delitto tentato compiuto.

2.2. La fattispecie di parte generale. Excursus: l'oggetto del dolo nei delitti contro beni diversi dalla 'integrità umana'.

Delineata dapprima, conformemente alla tradizionale inerenza del tema ai crimini di sangue, la fattispecie *aberrante* di parte speciale, conviene ora procedere alla descrizione della fattispecie *aberrante* di parte generale destinata, come preannunciato, a succedere al vigente art. 82 c.p. All'attuale rapporto di *genus a species* fra l'art. 83 c.p. e l'art. 586 c.p. subentra perciò un rapporto, omogeneo al primo, fra l'art. 82 c.p. (per come riformato), regolante la materia in riferimento a fatti diversi da quelli costitutivi dei delitti omicidio e di lesione personale, e l'art. 586, comma terzo, c.p., preposto a regolare esclusivamente i delitti di sangue.

In ordine al rinnovato art. 82 c.p. occorre delineare la 'situazione di vita' che la novella ipotesi di reato aberrante si presta a regolare. Conviene procedere – vertendo l'indagine sulla definizione del fatto tipico *aberrante* – dispiegando un corredo di casi mediante i quali contrapporre, secondo la contrapposizione invalsa nella letteratura tedesca – quanto mai prodiga di esemplificazioni in argomento – tra i *Sonderfälle* (casi principali) e i *Grenzfälle* (casi-limite), per la precisione, tra un *Sonderfall* e due *Grenzfälle*.

Il 'caso principale' sostanzia l'ipotesi in cui il mutamento dell'oggetto materiale importa il mutamento del soggetto passivo del reato:

(i) A vuole uccidere il cane di B. Prepara dei biscotti velenosi e li getta nel giardino dell'abitazione di B. Prima che il cane di quest'ultimo possa avventarsi sui biscotti, il cane del vicino C si introduce nella proprietà di B, mangia i biscotti e muore per il veleno ingerito.

Non insorge dubbio alcuno sulla esclusione della responsabilità dolosa di A per l'uccisione del cane di C. L'oggetto del dolo si sostanzia infatti nell'animale contro il quale l'agente, consapevole dell'appartenenza di quest'ultimo a persona diversa da sé, ha diretto volontariamente l'azione. A può rispondere unicamente a titolo di uccisione tentata dell'animale altrui, per aver tentato di uccidere il cane di B.

La seconda classe contempla i casi contraddistinti, rispetto al caso (i), dal mutamento, in forma disgiunta, dell'oggetto materiale o del soggetto passivo del reato:

(ii): A vuole uccidere il cane di B. Prepara dei biscotti velenosi e li getta nel giardino dell'abitazione di quest'ultimo. Nelle ore che seguono B cede il cane all'anziana C. Quest'ultima si reca nella proprietà di B per impossessarsi dell'animale, il quale esce dalla cuccia e mangia i biscotti, decedendo per il veleno ingerito.

(iii) A vuole uccidere il cane di B. Prepara dei biscotti velenosi e li getta nel giardino dell'abitazione di B. Prima che il cane di quest'ultimo possa uscire dalla cuccia e mangiare i biscotti, B rincasa euforico per aver appena acquistato un cane giacente fra le sue braccia. Avvistati i biscotti, quest'ultimo si avventa su di essi, morendo per il veleno ingerito.

La situazione (ii) configura l'ipotesi in cui la divergenza del soggetto passivo (rispetto a quello rappresentato dall'agente) non importa la divergenza dell'oggetto materiale del reato (rispetto a quello rappresentato dall'agente).

La situazione (iii) configura l'ipotesi in cui la divergenza dell'oggetto materiale (rispetto a quello rappresentato dall'agente) non importa la divergenza del soggetto passivo del reato (rispetto a quello rappresentato dall'agente).

Entrambe le vicende esemplificate condividono il prodursi di un risultato lesivo divergente da quello voluto dall'agente: nel caso (ii) per quanto attiene al soggetto passivo, nel caso (iii) per quanto attiene all'oggetto materiale. Inoltre entrambi configurano una situazione *aberrante*, giacché le circostanze

accidentali idonee a indirizzare l'offesa verso distinta persona (ii) e distinto oggetto materiale (iii) sopravvengono alla condotta esecutiva compiuta (l'introduzione dei biscotti velenosi nella proprietà di B). Localizzata in entrambe le situazioni la causa della divergenza tra il voluto e il realizzato, occorre stabilire se essa importa anche la esclusione della responsabilità dolosa dell'agente. Allo scopo occorre prender partito fra l'orientamento dal quale l'oggetto del dolo è definito «il valore, il quale non può mai considerarsi alcunché di materiale, pur trovando nella materia il suo punto di riferimento»²¹, e quello dal quale è considerato come *ognuna e tutte* le entità meritevoli, secondo l'ordinamento, di beneficiare della tutela penale²². Sembra corretto propendere per quest'ultimo, del quale Arturo Rocco rappresenta senz'altro il massimo esponente:

Un primo errore è quello di ritenere che bene giuridico ed interesse giuridico siano non realtà, ma concetti. Dal momento, infatti, che il bene giuridico altro non è che un bene, in quanto è protetto dal diritto penale, e l'interesse giuridico altro non è che un interesse in quanto è protetto dal diritto penale, dire che il bene giuridico e l'interesse giuridico sono esistenze concettuali, e non reali, è come dire che sono esistenze concettuali, e non reali, il bene e l'interesse. E poiché il concetto di bene è un concetto sociologico (...) e il concetto dell'interesse è un concetto psicologico, dire che il bene e l'interesse non sono realtà, ma concetti, è come dire che i fenomeni sociali e i fenomeni psichici non sono fenomeni reali, ma pura astrazione della mente umana²³.

²¹ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla, 1955, 141. In senso analogo A. MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, L. Macrì, 1942, 82.

²² Cfr. Ar. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., 573. Con cadenze argomentative affini BINDING, *Compendio di diritto penale*, cit., 199.

²³ Soggiunge il capostipite del tecnicismo giuridico, Ar. ROCCO, *L'oggetto*, cit., 568: «Non è esatto che un bene giuridico non possa essere né una cosa, né un uomo. (...) È evidente, invece, che così le cose come le persone, in quanto sono per noi beni, a cui portiamo interessi, possono essere protetti dalla legge penale e trasformarsi così in beni giuridici e divenire oggetti di interessi giuridici nel senso del diritto penale. (...) Chi può negare che la persona altrui, intesa nella sua esistenza corporea e spirituale, possa essere un bene a cui abbiamo interesse? Chi può negare che la nostra persona corporalmente e spiritualmente considerata, sia per noi un bene al quale abbiamo interesse e (...) che quindi sulla nostra stessa persona, in quanto è oggetto dei nostri interessi, cada la protezione giuridica propria del diritto penale?». Nella letteratura straniera una delineazione del bene giuridico in senso analogo si trova in WELZEL,

La definizione in codesti termini del bene giuridico alla stregua di «entità percepita come valore» traccia il confine, già ricalcato nel corso precedente della trattazione (*retro*, cap. III, § 4) fra oggettività giuridica del reato e obiettivo della incriminazione²⁴.

Occorre adesso verificare, al metro di siffatta definizione dell'interesse tutelato-oggetto del dolo, se tra la situazione (*i*) da una parte, e le situazioni (*ii*) e (*iii*) dall'altra, le affinità prevalgano sulle alterità o viceversa, allo scopo, rispettivamente, di escludere o affermare la responsabilità dolosa dell'agente per la parte del fatto non voluta.

Un elemento differenziale tra il caso (*i*) e i casi (*ii*) e (*iii*) consiste senz'altro nel concorso della divergenza, nel caso (*i*), dell'oggetto materiale e del soggetto passivo e, viceversa, nella divergenza soltanto del soggetto passivo (*ii*) e dell'oggetto materiale (*iii*) nei restanti due. Così stando le cose occorre chiedersi, se oggetto materiale e soggetto passivo bastino a definire, anche isolatamente considerati, l'oggetto del dolo, ovvero se essi interagiscano sinergicamente nella formazione di quest'ultimo. Puntualizzando la contrapposizione occorre determinare se anche uno soltanto fra l'oggetto materiale e il soggetto passivo del reato, o entrambi, debbano trovare il loro contrappunto nella sfera intellettuale dell'agente.

Das deutsche Strafrecht, cit., 4 ss. «BENE giuridico è un bene della vita facente capo alla generalità o al singolo, che viene giuridicamente protetto in ragione del suo significato sociale», e in K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz*, in *Die Rechtsgutsbeorie. Legitimationbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel* (a cura di Hefendehl-von Hirsch-Wohlens), Baden-Baden, Nomos, 2003, 155, secondo il quale il bene giuridico si compone di due elementi: un «fatto bruto (vale a dire un dato empirico che prescinde dalle nostre rappresentazioni e dagli accorti normativi, come ad esempio il corpo umano o una cosa materiale o altro oggetto empiricamente tangibile (...)); e di un giudizio di valore relativo all'apprezzabile importanza sociale e dunque alla esigenza di tutela del substrato del bene giuridico». Traduzioni appartenenti a FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014, rispettivamente 34 e 33.

²⁴ Lo stesso Rocco discorre criticamente di «trasposizione sul piano teleologico» dell'oggetto della tutela penale. Si veda Ar. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., 573.

Tra le due alternative prefigurate quest'ultima risulta la più aderente alla intelaiatura normativa sull'elemento psicologico del reato, in base all'ordine di argomenti di seguito addotti.

Disputando sul caso (ii) occorre precisare che il soggetto passivo assume nelle fattispecie incriminatrici a tutela del patrimonio importanza primaria fra gli elementi di fattispecie. È di immediata evidenza che, ordinariamente, in tanto il patrimonio assurge al rango di interesse penalmente tutelato in quanto oggetto di un diritto reale o di un corrispondente potere di fatto – proprietà, possesso, disponibilità materiale – di una persona. Quando invece il legislatore ha inteso conferire rilevanza al patrimonio *in re ipsa*, lo ha manifestato introducendo specifiche ipotesi di reato. È sufficiente considerare la incriminazione a tutela della vita animale (art. 544-*bis* c.p.) e raffrontarla a quella a tutela del patrimonio di cui all'art. 638 c.p.: in quest'ultima la vita animale costituisce soltanto l'oggetto materiale del reato, rappresentativo del diritto reale o della situazione di fatto meritevole secondo l'ordinamento penale di eguale tutela (detenzione, possesso, disponibilità *sine titulo*) in quanto suscettibili di valutazione economica; la norma incriminatrice di cui all'art. 544-*bis* c.p. presidia, invece, l'animale *uti singuli*, ossia in quanto incarnazione di un autonomo bene giuridico meritevole di tutela penale. Dalla demarcazione fra l'animale oggetto materiale del diritto soggettivo a contenuto patrimoniale del soggetto passivo (art. 638 c.p.) e l'animale bene giuridico *in re ipsa* (art. 544-*bis* c.p.) consegue, nel caso di uccisione di due o più animali, il configurarsi di una ipotesi unitaria di responsabilità penale qualora siano ravvisabili gli estremi della fattispecie di cui all'art. 638 c.p.; per converso il configurarsi di un concorso di illeciti penali qualora siano ravvisabili gli estremi dell'art. 544-*bis*, tanti quanti siano gli animali uccisi.

