

Rosalba Sorice

Regulae in aedificando

**La Constitutio 'Asperitatem' e il pensiero giuridico meridionale
sul tentativo nei secoli XIII-XVI**

ABSTRACT: The attempted crime or *conatus* is a fundamental and complex aspect of criminal justice. The punishment of *cogitatio* is expected in the *Corpus iuris Civilis* and constitutes the background to the punishment of the attempt. The *Constitutio Asperitatem* of Frederick II expressly introduces into the *Regnum Siciliae* the punishment of the *propositum malivolum*, in spite of *generalis consuetudo* which prohibits the punishment of the *conatus*. Starting from this legal norm, this paper examines the *Glossae* of Andrea d'Isernia and Bartolomeo da Capua, the *Commentarium* of Matteo degli Afflitti, the *Speculum aureum* of Roberto Maranta and the works by Giuseppe Cumia and Antonio de Ballis jr. in order to understand the thought of these jurists (centuries XIII-XVI), who sought to find legal solutions to solve this important doctrinal problem.

KEYWORDS: Attempted crime - criminal law - *Regnum Siciliae*

Il problema del delitto tentato si snoda lungo alcune direttrici fondamentali che si accompagnano e spesso si scontrano con la mentalità del giurista medievale.

L'aspetto che gli interpreti hanno più facilmente colto insiste sulla necessità di stabilire un diverso grado di pena tra il delitto consumato e il delitto tentato, più problematica appare la necessità di dovere identificare e di conseguenza specificare, le ragioni giuridiche che sostengono l'equiparazione del tentativo al delitto e, viceversa, quelle che ne marcano la sostanziale differenza, cui inevitabilmente si aggiunge il carattere 'politico' che avvolge la punibilità del tentativo e il nodo della prova di un crimine che rimane sostanzialmente incompiuto. Le altalenanti posizioni assunte dalla dottrina evidenziano la difficoltà nell'individuazione di un reato che non ha un esito sensibile, concreto.

È possibile punire l'*effectus* a prescindere dalla materiale commissione del delitto, senza che l'*effectus* si sia concretamente realizzato? *Cogitationis poenam nemo patitur*, nessuno può essere punito per il suo pensiero. Il principio presente nelle norme giustinianee e costantemente ripreso dalla dottrina fa da sfondo alla punibilità del tentativo¹. La regola accompagna le incertezze dei giuristi sulla possibilità di punire chi ha solamente pensato alla realizzazione di un delitto senza tradurre il suo pensiero in un atto, manca la ragione formale che permetta di giustificare, di ammettere giuridicamente l'inflizione della pena².

¹ L. *Cogitationis, de poenis*, D. 48.19.18. Le *sedes materiae* individuate nel diritto comune sono numerose, su queste e più in generale sul tentativo R. Isotton, *Crimen in itinere: profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli 2006, p. 9 e ss.; inoltre H.P. Glöckner, *Cogitationis poenam nemo patitur: (D. 48.19.18). Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt am Main 1989; riferimenti fondamentali in A. Cavanna, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano in Scritti 1968-2002*, Napoli 2007, pp. 112-269 e in S. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano 2012.

² La massima ulpiana ha rappresentato uno dei momenti di disagio nella lotta contro la repressione dell'eresia o del *crimen laesae maiestatis*. La particolare configurazione di questi due delitti, che possono essere solo pensati e non agiti e la necessità, che si manifesta anticipatamente in riferimento all'eresia, nell'ambito del diritto canonico, ha dato vita ad un sottile e accurato gioco di eccezioni che potesse giustificare la punibilità delle opinioni. Sull'argomento la letteratura è vastissima, in particolare sulla legittimità e sulla necessità di una disciplina che ammette l'eccezione al principio enunciato nel *Corpus Iuris* giustiniano e giustificata sulla costruzione di una figura del nemico interno cfr. P. Costa, *Figure del Nemico: strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in "Rivista Internazionale di Diritto Comune",

Parallelamente la regola ulpiana, ripresa nel *Decretum Gratiani*, è sorretta dalla convinzione, che ha le sue radici nella teologia morale, della non punibilità terrena del *peccatum cordis*, del solo pensiero peccaminoso che può essere giudicato esclusivamente da Dio, *rerum et cordis scrutator*, con conseguenze gravissime sull'anima del peccatore, ma irrilevante per il foro terreno³. Il peccato non deve considerarsi consumato *cogitatione solum*⁴. I due momenti si incontrano, è peccato mortale pensare di uccidere un uomo, ma non è possibile punire quello stesso uomo per il solo pensiero, sarà il Giudice Supremo a punire con la dannazione eterna la sua anima. Inevitabilmente questi passaggi, brevemente riassunti, esercitano una forte influenza sulle costruzioni giuridiche che riguardano l'individuazione del reato non consumato.

La questione è vivamente dibattuta. La pari punibilità prevista dalla *lex Cornelia* per il delitto consumato e il delitto tentato rimane uno scoglio difficile da superare. Occorre individuare il momento di discriminazione, il limite oltrepassato il quale la *nuda cogitatio* assume rilevanza in campo penale. Lo stesso Graziano segnala che il semplice pensiero non è rilevante per la legge civile se rimane nei limiti di una *cogitatio contenta*⁵.

La difficoltà e le incertezze entro cui la dottrina dal secolo XII in poi si muove sono lo specchio di un tormentato percorso, che, in campo penale, spinge i giuristi a riconsiderare l'elemento soggettivo come aspetto centrale nella individuazione della colpevolezza e, specularmente, la *voluntas delinquendi* come elemento rilevante anche a prescindere dalla sua materiale realizzazione, a fronte di secoli in cui la considerazione oggettiva del fatto materiale, soprattutto del danno causato, ha fatto da sfondo alla punibilità del delitto⁶.

