



IL CONATUS DELICTI NELL'ESPERIENZA DELLO IUS ECCLESIAE

Alessandro BUCCI*

Para citar este artículo puede utilizarse el siguiente formato:

Alessandro Bucci (2014): "Il conatus delicti nell'esperienza dello ius Ecclesiae", en *Revista crítica de Derecho Canónico Pluriconfesional*, n.º 1 (abril 2014), pp. 59-80. En línea en: <http://www.eumed.net/rev/rcdcp/01/ab.pdf>.

ABSTRACT: This research is about the historical evolution of the juridical institute of conatus delicti in the ius Ecclesiae. This study begins from roman law to the present day through the decretistical and decretalistical doctrine.

KEYWORDS: Conatus delicti, Positivus voluntatis actus, lus poenalis canonicus.

RESUMEN: La presente investigación gira en torno a la evolución histórica de la institución jurídica del conatus delicti en el derecho canónico. El presente estudio se inicia con el Derecho romano y llega hasta nuestros días pasando revista a la doctrina del Decreto y de las Decretales, y ocasionalmente la de los decretistas y de los decretalistas.

PALABRAS CLAVE: Conatus delicti, Positivus voluntatis actus, lus poenalis canonicus.

1. Premessa

La nozione di *tentativo*, chiamata dai penalisti della scuola classica anche *attentato*, *conato* o *reato imperfetto*, si riferisca all'elemento fisico del delitto, e presuppone un *propositum delinquendi* determinato ed un'azione incompleta, interrotta prima del momento *consumativo* del reato, una deficienza cioè dell'elemento fisico e oggettivo dell'integrità dell'elemento fisico e oggettivo all'integrità dell'elemento psichico o suriettivo. Ma nonostante l'apparente semplicità di tale concetto, non vi è forse in diritto penale, un argomento che presenti tanta diversità di idee e contrasto d'opinioni come la teoria sul tentativo. Nella dottrina penalistica italiana, il Carmignani, in proposito, affermava che la teoria dell'attentato è una delle più sottili e difficili, «siccome quella che deve investigare il diritto sì nell'esecuzione, che nell'intenzione»¹. O

* Professore dr. adv., Pontificio Istituto Orientale di Roma e Università degli Studi di Cassino.

¹ In *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Losanna, 1831, p. 296. A tal proposito l'autore, con punto di ironia ricorda la «lite che pende tra loro indecisa» tra il Filangieri e il Renazzi, «che si gloriano d'aver ciascun d'essi tentata il primo la teoria dell'attentato delitto, mancano di definizione, né può ella essere in mezzo a tante difficoltà trascurata», p. 296. Il Carrara comunque dà una propria definizione, riconducendo tutto a «un fatto avente acarattere estrinseco di mezzo assunto da malvagio proposito, e idoneo a conseguire il suo fine nella consumazione di certa e determinata offesa sociale» (ibidem, p. 323). Cfr. L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, [Università G. D'Annunzio, Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, Collana della Facoltà, vol. XIX], Teramo, 1993, p. 12.

anche il Cremani che ricordava come «perdifficilis et perobscura est quaestio de conatu delinquendi»²; ma anche che «forse nessun istituto del diritto penale è così gravido di problemi come il tentativo»³ come vuole il Santoro. In tempi più recenti, il Geyer, ricorda come «se si chiede per qual ragione debba punirsi il tentativo di un reato, il quesito riceve risposte tante e tanto variate quante e quanto varie sono le dottrine di diritto penale»⁴.

Nel campo del diritto canonico, la dottrina non riuscì a formulare o elaborare una dottrina generale ed originale sul tentativo e rimasero fermi alla tradizione del diritto romano, che a sua volta non conosceva una teoria generale su questo istituto. Occorre tenere ben presente quindi, che nel diritto della Chiesa la semplice intenzione delittuosa che permanga come tale e che quindi non si riveli per opera dell'agente nel mondo esterno come un fatto illecito, non costituisce delitto e di conseguenza non è soggetta ad alcuna pena. Soltanto nel campo della morale e nel foro della penitenza, le intenzioni cattive sono punibili. Ma anche qui la manifestazione deve essere *in foro externo*, la confessione, altrimenti il peccato può essere punito solo da Dio.

Quindi nel diritto canonico, qualora il soggetto agente non estrinsechi, ovvero non traduca in un *positivus voluntatis actus*, il suo disegno criminoso e non compia ed attui tutti i presupposti oggettivi che la legge espressamente o implicitamente richiede perché si abbia reato, non si ha un'effettiva violazione giuridica e di conseguenza non si incorre nella pena prescritta.

Pertanto, essendo stretta la relazione tra morale e diritto, fu possibile ravvisare in ogni reato una lesione d'ordine morale; perciò ogni delitto fu considerato nella sua genesi anzitutto un peccato: ciò per il fatto che esso procede dalla libera volontà individuale, ragione dell'imputazione, e per il fatto che nell'essenza ogni lesione del diritto costituisce una violazione di un dovere imposto dalla legge morale e divina, cioè un peccato. Ma, per quanto fosse difficile separare nettamente il reato dal peccato (ogni delitto è un peccato, ma non ogni peccato un delitto), non fu fatta confusione e ne è prova il foro esterno e interno che la Chiesa tenne sempre distinti⁵. Il peccato era punito con penitenze di carattere morale che avevano per fine l'espiazione e l'emenda del colpevole, e miravano a riconciliarlo con la Divinità offesa ed escludevano qualsiasi coazione. Il reato invece era punito con pene esterne ecclesiastiche, *coattive*, miranti a vari fini tra cui quello dell'espiazione e del miglioramento morale del reo.

Data la stretta separazione tra delitto e peccato, il diritto penale canonico si sarebbe dovuto sostanzialmente ispirare ai principi della morale teologica. Ma è

² L. Cremani, *De iure criminali libri tres*, Mediolani, 1791, lb. I, cap. V, §1, p. 77. Ma anche R. Martucci, voce *Tentativo* (diritto intermedio,) in *E. d. D.*, vol. XLIV, 1992, p. 99, ed ivi v. nota n. 3.

³ A. Santoro, voce *Tentativo* (diritto penale), in *Nov. Dig. It.*, vol. XVIII, 1971, p. 1133. Per un inquadramento storico dell'istituto del delitto tentato nell'esperienza civile, cfr. F. Antolisei, *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1911, II, pt. I, pp. 321-349, ma anche L. Scarano, *Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo*, in *Archivio penale*, 1946, II.

⁴ Così A. Geyer, *Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht*, Innsbruck, 1862, p. 191. A tal proposito è opportuno ricordare anche la definizione di Alciato, ad Legem XLIII, *De verborum significatione*, «Aliud est crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta».

⁵ Già i decretalisti, come vedremo, avevano stabilito una differenza in ordine alla responsabilità, tra foro esterno e interno, fissando la massima che «lex opus attendit, Deus voluntatem».

notevole che, mentre questa colpiva persino l'interno volere, purché si fosse manifestato all'esterno, e si potesse provare mediante azioni o omissioni esteriori, la dottrina del tentativo non ebbe una sfera generale di applicazione. Perciò si è giustamente potuto affermare che il diritto canonico allo svolgimento della dottrina del tentativo non apportò in passato alcun contributo originale, non avendo neppure risentito dell'influenza del diritto germanico che ammetteva invece la distinzione tra delitto tentato e consumato⁶. I motivi per cui i canonisti non formularono una dottrina generale sul tentativo, furono dovuti: 1) per l'influenza del diritto romano, accogliendone i principi che, in questo istituto giuridico non erano né fissi, né sicuri⁷. Secondo questo diritto, l'applicabilità della pena ai delitti non consumati avvenne molto tardi e molto raramente. Ma né nel diritto romano, né in quello canonico è dato trovare una norma generale che stabilisca la punibilità del tentativo di reato; 2) Nei delitti di maggiore gravità che producevano un grande scandalo e minacciavano di far crollare le pur solide basi della società cristiana (omicidio, lesa maestà, eresia), il diritto canonico uniformandosi al diritto romano, puniva, oltre agli atti di esecuzione, anche quelli di semplice preparazione considerati come atti di per sé stanti e formalmente perfetti, quasi indipendenti dal delitto alla cui consumazione erano diretti; 3) Quando il diritto canonico si staccò dalla teologia e assunse carattere prevalentemente giuridico, prevalse il principio, seppur senza contrasti, che in materia penale non si ammetteva interpretazione analogica, onde il delitto tentato o mancato doveva ritenersi punibile solo nei casi espressamente determinati dalla legge; 4) Poiché nel diritto penale canonico non valeva la massima «nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali»⁸, presente invece nel diritto romano, un atto esecutivo ed anche di preparazione di un delitto poteva dal giudice ecclesiastico essere ritenuto delitto perfetto e unito con pena arbitraria.

In definitiva, solo nel 1917 con il Codice di Diritto Canonico, si ebbe questo istituto giuridico, il *conatus delicti*, che i canonisti hanno preso in esame come un istituto a se stante.

⁶ Cfr. così l'Editto di Rotari capp. 139-141, in materia di veneficio tra l'atto preparatorio, il tentativo ed il reato consumato, accompagnata dalla comminatoria di pene diverse e proporzionate alla quantità dell'azione del danno arrecatesi: cap. 139: «Si quis... venenum temperaverit et alii ad bibendum dare voluerit; cap. 140: Si... venenum dederit ad bibendum, et qui acceperit... mortuus non fuerit, conponat qui venenum dedit, medietatem praetii ipsius, quod adpraetiatius fuerit, si eum occidisset; cap. 141: Si quis venenum ad bibendum dederit, et qui acceperit, mortuos fuerit, praetium mortui secundum qualitatem personae in integrum conponat; cap. 142: Si servus aut ancilla venenum alicui dederit, et ille qui acceperit mortuos non fuerit, conponat dominus servi vel ancillae medietatem praetii, quod ipse valuerit, qui accepit. Et per omnia ipse servus vel ancilla in ipsa compositione pro quantum adpraetiatius fuerit, ad occidendum tradatur; et si mortuus fuerit, qui accepit, tunc dominus servi vel ancille ipsum nomine in integrum conponat, sic tamen ut servus aut ancilla in ipsa compositione pro quantum adpraetiatius fuerit, ad occidendum tradatur et nulla sit redemptio aut excusatio mortis servi vel ancille». Cfr. F. Bluhme, *Monumenta Germaniae Historica*, t. IV: *Legum*, Hannoverae, 1868, pp. 32-33.