Se ne ricava, per l'effetto, l'appartenenza della persona offesa all'oggetto del dolo o, dal punto di osservazione dell'agente, della rappresentazione da parte di quest'ultimo della persona offesa dal fatto di reato: beninteso, non della identità *personale* del soggetto passivo, la quale non figura mai tra gli elementi della fattispecie incriminatrice – come l'art. 60 c.p. conferma – ma della sua identità *fisica*.

Declinando le premesse di cui sopra si ricava che nell'esempio (ii) il fatto non può essere considerato doloso, in quanto la persona offesa – C – non compare nella sfera psichica dell'agente, il quale infatti ritiene di aver ucciso il cane di B, proprietario dell'animale al tempo della condotta. Proprio per il tentativo di uccidere il cane di B, A deve essere infatti ritenuto responsabile a titolo di tentata uccisione di animale altrui (art. 56 - 638 c.p.). A conferma dell'assunto giovi modificare il caso esemplificato, introducendo la cessione dell'animale da parte di B non all'anziana C, ma a D, coniuge del soggetto agente e con lui in regime di comunione legale dei beni. Anche in quest'ultima variante della ipotesi delittuosa si dovrebbe escludere la responsabilità dolosa di A, e non solo riguardo al delitto di cui all'art. 638 c.p., rispetto al quale viene a mancare una nota costitutiva della tipicità oggettiva (l'altruità dell'animale), ma anche rispetto al delitto di cui all'art. 544-*bis* c.p., in considerazione della eterogeneità tra il fatto voluto (astrattamente idoneo a configurare il reato di cui all'art. 638 c.p.) e il fatto commesso (astrattamente idoneo a configurare il reato di cui all'art. 544-*bis* c.p.), la quale preclude, secondo il disposto di cui all'art. 83 c.p., l'ascrizione a titolo doloso dell'evento.

Riaffiora quella illusione ottica indotta dalla dicotomia *aberratio ictus* (art. 82 c.p.) – *aberratio delicti* (art. 83 c.p.) attraverso la quale, in presenza di una condotta diretta a uccidere l'animale di B, che per il concorso di circostanze accidentali offenda in modo letale l'animale di proprietà di C, il fatto realizzato sarebbe doloso, giacché l'agente avrebbe voluto uccidere "l'animale altrui" e avrebbe ucciso "l'animale altrui"; viceversa (solo) allorquando il contributo di circostanze impreviste – sopravvenute all'esaurimento della condotta – diriga l'offesa in modo letale contro l'animale di proprietà del soggetto agente, andrebbe esclusa l'imputazione a titolo di dolo del fatto realizzato, stante la diversità fra il titolo oggettivo del fatto voluto (art. 638 c.p.) e il titolo oggettivo del fatto realizzato (art. 544-*bis* c.p.).

La rimarcata disparità di trattamento – imputazione a titolo di dolo nel caso di equivalenza fra il bene leso e il bene 'attentato', imputazione a titolo di colpa nel caso di eterogeneità fra il bene leso e il bene 'attentato' – rende pleonastico ogni ulteriore rilievo in merito alla iniquità di siffatto discrimine nella selezione del titolo soggettivo di imputazione fra le due situazioni di vita.

Concentrando adesso la disamina sul caso (iii) si dovrebbe addivenire, all'esito delle deduzioni in riferimento al caso (ii), ravvisare la sussistenza della responsabilità dolosa dell'agente per il fatto commesso. Il dolo resterebbe infatti impregiudicato dalla divergenza fra l'oggetto materiale dell'azione e l'oggetto della volontà lesiva, in quanto il patrimonio altrui, indipendentemente dalle sue particolari rappresentazioni, varrebbe a comporre l'oggetto del dolo. Siffatto esito interpretativo risulta peraltro avvalorato dalle acquisizioni della indagine comparatistica, in specie dall'approdo della *materielle Gleichwertigkeitstheorie* (retro, cap. IV, § 4.1.) nella dottrina tedesca, in accordo alla quale nei delitti contro la "incolumità personale" la divergenza fra il voluto e il realizzato (in punto di oggetto materiale) precluderebbe l'addebito a titolo doloso del fatto, mentre nei delitti contro il patrimonio la divergenza fra il voluto e il realizzato (in punto di oggetto materiale) profilerebbe, analogamente al caso di convergenza (...), un caso di reato doloso.

Poiché – si ritiene – solo nei delitti contro la 'integrità personale', l'uomo compendia le qualità di soggetto passivo e oggetto materiale del reato, soltanto in riferimento a codeste fattispecie di reato la divergenza fra il soggetto passivo reale e il soggetto passivo rappresentato sottrarrebbe l'agente dall'ascrizione del fatto realizzato a titolo di dolo. Così stando le cose nei delitti contro beni di natura individuale distinti dalla 'integrità personale' – ad esempio, il patrimonio – la suddetta divergenza non assumerebbe efficacia esimente rispetto alla responsabilità dolosa. Detto altrimenti: soltanto qualora l'oggetto materiale del reato incarni anche il bene giuridico penalmente tutelato, come, ad esempio, nelle incriminazioni a presidio della integrità fisica dell'individuo o dell'animale (art. 544-*bis* c.p.), l'oggetto del fatto realizzato e quello del fatto voluto sarebbero infungibili e, quindi, resterebbero interdette imputazioni a titolo di dolo per equivalente; viceversa, qualora, come nei delitti a protezione del patrimonio, la tutela penale si dispieghi in forma 'seriale', presidiando non singole entità empiriche, ma il loro insieme rappresentato da quelle entità, l'imputazione a titolo di dolo trapasserebbe dal fatto voluto al fatto realizzato. Sotto quest'ultimo profilo è sufficiente raffrontare l'incriminazione a tutela degli animali (art. 544-*bis* c.p.) a quella a tutela del patrimonio di cui all'art. 638

c.p.: in quest'ultima la vita animale costituisce soltanto l'oggetto materiale del reato, rappresentativo del diritto reale o della situazione di fatto (detenzione, possesso, mera disponibilità) equivalente agli effetti della tutela penale; l'art. 544-*bis* c.p. presidia, invece, tutti e ciascun animale, inteso come autonoma oggettività giuridica²⁵. Dal discrimine fra l'animale oggetto materiale del diritto dominicale del soggetto passivo (art. 638 c.p.) e l'animale bene giuridico *in re ipsa* (art. 544-*bis* c.p.) consegue, nel caso di uccisione di due o più animali, il configurarsi di una ipotesi unitaria di responsabilità penale qualora siano ravvisabili gli estremi della fattispecie di cui all'art. 638 c.p.; per converso il configurarsi di un concorso di illeciti penali qualora siano ravvisabili gli estremi dell'art. 544-*bis*, tanti quanti siano gli animali uccisi.

Peraltro il concorso delle funzioni di oggetto materiale e bene giuridico nell'essere umano e nell'animale, rispettivamente, negli artt. 575 e 582 c.p. da un lato, e 544-*bis* c.p. dall'altro e, sul fronte opposto, la disgiunzione delle medesime funzioni nella cosa o animale oggetto dei delitti contro il patrimonio risponderebbe all'ordine assiologico, in senso decrescente, dalla incolumità umana al patrimonio secondo lo spartito costituzionale.

In definitiva la tutela del patrimonio rappresentato dalla cosa attinta a causa, per così dire, di una *aberratio in re*, surrogherebbe, con la trasfusione della imputazione a titolo di dolo dal reato voluto al reato consumato, la tutela del patrimonio rappresentato dalla cosa contro la quale la condotta era diretta.

Per quanto suggestiva la tesi proposta va disattesa, giacché sovrappone il fondamento politico-criminale della norma penale con l'oggetto della imputazione a titolo doloso: se invero è indubbio che, mentre la vita e l'integrità fisica non sono intelligibili disgiuntamente dall'essere umano nel quale si inverano, il patrimonio è invece intelligibile disgiuntamente dalla

²⁵ Ancorché si condivide la posizione dottrinale che ravvisa nell'animale un bene oggetto di autonoma tutela penale (in seno al quale v., fra gli altri, F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 717 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2013, 222 e ss.), si precisa che, anche riconoscere nel sentimento collettivo per gli animali il bene giuridico tutelato dalle incriminazioni di cui all'art. 544-*bis* ss. c.p. (indirizzo maggioritario nella dottrina), non immuterebbe l'esito dell'analisi in merito alla natura 'individuale' del bene tutelato.

persona alla quale appartiene, cionondimeno è altrettanto indubbio che associare il dolo alla mera altruità del patrimonio, e non invece alla singola cosa che quest'ultimo concreta, equivale a depredare il principale elemento psicologico dell'illecito penale del suo principale referente empirico, *id est* l'accadimento storico che configura l'evento delineato nel *Tatbestand*.

Del resto, come noto, per configurarsi l'ipotesi di responsabilità dolosa, l'accadimento storico conforme all'evento profilato nel paradigma normativo deve essere il risultato voluto dall'agente "come conseguenza della propria azione od omissione" (art. 43 c.p.), e non già un accadimento *equivalente*.

Declinando le premesse di cui sopra si può quindi osservare che nel caso (iii) il dolo di cui all'art. 638 c.p. e l'evento di cui all'art. 638 c.p. si configurano isolatamente e disgiuntamente: non si configura, invece, la loro sintesi rappresentata dalla realizzazione della volontà dell'agente nell'accadimento storico, ossia, nella morte dell'animale contro il quale era diretta la condotta.

Un *caveat*: siffatta delineazione dell'oggetto del dolo non promana dalla struttura della fattispecie di reato (art. 638 c.p.) o, più precisamente, dal carattere individuale dell'oggetto della tutela, ma dalla teoria generale della responsabilità dolosa.