L'attenzione dei dottori inizia dunque a focalizzarsi sulla *voluntas sceleris* richiamata dalla *lex Quisquis* (siamo in tema di *crimen laesae maiestatis*) come elemento che connota la commissione di un crimine, *voluntas* che deve essere punita. Per questa via si fa strada l'idea della punibilità dell'*affectus* rafforzata dalla previsione, contenuta nello stesso titolo del *Codex*, che impone la condanna del reo dal momento in cui ha concepito la

XVII (2007) p. 147-153 e G. Alessi, *Lupi, volpi, selvaggi. Il paradigma del nemico tra eretici e anarchici* in M. Meccarelli - P. Palchetti - C. Sotis (curr.), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata 2011, p. 111 e ss.

³ Il *topos* rappresenta una costante dalla Patristica in poi e attraversa tutto il medioevo. Solo a titolo di esempio si veda *De poenitentia*, D. 1 c. 14. Sull'argomento ampiamente P. Prodi, *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, p. 32 ss. e letteratura ivi citata.

⁴ D.6 c.2, *palea*: «Peccatum non dicitur perpetratum cogitatione solum, sed delectatione et consensu».

⁵ C.26 qq.3-4 c. 3: «... aliquando hominum dispositiones non solum uoce prolatas, uerum etiam cogitatione conceptas, cum signa quedam ex animo exprimuntur in corpore...».

⁶ L'elemento fattuale che almeno fino a buona parte della prima età moderna ha contrassegnato l'oggetto della punibilità, sembra lasciare apparentemente il posto alla responsabilità personale del soggetto a prescindere dall'effetto. Si guarda alla *voluntas nocendi* come criterio in grado di determinare la colpevolezza, si fa strada la convinzione che si possa punire l'*affectus* a prescindere dalla materiale commissione del delitto. Sono riflessioni che nascono dapprima in ambiente canonistico e che in seguito coinvolgeranno buona parte dei giuristi di diritto comune. Sull'argomento la letteratura è vasta, rimane punto di riferimento fondamentale Stephan Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Sitematisch auf Grund der handchriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano 1935; si veda inoltre R. Metz, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, in J. Léauté (cur.), *La responsabilité pénale. Travaux du Colloque de philosophie pénale*, Parigi 1961, pp. 83-91; O. Descamps, *Quelques remarques sur la distinction entre homicide volontaire et homicide involontaire en droit canonique médiéval*, in M. Schmoeckel - O. Condorelli - F. Roumy (curr.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Straf- und Strafprozessrecht*, III, Köln-Weimar-Wien 2012, pp. 106-134.

realizzazione del crimine⁷.

Si tratta di fonti con le quali i giuristi non possono fare a meno di confrontarsi. Inizia così il lento e faticoso lavoro di costruzione che tende a conciliare le fonti di diritto comune con le diverse disposizioni normative di *ius proprium* che espressamente o *ex silentio* puniscono con la pena edittale solo il reato consumato e in rari casi prevedono la punizione del tentativo. La tendenza è quella di non punire l'*affectus* se la volontà di compiere un reato non si manifesta esteriormente: se non si ha un materiale e tangibile *effectus* del pensiero criminoso l'ordinamento non ha interesse ad intervenire. Ma voci autorevoli nel panorama della dottrina avanzano l'idea che sia possibile punire il *conatus*. Si tratta di un percorso controverso e, a volte, contraddittorio come per esempio appare dal pensiero di Alberico da Rosate, che ammette la punibilità del tentativo, a prescindere dall'*effectus* concreto, una volta provato *ex qualitate facti* l'*animus*, con una pena inferiore a quella edittale⁸. Per Bartolo, invece, l'applicazione delle norme statutarie logicamente tende a escludere la punibilità della sola *voluntas occidendi* prevista dalla *lex Cornelia*. Ma dal momento stesso che l'aspetto dell'intenzionalità, della *voluntas* e del *propositum* sono stati individuati nelle norme di diritto comune come elementi che connotano l'illecito penale occorre carpire la *ratio legis* e per questa via ritenere punibile il semplice tentativo⁹.

In questa direzione, poco conosciute sono le posizioni degli interpreti che si muovono in un contesto sensibilmente diverso, quello del *Regnum Siciliae*. La *Constitutio Asperitatem* di Federico II, contenuta nel *Liber Augustalis*, stabilisce in tema di tentato omicidio o di lesioni personali un addolcimento della pena prevista dalla *lex Cornelia*¹⁰. Il dettato federiciano introduce nell'ordinamento del *Regnum* la punibilità del *propositum malivolum*:

⁷ C. 9.8.5: 1. *Quisquis, Ad legem Iuliam maiestatis*: «... cuiuslibet postremo qui nobis militat cogitarit (eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt), ipse quidem utpote maiestatis reus gladio feriat, bonis eius omnibus fisco nostro addictis...», e C. 9.8.6.2 1. *Paulus de publicis iudiciis*: «Post divi Marci constitutionem hoc iure uti coepimus, ut etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari possit, ut convicto mortuo memoria eius damnetur et bona eius successoribus eripiantur: nam ex quo sceleratissimum quis consilium cepit, exinde quodammodo sua mente punitus est». Le norme impongono anche una pena ai figli per i padri *sine aliqua cogitatione*. Sul *crimen laesae* si rinvia per tutti a M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

⁸ Alberico da Rosate... *In secundam Digesti Noui partem Commentarii*, Venetiis 1585, rist. anast. Bologna 1982, § *Divus*, n. 1, fol. 185ra: «... si habens animum occidendi et non occidat, nihilominus punitur de homicidio et econverso non habens animum occidendi si occidat non punitur»; Alberico da Rosate... *ibid.*, fol. 186va: «Maleficia non ex affectu iudicantur, non ex exitu... dolus pro facto est delictum nec non studioso commissum vocabulo et effectu criminis careat... Soluendo dic quod delictum et animo et dolose commissum punit ordinaria paena, si sit a lege communi, vel municipali statuta...».