⁷ Cfr. D. Schiappoli, s.v. *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. I, p. 742.

⁸ Cfr. 131 Dig. 4, 16. Questo principio fu poi accolto per la prima volta nel Codice del 1917 al canone 2195 che stabilisce che presupposto del delitto è una legge che commina una sanzione, almeno indeterminata: *lex cui addita sit sanctio canonica, saltem indeterminata*.

2. L'ordinamento penale canonico: brevi note

Ricordava il Ciprotti che la Chiesa è una “società istituita da Gesù Cristo per la salvezza eterna delle anime, della quale fanno parte tutti gli uomini battezzati viventi sulla terra”⁹. Questa definizione appare la più completa nel suo significato giuridico, discostandosi da quella del Bellarmino che – nel definire la Chiesa come “coetus hominum unius et eiusdem fidei christianae professione et eorumdem sacramentorum communione, colligatus, sub regimine legitimorum pastorum ac praecipue unios Christi in terris Vicarii Romani Pontificis”¹⁰ –, tendeva a metterne in risalto il carattere teologico. Su quanto poi concerne la giuridicità dell'ordinamento canonico, ricordiamo che esso altro non è che un ordinamento universale di radice non giuridica, bensì *meta-giuridica*, perché trae le sue fondamenta dal momento teologico, che nulla ha di razionale e che viene mediato nella quotidiana esperienza del *populo Dei* dai cardini del cristianesimo: *charitas e salus animarum* che vengono fatti agire mediante due strumenti *ad hoc*, quali l'*exceptio* ed il *privilegium*. Ciò risulta essere totalmente incomprensibile ai giuspositivisti e sarà inaccettabile dalla giurisprudenza neoilluminista dei secoli che seguiranno fino a tutt'oggi. Quest'ultima inconsapevolmente, ovvero negandone la somiglianza, ne adotta la stessa logica partendo proprio dalla concezione statalista di Hegel che non faceva altro che porre le basi dello Stato moderno su categorie di principi e norme non scritte, al pari della stessa Chiesa. E la stessa Carta costituzionale italiana, al pari di quella degli altri Paesi, ne è la riprova, riproponendo nei suoi primi articoli la *religio homini*. Assoluta similitudine si ha, quindi, tra l'ordinamento canonico e quello civile *tout court*: entrambi si fondano su un qualcosa che va oltre la razionalità, oltre l'apparente giuridicità e questo qualcosa va ritrovato nella *religio* come accezione tutta ciceroniana¹¹ *di ritornare su ciò che si è fatto e*, quindi, discrezione di giudizio.

Similmente agli altri ordinamenti, il diritto penale canonico attiene al diritto pubblico, proprio perché a tutela dell'equilibrio della società¹² e nel pieno rispetto del principio superiore della *salus animarum*. Nondimeno vi sono alcuni istituti giuridici del tutto differenti e particolari (e non potrebbe essere altrimenti data la particolarità dell'ordinamento canonico su cui abbiamo dinanzi spiegato).

⁹ Cfr. P. Ciprotti, *Lezioni di Diritto Canonico*, Padova, 1943, p. 17.

¹⁰ R. Bellarmino, *Disputationes de controversiis christianae fidei adversus hujus temporis haereticos*, t. II, Lugduni, apud Iohannem Pillehotte, 1610, controversia 1: *De Ecclesia Militante*, I, III, c. 2.

¹¹ Cicerone, *De natura deorum*, II, 28: «Qui autem omnia quae ad cultum deorum pertinerent diligenter retractarent et tamquam relegerent, sunt dicti religiosi ex relegendo, ut elegantes ex eligendo, diligendo diligentes, ex intelligendo intelligentes». Il termine starebbe ad indicare l'esercizio metodico del culto, la costante osservanza e rituale di alcuni precetti e non già il rapporto con il divino, come vuole invece Lattanzio il quale, correggendo Cicerone, sostiene che la parola derivi da un altro verbo: *religare*, cioè «legare, vincolare», nel significato di legare l'uomo alla divinità: «Hoc vinculo pietatis obstiti Deo et religati sumus; unde ipsa religio nomen accepit, non ut Cicero interpretatus est, a relegendo» (Lattanzio, *Divinae institutiones*, IV, 28). Sant'Agostino, ora propende per Lattanzio (in *Retractationes*, I, 13), ora per Cicerone [in *De civitate Dei*, X, 3: «Eleggendo quindi Dio, o piuttosto rieleggendolo (da cui verrebbe il termine religione) avendolo perduto per nostra negligenza». Agostino, *La città di Dio*, Milano, 2004, p. 462].

¹² Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 29.

Occorre quindi partire proprio al Codice del 1917 per poi arrivare a quello del 1983 dove peraltro l'istituto giuridico venne depenalizzato. L'istituto del delitto trova la sua nozione nel canone 2195 del codice del 1917 sostanzialmente identico al codice del 1983 al canone 1321 e dove il delitto viene definito come un'azione umana *esterna* che implica rapporti tra soggetti di diritto¹³: in altre parole viene riassunto il principio del *nullum crimen*. Questo atto *positivo* (e cioè: *positus*, posto, reale) di volontà, viene contrapposto a quelli meramente interni che formano comunque oggetto di giurisdizione canonica. Pertanto occorre precisare che se ogni delitto è peccato (in quanto violazione esterna di una norma rilevante nel foro giuridico), non ogni peccato può essere delitto (in quanto azione interna o anche esterna, ma non rilevante agli effetti delle norme penali). Occorre comunque precisare che anche nel diritto canonico l'elemento formale da cui unicamente se ne ricava la configurazione, è dato dalla *sanctio*. Ciò detto, sussistono profonde differenze tra i due ordinamenti in tema di diritto penale. Se nello Stato moderno la formazione di questi principi, oltre che in una garanzia predisposta a tutela dei soggetti di diritto, è dovuta ancor più alla divisione tra i vari organi del potere legislativo, esecutivo e giudiziario secondo le concezioni liberali.

Nell'ordinamento canonico invece, non sussiste una tale distinzione di poteri dato che ad ogni Ordinario compete la giurisdizione del foro esterno e anche la facoltà di tutti e tre i *munera*. Di qui, il Vescovo non ha solo la giurisdizione sul proprio territorio, ma anche i precetti singolari ex can 2307 e le ammonizioni ex 2310¹⁴ del codice del 1917, come peraltro rimasto invariato nel codice del 1983 ai canoni 1339 e ss. Ciò d'altra parte non implica che nel diritto canonico possa sorgere la configurazione di un reato senza che in confronto di determinati atti sia precedentemente stata comminata una pena. Non c'è dubbio che nel momento in cui l'Ordinario con l'istituto del precetto e dell'ammonizione si può dirigere anche verso i singoli soggetti, tutta la sistematica propria dell'ordinamento penale canonico non può essere circoscritta e limitata dal principio del *nullum crimen*. E' disposta esplicitamente, infatti, che «nisi ex adiunctis aliud appareat quae dicuntur de delictis, applicantur etiam violationibus praecepti cui penali sanctio annexa sit» (can 2195 n° 2)¹⁵. Di qui appare evidente che si possa configurare il delitto non solo per la violazione delle norme, ma anche per le disposizioni particolari che hanno in comune la sanzione penale.

Senza dubbio alcuno si può affermare che al sorgere del reato è necessario che certi atti siano previsti come illeciti dalla legge (ovvero quella norma astratta e diretta alla generalità dei consociati), o anche dal comando o diffida (che altro non sono che la *praeceptio* e la *monitio* di cui destinatari possono essere i singoli soggetti, che nell'emanare i predetti provvedimenti l'Ordinario considera *intuitu personae*), e che detti atti illeciti siano preventivamente sanzionati con pena.

Dal che si deduce che la canonistica preferisca precisare il principio statutale in quello più aderente alla realtà canonica nel *nullum crimen, nulla poena sine praevia sanctione poenali*¹⁶.

¹³ «Nomine delicti, iure ecclesiastico, intelligitur externa et moraliter imputabilis legis violatio cui addita sit sanctio canonica saltem indeterminata».

¹⁴ Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 30.

¹⁵ La norma fu trasfusa nel canone 1321 e ss. del codice successivo.

¹⁶ Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 34.

2.1 Il “conatus delicti” nel diritto canonico

Il delitto, pertanto, seguendo l'esposizione dei canonisti, prende vita da tre elementi in cui si chiede una simultanea sussistenza, quali l'elemento *oggettivo*, *soggettivo* e *giuridico*.

L'*elemento oggettivo* si manifesta nell'atto positivo di volontà (ovvero – come già abbiamo avuto modo di chiarire – *positus*, reale, effettivo) di una trasgressione del dettato normativo che si concreta proprio in una azione o omissione. D'altra parte, se si ricerca la *ratio legis* per cui il legislatore ha ritenuto opportuno incriminare le azioni o omissioni ipotizzate nelle norme legislative, essa si riscontra nell'opportunità di tutelare certi interessi che da quelle azioni o omissioni vengono lesi. E', in buona sostanza, che questo complesso di interessi penalmente tutelato che, usando la terminologia giuridica dei penalisti, forma l'oggetto giuridico del reato o meglio del delitto (non si ha infatti nell'ordinamento canonico la distinzione propria della maggior parte degli ordinamenti statuali tra delitti e contravvenzioni)¹⁷. Ma è appunto in merito all'interesse, oggetto della legge penale, che le norme penali canoniche acquisiscono un carattere del tutto particolare in relazione allo scopo ultimo e di ordine pubblico della Chiesa: la *salus aeterna animarum* e pertanto, per quanto attiene al foro esterno, l'*amotio scandali*.