Sotto questo profilo preme rimarcare come anche in riferimento al delitto di incendio si possa configurare un caso di *aberratio* escludente la responsabilità dolosa dell'agente: si ipotizzi il caso in cui quest'ultimo, diretto a mettere in pericolo l'incolumità degli spettatori del settore di uno stadio, per cause accidentali (ad esempio un difetto di mira nel lancio dello manufatto incendiario) procuri un pericolo per l'incolumità dei passanti nell'area circostante lo stadio: in mancanza del difetto di mira nessun pericolo sarebbe insorto per "l'incolumità pubblica dei passanti" intorno all'impianto sportivo. Perciò solo ravvisando il bene presidiato all'art. 423 c.p. nella "pubblica incolumità" *sub specie aeternitatis* ("il concetto" censurato da Rocco), si addiverrebbe alla statuizione della responsabilità dolosa dell'agente nel caso prospettato.

Le riflessioni spiegate nel presente paragrafo restituiscono il dolo a guisa di volontà lesiva di "una entità valoriale ritenuta dall'ordinamento meritevole di tutela penale". Il fatto *e* la fattispecie – come la congiuntiva indica –

costituiscono la sintesi (e non già una dicotomia) tra il dato fenomenico e quello giuridico, interdipendenti ma al contempo autonomi, in quanto il primo non può surrogare neanche parzialmente il secondo e viceversa. Detto altrimenti: l'oggetto del dolo consiste nel connubio fra l'oggetto materiale della fattispecie astratta e l'oggettività giuridica della norma incriminatrice di parte speciale.

Delineata la *ratio* della nuova ipotesi di reato aberrante di parte generale, è possibile proporre la riformulazione dell'art. 82 c.p. nei termini seguenti:

Art. 82. Offesa diversa da quella voluta dall'agente.

“Quando, per un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa, è cagionata un'offesa non voluta, il colpevole risponde a titolo di colpa quando l'offesa è preveduta dalla legge come delitto colposo. La pena per il reato non voluto è aumentata”.

La riformata fattispecie di reato aberrante, destinata ad accedere a tutte le ipotesi di reato distinte dai delitti di omicidio e di lesione personale (in rapporto ai quali è destinata a trovare applicazione la riformata fattispecie di cui all'art. 586 c.p.) si atteggia contemporaneamente a fattispecie generale rispetto al comma terzo del novellato art. 586 c.p. e a fattispecie speciale rispetto all'art. 81 cpv c.p., in ragione della circostanza aggravante del reato colposo. Riguardo alle affinità, con la fattispecie di concorso formale (di reati) il novellato art. 82 condivide il criterio di imputazione soggettiva: il titolo colposo per il (fatto di) reato non voluto nella situazione aberrante ed eventualmente non voluto nel concorso di reati di cui all'art. 81 cpv. c.p. (nella ipotesi in cui tra i fatti di reato concorrenti uno non sia stato voluto dall'agente). In ordine al ricorso alla locuzione “a titolo di colpa”, non si ritiene la stessa suscettiva di dare adito a schermaglie interpretative di sorta: già a diritto vigente, segnatamente nella ipotesi di *aberratio delicti* (art. 83 c.p.), la medesima locuzione richiama l'elemento psicologico della colpa (in argomento *retro*, cap. II., sez. II, § 2.1.), conformemente del resto a una ermeneutica della legislazione costituzionalmente orientata verso il principio di colpevolezza, il quale postula la corrispondenza, salvo eccezioni espressamente regolate e non irragionevoli, fra il titolo di ascrizione della responsabilità e l'elemento psicologico del fatto.

Il maggiore rigore sanzionatorio della norma speciale (l'art. 82 c.p.) rispetto alla norma generale (l'art. 81 c.p.) dipende dalla equivalenza, nella prima, fra l'interesse attentato e l'interesse giuridico leso, suscettiva di giustificare l'irrobustimento della sanzione penale per la difesa sociale da un soggetto il quale, benché non compiendo la propria volontà, ha comunque commesso un fatto di analogo disvalore, in punto di materialità dell'offesa, rispetto a quello voluto.

Infine occorre notare l'estromissione del soggetto passivo designato e del soggetto passivo occasionale dal modello legale, la quale impone di ravvisare l'operatività dell'art. 82 c.p. anche in riferimento ai reati offensivi di beni superindividuali, come la pubblica incolumità nella ipotesi poc'anzi riferita del delitto di incendio.

Siffatto esito conseguito dalla riforma dell'art. 82 c.p. – l'esclusione della imputazione a titolo di dolo dell'offesa non voluta nei delitti contro beni non 'personali' – risulta invero già acquisito a legislazione vigente, come esposto nel precedente corso della trattazione (*retro*, cap. III, § 1.). Tuttavia per un verso la giurisprudenza, di merito e di legittimità, di segno contrario addietro richiamata, per un altro l'introduzione delle fattispecie speciali di omicidio e di lesione personale aberranti, inducono a regolare espressamente anche l'*aberratio ictus* accedente a delitti diversi da quelli contro la persona con la funzione di escludere il perpetuarsi, anche larvamente, di 'insopportabili finzioni' in tema di dolo nell'ordinamento penale.

3. Rilievi di sintesi e considerazioni finali.

Nel corso del presente capitolo si sono delineati i propositi di riforma dell'assetto normativo in materia di *aberratio*, allo scopo saliente di espungere il paradigma di responsabilità oggettiva insito nella fattispecie di cui all'art. 82 c.p. Il diritto vivente in materia, unitamente all'orientamento propugnato da un consistente settore della dottrina, ha indotto a ritenere che l'esclusiva soppressione dell'art. 82 c.p. non avrebbe escluso il persistere del modello di responsabilità oggettiva da esso configurato.

In ragione dei rilievi che precedono si è ritenuto maggiormente funzionale allo scopo riformare l'intera sistematica dei reati aberranti (artt. 82, 83, c.p.),

eliminare l'istituto della preterintenzione e la fattispecie di omicidio preterintenzionale e, quindi, rielaborare, arricchendolo, l'art. 586 c.p. mediante la graduazione della risposta sanzionatoria in base al grado di affinità/alterità, da una prospettiva assiologica, fra l'oggetto del delitto tentato e l'oggetto del delitto consumato.

Il filo conduttore della proposta di riforma – sia dell'art. 82 sia dell'art. 586 c.p.– consiste nella necessità tanto di espungere la responsabilità oggettiva dalla modellistica di quelle fattispecie, quanto di dare conto del supplemento di disvalore materializzato sia nella ipotesi di *aberratio ictus* sia nella ipotesi di *uccisione oltre l'intenzione* rispetto alla ipotesi di morte o lesioni derivanti da “altro delitto”. Riguardo al primo profilo si ha già avuto occasione di addurre l'ordine di argomenti sul quale riposa la fondatezza della linea interpretativa favorevole alla compatibilità tra dolo e colpa nella ipotesi di cd. illecito penale di base: chi esplose un colpo di pistola in un vigneto in direzione di uno spaventapasseri e, a causa di un difetto di mira, attinge un uomo situato dietro lo spaventapasseri e adombrato da quest'ultimo, deve rispondere penalmente, per avere causato la morte di quell'uomo, analogamente a chi esplose un colpo di pistola in un vigneto contro una persona e, per un difetto di mira, attinge distinta persona situata dietro la vittima designata e oscurata da quest'ultima: sussistendo il requisito della prevedibilità dell'esito lesivo non voluto, imputazione a titolo di colpa in entrambe le situazioni esemplificate.

Indubbia la necessità di imporre contro paradigmi di responsabilità penale senza colpevolezza, retaggio della teorica del “*versari in re illicita*”, modelli di imputazione soggettiva ancorati a un coefficiente colposo di responsabilità, riguardo alla determinazione della pena si condividono le riflessioni di autorevole dottrina nella stagione dei progetti di riforma del codice penale:

Lasciamo da parte gli schemi dogmatici che, in sede di riforma, possono creare soltanto confusione, soprattutto in una materia come questa. Riconosciamo che il fatto del *versari in re illicita* deve essere punito solo quando l'evento non voluto sia stato, in concreto, prevedibile ed evitabile. Riconosciamo che esso deve essere punito con una pena addizionale, rispetto a quella applicabile al fatto-base doloso, la quale sia intermedia tra quella che sarebbe prevista per un

“normale” fatto colposo e quella statuita per la realizzazione dolosa dello stesso evento²⁶.

Si è, quindi, ritenuto ragionevole rinforzare la risposta sanzionatoria rispetto al cd. cumulo giuridico delle pene del concorso formale fra un delitto tentato e un reato colposo, in riferimento alla ipotesi di causazione colposa della morte di un uomo derivante da un tentativo di lesione personale (art. 586, comma secondo, c.p.) e in riferimento alle ipotesi di causazione della morte e della lesione personale in danno di soggetto distinto dalla vittima designata conseguenti, rispettivamente, a un tentativo di omicidio e a un tentativo di lesione personale (art. 586, comma terzo, rispettivamente prima e seconda parte, c.p.). Il sistema della imputazione penale non può essere infatti concepito come una sorta di cosmo nel quale tutte le componenti interagiscono seguendo lo spartito di un'armonica razionalità, viepiù quando si orbita nella galassia dei delitti di sangue. Ciò che invece la Suprema Carta (artt. 25, comma secondo, 27, commi primo e terzo, Cost.) e, ancora prima, uno stato di diritto, richiedono, è di improntare l'ordinamento a una tendenziale consequenzialità fra i principi ordinatori della responsabilità penale e la loro declinazione nelle norme incriminatrici. Sotto tale riguardo si può osservare che l'ordinamento tedesco, nel quale la rilevanza penale del fatto gravita, nell'*an* e nel *quantum*, attorno al disvalore della condotta (*Handlungsumwert*) e dell'atteggiamento interiore (*Gesinnungsumwert*), gradua, coerentemente, il rigore della sanzione penale in considerazione dello stadio di estrinsecazione della volontà in contraddizione con il precetto penale. Donde per cui: il tentativo (§ 22 *StGB*) idoneo, il tentativo inidoneo (§ 23 *Abs. 2 StGB*) e il tentativo impossibile (§ 23 *Abs. 3 StGB*) sono sanzionati con la pena del delitto consumato (§ 23 *Abs. 1 StGB*), con la previsione, di natura discrezionale, nelle prime due ipotesi, di una riduzione della pena (§ 49 *Abs. 1 StGB*) e nella terza della non punibilità (§ 49 *Abs. 2 StGB*); il tentativo di compartecipazione (§ 30 *StGB*) a un delitto (*Verbrechen*) è sanzionato con la pena del delitto consumato (§ 23 *Abs. 1 StGB*) assistita dalla previsione di una riduzione obbligatoria di pena; l'omicidio è incriminato sia dal § 211 (“*Mord*”)

²⁶ A. PAGLIARO, *Il diritto penale*, cit., 176.

sia dal § 212 (“*Totschlag*”): il primo sanziona con l’ergastolo l’uccisione di un uomo sorretta, in via esclusiva, dalla intenzione di spegnere una vita umana (“*Mordlust*”), dal desiderio di soddisfare la propria pulsione sessuale (“*Befriedigung des Geschlechtstrieb*”), dall’avidità (“*Habgier*”), da altri motivi abietti (“*niedrigen Beweggründen*”); il § 212 *StGB* (“*Totschlag*”), ritenuto comunemente dalla dottrina tedesca norma generale rispetto a quella di cui al § 211 *StGB*, sanziona il fatto con la pena da cinque anni di reclusione all’ergastolo in casi particolarmente gravi (“*in besonders schweren Fällen*”). Ancora: il già richiamato § 18 *StGB* condiziona la punibilità dell’agente per il fatto di reato non voluto, cagionato da una condotta penalmente rilevante, al concorrere dei requisiti della responsabilità colposa.