⁹ Bartolo, *Comm. ad D.48.19.11, de poenis, l. respiciendum (sed perspicendum)*, § *delinquitur*, Lugduni 1555, nn. 1-2, fol. 221vb; vedi inoltre Baldo, *Comm. ad C.9.2.5, de accusationibus, l. non ideo minus*, Apud Iuntas, Venetiis 1599, n. 1, fol. 231va. Sulle costruzioni dottrinarie del periodo si rinvia ampiamente a R. Isotton, *Crimen in itinere*, cit., p. 88 ss.

¹⁰ La politica normativa di Federico II manifesta con peculiarità specifiche, soprattutto in campo criminale, la volontà di servirsi del *ius condendi* come strumento di rafforzamento del potere sovrano. In questa prospettiva si pensi alla significativa sottrazione alla giurisdizione ecclesiastica di figure criminali rilevanti quali l'eresia, l'usura, la bestemmia e lo spergiuro, alla specificità delle pene previste per gli eretici e per coloro che incorrono nel *crimen laesae maiestatis*, o, ancora, al ricorso all'*inquisitio* del giudice per i casi di flagranza o di eresia. Su questi temi e sulla politica criminale dello Svevo ampiamente G. Alessi, *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXI, 1987, pp. 18-20; Ead., *Il Processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2001, pp. 43 e ss. Sul particolare contesto di *iurisdictio* entro cui si muove Federico II e sulla conseguente attenzione del potere politico nei confronti della produzione del diritto, P. Costa, *'Turisdictio'. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, rist. Milano 2002, p. 176 ss.

colui che estrae l'arma con l'intenzione di uccidere o di offendere dev'essere perseguito perché con tale gesto *publicavit suam intentionem*. Dietro l'emanazione di queste norme traspaiono ragioni più profonde: una diversa immagine del potere che inizia a legarsi alla *potestas statuendi* e, che, soprattutto in campo penale, segna, l'azione politica del sovrano e, sotto molteplici e svariati aspetti, costituisce il momento di passaggio verso la creazione di un ordinamento con caratteristiche in parte diverse dai restanti ordinamenti italiani. Il sovrano, garante della pace pubblica, non solo punisce i *crimina* consumati, ma si preoccupa di prevenire e punire tutti quei comportamenti che *in itinere* sono potenzialmente indirizzati a compromettere la pacifica convivenza dei suoi sudditi¹¹.

Necessità ribadita in un'altra costituzione di Federico II che esplicitamente sancisce la punibilità non solo dei *maleficia commissa*, ma anche del delitto tentato, per scongiurare il *periculum committendorum maleficiorum*¹². Anche questa norma evidenzia la volontà di prevenire la commissione di un delitto più grave sanzionando *ex ante* i comportamenti e gli atti che denotano un'*intentio* criminosa¹³.

Il dato sostanziale, particolarmente significativo, è il riconoscimento *ex lege* dell'esistenza e della sanzionabilità del tentativo a fronte della *generalis consuetudo* italica che non prevede, nella quasi generalità dei casi, la punizione del *conatus*. Le norme del sovrano svevo rappresentano uno dei primi segnali dello spostamento dell'attenzione del legislatore dalla dimensione del danno causato, presente nella normativa statutaria, alla «logica della prevenzione», e alla conseguente estensione della punibilità a tutti quei comportamenti che possono assumere rilevanza sul piano penale¹⁴.

A differenza del pensiero di buona parte dei giuristi che incentrano la loro riflessione quasi esclusivamente sull'aspetto punitivo e che sostengono principalmente che la *consuetudo italica* permette di disattendere il dettato delle norme giustinianee sul *pariter puniri*, sembra essere presente in Andrea d'Isernia (che scrive la sua *lectura* probabilmente tra il 1289 e il 1309) il desiderio di spostare l'attenzione sull'individuazione degli elementi che servono a identificare il tentativo come figura delittuosa da punire. Staccandosi dal

¹¹ *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni... Siciliae... Glossis ordinariis Domini Andreae de Isernia...*, apud heredes Iacobi Iuntae, Lugduni 1560, I.12, fol. 20: «Asperitatem veterum legum, quae constringentes gladios et extrahentes et percutientes cum eis indubitanter occidendi animum habuisse praesumuntur (interpretatione imperialis mansuetudinis lenientes) praesenti lege in perpetuum Deo propitio valitura sancimus...». Esamina la *Constitutio* nella prospettiva dell'«interpretatio imperialis» che crea «norme più eque e più giuste» F. Martino, *Federico II. Il legislatore e gli interpreti*, Milano 1988, p. 59.

¹² *Const. Intentionis, Constitutiones Regni*, cit., I.10, n. 50, fol. 17.