Infatti, nonostante la considerazione che il legislatore canonico ha avuto delle lesioni che le azioni umane possono direttamente provocare ai privati (danno immediato), tuttavia la tutela principale delle norme penali è relativa al danno che la *societas fidelium* può risentire sia direttamente, come nei delitti contro la *fides*, la *religio* e la pubblica *auctoritas*, ecc., sia indirettamente come nei delitti che pervengono a ledere l'interesse sociale (*damnum publicum*) previa una diretta lesione di interessi privati: e tale danno pubblico, se non altro si concreta sempre nello *scandalum* e perciò in un *damnum animarum*.

Non c'è dubbio, quindi, che mentre gli ordinamenti statuali giustificano la punibilità del tentativo di reato in una più o meno vera pericolosità del delinquente ed in una più o meno presunta volontà di sovvertimento dell'ordine pubblico (scuola positiva) oppure nell'effettivo danno che anche gli atti diretti alla consumazione di un delitto possono causare (scuola classica), il legislatore canonico pone a base del *conatus delicti* il danno pubblico (*scandalum*) che sempre viene a sussistere quando un soggetto mediante azioni esterne tende, anche se inutilmente, a realizzare un evento criminoso; e ciò a parte la valutazione di un effettivo danno privato che la preparazione criminosa può cagionare. L'*elemento soggettivo*, secondo la terminologia canonistica consiste nella cosiddetta imputabilità civile¹⁸. Sotto questo termine i canonisti, sicuramente con un minore senso esegetico di quello che oggi ha raggiunto la dottrina penalistica degli ordinamenti statuali, ricomprendono oltre alla generica capacità di essere soggetti di diritto penale (capacità di intendere e di volere), anche il concetto di responsabilità sia a titolo di dolo che a titolo di colpa (elemento della volontarietà) ed inoltre il nesso di causalità materiale che deve ad ogni modo sussistere tra l'azione criminosa e l'evento (imputabilità fisica).

¹⁷ Cfr. R.A. Frosali, *Diritto penale. Parte Generale*, Cetim, Milano, p. 68.

¹⁸ Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 40; ma anche F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, par. 7.

Risulta evidente che un tal modo di esposizione della materia è quello di un ordinamento rimasto attaccato ai vecchi schemi classici della scuola storica¹⁹.

L'*elemento giuridico*, che consiste nella norma penale intesa nel senso sopra menzionato comprensivo di legge, sia comune che particolare, ed anche del precetto e dell'ammonizione canonica rivolti ai singoli individui con comminatoria di pena. In riferimento a tale elemento sorse una questione in dottrina circa l'interpretazione da darsi alla disposizione del canone 2222 del codice piano-benedettino con cui si sancisce «licet lex nullam sanctionem appositam habeat, legitimus tamen Superior potest illius transgressionem, etiam sine praevia poenae comminatione, aliqua iusta poena punire, si scandalum forte datum aut specialis transgressionis gravitas id ferat; secus reus puniri nequit, nisi prius monitus fuerit cum comminatione poenae latae vel ferendae sententiae in casu transgressionis, et nihilominus legem violaverit».

In forza appunto di questa disposizione, la dottrina canonistica dell'epoca²⁰ si è divisa in due correnti delle quali l'una sostiene che la prima parte della disposizione implichi un'eccezione ai principi generali, consentendo che il giudice possa applicare una pena arbitraria senza previa comminatoria; l'altra invece è propensa a ritenere che, pur nell'ipotesi della gravità dell'infrazione o dello scandalo, il superiore possa punire soltanto previo precetto o monizione accompagnate da sanzione penale.

Non c'è dubbio comunque che nonostante l'espressione letterale del canone apparentemente in favore alla prima tesi, occorre tenere in considerazione la seconda interpretazione.

Infatti, in aderenza ai principi suesposti – etiam sine praevia poenae comminatione – è da riferirsi non alla facoltà del superiore (potest), bensì all'azione del delinquente (transgressionem). Inoltre, come giustamente osservavano Wernz-Vidal, la tesi che riscontra nel can. 2222 un'eccezione ai principi generali, implicherebbe l'ammissione di un'efficacia retroattiva di norme o provvedimenti penali, «in quo agnosceretur illa extraordinaria superioris facultas, est profecto canon poenalis»²¹.

Inoltre, se al superiore si riconoscesse la predetta facoltà incriminatrice con efficacia retroattiva, verrebbe meno la ragion d'essere della punibilità del *conatus delicti* che, come vedremo, ha a sua base lo scandalo provocato e come suo scopo l'*amotio scandali*.

¹⁹ Se ben si nota, il canone 2199 cjc '17 «imputabilitas delicti pendet ex dolo delinquentis vel ex eiusdem culpa in ignorantia legis violatae sunt in omissione debitae diligentiae; quare omnes causae quae augent, minuunt, tollunt dolum aut culpam, eo ipse augent, minuunt, tollunt delicti imputabilitatem». Sembra calcare gradatamente gli stessi concetti espressi dal Carrara (in *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, par. 8): «il giudizio con il quale il magistrato imputa civilmente ad un cittadino un'azione come già dichiarata dalla legge politicamente imputabile, è il risultato di tre distinti giudizi. Il magistrato trova in quell'individuo la causa materiale dell'atto: e gli dice, tu facesti – imputazione fisica. Trova che quell'individuo venne a quell'atto con volontà intelligente: e gli dice Tu facesti volontariamente – imputazione morale. Trova che quel fatto era proibito dalla legge della città: e gli dice, Tu facesti contro la legge – imputazione legale. E' solo dietro il risultato di queste tre proposizioni, che il magistrato può dire al cittadino: io ti imputo questo fatto come delitto».

²⁰ Cfr. F. Roberti, *De delictis et poenis*, Vol. I, pars I, Romae, n° 49-53.

²¹ Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 44, nt. 2.

3. Il “conatus delicti” nella sua evoluzione storica: nel diritto romano

Tenuto conto che la dottrina canonistica si è ispirata alle fonti e ai principi dei giureconsulti romani, occorre considerare se nel diritto romano si distinguesse tra reato tentato e consumato²². Nel diritto romano non c'è una distinzione²³; piuttosto è da notare il fatto che si riscontra sancita la regola della non punibilità della *nuda cogitatio*, fatta propria, come sopra si è visto, dall'ordinamento canonico²⁴. Il che servì subito escludere come delitto, sia tentato che consumato, l'azione umana interna quando non desse luogo ad atti esteriori, eccettuato il caso di particolari delitti, quali quelli di apostasia e di eresia²⁵. Occorre anche considerare come nell'età più antica molto probabilmente l'istituto era ignoto²⁶ tenuto conto che il diritto penale, almeno fino all'età classica, si ispirava infatti ad un'assoluta oggettività: la punibilità si configurava quindi solamente in presenza di un'effettiva lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice²⁷.

Tuttavia nel diritto romano occorre distinguere il diritto penale privato da quello pubblico. Nel primo, che attendeva unicamente ai danni ingiusti subiti dai privati in funzione di una pretesa riparatoria, era logico che si presupponesse un delitto perfetto. Né erano quindi da prendere in considerazione atti preparatori ed esecutivi di un delitto, senza che questi fossero pervenuti al loro effetto²⁸. Il diritto penale pubblico invece, che oltre al danno effettivo arrecato dalle azioni criminose valutava anche il pericolo di un danno che da certi atteggiamenti contrari all'ordine pubblico poteva derivare, esigeva – quanto alla punibilità – che la volontà (l'atto interno) entrasse nel campo dell'esecuzione, ma non riteneva che questa procedesse fino alla sua perfezione. E tali azioni

²² Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae 1937, p. 44, nt. 2.

²³ Cfr. in proposito Paolo, *Receptae sententiae*, 2, 31, 35: «qui iurandi animo conclave effregit, vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, iniuriarium potest».

²⁴ D. 47, 2, 1, 1: «sola cogitatio furti faciendi non facit furem»; ma anche D. 48, 19, 18: «cogitationis poenam nemo patitur».

²⁵ I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, Venetiis 1579, p. 377: «excipitur crimen haeresis quod punitur ob solam cogitationem perfectam».

²⁶ Cfr. M. Sperandio, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998, p. 1-2, nota 2, per il quale «la lapidaria affermazione mommseniana, secondo cui il diritto romano non ha per il tentativo né nozione, né termine tecnico, costituisce nelle ricerche dedicate all'argomento in questione, una premessa ricorrente». Questi più specificamente rinvia all'opera di T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (rist. Aalen, 1990), p. 95, ricordando che dopo la pubblicazione dell'opera l'impiego del termine *tentativo* („Versuch“) fu rivisitato dalla dottrina romanistica, così come confermato da C. Ferrini (in *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano, raccolta di monografie*, a cura di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, rist. Roma, 1976, p. 92 e ss.) per i quali una trattazione generale del tentativo addirittura manca.

²⁷ Come ricorda il Brasiello (in *Tentativo [diritto romano]*, in *Nov. Dig. It.*, Vol. XVIII, 1971, p. 1130), e il Ferrini, (in *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1898, p. 7), è noto come i giuristi romani non sono mai giunti a concezioni astratte nel diritto penale, che sono invece frutto delle idee di dottrine della prima parte del XX secolo, che ha tentato di elaborarle sulla base della sistematica illuministica e pandettistica del diritto penale vigente. Non stupisce tanto la mancata formulazione della teoria generale, quanto approfondire la motivazione sostanziale o il “pensiero latente”, per dirla con il Ferrini (in *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, in *Ateneo veneto*, gennaio-febbraio, 1884, ora in C. Ferrini, *Opere*, V, Milano, 1930, p. 73 e ss.) e col Brasiello (in *Tentativo [diritto romano]*, in *Nov. Dig. It.*, Vol. XVIII, 1971, p. 1130) ovvero il criterio in forza del quale essi concretamente operavano, pur senza alcuna esplicita concettualizzazione.