Le modalità dell’offesa, il movente e lo scopo dell’azione rivestono importanza determinante in sede di incriminazione (come rivelato dalla punibilità del tentativo inidoneo e del tentativo impossibile da un lato, e dalla articolazione del delitto di omicidio nelle fattispecie di cui ai §§ 211 e 212 *StGB* dall’altro), e sanzionatoria (come rivelato dalla equiparazione della comminatoria edittale fra il tentativo idoneo, inidoneo, impossibile e il reato consumato da un lato, e dalla differenziazione del trattamento sanzionatorio dell’omicidio tra il § 211 e il § 212 *StGB* dall’altro).

L’ordinamento italiano non presenta un assetto normativo altrettanto razionale, in quanto nella parte generale esclude, almeno di regola, la punibilità del tentativo inidoneo-reato impossibile (art. 49 cpv. c.p.) e della istigazione a commettere un delitto che non si sia perfezionato (art. 115 cpv c.p.), ma nella parte speciale costella di eccezioni le anzidette norme di parte generale, assoggettando il colpevole alla pena del delitto doloso nella ipotesi di cui all’art. 82 c.p., il quale prescinde dagli estremi di un tentativo punibile contro il soggetto passivo designato, e nella ipotesi di cui all’art. 116 c.p., il quale si differenzia dalla fattispecie generale di concorso di cui all’art. 110 c.p. per la divergenza tra il fatto (di reato) voluto da taluno e il fatto (di reato) realizzato da talaltro dei compartecipi.

In altri termini, al banco di prova dei delitti di sangue – nella ipotesi di cui all’art. 82 c.p. – e delle forme di manifestazione del reato produttive di elevato allarme sociale – il concorso di persone – il (giudizio di) disvalore del fatto è

soppiantato dal (giudizio di) disvalore della volontà, con il commiato dai principi di materialità e di offensività ai quali dovrebbe essere improntato il diritto penale italiano.

Nei limiti di una indagine circoscritta alla fenomenologia normativa dell'*aberratio ictus* si è cercato di restituire razionalità alla tutela penale, in aderenza ai principi di colpevolezza e di uguaglianza – in particolare, di proporzionalità sanzionatoria – senza mai eludere il confronto con le istanze di prevenzione generale che intessono, specialmente nell'ambito dei delitti di sangue, le opzioni di politica criminale.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINI M., *Aberratio ictus e tentativo*, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 4045 ss.
- ALESSANDRI A., *Art. 27, comma 1, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca - Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 1 ss.
- ALICE G., *Disciplina e concetti in tema di aberratio delicti con pluralità di eventi*, in *Giust. pen.*, 1980, 2, 619 ss.
- ALIMENA B., *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata*, Torino, Fratelli Bocca, 1887.
- ID., *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Fratelli Bocca, 1894.
- ALIMENA F., *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, G. Priulla, 1947.
- ALLEN J. M., *Textbook on Criminal Law*, New Hampshire, Oxford University Press, 1991.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 2003.
- ANTÒN V. S.T. - ROSAL C.M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1984.
- ARENA A., *L'aberratio ictus: contributo alla teorica dell'errore di fatto nel diritto penale*, Palermo, 1909.
- ARRIGONI F., *L'offesa a persona diversa dalla vittima designata può integrare l'omicidio preterintenzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007 (6), 762 ss.
- ASHWORTH A., *Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences*, in *Reshaping the Criminal Law. Essays in honour of Glanville Williams*, London, P. R. Glazebrook, 1978, 77 ss.
- ID., *The Elasticity of Mens rea*, in Tapper, *Crime, Proof and Punishment*, London, Butterworths, 1981, 1 ss.
- ID., *Principles, pragmatism and the Law Commission's recommendations on homicide law reform*, in *Criminal Law Review*, 2007, 333 ss.
- ID. - HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- AUSTIN L. J., *A Plea for Excuses: The Presidential Address*, in *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 1956, 57, 1 ss.
- AZZALI G., *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffré, 1965.
- BAGICALUPO E., *Principios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.
- BALBI G., *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, Jovene, 1995.
- BAR C. VON, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1871.
- ID., *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1907.

- BARILE L., *L'omicidio preterintenzionale tra versari in re illicita e ineludibili esigenze di garanzia*, in *Sistema penale*, 29 maggio 2020.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffré, 2005.
- ID., art. 584, in *Codice penale Commentato*, diretto da Dolcini - Marinucci, Milano, Giuffré, 2011, 5375 ss.
- ID., art. 60, in *Codice penale Commentato*, diretto da Dolcini - Marinucci, Milano, Giuffré, 2011, 1059 ss.
- ID., *Colpa in attività illecita*, in *Reato colposo (Enc. dir.)*, a cura di Donini, 2021, 133.
- BATTAGLINI G., *In tema di reato aberrante con duplice evento*, in *Giust. pen.*, 1948, 606 ss.
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1949.
- BAUMANN J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking, 1960.
- BELING E. VON, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, J. Mohr, 1906.
- ID., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, Mohr, 1930.
- BEMMANN G., *Zum Falle Rose-Rosabl*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1958, 817 ss.
- BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, Clarendon Press, 1823.
- BERENQUER O. E. - CUSSAC L. G., *Compendio de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- BERNER F., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, München, Tauchnitz, 1888.
- BETTOL G., *Sul reato aberrante*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Jovene, 1938.
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla, 1955.
- BINDER G., *The Culpability of Felony Murder*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2008, 965 ss.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, Engelmann, 1872.
- ID., *Compendio di diritto penale. Parte generale (Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts. Einleitung und allgemeiner Teil*, Lipsia, Engelmann, 1914), trad. di Borettoni, Roma, 1927.
- BIRKMEYER K., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil*, Berlin, Liebmann, 1905, 5 ss.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, 4.
- BLACKSTONE W.-CHRISTIAN E.-ARCHBOLD J., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, 2.

- BOHLANDER M., *Transferred Malice and Transferred Defenses: a Critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, in *New Criminal Law Review*, 2010, XIII, 555 ss.
- ID., *Problems of transferred malice in multiple-actor scenarios*, in *The Journal of Criminal Law*, 2010, 145 ss.
- ID., *Transfer of Defences*, in *General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives*, curato da Bohlander - Reed, London, Ashgate, 2016, 51 ss.
- BÖHLAU H., *Der Kriminalprozeß gegen Rose und Rosabl. Ein Beitrag zur Lehre vom Irrthum*, in *GA*, 1859, 7, 433 ss.
- BOSCARELLI M., *Elementi di diritto penale*, Milano, Giuffré, I, 1967.
- ID., *Riflessioni in tema di responsabilità anomala*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 894 ss.
- ID., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 1991.
- BOTTKE W., *Urteilsanmkerung*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, 347 ss.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2022.
- BOUZAT P.-PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1973, XIX, 1.
- BRUCK F., *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Breslau, Koebner, 1885.
- BRUNELLI D., *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle "finzioni" normative di dolo da parte della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 2371 ss.
- ID., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, Giappichelli, 2019.
- BRUSA E., *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, Candeletti, 1884.
- BUCCELLATI A., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, U. Hoepli, 1884.
- BURI M. VON, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, F. Ente, 1885.
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, Cedam, 2007.
- ID., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2007.
- CAIAZZO D., *Il dolo nella teoria del reato*, Napoli, A. Rondinella, 1939.
- CALVI A.A., *Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 1137 ss.
- CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, IX, 1995, 694.
- ID., *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, III, 884.
- CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017.

- CANESTRARI S.-TORRE V.-MATTHEUDAKIS M., *La responsabilità oggettiva rispetto all'evento o all'intero fatto di reato*, in *Diritto penale*, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Milano, Giuffré, 2022, I, 490 ss.
- CANIN P., *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 2014.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1998.
- CARMONA A., *La 'colpa in concreto' nelle attività illecite secondo le Sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4564 ss.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1867.
- ID., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1872.
- CASTRO S., *Aberratio ictus e responsabilità oggettiva*, in *Giust. pen.*, 1945-1946, 540 ss.
- CATERINI M., *Il reato eccessivo: la preterintenzione dal versarsi in re illecita al dolo eventuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- CERQUETTI G., *Il dolo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CHAUVEAU A.-HÉLIE F., *Théorie du code pénal*, Paris, A. Gobelet, 1872, 3.
- COBO R. M.-VIVES A., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
- COCCO G., *Il reato*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Ambrosetti - Cocco, Padova, Cedam, 2012, I, 2.
- ID., *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1802 ss.
- ID., *Il principio di colpevolezza (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, in *Pdp*, 2 luglio 2021.
- COGNETTA G., *In tema di aberratio ictus e tentativo*, in *Cass. pen.*, 1980, 733.
- CONDE M. F.-ARÀN G., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- CONTI L., voce *Aberratio (ictus, delicti, causae)*, in *Nov. Dig.*, 1957, I, 39.
- CONTI U., *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Completo Trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, a cura di Cogliolo, Milano, Vallardi, 1890.
- CONTIERI E., "Aberratio ictus" e pluralità di eventi, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 847 ss.
- CORDANI S. A., *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, Giuffré, 2008.
- CORNACCHIA L., voce *Reato aberrante*, in *Dig. pen.* XI, Torino.

- ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.
- COSEDDU A., *sub art. 82*, in *Commentario al Codice Penale*, La Monica - Marini - Mazza, Torino, UTET, 2002, 658 ss.
- DA COSTA J. P., *Riflessioni in tema di aberratio ictus*, Padova, Cedam, 1968.
- DACQUÌ G., *Il reato aberrante: causalità e concorsualità*, Padova, A. Tombolini, 2014.
- DALLOZ D. - DALLOZ A., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1853, 14, 581 ss.
- DE FRANCESCO G., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, Giappichelli, 1998.
- ID., *Sul reato aberrante*, in *Studium iuris*, 2000.
- ID., *Diritto penale. Principi, reato e forme di manifestazione*, Milano, Giuffré, 2018.
- DELITALA G., *In tema di aberratio ictus: unicità o pluralità di reati?*, in *Riv. it.*, 1948, 322 ss.
- DELMAS MARTY M.-VERVAELE J., *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Antwerp, Gronigen, Oxford, Intersentia, 2000, II-III.
- DE MARSICO A., *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1940, 237 ss.
- ID., *Ancora sulla colpa per "inosservanza di leggi" e sul reato aberrante*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1941, 773 ss.
- DEMURO P. G., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, 1434 ss.
- ID., *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffré, 2007, I.
- ID., *Il dolo: l'accertamento*, Milano, Giuffré, 2007, II.
- DE ROBERTIS N., *L'error in persona con speciale riferimento alla sua efficacia in materia di ratto*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1906, 15, 27 ss.
- DE SIMONE G., *Ancora sul concetto di evento nell'aberratio delicti*, in *Foro it.*, 1988, II, 178.
- DESPORTES F.-LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2002.
- DE VABRÉS D.H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, R. Sirey, 1947.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, I.
- DEVESA R.M., *Derecho penal español*, Madrid, Civitas, 1990.
- DILLOF A., *Transferred Intent: An Inquiry Into the Nature of Criminal Culpability*, in *Buffalo Criminal Law Review.*, 1998, 501 ss.
- DINACCI U., *La divergenza tra il voluto e il realizzato nell'aberratio delicti e nel concorso anomalo tra difetti di coordinamento e rilievi di ordine costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2019.

- DINE J.-GOBERT J.-WILSON W., *Cases & Materials on Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2006.
- DONINI M., *Il reato aberrante*, in *Il codice penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1984, 2, 783 ss.
- ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Bologna, Giuffrè, 1991.
- ID., *La teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 246 ss.
- ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ID., *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 70 ss.
- DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, II, 796 ss.
- DSOUZA M., *Rationale-based Defences in Criminal Law*, Portland, Bloomsbury, 2017.
- DURIGATO L., "Aberratio causae". *Un tema marginale?* in *Ind. pen.*, 1993, 31 ss.
- EBERMAYER L.-LOBE A.-ROSENBERG W., *Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipzig Kommentar*, Berlin, De Gruyter, 1954, 1, 442 ss.
- EAST H.E., *A Treatise of the Pleas of the Crown*, London, A. Strahan, 1803.
- ELDAR S., *The Limits of Transferred Malice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 633 ss.
- ID., *Examining Intent through the Lens of Complicity*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2015, 29 ss.
- ID., *Cross-Victim Defenses*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2020, 136 ss.
- ENGELMANN W., *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Aalen, Duncker & Humblot, 1965.
- ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Scientia, 1930.
- ESCAMILLA M.M.-LORENZO M.M.-DE GANTE M.V.M., *Derecho Penal. Parte General. Introducción teoría jurídica del delito*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- ESPOSITO G., *Dalla divergenza dell'oggetto materiale nel concorso di persone "anomalo" all'aberratio cause: riflessioni in materia di dolo*, in *Indice penale*, 2001, 3, 1168 ss.
- FALCINELLI D., art. 82, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, diretto da Cadoppi - Canestrari - Veneziani, Torino, Giappichelli, 2018, 526 ss.
- FASANI F., *L'animale come bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 717 ss.
- FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1801.
- FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 836 ss.

- ID., *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, Jovene, 1989, 29 ss.
- ID., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014.
- ID., *Prima lezione di diritto penale*, Roma, Laterza, 2017.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019.
- FINGER A., *Compendien des Osterreichischen Rechts*, Berlin, Heymann, 1912.
- FIORE C.-FIORE S., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, Wolters Kluwer, 2020.
- FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- FIORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, 1988, 306 ss.
- ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018.
- FLORA G., voce *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 255 ss.
- FORNASARI G., *Principi di diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993.
- ID., *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in INSOLERA ed al. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 2 ss.
- FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem einföhrungsgesetze*, Tübingen, Mohr, 1931.
- FRANZ T., *Die Bedeutung des Irrthums im Strafrecht*, Würzburg, Stahel, 1879.
- FROSALI A., *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografica Editrice, 1933.
- ID., voce *Errore (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Roma, 1960, 673 ss.
- ID., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffré, 1971.
- GABOARDI A., *La propagazione tentacolare del dolo in un caso di aberratio*, in *Cass. pen.*, 2013, 5, 433 ss.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffré, 1951.
- ID., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, 20, 135 ss.
- ID., voce *Aberratio ictus*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 73 ss.
- ID., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, 751 ss.
- ID., *Appunti di diritto penale. Il reato*, Milano, Giuffré, 2006, II.
- ID., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2015.
- GAMBARDELLA M., *Offesa di persona diversa e tentativo nei confronti della vittima designata*, in *Cass. pen.*, 1994, 66 ss.
- GAMBERINI A.-MADIA N.-DELLA RAGIONE L., *Manuale breve di diritto penale*, Milano, Giuffré, 2022.
- GARDNER J., *Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, 502 ss.

- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Neldiritto Editore, 2009.
- GARRAUD R., *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris, Larose et Forcel, 1885.
- ID., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Larose et Forcel, 1898.
- ID., *Précis de droit criminel*, Paris, Larose et Tenin, 1898.
- GEIB G., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, Hirzel, 1861.
- GESSLER T., *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, M. Voigt, 1860.
- GEYER A., *Considerazioni critiche intorno alla parte speciale del Progetto di Codice penale del 1874*, in *Riv. pen.*, 1889, 2, 37 ss.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993.
- ID., *Sussidiario di diritto penale*, in *Discrimen*, 30 aprile 2021.
- GIZZI L., *Art. 82*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2021, 935 ss.
- GRIECO A., *In tema di aberratio ictus plurilesiva*, in *Giust. pen.*, 1950, 2, 838 ss.
- GROPP W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 2015.
- GROSSO F.C., *Rapporti fra condotta ed evento nell'art. 584 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 822 ss.
- HÄBERLIN C., *Ueber den Irrthum im Strafrecht*, Erlagen, F. Enke, 1865.
- HACKEL A., *Error in obiecto und aberratio ictus im italienischen Strafrecht*, Breslau, A. Kurtze, 1935.
- HALE M., *The History of the Pleas of the Crown*, London, Payne, 1736.
- HALL C., *A Defence of the Doctrine of Transferred Malice: Its Place in the Nigerian Criminal Code*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1985, 805 ss.
- HÄLSCHNER H., *System des preußischen Strafrechts*, Bonn, A. Marcus, 1858.
- ID., *Der Kriminalprozess gegen Rose und Rosabl*, in *GA*, 1859, 7, 444 ss.
- ID., *Das gemeine Deutsche Strafrecht. Systematisch dargestellt*, Bonn, A. Marcus, 1881.
- HASSENSTEIN B., *Irrthum im Objekt und Aberration bei der Brandstiftung*, in *GA*, 1871, 153 ss.
- HAUS J.J., *Cours de droit criminel*, Gand, Hoste, 1861.
- HEGEL F.W.G., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, F. Meiner, 1820.
- HEINRICH B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Kohlhammer, 2016.
- HERRING J., *Criminal law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- HERZBERG R., *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf* in *ZStW*, 1973, 85, 877 ss.
- HETTINGER M., *Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Alleintäter. Gedanken zum Verhältnis zwischen Sachverhalt und Gesetz*, in *GA*, 1990, 531 ss.

- ID., *Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines "Irrtums über den Kausalverlauf"?*, in *Festschrift für Günter Spendel*, Canberra, C. F. Müller, 1992, 237 ss.
- HEUSER M., "*Aberratio ictus*" als "*error in persona vel objecto*" in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (?), in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2019, 3, 181 ss.
- HILLENKAMP T., *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen, O. Schwartz, 1971.
- HIPPEL J., *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Leipzig, S. Hirzel, 1903.
- ID., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Keip, 1932.
- HORDER J., *Transferred malice and the Remoteness of unexpected Outcomes from Intentions*, in *Criminal Law Review*, 2006, 383 ss.
- ID., *Homicide and the Politics of Law Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HSU T.-T., *Doppelindividualisierung und Irrtum: Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007.
- HURD H.-MOORE M., *Negligence in the Air*, in *Social Sciences Research Network*, 2001, 1 ss.
- HUSAK D., *Transferred intent*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2012, 65 ss.
- ID., *The Philosophy of Criminal Law: Extending the Debates*, in *Crim. Law. and Philosop.*, 2013, 351 ss.
- IANNELLI A., *Le varie ipotesi di aberratio ictus*, in *Giust. pen.*, 1972, 2, 460 ss.
- IMPALLOMENI B.G., *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, Catania, F.lli Galati, 1885.
- ID., *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, UTET, 1900.
- JAKOBS G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.
- ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.
- ID., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, trad. it. a cura di Luigi Cornacchia, *Sistema della imputazione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.
- JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1991.
- JEFFERSON M., *Criminal Law*, Edinburgh, Pearson, 2006.
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1960.
- JOUSSE D., *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, C. Debure Pere, 1771, 3.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Mohr Siebeck, 1934.

- ID., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Aalen, Mohr Siebeck, 1984.
- KESSLER K., *The Role of Luck in the Criminal Law*, in *Univ. Pa. Law Rev.*, 1994, 2183 ss.
- KOEHLER A., *Dolo, colpa, errore*, in *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, a cura di Battaglini, Roma, Ed. dell'Istituto di studi legislativi, 1930, 250 ss.
- KOHLER J., *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, J. Bensheimer, 1890, 1.
- ID., *Ebre und Beleidigung*, in *GA*, 1900, 1.
- KÖHLER M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- KOHLRAUSCH E., *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1903.
- KOHLRAUSCH E.-LANGE R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, Berlin, De Gruyter, 1961.
- KÖSTLIN C., *Die Lehre vom Mord und Todtschlag, einer historisch-philosophischen Kritik unterworfen, zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen*, Stuttgart, Meßler, 1838.
- ID., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, H. Laupp, 1845.
- ID., *System des deutschen Strafrecht*, Tübingen, H. Laupp, 1855.
- KÜHL K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Vahlen, 1994.
- KUHLEN L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a. M., Lang, 1987.
- KUTNER P., *The Prosser Myth of Transferred Intent*, in *Indiana Law Journal*, 2016, 1105 ss.
- LAFAVE W., *Criminal Law*, New York, Thomson-West, 2003.
- LANZI M., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018.
- ID., *Preterintenzione e reato aberrante. Tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela*, in *Discrimen*, 11 settembre 2019.
- LARGUIER J., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 1995.
- LEONE G., *Il reato aberrante (artt. 82 e 83 cod. pen.)*, Napoli, Jovene, 1939.
- ID., *Appunti polemici in tema di aberratio ictus con pluralità di eventi*, in *GP*, 1941, 216.
- LETZGUS K., *Vorstufen der Beteiligung Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.
- LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli, 2014.
- ID., *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, Giappichelli, 2021.
- LISZT F. VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, J. Guttentag, 1888.

ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1896.

ID., *Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch*, Jena, S. Fischer Verlag, 1898.

LISZT F. VON-SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, Walter-De Gruyter, 1927.

LONGO M., *Trattato di codice penale italiano*, Trani, Vecchi, 1894.

LUNGHINI G., art. 82, in *Codice penale Commentato*, diretto da Marinucci-Dolcini, Milano, Giuffré, 2006, 804.

MAGGINI A., *Aberratio ictus e legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 3, 931.

MAINO L., *Commento al codice penale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1911.

MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 2017.

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2007.

ID., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2017.

MANUEL G.-BENITEZ J., *Teoria jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, UTET, 1920.

MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffré, 1965.

ID., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1988.

ID., voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, VIII, 521 ss.

MARINUCCI G., *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffré, 1971.

ID., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 30 ss.

ID., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, I, 1 ss.

MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffré, 2019.

MARUCCI A., *Omicidio preterintenzionale e aberratio ictus*, in *Giust. pen.*, 1953, 2, 743 ss.

MASUCCI M., *Naturalismo e normativismo nella teoria del dolo. Premesse per una ridefinizione dei limiti della responsabilità dolosa*, Roma, 2002.

ID., *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, Torino, Giappichelli, 2004.

ID., *Aberratio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1.

MATTHEUDAKIS M., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

ID., *Ancora un'aberrazione applicativa dell'omicidio preterintenzionale*, in *Giur. it.*, 2022, 2226 ss.

MAYER E.M., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, C. Winter, 1923.

- MAZZA F., *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, UP, 2016.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- MESSINA S., art. 82, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini - Gatta, Milano, Giuffrè, 2021, 1232 ss.
- MESSINA S.-SPINNATO G., *Manuale breve. Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2016.
- MEYER H.E., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Erlangen, A. Deichert, 1877.
- MEZGER E.-BLEI H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Biederstein, 1967.
- MEZZETTI E., *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2015.
- MINICUCCI G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze, Firenze University Press, 2018.
- MIR C.J., *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Civitas, 1982.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- ID., *La mancata riforma della responsabilità oggettiva*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, Roma Tre-Press, 2021, I, 673 ss.
- MOLAN M., *Cases & Materials on Criminal Law*, London, Routledge, 2005.
- MOORE M., *Intentions and Mens Rea*, in Gavison (a cura di), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, 245 ss.
- ID., *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- MORO A., *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, L. Macrì, 1942.
- MOURULLO G., in *Comentarios al Código Penal*, diretto da Cordoba-Mourullo-Del Toro-Casabo, Barcelona, Civitas, 1972, II, 208 ss.
- MYERS M., *Felony Killings and Prosecutions for Murder. exploring the Tension between Culpability and Consequences in Criminal Law*, in *Social Legal Studies*, 1994, 3, 149 ss.
- NATALI N., *Offesa per "aberratio ictus" di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta*, in *Giust. pen.*, 1939, II, 395 ss.
- NESTLER N.-PROCHOTA P., *Error in persona und aberratio ictus in sog. Distanzfällen (Teil II)*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, 560 ss.
- NICOLINI N., *Del tentativo*, Napoli, V. Mansi, 1844.
- NIEMANN D.J.-WEBER Y., *Über den Einfluß des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen. Zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosabl*, in *Juristische Ausbildung*, 2009, 5, 373 ss.
- NOLL P., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, 1965, 1 ss.

- ORDEIG G.E., *Introduccion a la parte general del derecho penal español*, Madrid, Civitas, 1979.
- ORMEROD D.-LAIRD K., *Smith, Hogan, & Ormerod's Text, Cases, & Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- ORTOLAN J., *Éléments de droit pénal*, Paris, H. Plon, 1855.
- PADOVANI T., *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, 2, 211 ss.
- ID., *art. 82*, in *Codice penale commentato*, a cura di Padovani, Milano, Giuffré, 2005, 474 ss.
- ID., *Diritto penale*, Milano, Giuffré, 2012.
- PAGLIARO A., *Il delitto di calunnia*, Palermo, G. Priulla, 1961.
- ID., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.
- ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 1998.
- ID., *Il reato*, Milano, Giuffré, 2007.
- ID., *Il diritto penale fra norma e società: scritti 1956-2008. Monografie di parte generale*, Milano, Giuffré, 2009.
- PALA C., *Brevi note in tema di aberratio delicti e delitti da incendio*, in *Rivista giuridica sarda*, 2003, II, 454.
- PALAVERA R., *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Bologna, Edizioni ETS, 2020.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016.
- ID., *“Voluto” e “realizzato” nell'errore sul fatto e nell'aberratio delicti*, in *Arch. giur.*, 1973, 2, 27 ss.
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.
- PALMIERI G., *Osservazioni a Cass. Pen., 5 luglio 2011, n. 30454, sez. I.*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2595 ss.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1967.
- PAOLONI L., *Osservazioni a Cass. Pen., sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2674 ss.
- PATALANO V., *I delitti contro la vita*, Padova, Cedam, 1984.
- PATRONO P., *Rilievi sulla cd. aberratio ictus plurilesiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 86 ss.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, G. Priulla, 1952.
- ID., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.
- PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2021.
- PEÑA P. F., *Derecho penal*, Barcelona, Nauta, 1959.
- PENSO G., *La difesa legittima*, Milano, Giuffré, 1939.

- PERRONI F., *Del nesso causale e della sua imputazione con riferimento al novissimo progetto di codice penale italiano*, Palermo, G. Lamantis, 1888.
- PESSINA E., *Trattato di penalità speciale secondo le leggi delle due Sicilie*, Napoli, R. Marghieri, 1859.
- ID., *Elementi di diritto penale*¹, Napoli, R. Marghieri, 1882.
- ID., *Elementi di diritto penale*², Napoli, R. Marghieri, 1886.
- PETREI P.A., *Aberratio ictus con pluralità di eventi*, in *Cass. pen.*, 1982, 8-9, 1323 ss.
- PFOTENHAUER E.K., *De delicto per errorem in persona commisso*, Halle, Gebauer, 1828.
- ID., *Die moderne Doktrin und Gesetzgebung über den Einfluß des tatsächlichen Irrthums und der sogen. Verirrung auf vorsätzliche Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, XIII, 1861.
- PIGHI G., *Circostanze del reato e principio di colpevolezza*, Modena, 1996.
- PILEGGI G., *Il reato aberrante (aberratio ictus)*, Roma, Gangemi Editore, 1986.
- PISA P., *Le ipotesi di responsabilità anomala*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, in Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 2020, 439 ss.
- PISAPIA D.G., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, Cedam, 1975.
- PLANTAMURA V., *L'omicidio preterintenzionale anche come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa, Pisa University Press, 2016.
- PONTEPRINO G., *Elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale: anatomia di un contrasto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, I, 45 ss.
- ID., *Preterintenzione e culpa in re illicita. La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in *Leg. pen.*, 09.03.2024.
- POPITZ H., *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1980.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1986.
- PRITTWITZ C., *Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung*, in *GA*, 1983, 110 ss.
- PROSSER L.W., *Transferred Intent*, in *Texas Law Review*, 1967, p. 653.
- PUIG MIR S., *Derecho penal. Parte general*, Barcellona, Reppertor, 2016.
- PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 4, 519 ss.
- ID., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 33 ss.
- ID., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2019.
- PUPPE I., *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, in *GA*, 1981, 1 ss.

- ID., *Verwechslung des Opfers durch Angestifteten Urteil vom 25.10.1990*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, 123 ss.
- ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- PUTINATI S., *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008.
- OLIVARES Q.G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1989.
- RAMACCI F., *I delitti di omicidio*, Torino, Giappichelli, 1997.
- ID., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015.
- RAMAJOLI S., *Aberratio ictus e amnistia*, in *Arch. pen.*, 1954, 2, 589 ss.
- RAMOS E., *Die Wirkung des error in persona des Täters auf die Haftung des Anstifters: zur Möglichkeit einer ausreißend differenzierten Lösung*, in *Festschrift für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, Berlin, De Gruyter, 2014.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal*, Paris, Ellipses, 2017.
- RAUTER F.J., *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, Paris, Hingray, 1836.
- REED A.-FITZPATRICK B., *Criminal Law*, London, Thomson - Sweet & Maxwell, 2006.
- REGINA A., *Il reato aberrante*, Milano, Giuffrè, 1970.
- ID., voce *Reato aberrante*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991.
- RICCARDI G., *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore-Moccia-Cavaliere, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 303 ss.
- RIPOLLÈS Q. A., *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1958.
- RISICATO L., *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 584 ss.
- ID., *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1461 ss.
- RIVAS G., *El error en la teoría del delito*, in *Curso de derecho penal*, a cura di Zapatero - de la Torre, Barcellona, Experiencia, 2016, 299 ss.
- RITZ W., *Felony Murder, Transferred Intent, and The Palsgraf Doctrine In The Criminal Law*, in *Washington & Lee Law Review*, 1959, 169 ss.
- ROBINSON P., *Imputed criminal liability*, in *The Yale Law Journal*, 1984, 93, 609 ss.
- ROCCO AL., *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.
- ID., *Relazione sui libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.
- ROCCO AR., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, Fratelli Bocca, 1913.

- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffr , 2016.
- ROMANO M., *Contributo all'analisi della «aberratio ictus»*, Milano, Giuffr , 1970.
- ID., art. 82, in *Commentario sistematico del codice penale*, diretto da Grasso - Romano, Milano, Giuffr , 2004, 3, 778 ss.
- RONCO M., *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*, in *Ind. Pen.*, 2011, 1.
- ID., *Scritti patavini*, Torino, Giappichelli, 2017, I.
- ROSSI B., *Osservazioni. Cass. Pen., Sez. Sez. V, data deposito (dep. 26 marzo 2019) n. 13192*, in *Cass. pen.*, 2020, I, 218 ss.
- ROXIN C., *Rose-Rosahl redivivus*, in *Festschrift für Günter Spendel*, Canberra, C. F. Mohr, 1992, 289 ss.
- ID., § 26, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, diretto da Jahnke - Laufhutte - Odersky, Leipzig, De Gruyter, 1993, 148 ss.
- ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2006, 1.
- ROXIN C.-GRECO L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2020.
- RUDOLPHI H.-J., *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1974, 96 ss.
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2013.
- SABATINELLI L., *Pluralit  di persone offese e aberratio ictus*, in *Arch. pen.*, 1973, 2, 435 ss.
- SALCUNI G., *Aberratio ictus e preterintenzione: un'endiadi mal riuscita*, in *Cass. pen.*, 2003, 10, 3173 ss.
- SANCHEZ S.M., *"Aberratio ictus" e imputation objetiva*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1984, 347 ss.
- SANTALUCIA B., voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, 1979, XXIX, 29 ss.
- SANTISE M.-ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017.
- SANTORO A., *«Aberratio ictus» e tentativo*, in *Scuola pos*, 1941, 2, 99 ss.
- SANTUCCI G., *Aberratio ictus plurilesiva e amnistia*, in *Giust. pen.*, 1948, 2, 342 ss.
- SCHAPER H., § 18 *Weiteres  ber den Thatbestand*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts: Erg nzungen zum deutschen Strafrecht*, a cura di Holtzendorf, Berlin, Habel, 1877, 175 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen, J. Mohr Siebeck, 1970.
- SCH NKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München-Berlin, C. H. Beck, 1961, § 59, 341 ss.
- ID., Berlin, C. H. Beck, 2014, § 15, 273 ss.
- SCHREIBER H.-L., *Grundfälle zum "error in objecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht*, in *Juristische Schulung*, 1985, 873 ss.

- SCHÜTZE R.T., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, M. Gebhardt, 1871.
- SCHWARZE O.F., § 211 in *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, a cura di Olshausen, Berlin, Vahlen, 1892.
- SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1121 ss.
- ID., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1987.
- ID., *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. Pen.*, 2002, 915 ss.
- ID., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012.
- ID., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di Bartoli-Pelissero-Seminara, Torino, Giappichelli, 2021.
- ID., *Sul 'dogma' dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 789 ss.
- SERIANNI V., voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, 1990, XXI.
- SETTI A., voce *Omicidio*, in *Dig. It.*, XVII, 1909, 244 ss.
- SICILIANO F., *Ancora dell'aberratio ictus con pluralità di eventi*, in *Giust. pen.*, 1953, 2, 1130 ss.
- SIEGEL C., *Verwechslungsfälle bei der Anstiftung*, Göttingen, 1895.
- SIMESTER A., *Fundamentals of Criminal Law: Responsibility, Culpability, and Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- SIMESTER A.-HIRSCH A., *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Bloomsbury, 2011.
- SIMESTER A. et al., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, London, Bloomsbury, 2019.
- SITNIK P., *Theoretical Underpinnings of the Doctrine of Transferred Malice* in *Studia Iuridica*, 2016, 115 ss.
- STENGLEIN M., *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10 november 1861*, München, R. Oldenburg, 1869.
- STOCKAR E., *Darstellung der Lehre von der Aberration mit Berücksichtigung der neueren Doctrin und der neueren deutschen Strafgesetzbücher*, Leipzig, Weber, 1864.
- STOREY T., *Transferred Malice, Joint Enterprise and Attempted Murder*, in *The Journal of Criminal Law*, 2014, 3, 214 ss.
- STRATENWERTH G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Berlin, Vahlen, 1970.
- ID., *Objektsirrtum und Tatbeteiligung*, in *Festschrift für Jürgen Baumann*, Bielefeld, Giesecking, 1992, 57 ss.
- STRATENWERTH G.-KUHLEN L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Köln, Vahlen, 2003.
- SUMAN G.-CRIVELLARI G., *Il Codice penale per il Regno d'Italia (approvato del R. decreto 30 giugno 1889, con effetto dal 1° gennaio 1890)*, Torino, UTET, 1892.

- SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, ETS, 2013.
- TAGLIARINI F., *I delitti aggravati dall'evento (profili storici e prospettive di riforma)*, Padova, Cedam, 1979.
- TOEPEL F., *Error in persona vel objecto und aberratio ictus*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1994, 2, 413 ss.
- TOMLIN P., *Accidentally Killing on Purpose: Transferred Malice and Missing Victims*, in *Law and Philosophy*, 2022, 329 ss.
- TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006.
- TRINCHERA T., *Questioni in tema di aberratio ictus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1414 ss.
- ID., *Aberratio ictus plurioffensiva e tentativo di omicidio: quando a essere uccisa è la vittima designata e ferita la vittima colpita per errore*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2015.
- VALLINI A., *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000, 36 ss.
- ID., *art. 82*, in *Codice penale commentato*, diretto da Padovani, Milano, Giuffré, 2014, 594 ss.
- VANNINI O., *Il delitto di omicidio*, Milano, Giuffré, 1935.
- ID., *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo*, Milano, Giuffré, 1953.
- ID., *Omicidio preterintenzionale*, in *Quid iuris?*, Milano, Giuffré, 1954, 357 ss.
- VARENNÈS H., *Un An de Justice*, Paris, 1900-1901.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000.
- VENDITTI R., *Aberratio ictus e cause di giustificazione*, in *Giur.it.*, 1959, 2, 313 ss.
- VIGANÒ F., *Diritto penale e diritti della persona*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Mannozi, Perini, Scoletta, Sotis, Taveriti, Milano, Giuffré, 2022, 845.
- Viganò F.-MIEDICO M.-TRINCHERA T., *Studiare sui casi. Materiali integrativi per il corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- WÄCHTER K., *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, Stuttgart, Metzler, 1825.
- WALTER T., *Der Kern des Strafrecht. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- ID., *Irrtümer auf Tatbestandsebene*, in *Handbuch des Strafrecht. Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, a cura di Hilgendorf - Kudlich - Valerius, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- WALTHER A., *Die Beurteilung der Aberrationsfälle in neuerer Zeit*, in *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, München, 1862, 4, 526 ss.
- WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, De Gruyter, 1960.

- WESTEN P., *The Significance of Transferred Intent*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2013, 321 ss.
- WILLIAMS L.G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, A. Knopf, 1957.
- ID., *Criminal Law. The General Part*, London, Stevens & Sons, 1961.
- ID., *The Mental Element in Crime*, Jerusalem, Magnes Press, 1965.
- ID., *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens, 1983.
- ID., *Convictions and Fair Labelling*, in *Cambridge Law Journal*, 1985, 85 ss.
- ID., *The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, in *Cambridge Law Journal*, 1986, 33 ss.
- WILLIAMS S., *Is Transferred Malice for Murder Always Justifiable?*, in *Oxford Law Journal*, 2009, 14 ss.
- WILSON W., *The structure of criminal Homicide*, in *Criminal Law Review*, 2006, 471 ss. ID., *Criminal Law*, Harlow, Pearson, 2017.
- WISKOTT E., *Zur Lehre von der sogenannten aberratio ictus*, Bonn, J. Bach, 1899.
- WOLTER J., *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 1977, 649 ss.
- ID., *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld. Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung"*, in *Festschrift für Heinz Lefrenz*, Heidelberg, C. F. Müller, 1983, 545 ss.
- ZIRULIA S., *Morte per "effetto domino" innescato dall'utilizzo di spray urticante: configurabile l'omicidio preterintenzionale cd. aberrante? La Cassazione sui fatti di piazza San Carlo a Torino*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2019.
- ZUCCALÀ G., *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, G. Priulla, 1952.

Indice dei nomi

- Agostini M., 73.
Alessandri A., 81.
Alice G., 171, 179, 189, 210.
Alimena B., 69, 229, 236.
Alimena F., 24, 200.
Allen J. M., 267.
Antolisei F., 199, 222.
Antón V., 331.
Aràn G., 331.
Archbold J., 256, 257.
Arena A., XX, 130.
Arrigoni F., 239.
Ashworth A., 258, 262, 266, 269, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 282.
Austin L. J., 21.
Azzali G., 221.
Bagicalupo E., 331.
Balbi G., 24.
Bar von L. C., 83, 84, 95, 101, 120, 121.
Barile L., 68.
Basile F., 66, 140, 141, 143, 226, 242, 244, 356.
Battaglini G., 196, 207, 211, 218, 221, 229, 233.
Baumann J., 293.
Beling E. von, XIX, 87, 115, 123, 126, 127, 317.
Bemmann G., 317.
Benitez J., 331.
Bentham J., XIV, 16.
Berenguer O. E., 331.
Berner F., XVII, 96.
Bettiol G., 190, 367.
Binder G., 257.
Binding K., XIX, 25, 90, 91, 155, 207, 238, 317, 319, 367.
Birkmeyer K., 108.
Blackstone W., 256, 257, 262.
Blei H., 293, 295.
Bohlander M., 238, 269, 270, 271, 272, 274, 278, 280.
Böhlau E., 317.
Boscarelli M., 72, 75, 224.
Bottke W., 308.
Bouloc B., 338.
Bouzat P., 338.
Bruck F., 87.
Brunelli D., 239, 242, 245.
Brusa E., XX, 101.
Buccellati, A., 104.
Buri M. von, 95.
Cadoppi A., 217.
Caiazzo D., 38.
Calvi A. A., 67, 353, 356.
Canestrari S., 35, 50, 51, 80, 171, 179, 184, 201, 224, 353, 356, 359, 361.
Canin P., 338.
Caraccioli I., 178, 195.
Carmona A., 193.
Carnelutti F., 49, 50.
Carrara F., XX, 103, 104, 228.
Castro S., 244.
Caterini M., 353, 356, 360, 362.
Cerquetti G., 38, 44, 179.
Chauveau A., 236, 338.
Christian E., 257, 256. Cobo R. M., 331.
Cocco G., 34, 235.
Cognetta G., 178.
Conde M. F., 331.
Conti L., 154, 179, 182, 186, 190.
Conti U., XX, 109, 229.
Contieri E., 33, 148, 205, 222.
Cordani S. A., 103.
Cornacchia L., 54, 79, 80, 120, 178, 195, 216, 224, 231, 236, 239, 335.
Cosseddu A., 25, 51, 179, 207, 223, 224, 233.
Crivellari G., 226.