¹³ Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Intentionis, Constitutiones Regni*, cit., I.10, n. 50, fol. 18: «... hoc innovatur per hanc constitutionem: quia etiam ad defensionem non portantur, nisi supra dictum est propter periculum committendorum maleficiorum: quia occasionem praebet portatio armorum omicidiis et violentiis...». Pure Matteo D'Afflitto pone l'accento sulla *voluntas* imperiale volta alla prevenzione dei *crimina* e alla repressione del tentativo: «... declarat intentionem Imperatoris esse non solum punire maleficia commissa, sed etiam providere ut praecludatur via ad maleficia committenda ...», *Matthaei De Afflictis Partenopei patricii ac iuriscons. clariss. in Utriusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones, et constitutiones novissima praelectio*, Apud Marcum Guariscum, Venetiis 1606, n. 1, fol. 55a. Sul pensiero di quest'ultimo torneremo in seguito.

¹⁴ Sull'argomento si rinvia ampiamente a M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, p. 178 e ss. Sulla strutturazione del sistema penale tra medioevo ed età moderna, e sulle ragioni politiche delle scelte legislative e dottrinarie cfr. Id., «*Vidi communiter observari*». *Un ordine penale pubblico nelle città italiane del sec. XIII*, in «Quaderni Fiorentini», XXVII (1998) p. 246 e ss.; G. Alessi, *Il Processo penale*, cit., pp. 22-39, 52-64; F. Cordero, «*Criminalia*». *Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986, p. 112 ss.

problema della mera commisurazione della pena, il giurista concentra la propria attenzione su quello che oggi definiremmo elemento psicologico del reato per dare *forma* a un delitto sanzionato dall'ordinamento del Regno e individuato dalle norme di diritto comune.

La glossa alla *Constitutio Asperitatem* si apre subito con il richiamo diretto all'*animus nocendi* che diventa l'elemento volto a determinare il grado di colpevolezza di colui che si appresta a commettere un crimine. In riferimento ai reati descritti nella costituzione federiciana, il giurista sostiene che il soggetto dev'essere punito a prescindere dall'esito del progetto criminioso, perché ha volontariamente tentato, pur non riuscendo, di compiere *quod in animo gerebat*¹⁵. L'attenzione dell'interprete non è più concentrata solo sull'effetto concreto di un atto illecito, ma si sposta sulla *cogitatio*, sulla volontà di nuocere che precede la commissione del crimine, sull'aspetto intenzionale del delitto.

Per Andrea non sono solo l'esito e l'effetto di un'azione ad assumere esclusiva rilevanza in campo penale, ma la *voluntas* e il *propositum* che permettono di individuare e collocare nella dimensione penale un determinato comportamento: *nam licet in delictis inspiciatur voluntas*¹⁶.

Seppur in potenza, dal contenuto delle norme e dalle parole del giurista, emerge un dato sostanziale che si specifica nella necessità di punire anche i *crimina in itinere*, in una visione di un penale che lentamente tende a censurare qualsiasi comportamento o atto che attenti alla violazione della pace pubblica, aspetto che diventa ancor più evidente nelle considerazioni di Bartolomeo da Capua che sottolinea la volontà sovrana di punire il *maleficium in committendo* per evitare la *spes* dell'impunità¹⁷. La necessità di neutralizzare una potenziale condotta criminosa che non ha ancora prodotto il suo *effectus* giuridicamente punibile inizia a camminare di pari passo con l'interesse dell'ordinamento a che i *crimina ne remaneat impunita*. La complicata disciplina di questa figura delittuosa è significativamente legata, nella sua configurabilità, a un aspetto 'politico' che con peculiarità specifiche, legate alla natura dell'ordinamento, si manifesta nel contesto del *Regnum*¹⁸.

L'avvenuto riconoscimento del *conatus* come figura delittuosa comporta la necessità di individuare il momento in cui il pensiero assume una veste rilevante per l'ordinamento, il limite oltrepassato il quale la *nuda cogitatio* si traduce in un comportamento punibile. Andrea d'Isernia si muove lungo la strada della *presumptio*, che prende le mosse sempre dall'elemento soggettivo dell'*animus* e nel caso specifico dell'*animus occidendi*. Dev'essere punito colui che ha estratto l'arma, ma non uccide, dev'essere punito colui che tiene in mano un'arma, ma non ferisce o percuote la vittima: si tratta di atteggiamenti che provano la *voluntas nocendi* dell'agente, in potenza volti ad arrecare danno e che pertanto vanno

¹⁵ Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni*, cit., I.22, nn. 60-70, fol. 20: «... Occidendi animum habuisse praesumunt quod si per confessionem, vel testes, vel alias legitime constaret... quia tunc debet puniri ac si fecisset quod in animo gerebat... Et poterat esse certum, quia sic dixerat extrahens tantum, vel percutiens. Volo tale occidere vel percutere. Animus probatur per extrinseca... ».

¹⁶ Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni*, cit., I.22, nn. 60-70, fol. 20.

¹⁷ Bartolomeo da Capua, gl. ad *Const. Intentionis, Constitutiones Regni*, cit., I.10, lit. c, fol. 17: «...Occurrit contra maleficia duobus modis, contra perpetrata per poenae impositionem... Contra perpetranda, quia non licet pacisci, ne agatur de maleficio committendo. Et hoc ne spe immunitatis maleficium committatur». Uomo potente e fidato consigliere della Corte angioina, compone le sue glosse probabilmente dopo quelle di Andrea intorno al 1305, sul giurista cfr. W. Ingeborg - M. Piccialuti, *Bartolomeo da Capua*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, VI, Roma 1964.

¹⁸ La repressione del tentativo nella prospettiva della violazione della pace pubblica è esaminata in Isotton, *Crimen in itinere*, cit., p. XXV.

sanzionati secondo il dettato della *Constitutio Asperitatem* con una pena inferiore.