²⁸ Cfr. V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 1948, p. 417.

delittuose venivano punite alla pari del reato consumato²⁹.

Siffatti principi furono in un primo tempo applicati ad alcuni delitti di ordine pubblico, quali il crimen lesae maiestatis, il crimen regni, il tradimento della patria, la diserzione. La ragione delle incriminazioni degli atti esecutivi di tali delitti, come giustamente osservava Contardo Ferrini, consisteva nel fatto che se si fosse atteso il risultato del delitto, non sarebbe stata più applicabile la pena né la restaurazione dell'equilibrio giuridico per impossibilità materiale³⁰. La legge *Cornelia de sicariis* comminò sanzioni contro altri delitti, quali il parricidio, l'omicidio e il veneficio³¹. Ma anche la *Pompeia de parricidiis* del 55³². Appare evidente quindi come per la dottrina, anche se non mancano rare eccezioni³³, prima di Domiziano l'ordinamento giuridico romano non avesse considerato il conatus delicti e né tanto meno i tentativi di singoli delitti.

Tuttavia la dottrina romanistica ha ritenuto che dal II secolo d.C., e più specificamente con l'imperatore Adriano, sono presenti le prime testimonianze sulla punibilità del tentativo *qua talis*.

In effetti si sosteneva che il tentato omicidio venisse represso indipendentemente dai mezzi che lo caratterizzavano³⁴, per il fatto che «la lex

²⁹ Per un approfondimento sul tema nel diritto romano, cfr. L. Scarano, *Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo*, in *Archivio penale*, vol. II, p. I, 1946, p. 443 e ss., il quale rileva come «l'esposizione a pericolo del bene tutelato, la lesione potenziale di esso, nella cui punizione risiede l'attuale *ratio* dell'istituto, è cosa diversa dalla lesione effettiva dello stesso, cui corrisponde il concetto di consumazione. Tale importante distinzione dogmatico-concettuale, che trova il suo primo fondamento in *rerum natura*, quale dato ontologico, immanente alla vita dell'uomo, non è stata ancora recepita nelle norme del diritto romano, non si è ancora trasformata in concetto giuridico, di essa in sostanza non si è presa ancora coscienza. Di conseguenza anche la pena sarà rivolta a vendicare (*talio*) o risarcire (*compositio*) il danno nella sua materialità, ma sempre con riguardo ad un delitto perfetto (*l'iniuria*), non all'intenzione omicida che aveva mosso l'agente e che non ha avuto esito. Nessuna sanzione si applicava qualora un danno effettivo non si fosse verificato. V. in tal proposito XII tab., 8, 2: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto", (in cui la *talio* è prevista in alternativa ed in mancanza della *compositio*) e della *compositio*, come emerge in XII tab. 8. 3: "Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiorum"».

³⁰ In *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano, raccolta di monografie*, di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, p. 99.

³¹ Pauli sent. 5, 23, 1 (= Coll. 1, 2, 1; 8, 4, 2), assoggetta lo «hominem occidere» con lo «ambulare cum telo hominis occidendi furtive faciendi causa», oltre al «venenum facere, vendere, emere, habere, dare». Cfr. così U. Brasiello (in *Tentativo* [diritto romano], in *Nov. Dig. It.*, Vol. XVIII, 1971, pp. 1132-1133); C. Ferrini, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, in *Ateneo veneto*, gennaio-febbraio, 1884 (ora in C. Ferrini, *Opere*, V, Milano, 1930, p. 97); R. Lambertini, s.v. *Tentativo* [diritto romano], in *E. d. D.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 95; L. Scarano (in *Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo*, in *Archivio penale*, vol. II, p. I, 1946, p. 445), secondo cui l'introduzione delle leggi si giustifica nell'avvento di periodi politicamente instabili e turbolenti e per cui la prevenzione insita in una punibilità pregiudiziale era volta a prevenire atti di per se perniciosi sia per la tranquillità personale che per la sicurezza pubblica.

³² Cfr. D. 48, 9, 1 i.f. (Marcian. 14 inst.), che limita il *venenum emere* al fine di provocarne la morte, in C. Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milano, 1899, p. 245.

³³ Cfr. G. Longo, *Il tentativo nel diritto penale romano*, in AA.VV., *Annali della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Genova, 1977, p. 7, e A. Cavanna, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Genova Milano, 1970, pp. 2 e ss.

³⁴ C. Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milano, 1899, p. 254; C. Ferrini, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, in *Ateneo veneto*, gennaio-febbraio, 1884, ora in C. Ferrini, *Opere*, V, Milano, 1930, p. 70. Cfr. inoltre anche Pauli Receptae Sententiae (5.23.3): «Qui cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuti, ut omicida punitur».

Cornelia de sicariis inconsapevolmente dà l'avvio all'incriminabilità degli atti iniziati, ma non condotti a compimento³⁵, e quindi che fosse svincolato dalla fattispecie prevista dalla lex Cornelia. È stato evidenziato anche come in questo periodo iniziasse ad essere preso in maggiore considerazione il processo volitivo del soggetto all'interno di fattispecie delittuose non giunte a consumazione, anche per l'influenza del cristianesimo e dello stoicismo, inclini a valorizzare i moventi interni dell'azione umana

Infine, in una costituzione³⁶ degli imperatori Onorio e Arcadio (397 d.C.), presupposto il principio adrianeo che «in maleficiis voluta spectantur, non exitus», estendeva alla punibilità degli atti di cui alla legge Cornelia anche solamente quando fosse sufficientemente provato il «malum consilium»³⁷. Ma quanto eccezionale fosse la regola, si deduce dall'espressione stessa di Paolo che concisamente così si esprime: «in lege Cornelia dolus pro facto accipitur», e cioè che «l'estrinsecazione della intenzione criminosa in atti di esecuzione di mera preparazione, si punisce come un fatto compiuto»³⁸.

Non risulta che Giustiniano abbia apportato innovazioni anche se con più frequenza nella sua legislazione si riscontravano casi di punibilità di atti pendenti alla consumazione di un delitto, e da ciò crediamo abbia contribuito l'elemento etico portato dal cristianesimo³⁹. Per cui, facendo nostre le parole dello Scarano, «dalla rivelazione del cristianesimo sorge continuamente l'esigenza di guardare dentro le azioni dell'uomo: non al fatto, ma alla bontà dell'intenzione il problema penale viene ad essere capovolto: non è più il fatto, ma l'intenzione, il criterio di misura per la graduazione delle responsabilità e della punibilità»⁴⁰.

Dopo questi brevissimi accenni alle norme penali del diritto romano, è interessante come una parte della dottrina abbia voluto considerare il tentativo di delitto come un istituto vigente nell'ordinamento romano. Infatti, nonostante l'esistenza delle ipotesi criminose sopra dette, esse tuttavia non implicano affatto la configurazione di tentativo di reato perlomeno secondo il concetto positivista che oggi abbiamo di tale istituto; il quale assume, come tale, giuridica rilevanza quando con specifica norma giuridica si dichiarano esplicitamente e genericamente punibili fatti che di per sé stessi sarebbero elementi costitutivi di reati contemplati da particolari norme, anche se quei fatti non siano giunti ad attuare il risultato che dette norme prevedono.

Nell'ordinamento romano invece, perlomeno da quando apparve dalle ipotesi sopra dette, gli atti dichiarati punibili anche nella stessa misura dei reati più gravi, non costituiscono altro che delitti a sé stanti e non nella loro qualità di atti

³⁵ Così L. Scarano, *Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo*, in *Archivio penale*, vol. II, p. I, 1946, p. 445, per il quale «il contenuto della lex Cornelia, si amplia sensibilmente: non viene più punito colui che homines occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit, e chi venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit, ma altresì colui che vulneravit ut occidat» (ibidem).

³⁶ Riportata nella c. 5 Cod. Iust., *ad legem Iuliam majest.*, 98 (cod. Theodos., c. 3, IX, 14).

³⁷ C. Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milano, 1899, p. 254.

³⁸ Cfr. così D. Schiappoli, *Il tentativo di delitto nel diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Ferrini*, vol. II, Milano, 1949, p. 273; D. Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis Romani*, t. III, Neapoli, 1830, p. 660.

³⁹ C. Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milano 1899, pp. 253-255; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Vol. II, Milano, 1952, pp. 308 e ss.

⁴⁰ L. Scarano, *Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo*, in *Archivio penale*, vol. II, p. I, 1946, p. 446.

esecutivi e perciò diretti a conseguire un evento più grave di quanto effettivamente non abbiano prodotto.

3.1 Dalla patristica a Graziano

Non diversamente si può concludere nei confronti del diritto canonico ante codicem, come appunto vedremo da alcune fonti. I canonisti che si sono preoccupati di ricercare precedenti storici del tentativo di delitto, sono divisi da due diverse tesi: per alcuni si può punire solo il delitto consumato e quindi questo si verifica solo quando un'azione coincide con tutti gli elementi di un'ipotesi legale (coincidenza tra fatto e l'elemento giuridico), e non è possibile l'applicazione di una pena a tutti quei fatti che non sono previsti dalla legge come penalmente sanzionabili, perché mancano norme specifiche circa il tentativo⁴¹.

Per altri invece, sostenendo che non vigeva nell'ordinamento canonico la regola canonistica del nullum crimen, affermavano che anche i soli atti esecutivi in un disegno criminoso potevano costituire un tentativo di delitto e come tale passibile di una pena arbitraria da parte del giudice ecclesiastico⁴².

Le due opposte correnti hanno avuto i loro validi sostenitori del passato e non c'è dubbio che la prima delle due dottrine sembra la più coerente anche perché nell'ordinamento della Chiesa, le discussioni già sorte del diritto romano venivano ancora più ad accentuarsi per il semplice fatto che come ordinamento religioso si teneva e si tiene anche oggi legato ad una logica prettamente di ordine morale. E nella morale, com'è noto, anche il peccato è punibile perché puramente intersoggettivo.