Cussac L. G., 331.
 Da Costa J. P., 50, 52, 66, 171, 179, 186, 188, 190.
 Dacqui G., 183, 252.
 Dalloz A., 338, 340.
 Dalloz D., 338, 340.
 De Francesco G., 55, 75, 76, 122, 134, 142, 144, 156, 165, 178, 180, 183, 185, 236, 239, 252, 323, 356.
 De Gante M. V. M., 331.
 De Marsico A., 217, 218.
 De Robertis N., 130.
 De Simone G., 80, 139, 224.
 De Vabrés D. H., 338.
 De Vero G., 30, 75, 224.
 Delitala G., 183, 211, 216.
 Della Ragione L., 179.
 Delmas Marty M., 346.
 Demuro P. G., 45, 82, 121, 128.
 Desportes F., 338.
 Devesa R. M., 331.
 Dillof A., 21, 257, 262, 291.
 Dinacci U., 50.
 Dine J., 265.
 Dolcini E., 79, 226, 252, 329, 353, 356.
 Domat J., XVIII.
 Donini M., 24, 33, 78, 79, 90, 129, 187, 195, 210, 212, 213, 214, 222, 224, 226, 242, 353.
 Dsouza M., 269, 280.
 Dubber D. M., XIV.
 Durigato L., 69.
 East E. H., 256.
 Ebermayer L., 293.
 Eldar S., 262, 271, 280, 285, 290.
 Engelmann W., 121.
 Engisch K., 130.
 Escamilla M. M., 331.
 Eser A., XIV.
 Esposito G., 16, 32, 62, 64, 75, 251.
 Falcinelli D., 27.
 Fasani F., 372.
 Feuerbach A., XIX, 86, 123.
 Fiandaca G., 43, 50, 78, 79, 82, 99, 100, 148, 162, 171, 223, 226, 252, 300, 316, 356, 368.
 Finger A., 115, 125.
 Fiore C., 40, 50, 54, 78, 183, 226, 349, 356.
 Fiore S., 40, 50, 54, 78, 183, 226, 313, 349, 356.
 Fiorella A., 35, 78, 143, 157.
 Fitzpatrick B., 272, 280.
 Flora G., 149.
 Fornasari G., 35, 77, 223, 236.
 Frank R., 115, 123, 127.
 Franz T., 93.
 Frosali A. R., 52, 197, 210, 218.
 Gaboardi A., 76, 79, 211, 216, 219, 220.
 Gallo M., 17, 44, 63, 154, 157, 159, 162, 179, 181, 182, 185, 188, 190, 191, 210, 219, 226, 236.
 Gambardella M., 188.
 Gamberini A., 179.
 Gardner J., 261.
 Garofoli R., 165.
 Garraud R., 338.
 Gatta G., 79, 252, 329, 356.
 Geib G., 91.
 Gessler T., 55, 123, 125.
 Geyer A., 108.
 Giunta F., 163, 216.
 Gizzi L., 35.
 Greco L., 306.
 Grieco A., 207, 217.
 Gropp W., 294.
 Grosso F. C., 67, 353, 355.
 Häberlin C., 95, 96.
 Hackel A., 102.
 Hale M., 256.
 Hall C., 274.
 Hälschner H., XVII, 92, 95, 317.
 Hassenstein B., 317.
 Haus J. J., 104, 338, 339.
 Hegel F. W. G., 96, 98.
 Heinrich B., 294.

Hélie F., 236, 338.
 Herring J., 280.
 Herzberg R., 186, 302, 308.
 Hettinger M., 26, 308.
 Heuser M., 295, 308.
 Hillenkamp T., 297, 322.
 Hippel J., 57, 95, 322.
 Hirsch A., 277.
 Horder J., 264, 266, 272, 280, 282, 285, 288.
 Hsu, T.-T., 55.
 Hurd H., 261, 262, 280.
 Husak D., 262, 272, 278, 280.
 Iannelli A., 147, 221.
 Impallomeni B. G., XX, 105, 107, 109, 229.
 Jakobs G., 22, 293, 294, 303.
 Jeandidier W., 338.
 Jefferson M., 280.
 Jescheck H. H., 293, 295.
 Jousse D., 338.
 Kelsen H., 18, 77.
 Kessler K., 288, 290.
 Koehler A., 108.
 Kohler J., XIX, 30, 90, 156.
 Köhler M., 293.
 Kohlrausch E., 31, 83, 293.
 Köstlin C., XVII, 93, 94.
 Kühl K., 303.
 Kuhlen L., 82, 293, 295, 296, 322.
 Kutner P., 267.
 Lafave W., 257.
 Laird K., 269, 272, 275, 279, 283.
 Lange R., 293.
 Lanzi M., 25, 239.
 Larguier J., 338.
 Le Gunehec F., 338.
 Leone G., 25, 30, 31, 57, 96, 105, 121, 133, 154, 155, 159, 176, 178, 182, 195, 197, 198, 207, 209, 216, 217, 236, 247.
 Letzgas K., 316, 318, 322, 323, 327.
 Licci G., 38, 51.
 Liszt F. von, 88, 89, 115, 123, 125, 126.
 Longo M., 104.
 Lorenzo M., 331.
 Lunghini G., 179, 186.
 Madia N., 179.
 Madison J., XIV.
 Maggini A., 232, 233.
 Maino L., 99, 108, 109.
 Manna A., 192.
 Mantovani F., 75, 191, 223, 356.
 Manzini V., 111, 133, 135, 232.
 Marini G., 25, 51, 75, 224, 239.
 Marinucci G., 65, 79, 179, 184, 226, 252, 329, 356.
 Marucci A., 240.
 Masucci M., 16, 35, 41, 55, 58, 249.
 Mattheudakis M. L., 35, 195, 240, 356.
 Mayer E. M., 99, 115, 122.
 Mazza F., 229.
 Mazzacuva N., 192.
 Messina S., 72, 181.
 Meyer H. E., 91.
 Mezger E., 293, 295.
 Mezzetti E., 74, 165, 183.
 Medico M., 180, 192.
 Minicucci G., 77.
 Mir C. J., 330, 331.
 Moccia S., 44, 207.
 Molan M., 272.
 Moore M., 257, 261, 262, 280, 281.
 Moro A., 367.
 Mourullo G., 331.
 Musco E., 50, 78, 162, 171, 223, 226, 252, 300, 316, 356.
 Myers M., 257.
 Natali N., 171.
 Nestler N., 318, 322.
 Nicolini N., XX, 76, 105, 229, 232, 233.
 Niemann D. J., 317.
 Noll P., 115, 120.
 Olivares Q. G., 331.
 Ordeig G. E., 331.
 Ormerod D., 269, 272, 275, 279, 283.
 Ortolan J., 338.

Padovani T., 139, 178, 226, 356.
 Pagliaro A., 25, 75, 187, 191, 195, 207,
 214, 224, 232, 300, 376.
 Pala C., 158.
 Palavera R., 38.
 Palazzo F., 51, 78, 356.
 Paliero E. C., 195.
 Palmieri G., 211.
 Pannain R., 223.
 Paoloni L., 193.
 Patalano V., 239, 353, 355.
 Patrono P., 207.
 Pedrazzi C., 31, 47, 72, 250.
 Pelissero M., 128.
 Peña P. F., 330.
 Penso G., 231, 236.
 Perroni F., 69, 95, 109, 110.
 Pessina E., XX, 103, 104, 228, 232.
 Petrei P. A., 210.
 Pfothenauer E. K., 19, 31.
 Pighi G., 51.
 Pileggi G., 15, 18, 27, 29, 41, 51, 52,
 145, 178, 195, 210.
 Pisa P., 28, 70, 224.
 Pisapia D. G., 75, 350.
 Plantamura V., 239, 353, 356.
 Pontepino G., 240.
 Popitz H., 195.
 Pothier R. J., XVIII.
 Pradel J., 338.
 Prittwitz C., 297, 303, 304.
 Prosser L. G., 262.
 Puig Mir S., 331, 332.
 Pulitanò D., 46, 47, 48, 78, 81, 99, 129,
 150, 179, 356.
 Puppe I., 55, 295, 296, 311, 320, 325.
 Putinati S., 51.
 Ramacci F., 71, 183, 226, 242, 245, 356.
 Ramajoli S., 211.
 Ramos E., 322.
 Rassat M.-L., 338.
 Rauter F. J., 338.
 Reed A., 272, 280.
 Regina A., 49, 69, 87, 112, 113, 154,
 179, 186, 195, 198, 353, 355, 358.
 Riccardi G., 201, 224.
 Ripollés Q. A., 330.
 Risicato L., 235.
 Ritz W., 257, 275.
 Rivas G., 331.
 Robinson P., 276.
 Rocco Al., 131, 184.
 Rocco Ar., 71, 367, 368.
 Romano B., 224.
 Romano M., 18, 25, 33, 35, 44, 51, 57,
 71, 122, 130, 154, 159, 165, 179,
 187, 188, 189, 190, 194, 205, 206, 214,
 222, 223, 236.
 Ronco M., 74, 128.
 Rossi B., 239.
 Roxin C., 294, 302, 303, 306, 309, 311,
 316, 322, 325, 327.
 Sabatinelli L., 221.
 Salcuni G., 240, 244.
 Sanchez S.M., 55, 200, 332, 335, 336.
 Santalucia B., 236, 244.
 Santise M., 196.
 Santoro A., 190.
 Santucci G., 209, 211.
 Schaper H., 87.
 Schmidhäuser E., 293, 322.
 Schmidt E., 126.
 Schönke A., 89, 293.
 Schreiber H.-L., 297.
 Schröder H., 89, 293.
 Schütze R. T., 55, 123, 125.
 Schwarze O. F., 91.
 Seminara S., 164, 182, 251, 252, 315,
 328, 355, 359, 361.
 Serianni V., 244.
 Setti A., 107.
 Siciliano F., 222.
 Siegel C., 317.
 Simester A., 269, 272, 277, 279.
 Sitnik P., 277, 280.
 Spinnato G., 72.

Stenglein M., 95.
Stockar E., 93, 157.
Storey T., 274.
Stratenwerth G., 293, 303, 322.
Suman G., 226.
Summerer K., 58.
Tagliarini F., 353.
Thaman C. S., XIV.
Toepel F., 21, 70.
Tomlin P., 278.
Torre V., 35.
Trapani M., 27, 51, 72, 74, 77, 133, 141,
160, 191, 196, 301.
Trinchera T., 178, 180, 181, 183,
187, 188, 190, 192, 211.
Vallini A., 178, 226.
Vannini O., 36, 228, 244.
Varennès H., 341.
Venditti R., 231, 233.
Veneziani P., 38, 217.
Vervaele J., 346.
Viganò F., 180, 192, 199.
Vives A., 331.
Wächter K., XIX, 87.
Walter T., 293, 295.
Walther A., 87.
Welzel H., 293, 295, 367.
Westen P., 278, 280.
Williams L. G., 21, 55, 261, 262, 266,
269, 272, 274, 277, 278, 280, 282, 292.
Williams S., 260, 261, 280, 284.
Wilson W., 265, 277, 280.
Wiskott E., 88.
Wolter J., 46, 78, 296.
Zirulia S., 239.
Zuccalà G., 129, 353, 356.
Zunica F., 196.