Ma per il giurista c'è di più, la *constitutio* di Federico mitiga il rigore della *lex Cornelia* solo quando *est dubium*, solo quando esistono incertezze sulle reali intenzioni del responsabile. Nel caso in cui non esistono dubbi, qualora l'agente *in re illicita agat*, si trovi in una condizione di palese illiceità, non esiste più spazio per la congettura: il delitto non portato a compimento dev'essere punito alla stregua del delitto consumato e quindi secondo le previsioni del diritto comune¹⁹. Posizione, questa oggetto di velata critica, come vedremo, da parte di Matteo D'Afflitto.

Il criterio di imputazione oggettiva del delitto tentato viene ritrovato da Andrea nella condotta non consentita, nell'antigiuridicità del comportamento che si offre come parametro certo di imputabilità del solo *conatus*. Il giurista pur non citando le sue fonti attinge direttamente dal pensiero che in quegli stessi anni solidamente si forma in ambiente canonistico: la condizione d'illiceità in cui versa l'agente è da sola sufficiente a giustificare la pari punizione tra il crimine tentato e il delitto consumato²⁰.

In verità lo stesso giurista si muove sul crinale del dubbio interpretativo a fronte del fatto che, pur avendo colto nella sua *interpretatio* un momento certo d'individuazione della colpevolezza, immediatamente ha cura di sottolineare che è osservanza diffusa mitigare in ogni caso il dettato delle norme di diritto comune qualora la *mala voluntas* possa essere dedotta al di là di qualsiasi congettura. Tant'è vero che spetterà al giudice comminare una pena inferiore anche nel caso in cui la condotta illecita provochi *nullam offensam*²¹.

Altro problema è come provare l'esistenza dell'*animus*, come provare l'intenzionalità dell'atto e secondo Andrea *animus probatur per extrinseca*²². In assenza dell'esito concreto del delitto la presunzione gioca un ruolo centrale a condizione che sia *legittime* rafforzata dalla confessione o dalla testimonianza. Per il giurista, inoltre, la prova è deducibile *verbis* o *factis* da una serie di comportamenti che permettono di supporre la *cogitatio*: stringere in mano un'arma, sollevare una spada per percuotere la vittima.

Sul filo dell'impianto iniziato a costruire da Andrea d'Isernia si collocano le riflessioni di Matteo D'Afflitto²³. Tempi più maturi e un solco dottrinale consistente, formatosi nel corso del secolo XIV, influenzano le considerazioni del giurista napoletano. Egli dà quasi per scontata la rilevanza dell'elemento soggettivo, dell'intenzione criminosa che però

¹⁹ Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni*, I.22, nn. 60-70, fol. 20: «Sed haec constitutio mitigat rigorem tantum quantum est dubium. Quod dubium ius romanum interpretatur contra extraentem tantum et contra percutientem, eo quod rem illicitam agunt quando ergo est certum quia voluit non est locus coniecturae...».

²⁰ Sulla nascita e l'affermazione della teoria del *versari in re illicita* ampiamente S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, cit., p. xxiii, p. 429 e ss.; A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit: XVIe-XVIIIe siècle*, Paris 1970, pp. 75-80, pp. 100-102, p. 367.

²¹ Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni*, cit., I.22, nn. 60-70, fol. 20: «... sit mitigatus rigor etiam quando apparet de voluntate mala et sic videmus servari».

²² Andrea d'Isernia, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni*, cit., I.22, nn. 70-80, fol. 20. Il riferimento è al *Codex*: C. 9.16.6.(7) l. *si quis cum telo*, C. *Ad Legem Corneliam de sicariis*.

²³ Uomo dalle fortune alterne, legato alla corte aragonese e all'ambiente forense napoletano dei primi anni del 1500, fu giudice del Supremo Consiglio e poi *praeses* della Sommaria fino al 1506, quando Ferdinando il Cattolico lo rimosse dall'incarico. I legami di parentela, l'insegnamento presso lo Studio partenopeo e l'attività professionale lo vedono protagonista delle vicende napoletane del tempo: G. Vallone, *D'Afflitto, Matteo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXI, Roma 1985; più in generale sulla sua opera Id., «*Iurisdictio domini*». *Introduzione a Matteo d'Afflitto e alla cultura giuridica meridionale tra Quattro e Cinquecento*, Lecce 1985, pp. 221; Id., *Le "Decisiones" di Matteo d'Afflitto*, Lecce 1988, pp. 220.

viene considerata come uno dei numerosi criteri di individuazione del tentativo, ma non l'unico. Dopo avere dettagliatamente riassunto il diverso sistema punitivo di *ius commune*, del Regno e della normativa statutaria, il giurista affronta analiticamente e punto per punto le *fallentiae* della *lex Cornelia*.

Il nodo centrale investe la parità di punizione del *conatus* con il delitto consumato, parità inconcepibile per il giurista nella misura in cui l'intenzionalità *ante actus consumationem* può subire una trasformazione *in voluntariam poenitentiam*. Per questa ragione la teoria del *versari in re illicita*, richiamata da Andrea d'Isernia, non può giustificare l'equiparazione oggettiva tra delitto consumato e tentativo²⁴.

Secondo D'Afflitto il ripensamento, il pentimento è un altro aspetto della volontà che assume rilevanza nella punizione del tentativo e che in alcuni casi ne esclude la punibilità. Il vero problema a fronte della *poenitentia voluntaria* insiste sulla gravità dei crimini in atto di compiere. E qui il giurista fa l'esempio di colui che punta intenzionalmente un'arma contro un uomo ma, *poenitentia ductus*, non porta a termine il suo progetto omicida e si interroga sulla pena da irrogare.