Di conseguenza, non avendosi nei primi tempi un esatto concetto, né facendosi un'esatta distinzione, tra disciplina morale e disciplina giuridica, si era con facilità portati a fare apprezzamenti di ordine giuridico su azioni umane nelle quali, non implicando rapporti tra soggetti, ricadevano puramente nel dominio della morale. E non c'è dubbio comunque che la Chiesa ha sempre tenuto ben distinto il foro giuridico esterno da quello interno.

Pur tuttavia non ci si deve meravigliare se una parte della dottrina ha continuato a confondere gli oggetti delle due discipline a causa dell'intima relazione tra morale e diritto.

D'altra parte, di fronte ad azioni esterne, che pur essendo peccaminose nello stesso tempo non raggiungendo gli estremi del delitto consumato, tuttavia potevano turbare l'equilibrio sociale della Chiesa (che era protesa con ogni mezzo a tenere lontano dal coetus fidelium ogni occasione di peccato e soprattutto lo scandalo) era logico che, nel difetto di specifiche norme, i giuristi cercassero ugualmente un rimedio penale nel complesso delle norme canoniche. Queste, non erano sufficienti nella legislazione romana a cui fin dal suo nascere la Chiesa si era ispirata e della quale molte norme avevano fatte proprie⁴³.

⁴¹ Cfr. D. Schiappoli, *Il tentativo di delitto nel diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Ferrini*, vol. II, Milano, 1949, p. 275.

⁴² Cfr. F.X. Wernz, *Ius Decretalium*, VI, Prati, 1913, pag. 41, in nt. 118 che sostanzialmente aderisce all'opinione dello Schiappoli ricordando come non si possa formulare una teoria generale sul delitto tentato e consumato, ma partendo dal presupposto che secondo il diritto canonico non fosse necessario l'elemento giuridico per costituire un delitto, ha ritenuto che anche il tentativo fosse punibile, però con pena arbitraria.

⁴³ Cfr. F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, VII, Romae, 1937, p. 156.

La maggior parte dei testi canonici rilevanti in materia sono quelli di Sant'Agostino e da Graziano inclusi nel *Decreto*. In relazione a ciò è conveniente ricordare che ci troviamo di fronte a alcune affermazioni molto spesso di ordine puramente teologico–morale come sono da valutarsi le opere di Sant'Agostino: «quando enim facinus ex ore procedit quando voluta faciendi decernitur»⁴⁴.

E non c'è dubbio che il passo si riferisca ad una responsabilità verso l'Altissimo da come aggiunge: «quid sis apud Deum, quaeritur, non quid nondum apparveris apud nomine. Et rursus quando nemo hominum audit mala, si procedunt de ore tuo, noli esse securus quia ille audit qui damnat».

Ma lo stesso Agostino va oltre affermando che «si propterea non eo facis furtum, quia times ne videaris, intus in corde fecisti, furti teneris et nihil tulisti»⁴⁵, dando origine all'errata opinione che il diritto canonico prescinde la reità dall'atto positivo di volontà criminosa.

Ma il testo non «prevede né un reato consumato, né un tentativo di furto. Esso dice che non era stato tradotto in atto il pensiero delittuoso: il reo si astiene dal commettere il furto per timore di essere visto: egli è reo di furto, poiché, di fronte a Dio che legge nel cuore umano e solo può giudicare dei malvagi pensieri che da esso procedono (Mt. 15, 19), costituisce peccato il semplice desiderio della cosa altrui (Esodo 22, 17)»⁴⁶. In altre parole alle parole *furti teneris* deve essere aggiunto in foro interno secondo la glossa⁴⁷, e la dottrina canonistica⁴⁸.

Successivamente occorre tener presente che non tutti i brani inclusi da Graziano nella sua raccolta riflettono regole di diritto; ma se ne serviva solamente per dimostrare le sue tesi nell'intento di trovare quella concordanza, mediante riferimento agli insegnamenti della morale cristiana, che il legislatore ed il giurista canonico devono sempre aver presenti. Quello per la promulgazione delle leggi; il giurista per l'interpretazione delle stesse.

Graziano dunque include nella sua raccolta, la norma della non punibilità della *nuda cogitatio* al c. 22 D. 1, *de poenitentiae*: «ex consilio autem velut ex facto aliquem teneri»⁴⁹: è la prima esplicazione del peccato che può attuarsi anche con la sola volontà delittuosa, ma non estrinsecare in atti esterni per cui sorge solo una responsabilità verso Dio; ed il delitto, che deve concretarsi in un atteggiamento esterno valutabile agli uomini e che rende il delinquente responsabile di fronte ai suoi consociati.

Pertanto risulta necessariamente confutata quella tesi della dottrina che sostiene una teoria generale del tentativo di reato dell'ordinamento canonico intravedendo il tentativo stesso dell'intenzione di commettere un delitto.

⁴⁴ S. Aurel. Augustinus, *In Psalmum 125 enarratio*, in *Opere*, ed. Antverpiae, 1576, VIII, pp. 603-604; cfr. D. Schiappoli, *L'elemento esterno dell'azione penale, materia del reato, nel diritto penale canonico*, in *Festschrift für Emil Friedberg*, Leipzig, 1908, pp. 141-160.

⁴⁵ Sermo 17 in *Psalmum* 49, §4, in D.A. Caillau – M.N. Guillon, *Opera omnia*, t. 17, Parisiis, 1838, p. 318.

⁴⁶ Così D. Schiappoli, *Il tentativo di delitto nel diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Ferrini*, vol. II, Milano, 1949, p. 276.

⁴⁷ Glossa s.v. *teneros*, at c. 29 D. 1 *de poenitentia*: «teneros quoad deum, non quoad homines».

⁴⁸ A. Reiffenstuel, *Ius canonicum universum*, V, 18 §1, nr. 3, Venetiis, 1730, p. 231; F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, V, 18 §1, nr. 15, Venetiis, 1738, p. 181.

⁴⁹ Cfr. anche la glossa s.v. *ex consilio*: «consilium autem plus est quam voluta, quia ex eo proceditur ad factum». *Decreti pars secunda*, C. 33, q. 3, c. 22.

Come è stato osservato in dottrina, le glosse non sono leggi ecclesiastiche, ma meri commenti⁵⁰. Nel *Decretum* graziano compaiono anche altri riferimenti all'istituto giuridico messe in relazione a diverse fattispecie, ed erano le stesse a cui faceva riferimento il Ferrini a proposito dell'esperienza giuridica romana⁵¹. Lo troviamo quindi nel delitto di lesa maestà al c. 22, C. XVI, q. 1 «eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum iura puniri voluerunt» e che sostanzialmente riproduce la costituzione di Arcadio e Onorio. Ma anche nel delitto di omicidio al dictum al c. 9, D. I *de poenitentia*, dove fa esplicito riferimento «ad legem Corneliam de sicariis: "is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa sicut is qui nomine occiderit vel cuius dolo malo factum erit commissum legos Corneliae de sicariis cohercetur poena"»⁵². Graziano parifica dunque il tentativo con il delitto consumato relativamente però a chi cum telo ambulaverit con l'istigazione di commettere un delitto. Graziano riporta successivamente formulazioni ricevute dalla lex Cornelia e che appunto come tali non hanno mai riacquisito valore dell'ordinamento canonico. Ma se anche tale valore l'avessero acquistato, sarebbe tuttavia da ripetersi quanto già detto poco prima per il diritto romano e cioè che sono casi eccezionali ed assumersi piuttosto come ipotesi di reato a sé stante che come tentativo di reato. E quindi riporta il c. 11, D. I *de poenitentia* (c. 8 (9) Cod. Iust., IX, 16) che punisce le congiure della moglie nei confronti del marito quando «parare insidias vel quoque alio modo voluntatem occidendi habere». Ma anche il c. 19 §8, D. I, *de poenitentia*⁵³, dove si statuisce che non è punito l'uomo pacifico se prende le armi nell'intento di uccidere e poi non porta a termine l'azione. Viceversa il rissoso è punito per il proposito criminale anche senza il verificarsi dell'evento per il solo fatto che va in giro armi alla mano: «eventus spectantur, ut a clementissimis quoque factus: quamquam lex non minus eum, qui inventus occidendi hominis causa cum telo fuerint, quam eum qui occidit puniat»⁵⁴.

Interessante e curioso appare il caso contemplato nel c. 7, D. I *de poenitentia*, riguardante l'impedimento ad ogni costo e con ogni mezzo di usurpare il titolo di avvocato:

«nemo vel in foro magnitudinis tuae vel in provinciali iudicio vel apud quemquam iudicem accedat ad togatorum consortium, nisi sacrosanctis catholicae religionis fuerit imbutus mysteriis. sin autem aliquid quoquo modo vel quadam machinatione factum vel attemptatum fuerit, officium quidem sublimitatis tuae centum librarum auri iacturam pro condemnatione sustineat, idem vero, quicumque ausus fuerit contra providum nostrae serenitatis decretum officium advocationis per subreptionem adripere et prohibitum patrocinium praestiterit, advocationis officio remotus stilum proscriptionis atque perpetui exilii specialiter sustinebit: scituris etiam provincialiarum rectoribus, quod is, sub cuius administratione aliquid huiusmodi fuerit attemptatum, partis bonorum dimidia proscriptionem et poenam exilii per quinquennium sustinebit».

⁵⁰ Cfr. D. Schiappoli, *Il tentativo di delitto nel diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Ferrini*, vol. II, Milano, 1949, p. 278.

⁵¹ Cfr. § 2.0. In *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano, raccolta di monografie*, di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, p. 99.

⁵² C. 6 (7) cod. Iust. *ad legem Corneliam de sicariis*, q. 16.

⁵³ Che altro non è che il frammento 16 Dig. *De poenis*, 48, 19.

⁵⁴ Fr. 1 *ad legem Corneliam*.