Andrea d'Isernia mette sullo stesso piano diversi atti preparatori: il deambulare con l'arma (di per sé sanzionato dalla norma) pronta all'uso, circostanza che di fatto depone verso un primo grado di intenzionalità e l'estrazione dell'arma per offendere e, a proposito, sostiene che entrambi gli *acta* devono essere puniti con il doppio della pena pecuniaria prevista per la *portatio armorum*.

Matteo D'Afflitto, al contrario, ritiene che gli atti preparatori denotano un diverso grado di intenzionalità: una cosa è portare l'arma pronta al suo scopo, altra cosa è puntare l'arma contro qualcuno, salvo poi consumare il delitto o meno. Se Andrea preferisce adottare la soluzione prevista nella *Constitutio Asperitatem* sulla mitigazione delle previsioni di diritto comune, il giurista napoletano sceglie l'applicazione della pena prevista per il *crimen vis* dalla *lex Iulia de vi*, disattendendo per questa via il dettato normativo federiciano.

In generale il giurista ripercorre l'impostazione di Cino, Bartolomeo da Saliceto, Alberico da Rosciate²⁵, ormai abbondantemente diffusa sul tema e nella sua analisi parte da un dato assodato: l'accertamento della sola *cogitatio* non ha rilevanza sul piano penale. La punibilità del *propositum* suppone il compimento di un atto che, sulla scia di quanto sostenuto da Cino, dev'essere distinto in *actus facti* e *actus verbi*, con consistenza sostanzialmente diversa sul piano della punibilità²⁶. Secondo il giurista, infatti, l'esternazione verbale della propria *voluntas nocendi* costituisce in sé e per sé l'*effectus*, la consumazione del delitto, tentato nella mente e consumato con le parole, delitto punibile con pena straordinaria, ad eccezione dell'*iniuria*. Pertanto colui che dice e giura pubblicamente di avere fermo proposito e intenzione di commettere *delictum contra Regem*, non può essere punito alla stregua di colui che, giungendo alla materiale realizzazione di un atto volto alla commissione del crimine, ha manifestato con i fatti la pericolosità del

²⁴ Matteo D'Afflitto, *In Utriusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones*, cit., nn. 2-3, fol. 60: « ante actus consumationem ille affectus ad delictum cum inceptioe delicti permutatus fuit in voluntariam poenitentiam... nisi effectus solus consisteret in voluntate et non pervenisset ad aliquem actum: puta si quis dixisset et iurasset solus quod vult committere delictum contra Regem et nihil aliud fecisset tunc non puniatur iste affectus». L'aspetto della *poenitentia* dalla Glossa di Accursio in poi rappresenta una scriminate in relazione alla punibilità del solo *affectus* su cui la dottrina ha lungamente ragionato: R. Isotton, *Crimen in itinere*, cit., p. 102 e ss.

²⁵ Cfr. nt. *supra*.

²⁶ Sul punto cfr. R. Isotton, *Crimen in itinere*, cit., p. 65 e ss.

suo pensiero²⁷. Più in generale il *solum propositum delinquendi* non giustifica l'infrazione di una pena se non è accompagnato dalla commissione di un *actus* che manifesta esteriormente l'intenzione criminosa dell'agente. Il che significa anche che lo stesso *actus facti* dev'essere distinto in atto prossimo e atto remoto che parimenti non possono stare sullo stesso piano, perché l'atto remoto suppone una premeditazione, una lunga e *appensata* riflessione sulla modalità e la realizzazione del crimine²⁸.

A differenza della glossa di Andrea, che trova nel *versari in re illicita* la *ratio* che consente di equiparare la punizione tra tentativo e delitto consumato, Matteo D'Afflitto introduce una serie di nuovi elementi che declinano verso un differente indirizzo.

Le posizioni del giurista lasciano trasparire una critica velata all'estensione della punibilità anche alle condotte non consentite, richiamate nella glossa di Andrea, che però non producono danni o effetti concreti soprattutto nel caso in cui l'agente, pur versando *in re illicita*, non esterna la propria intenzione²⁹.

Sulla stessa linea del D'afflitto si colloca Roberto Maranta. Il giurista venusino non ritiene punibile la sola *cogitatio*: «Nam crimine attentatum sola cogitatione absque eo quod deveniatur ad aliquem actum facti non est punibile nec accusabile... Crimen vero dicitur omnis operatio mala qua potest in hoc saeculo accusari...»³⁰. La posizione di Maranta è indirizzata verso la punibilità del tentativo a condizione che la *voluntas nocendi* sia tradotta in un'*actio facti*. Conferma la sua posizione nello *Speculum* ove ribadisce, in osservanza alla *consuetudo* italiana, la sua contrarietà al *pariter puniri* previsto dal diritto comune: « non punitur delictum attentatum sicut consummatum sed mitius, et sic non puniatur affectus nisi sequatur effectus, etiam in atrocioribus... unde si iudex imponeret poenam mortis an attentatis puniret affectum sicut effectum, quia maior poena dari non potest...»³¹.

Tempi più maturi e nuove esigenze di repressione criminale muovono, qualche anno più avanti, la dottrina che si occupa di commentare le norme che strutturano il processo

²⁷ Matteo D'Afflitto, *In Utriusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones*, cit., n. 6, fol. 60: «... quia delictum attentatum non per actum facti, sed per actum verbi mitius punitur...». Sintetizza in seguito, con consueta abilità, il faticoso lavoro di costruzione della dottrina Prospero Farinacci: R. Isotton, *Crimen in itinere*, cit., p. 106 e ss.

²⁸ Matteo D'Afflitto, *In Utriusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones*, cit., n. 10, fol. 139vb: «unde solum propositum delinquendi non sufficit ad puniendum eum nisi pervenisset ad aliquem actum, per quem appareat de eius animo».

²⁹ Certo rimane sempre il dubbio che le dissacranti critiche rivolte dal giurista napoletano alle norme del diritto comune, anche se sufficientemente influenzate dalla *communis opinio*, siano sostenute piuttosto dalla sua ferma adesione al «regalismo guelfo di tradizione angioina e d'innesto aragonese», che non mette in discussione la supremazia feudale del Papa sui territori del *Regnum* che segnatamente dev'essere svincolato dalla soggezione imperiale e di conseguenza dal diritto che di quell'impero è prodotto: G. Vallone, *D'Afflitto*, cit., p. 653.

³⁰ La risorsa dottrina è l'immane Baldo, l. *si quis non dicam rapere, de episcopis et clericis*, C. 1.3.5; R. Maranta, *Consilia sive Responsa: unacum duobus Tractatibus*, Andreas de Pellegrinis biblioph., Venetiis 1591, cons. 53, nn. 5-6, fol. 90va. Sul giurista M.N. Miletti, *Maranta, Roberto*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 69, Roma 2007, pp. 436-439. Cfr. inoltre C. Natalini, *L'interpretatio tardomedievale tra centralizzazione e autonomia*, in L. Campos Boralevi (cur.), *Challenging Centralism: Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze 2011, pp. 10-18; da ultimo A. Marchisello, *Il principio del processo: osservazioni sull'origine del iudicium nello Speculum aureum di Roberto Maranta (1476-1534?)* in "Historia et ius" [www.historiaetius.eu], 1 (2012), paper 7.

³¹ R. Maranta, *Speculum aureum et lumen advocatorum Praxis civilis*, apud Io. Ahtonium Bertanum, Venetiis, 1586, n. 16, fol. 574b. La posizione si articola sul pensiero di Paolo di Castro, Alessandro Tartagni e sul citatissimo commento di Baldo alla *Lex fugitivi*.

nel *Regnum Siciliae*.

Il delitto tentato diventa oggetto di riflessione nella misura in cui si presenta come l'immagine dello specchio che riflette quanto già è accaduto nella prassi. Le decisioni della Magna Curia mettono a disposizione dei giuristi il terreno da arare e dissodare. La politica di difesa dell'ordinamento monarchico che si è consolidato nel *Regnum* a partire dal XV secolo, si manifesta non solo attraverso provvedimenti normativi particolarmente attenti alla repressione di comportamenti criminali che destabilizzano l'ordine pubblico, ma anche attraverso le sentenze 'punitivae' dei supremi tribunali che di questo ordinamento sono il prodotto. La necessità di garantire e perpetuare un potere che agli occhi dei sovrani non si prospetta come eternamente stabile e il contemporaneo bisogno di tutelare gli apparati di governo che ne assicurano la solidità, ha portato ad un ulteriore arretramento della soglia di punibilità testimoniato dalle sentenze della Magna Curia, anche a prescindere dalla materiale esistenza di una norma che punisca espressamente il *conatus*: la *scientia iuris* si impegna nel rintracciare e fornire le adeguate giustificazioni dottrinarie.

In particolare Giuseppe Cumia prende in esame il delitto tentato relativamente al rapimento di *virgines* o *moniales* e all'adulterio, e dichiara apprezzamento per le scelte della suprema Corte che ha derogato alla consuetudine e ha punito il delitto non ancora giunto a compimento, pur sottolineando con forza l'eccezionalità della decisione. Nella sua visione, infatti, rimane ferma l'idea che non si possa punire il tentativo alla stregua del delitto consumato: «... et est casus speciali ubi punitur affectus licet non sequatur effectus contra generalem consuetudinem»³². Il giurista concorda con la posizione maturata qualche anno prima da Iohannes Aloysius De Septimo che, in riferimento allo stupro, non considera il rapimento che precede il delitto come atto concludente per la punibilità del tentativo di stupro, ossia un *actus extrinsecus* volto a manifestare la *voluntas* dell'agente, ma piuttosto scinde i due momenti dell'*actio criminalis* e sostiene la punibilità del solo rapimento, in quanto delitto consumato, che ha preceduto l'atto criminale rimasto incompiuto. In questa direzione non è punibile il tentativo di stupro *cum requiratur delictum consumatum*, anche se si riconosce al giudice la possibilità di infliggere una pena *extraordinaria*, commisurata al caso concreto³³.

Parzialmente diversa appare la posizione di Cumia in riferimento alla *portatio armorum*. In questo caso, espressamente regolato dalle norme regie e dalle prammatiche, la

³² J. Cumia, *In Ritus Magnae Regiae Curiae, ac totius Regni Siciliae Curiarum Commentaria, Praxique super eiusdem Magnae Regiae Curiae Ritibus, in operis calce...*, ex Officina Dominici Guerraei et Io. Baptistae fratrum, Venetiis 1578, n. 89, fol. 316b e n. 39, fol. 361b. La posizione è articolata sulle opinioni di Giulio Claro e Egidio Bossi: G. Claro, *Liber Quintus sive Practica criminalis*, apud Altabellum Salicatum, Venetiis 1587, § *fin.*, q. 92, fol. 227 ss.; E. Bossi, *Tractatus varii, qui omnem fere criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur...* *Una cum indice rerum, uerborum, et sententiarum mirabilium...* *Secunda aeditio diligentis cura a quampluribus mendis repurgata*, apud Franciscum Senensem, Venetiis 1562, *de homicidio*, n. 4, fol. 149rb e *de coitu damnato*, n. 79, fol. 193vb.