Il canone riporta la costituzione degli imperatori Antemio e Leone ed è inserita nel codice giustiniano al c. 2, VI, 8 e riguarda l'esercizio abusivo della professione di avvocato compiuta da chi non era cristiano. Siffatta costituzione si ritrova anche nel c. 15 del codice giustiniano, I, 4 anche se potrebbe sembrare che il *vel attemptatum fuerit* sottintenda al tentativo; ma poco più oltre si legge appunto che *sub cuius administratione aliquid huiusmodi fuerit attemptatum*. Ora, che il magistrato fosse punito semplicemente per aver tentato l'esercizio abusivo della professione di avvocato sembra inverosimile. Soprattutto se si pensa che qualche momento prima la pena veniva comminata contro chiunque adempiva all'ufficio di avvocato e *prohibitum patrocinium praestiterit* alludendo ad un reato consumato più che tentato.

Pertanto, secondo una parte della dottrina, si può concludere come «avendo Graziano riportato nel suo Decreto soltanto testi del diritto romano che dichiaravano punibili gli atti esecutivi e preparatori di alcuni delitti determinati, ciò vuol dire che egli non intendeva, in questa materia, formulare una dottrina generale, né riferirsi ad essa»⁵⁵. E per questo motivo che non possono ritenersi decisive le rare fonti ecclesiastiche che Graziano riporta nel Decretum.

3.2 La Decretalistica e la dottrina successiva

La dottrina posteriore al Graziano non modificò lo stato precedente, e le poche decretali che si portano ad esempio in tale materia non dettano affatto regole circa tentativo⁵⁶: così quella al rc. 6 X *de homicidio volunt. vel cas. X. 12* che tratta della partecipazione al delitto, e non del *conatus*: «ab homicidii reatu immunes non esse qui occisoribus opem contra alios praestare inierint, nec carent scrupolo societatis occultate qui, cum potuerint, manifesto facinori desinunt obviare».

L'altra al c. 18 X, V, 12 dispone in merito alle percosse di un chierico, che vengono equiparate all'omicidio. In questo caso, come si vede, non si ha che una particolare applicazione della legge Cornelia.

E per questi motivi che si può affermare che non c'è un'elaborazione della teoria generale dell'istituto del *conatus delicti*⁵⁷. Lo stesso Graziano non ha teorizzato una dottrina generale sul tentativo escludendone, invece, la punibilità in generale, quando riporta il principio contenuto nel Digesto in «poenis [sicut in Digestis tit. *de poenis* – fr. 42 Dig. 48, 19] legum interpretatione molliendae sunt quam exasperandae»⁵⁸ e anche nel dictum al c. 18 D. I *de poenitentia* dove precisa che quelle leggi penali «*proprium casum non excedant*» in riferimento ai reati di lesa maestà, eresia, ratto delle monache, omicidio e veneficio. E ciò perché questi delitti erano talmente efferati e gravi da indurre una sorta di equiparazione alla consumazione del delitto.

Dopo una tale esamina delle disposizioni legislative vigenti nell'ordinamento canonico precedente a quello piano benedettino, ci sembra logico dover ritenere perlomeno il riferimento alla più antica disciplina, la quale d'altra parte

⁵⁵ Cfr. D. Schiappoli, *Il tentativo di delitto nel diritto canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Ferrini*, vol. II, Milano 1949, p. 281.

⁵⁶ Che invece doveva ritenersi escluso secondo la regola 49, n° VI, *de regulae iuris* V. 12: «in poenis benignior est interpretatio facienda».

⁵⁷ Cfr. così F. Roberti, *De delictis et poenis*, Romae apud sedes Facultatis iuridicae ad S. Apollinaris, 1930, I, p. 197.

⁵⁸ C. 18 D. I *de poenitentia*.

non subì mai legislativamente alcuna modificazione, che non esisteva alcuna dottrina generale circa il conatus delicti. D'altra parte è pur vero che anche per il diritto canonico come per il diritto romano, si ebbero deviazioni dottrinarie dovute più a sbagliate valutazioni delle stesse norme e all'influenza della dottrina romanistica che pian piano si andò formando in base ad un'interpretazione, per così dire estensiva, di alcuni testi romanistici, oltre che ad erronee considerazioni delle norme contenute nel corpus iuris canonici.

3.3 La dottrina laica medioevale

Già Rotari, sulla falsariga del diritto romano, aveva riproposto il delitto di lesa maestà, comminando la pena di morte anche solo in chi avesse pensato di attentare alla vita del re⁵⁹, e che lo avesse espresso a parole⁶⁰. Occorre ricordare però che generalmente nelle leggi romano-barbariche esisteva il reato come istituto autonomo, e quindi punito come reato particolare, e non come atto diretto ad un male maggiore. Per questo motivo non si prendeva come paragone il reato che si aveva intenzione di compiere⁶¹.

Successivamente la dottrina dai longobardi in poi iniziava a dividersi tra chi propendeva per una pena pari allo stesso reato supposto, considerando la massima *punitur affectus etiam si non sequatur effectus*⁶² come pena straordinaria da comminare ad arbitrio del giudice (così prendendo ad esempio tutta la giurisprudenza romana che – come era noto – non aveva nel campo penale delle massime uniformi per tutti i reati); nonché considerando gli statuti, che punivano unicamente il fatto e non l'intenzione⁶³.

Come ci riporta il Clarus⁶⁴, un'altra parte della dottrina invece, era incerta; altri vedevano la qualità del reato o anche l'applicazione rigorosa del *punitur affectus etiam si non sequatur effectus*. Oltre a ciò successivamente la sistematica penalistica della dottrina laica si riduceva a quanto concisamente si trova descritto dal Menochius che così riassume:

⁵⁹ Cfr. Roth. 1: «Si quis hominum contra animam regis cogitaverit, aut consiliatus fuerit, animae suae incurrat periculum, et res eius infiscentur»; in F. Bluhme, *Monumenta Germaniae Historiae*, Leges Langobardorum, t. IV, Hannover, 1868, p. 291.

⁶⁰ Expos. ad Roth.: «Quaeritur quomodo illa cogitatio cognoscatur, cum hominum cogitationes solus Deus cognosci? Quod sic solvitur, cognoscitur per indicia, veluti si quis in camera regis post hostium, habens sub cappa ensem nudum repperitur – vel si ipse scelerator manifestavit conscientiam suam cuique»; in F. Bluhme, *Monumenta Germaniae Historica*, Leges Langobardorum, t. IV, Hannover, 1868, p. 291.

⁶¹ Costante in questo Lex Baiuvariorum III. 2. 4-7, ma anche VII. 1. 3; Lex Burgundiorum XV. 1; XXV. 1; XXVII. 7; XXXVII; Lex Wisigothorum VI, 4, 6f e 8; Lex Saxonum 8-10; Lex Frisonum XXII, 83. Sono conformi anche le leggi scandinave riferite da W.E. Wilda, *Der Strafrecht der Germanen*, Halle 1842, pp. 603 e ss.

⁶² Constitutiones Siculae, Amatoria pocula III, 73. «Presumptionem temerariam, qua saltem nocere desiderant, etsi nocere non possint, delinquere nolumus impunitam», in W. Stürner, *Monumenta Germaniae Historica*, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, t. II supplementum, *Die Konstitutionen Friedrichs II. Für das Königreich Sizilien*, Hannoverae, 1996, p. 438.

⁶³ Ang. Aret. *De malefic.* § *Et ex intervallo* n° 15: «Sed statuta per Italiam ponunt factum et non animum, unde ad similitudinem L. aquil. Dicunt: si quis interficit: unde nisi interficiat, licet etiam mortis causam animo praebuerit, non tenebitur sicaribus sed alio modo castigabitur. Ita dicit noster Bart. in L. 1 de sicar.».

⁶⁴ Cfr. A. De Simone, *Dei delitti considerati nel solo affetto od attentati*, Como, 1785, c. 4.

«cogitatio cui homo non assentetur, impunita est. Cogitatio cui etiam perfecta homo assentetur, in foro contentioso non punitur quia non punitur ea quae sine alterius laesione sunt. Excipitur crimen haeresis quod punitur ob solam cogitationem perfectam. Monetam falsam crudens, si ea non perfectam poenituit, poenam falsi evitat. Crimen apostasiae poenitentia non extinguitur. Cogitatio cum aliquo externo facto punitur»⁶⁵.

Da ciò si ricava che non è punibile la sola *cogitatio delinquendi* quando questa non si estrinseca in atti delittuosi; se però alla *cogitatio* si aggiunge qualche atto esteriore, pur se questo non porti alla consumazione del delitto, si applicano pene talvolta della stessa gravità del delitto perfetto, talvolta pene più miti. E' questo l'unico punto sicuro che può essere fissato nei confronti del diritto penale canonico per l'epoca medievale⁶⁶.

In sostanza, se vogliamo fare un esame critico della posizione giuridica del *conatus delicti ante codicem*, ci sembra di poter affermare che il concetto del *conatus* in tale epoca non ha nulla a che vedere con il concetto tecnico dell'epoca moderna: non si fa cioè distinzione tra *conatus* e delitto perfetto, ma tutto si riduce ad un'unica configurazione delittuosa, quando possa provarsi che certi atti esecutivi abbiano teso un certo esito criminoso se questo non sia stato raggiunto.

Il passo riportato sta a dimostrare che la pratica giudiziale insegnerà la misura equitativa di punizione che dovrà adottarsi nell'uno o nell'altro caso. E non c'è dubbio che anche il diritto canonico, tanto più per la connessione che c'era in questo periodo tra il potere civile e quello ecclesiastico, si ispirasse anche nella valutazione dell'istituto giuridico del tentativo, a quelli che erano i principi generali cui si erano uniformati i vari Statuti delle civitates, i quali non escludevano la possibilità che nei casi di tentativo potevano applicarsi pene arbitrarie secondo l'equo giudizio del magistrato.

Il Clarus, a questo proposito così si esprime:

«ego autem dico: aut lex vel statutum in huiusmodi atrocissimis expresse punit solum conatum, et servanda est; aut non punit expresse conatum et standum est speciali consuetudine, ut conatus non puniatur (poena ordinaria) nisi sequatur effectus. Nihilominus quia pluries vidi in his casibus diversi mode iudicari, quandoque puniendo conatum in atrocissimis poena ordinaria et quandoque poena extraordinaria, crederem in pratica posse iudicem adhaerere cui opinioni maluerit»⁶⁷.

E già una norma esplicita in tal senso, cioè che il giudice potesse punire secondo il proprio arbitrio il tentativo di delitto, si riscontra nello Statuto Vallisambro., del 1208 c. 4: «Si quis attemptaverit corrumpere virginem, licet non corrumperit, vel attemptaverit cognoscere per vim aliam mulierem, puniatur arbitrio potestatis»⁶⁸.

⁶⁵ I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, libri duo, Venetiis, 1579, pp. 376 e ss.

⁶⁶ Cfr. D. Schiappoli, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, I, pp. 706-717.

⁶⁷ In *Sententiarum*, Venetiis, 1580, p. 213.

⁶⁸ Cfr. A. Pertile, *Storia del diritto italiano, dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. V: *Storia del diritto penale*, II ed., Torino, 1892, p. 77.

E' interessante notare che in alcune occasioni, proprio in forza dell'arbitrio concesso al magistrato, si pervenisse alla punizione della mera cogitatio specialmente per i delitti di ordine pubblico. Così il Sanuto, che ricorda come il 15 dicembre del 1503 Lorenzo Loredano fu impiccato a Venezia per deliberazione del Consiglio dei Dieci, perché stava pensando di uccidere il Doge e suo figlio⁶⁹. Detto questo non sempre la sola cogitatio era punita come regola, bensì come eccezione dato che tutte le vecchie legislazioni si attenevano regolarmente a quanto stabilito da Deciano nel «ius civile et gentium exitum rei spectant, nec malis cogitationibus poenas statuunt, quippe quod finis eorum est humanae societatis conservatio, quae nisi facto laedatur, nihil ei oberit prava cogitatio»⁷⁰.

Per avere un'idea più precisa sulle pene che venivano comminate dal XVI secolo in poi, occorre rifarsi ancora una volta agli Statuti delle civitates, come quella di Lucca dove, nel 1539, era punito

«qui tentaverit homicidium facere, insultando, vulnerando, vel vitam insidiando, si ad actum facti proximum devenerit, amputetur sibi ambae manus et relegetur in perpetuum; si vero ad facti actum remotum, vel ad ipsius rei praeparationem tantum devenerit, eruatur eidem oculus unus et condemnetur in libris 300, et ad standum in carceribus per annum continuum. Si vero non fuerit deventum ad aliquem actum facti proximum, sed ad actum verbi proximum vel remotum, puniatur a fl. 25 ad 100 in arbitrio iudicantis»⁷¹.

C'è da annoverare anche una corrente dottrinarie e giurisprudenziale che voleva norme più rette; ciò insegnava il Gandino⁷² e l'Alciato⁷³. Ma così statuiva la Carolina⁷⁴.

Con queste dinamiche si arriva alla dottrina giuridica canonica del XIX secolo

⁶⁹ Cfr. M. Sanuto, in *Diarii*, t. 55, Venezia, 1900, coll. 536-537: «e li dette la corda ed il fuoco et non voleva confessar; pur a la fine confessò. Et cussì eri, nel Conseio di X, fo preso che ogi fosse impiccato in mezo le do colonne, in una forca alta un passo più del consueto, su la quale debi stare zorni che acciò tutti lo veda, ad exemplo che licet non facesse il mal ma si pensasse di farlo, etiam fusse punito».

⁷⁰ T. Decianus, *Tractatus criminalis*, vol. IX, apud Franciscum de Franciscis, Venetiis, 1590, cap. 28, n. 3. Cfr. anche V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 1948, p. 418.

⁷¹ Cfr. Statuto di Lucca 1539, IV, 71. Cfr. A. Pertile, *Storia del diritto italiano, dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. V: *Storia del diritto penale*, II ed., Torino, 1892, p. 79.

⁷² In *De maleficiis*, rubr. *De poenis reorum*, n. 2 e ss., «cum quis cogitat, agit et perficit, punitur. Si autem cogitavit et egit, sed non perficit, tunc subdistingue, quia aut noluit et potuit, aut noluit et non potuit: quia noluit, venia dignus est, ut § *de fal. L. quia falsum*. Si autem quia non potuit, punitur: quia in maleficiis spectatur voluntas, non exitus. Si autem cogitavit, nec perficit, subdistingue, quia aut agitur in foro saeculari, et non punitur, quia cogitationis poenam nemo maeretur: fallit in crimine laese maiestatis».

⁷³ Ad leg. 53 *de verborum significatione*, n. 39: «aliud est crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta».

⁷⁴ Constitutio Criminalis Carolina, 178: «item so sich jemandt einer missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mogen, understeht, unnd doch an volnbringung der selben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser wiil darausz etlich werk als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen. Aber inn eynem fall herter dann inn dem andem angesehen gelegenheit und gestalt der sach darumb sollen solches straff halben die nrtheyler, wie hernach steht, radts-pflegen, wie die an leib oder leben zu thun gebürt».

la quale era orientata a sostenere la punibilità degli atti esecutivi del delitto, anche se questi fossero rimasti allo stato di tentativo senza raggiungere lo scopo voluto. Tale tendenza era dovuta più che altro ai principi della scuola classica del danno derivante dal reato: principi che ormai stavano pervadendo le legislazioni degli Stati moderni. D'altra parte, come altrove si è avuto occasione di accennare, nell'ordinamento canonico, più che in ogni altro, qualsiasi atteggiamento esterno contrario alla morale produce sempre, benché indirettamente, un effettivo danno che viene sussistere nello scandalo come elemento perturbatore della coscienza e quindi con un elemento che ostacola la *salus animarum*, ovvero il fine ultimo della Chiesa.

Quanto poi al problema della punibilità concreta nel tentativo di delitto, i canonisti, partendo dal principio di giustizia distributiva (principi naturalmente più morali che giuridici), erano nella maggior parte concordi nell'applicazione di pene inferiori a quelle sancite per il corrispondente delitto consumato. Al tentativo era equiparato il delitto *frustrato*.

A quale grado di convinzione si fosse giunti, poco prima della promulgazione del codice piano-benedettino, circa la verità giuridica di tali affermazioni, lo dimostra la sicurezza con cui intorno all'argomento si pronunzia uno dei più validi giudizi dell'epoca, il cardinale Cavagnis il quale sosteneva come dottrina certa e del tutto indissolubile, che

«conatum externum ad delictum esse delictum quamvis minus delicto consummato... est enim actus exterius dolosus apparens, ad consummationem delicti tendens; hinc incipit ordinem sociale turbare, et illum vero turbat, si non phisice saltem moraliter. Proinde non sunt audiendi qui attentatus delictorum impuitos vellent, ideo quia nullum malum ex eis provenit; etenim saltem adfuit turbatio moralis exterior ordinis socialis, quale et illud facit ut errorem delicti imminuat, ideoque caeteros ad delinquendum procliviores faciat. Iamvero certum est merum peccandi propositum non turbare ordinem sociale; turbari vero a conatu sed minus quam a delicto consummato. Applicanda est crimini praeterlapso eadem ratio ac vero conatui, nempe puniendum esse sed aliquantum minus ac delictum consummatum»⁷⁵.

Tale era dunque la dottrina che anche prima del codice piano benedettino veniva sostenuta e che in pratica applicavano i magistrati ecclesiastici, avvalendosi anche del principio dell'arbitrarietà della pena, finché il legislatore economico, apprestandosi alla promulgazione della nuova legge della Chiesa sotto l'incalzare della dottrina prevalente quasi generale, ritenne opportuno disciplinare positivamente ed esplicitamente la materia.

Si era verificato, come nella maggior parte dei casi, il fenomeno che l'attività degli interpreti più sensibili alle esigenze sociali aveva aperto la strada estinto il legislatore canonico a interessarsi direttamente della questione in modo da togliere ogni controversia in proposito.

3.4 Il codice piano-benedettino

Con queste premesse si arriva all'attuale disciplina contenuta nel canone 2212 e 2213, dove, uniformandosi alle più moderne legislazioni attuali, dopo aver dato la nozione del tentativo provvede alla distinzione fra il delitto tentato e

⁷⁵ Cfr. F. Cavagnis, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Romae, 1906, v. 1, p. 74.

quello frustrato e la istigazione al delitto non consumato da tenersi sullo stesso piano del tentativo di delitto. Una parte della dottrina ha anche sostenuto che «nel Codex Iuris Canonici la desistenza volontaria invece di discriminare il fatto del tentativo, lascia integra la figura del delitto tentato come tale»⁷⁶. E non c'è dubbio che sia nel vero, come si vedrà più avanti. Infatti se anche il canone 2213 non si pronuncia mai sull'elemento della desistenza volontaria, tuttavia il canone al successivo paragrafo 3 dichiara non imputabile il complesso degli atti esecutivi quando da essi non sia scaturito nessun danno (danno privato diretto), né alcuno scandalo (danno pubblico indiretto). Non si può quindi affermare che la legge canonica non dia alcun rilievo alla desistenza volontaria. E anzi questa, come negli altri ordinamenti e anche in quello italiano, assume carattere di circostanza esimente del delitto in concorso con le altre circostanze negative dell'inesistenza del danno e dello scandalo.

È da notare piuttosto l'assoluto silenzio del legislatore canonico circa il cosiddetto pentimento operoso del delinquente, che invece prende in esame il codice penale italiano per attribuire allo stesso il valore di circostanza attenuante.

Silenzio che destava molta meraviglia nei confronti del Codice di diritto canonico sempre così sensibile alle cause e circostanze attenuanti di imputabilità e che invece in questo caso sembrava più rigido delle disposizioni penali dello Stato in quel momento vigente.

Ma se riflettiamo bene, questo silenzio si può spiegare quando si pensa al potere discrezionale demandato al giudice ecclesiastico nell'applicazione della pena: proprio in tema di imputabilità del delitto tentato questo potere sembra raggiungere il massimo della discrezionalità essendo genericamente sancito dal canone 2213 per il quale «delicti conatus suam habet imputabilitatem, eo maiorem, quo magis ad consummationem accedit, quanquam minorem prae delicto consummato».

Pertanto del pentimento operoso (volontario impedimento dell'evento quando tutti gli altri elementi che possono produrre siano posti in essere) il giudice ne trarrà debito conto; d'altra parte sarebbe risultata inutile una norma specifica al proposito, non vigendo nell'ordinamento canonico un criterio puramente matematico circa la riduzione della pena in forza di circostanze attenuanti.

Riassumendo, dunque, la disciplina canonica del Codice piano-benedettino, si possono distinguere:

a) l'istituto del conatus delicti qua talis del canone 2212: «quicumque actus posuerit vel praetermiserit qui ad executionem delicti natura sua conducunt, sed delictum non consummaverit, sive quia consilium suum deseruit, sive quia delictum propter insufficientiam vel ineptitudinem mediorum perficere non potuit, *delicti conatum* committit». E tale definizione coincide sostanzialmente con quella dell'articolo 56 del codice penale italiano, in base al quale «chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie con l'evento non si verifica». Pertanto in questa sede è rilevabile che, per completare il conatus è necessario sufficiente che si abbia un'azione od un'omissione e perciò un atteggiamento esterno del delinquente di per sé idoneo e diretto alla consumazione di un delitto, che si tratti di azione od omissione dolosa sia per il concerto di conatus che implica una volontà diretta ad un determinato scopo, sia nell'espressione letterale del

⁷⁶ Cfr. G. Stocchiero, *Diritto penale della Chiesa e dello Stato italiano*, Vicenza, 1932, § 148.

canone «actus posuerit vel praetermiserit qui ad executionem delicti natura sua conducunt».

In verità l'espressione legislativa potrebbe lasciare molto perplessi. Tuttavia il successivo inciso «sive quia consilium suum deserti» chiarisce tutto dove il verbo *deserere* implica il concetto di abbandono e di conseguenza di un'iniziale esistenza del *consilium*. Pertanto è da escludere l'ipotesi del conatus in confronto ai delitti colposi o quasi delitti come più esattamente si denominano nella dottrina canonistica. Inoltre, è necessario che l'azione o l'omissione non raggiunga l'effetto sperato altrimenti sarebbe un delitto consumato in un tentativo.

b) l'istituto del delitto frustrato presente al n. 2 del canone 2212 che si ha tutte quelle volte in cui «cum omnes actus positi vel omissi sunt qui ad executionem delicti natura sua conducunt et ad delictum perficiendum sufficiunt, si ex alia causa, praeter voluntatem agentis, effectum sortiti non sint, delicti conatus dicitur proprio nomine delictum *frustratum*». La differenza dunque tra il delitto frustrato e il tentativo consiste nelle seguenti circostanze: che l'azione e l'omissione sia in sé già perfetta e che l'evento non sia raggiunto solo per una causa estrinseca tanto all'idoneità dell'azione o dell'omissione, quanto alla volontà dell'agente.

c) l'istituto della desistenza volontaria di cui al n. 3 del canone 2213 quando il non verificarsi dell'evento è dovuto da un atto volitivo del soggetto agente. E questo elemento soggettivo come si è visto sopra, costituisce una causa esimente del delitto tentato.

Può raggiungere una tale efficacia unitamente alla sussistenza di circostanze negative; e cioè che l'azione o l'omissione fino al momento della desistenza non abbia prodotto alcun danno sia privato che pubblico, né che da esso sia sorto motivo di scandalo nel coetus fidelium.

Diversamente nella sola desistenza volontaria, il giudice ecclesiastico può tenerne conto ai soli effetti della pena, qualora ricorrano in forza della desistenza gli estremi obiettivi di cui al canone 2213 n. 1 secondo il quale «delicti conatus suam habet imputabilitatem, eo maiorem, quo magis ad consummationem accedit».

d) Il n. 3 del canone 2212, inoltre, equipara l'istigazione o determinazione al delitto al *conatus delicti*, qualora l'istigazione o la determinazione non abbiano raggiunto l'effetto di fare non solo consumare al terzo istigato o determinato (nel qual caso evidentemente si avrebbe una compartecipazione al delitto), ma neppure di far porre in essere al terzo l'azione o l'omissione di cui al canone 2212 n. 1. Se tale azione od omissione viene compiuta dal terzo, allora l'istigante e l'istigato sono compartecipi del tentativo di delitto ai sensi del canone 2209. Altrimenti risponde di delitto tentato il solo istigante.

3.5 Le vigenti disposizioni

Il tentativo di delitto, nell'ordinamento vigente viene contemplato nel canone 1328, sostanzialmente rimasto invariato rispetto al codice piano-benedettino anche se viene semplificato e mitigato: «normae de conatu et de delicto frustrato ita mitiores factae sunt, ut conatus et frustratio nulla poena puniri possint, sed tantum modo poenitentis vel remediis poenalibus (idque facultative), nisi scandalum aliudve grave damnum vel periculum evenerit: hoc

quoque in casu punitio est facultativa»⁷⁷. Il canone, nei due paragrafi, contempla il delitto non consumato, indipendentemente dalla volontà del soggetto agente; e il delitto non consumato perchè il soggetto agente ha desistito dal compimento dell'azione.

Nel primo caso, il *conatus*, sia con atto positivo che omissivo, se non perviene alla sua consumazione per motivi che non dipendono direttamente dalla volontà del soggetto agente (delitto fallito o frustrato), non può essere punibile alla stessa stregua del delitto consumato⁷⁸ tranne che il precetto o la legge dispongano diversamente. Riprendendo il precedente codice, il tentativo di delitto presenta comunque una sua responsabilità tenuto conto di quel "eo maiorem quo magis ad consummationem accedit" del canone 2213 §1.

In riferimento poi al delitto cd. frustrato o fallito, viene ripreso al secondo paragrafo del canone stesso per cui "magis culpabile est, quam simplex delicti conatus". In questo caso se la condotta porta all'esecuzione del delitto, il soggetto agente può essere punito mediante penitenza o rimedio penale. Nel caso in cui ne derivi scandalo può venire punito con una pena proporzionata sempre più lieve di quella stabilita per il delitto compiuto.

Nel secondo caso, il soggetto agente non può essere sottoposto ad alcuna pena, penitenza o rimedio penale, secondo anche il dettato del canone 2213 §3 del vecchio codice, secondo cui "ab omni imputabilitate liberatur qui sponte ab incepta delicti executione desisterit". Ad ogni modo, se sia derivato scandalo o altro pericolo dall'azione del soggetto agente, questi può essere punito con una pena, anche in questo caso più lieve rispetto al delitto compiuto⁷⁹.

4. Brevi conclusioni

Nel canone 2212 per la prima volta il Legislatore canonico ha preso in esame, quanto alla punibilità, alcuni atti commessi in violazione di norme penali anche se non perfezionarono tutta l'ipotesi criminosa prevista dalle norme; è questo appunto il *conatus delicti*⁸⁰.

Tale è oggi nel diritto canonico la posizione giuridica di atti criminosi che non abbiano raggiunto il loro scopo. Ed invero, già prima della promulgazione del codice piano-benedettino si notava il disagio che la legislazione ecclesiastica subiva di fronte ad alcuni atteggiamenti che, pur non raggiungendo gli estremi dei delitti contemplati, tuttavia erano produttivi nel *coetus fidelium* di uno squilibrio sociale derivante, anche se non da un effettivo danno privato pubblico, certamente dallo scandalo insito in quegli atteggiamenti. Ed era stato

⁷⁷ Cfr. *Communicationes*, a. 1970, pp. 103-104, *De delicto et delinquente*.

⁷⁸ Cfr. così *Communicationes*, a. 1976, can. 14, 5 cpv.

⁷⁹ Cfr. *Communicationes*, a. 1970, pp. 103-104, *De delicto et delinquente*; ma anche a. 1976, p. 182, can. 14, 6 cpv., secondo cui la previsione per il delitto non consumato è facoltativa, a discrezione del giudice o del superiore.

⁸⁰ La cui sanzione legislativa ci viene data nei seguenti termini: «quicumque actus posuerit vel praetermiserit qui ad executionem delicti natura sua conducunt, sed delictum non consummaverit, sive quia consilium suum deseruit, sive quia delictum propter insufficientiam vel ineptitudinem mediorum perficere non potuit, *delicti conatum* committit. Cum omnes actus positi vel omissi sunt qui ad executionem delicti natura sua conducunt et ad delictum perficiendum sufficiunt, si ex alia causa, praeter voluntatem agentis, effectum sortiti non sint, delicti conatus dicitur proprio nomine delictum *frustratum*. Conatui delicti accedit actio illius qui alium ad delictum committendum inducere studuerit, sed inefficaciter».

appunto quel senso di disagio, avvertito dalla coscienza dei canonisti, che li aveva spinti a ricercare e a formulare una teoria sul tentativo di delitto.

Gli sforzi della dottrina, a ben vedere, non potevano approdare a qualcosa di concreto, data l'assoluta carenza di norme esplicite al riguardo. Sarebbe inutile quindi cercare i precedenti dogmatici dell'istituto odierno nella dottrina ante codicem. Ciò nonostante si ritiene opportuno riesaminare sul piano storico le varie correnti che si erano venute a creare e come si ritenevano punibili e a quale titolo, azioni esecutive di un delitto, che non fossero giunte alla completa consumazione dello stesso; ciò aiuterà, se non altro, a configurare e a trovare il fondamento della ratio legis del tentativo, come è disciplinato oggi nel diritto della Chiesa.

Recibido el segundo envío el 11 de abril de 2014 y aceptado el 21 de abril de 2014.