³³ J.A. De Septimo, *Adnotationes... super Ritu*, in *Commentaria super Ritu Regni Siciliae, quae in Curis ad decisionem causarum necessaria ante manu scripta ab omnibus allegabatur... a Marcello Conversano diligenter collecta*, apud Angelum Orlandi et Decium Cyrillum; Panormi 1614, fol. 65A. Il giurista è uno dei primi commentatori del Rito promulgato da Alfonso nel 1446 per riordinare la procedura delle Corti del *Regnum*. Attivo in Sicilia nella prima metà del secolo XVI fu giudice della Magna Curia e reggente del Supremo Senato di Aragona. Per le notizie biografiche A. Romano, *Legum doctores' e cultura giuridica nella Sicilia aragonese. Tendenze, opere, ruoli*, Milano 1984, p. 250, nt. 26. Sull'opera e sul contributo del suo pensiero mi permetto di rinviare a R. Sorice, *"Quae omnia bonus iudex considerabit..."*. *La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*, Torino 2009, *passim*.

punibilità del tentativo, a prescindere dalla materiale utilizzazione delle armi, è giustificata *tamquam praeambulum ad delicta subsequentia*³⁴. In una società complessa come quella siciliana la prevenzione nella commissione del crimine incide sul mantenimento della *pax publica* al pari dell'aspetto repressivo del crimine. Il problema però è quello di cercare il movente che giustifica la indiscriminata punizione di coloro che portano armi, anche se esse non vengono utilizzate per la commissione di un delitto.

La linea di politica preventiva è chiaramente indicata nelle norme che individuano il pericolo non solo nella detenzione o nel porto d'armi, quanto piuttosto nell'*animus damnificandi* esplicitamente citato come elemento che giustifica la condanna del detentore delle armi e la sua punizione³⁵. Secondo Antonio De Ballis *jr.* la prammatica viceregia punisce il *conatus*, nella direzione dell'*actus magis proximus* ad arrecare danno o a provocare la morte di un terzo, atto che presuppone l'elemento intenzionale, l'*animus nocendi* del potenziale aggressore o del potenziale omicida³⁶. Punire l'intenzionalità, l'*animus* è la giusta *ratio* della norma, nella misura in cui chi detiene o porta con sé armi con l'animo intenzionalmente rivolto ad arrecare danno o ad uccidere di per sé già commette un crimine, viola la pace della comunità: «... in istis terminis dicitur rupta pax, licet non offendendi, sed voluerit offendere»³⁷. Attentare alla *pax publica*, creare disordini, significa porsi contro l'ordinamento, ribellarsi alle sue regole. Il giurista ben comprende il concreto bisogno di regolare un comportamento che non si è ancora trasformato in un atto violento, ma che in potenza è carico di antiggiuridicità, in una *societas ordinata* l'uomo non ha necessità di portare con sé armi, ma se lo fa *praesumitur malo animo*, per questa via si individua il soggetto pericoloso e se ne colpiscono le cattive intenzioni³⁸. De Ballis *jr.* nonostante mostri di apprezzare l'inclinazione dottrina che volge verso la presunzione dell'*animus nocendi*, circoscrive il campo in riferimento specifico alle norme promulgate nel regno: «... in terminis nostris malus animus debet probari, quia statutum dicit cum animo damnificandi, qui probandum est, non sufficiat praesumptus...»³⁹. Sul punto si accende il dibattito tra giuristi, secondo Nicolò Intriglioli è necessario dar prova che l'arma sia pronta per sparare, che abbia già il colpo in canna, in caso contrario la Prammatica non troverebbe applicazione⁴⁰. De Ballis *jr.* ritiene errata la posizione di Intriglioli, perché «...

³⁴ J. Cumia, *In Ritus*, cit., nr. 18, fol. 333b. Il riferimento normativo è il cap. CLV del Rito di Alfonso: F. Testa, *Capitula Regni Siciliae*, I, Palermo 1741-1743, fol. 259; *Pragmaticarum Regni Siciliae Novissima Collectio*, Panormi 1686, sumptibus Angeli Orlandi, I.41, *Pram. tertia, quarta e quinta* fol. 249. Alcune prammatiche viceregie seguendo il corso degli eventi, proibiscono la detenzione e il porto di specifici tipi di armi quali la balestra, alcuni tipi di archibugio e scopette, a seconda della lunghezza della canna, del tipo di miccia ecc.

³⁵ *Pragmaticarum Regni Siciliae*, cit., I.41 *Pram. quarta* fol. 252: «... sancimo et ordinamo che qualsivoglia persona di qualsivoglia stato e conditione si sia che titerà con la balestra scopetta o archibuso, con animo di dannificar altri per la pena ne abbia a morire naturalmente...».

³⁶ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum libri sex, omnem fere materiam criminalem indiciorum et torturae... adiunctis adnotationibus ipsius Regis Alphonsi n. 363 et 364 de syndicato officialium...*, apud Petrum Coppola, Panormi 1646, nr. 2, fol. 289.

³⁷ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 2, fol. 289.

³⁸ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 5, fol. 289; il giurista richiama sul punto il lucido pensiero di Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis... duobusque tomis distinctus... Cum summarijs et duplici indice...* (apud haeredem Nicolai Benilaquae Augustae, Taurinorum 1593) lib. 8 c. 3 nr. 29. In particolare sul pensiero deciano in tema si veda M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il «Tractatus criminalis» di Tiberio Deciani e la «Parte generale» di diritto penale*, Milano 2006, p. 417 ss.

³⁹ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 5, fol. 289.

⁴⁰ N. Intriglioli, *Singularium liber primus et secundus cum additionibus Marcelli Conversani et Tertius in hanc postrema editione...*,

Prammatica considerat animus nocendi, non factum, qui animus fuit ordinatus et praeparatus et executus ad casum et de facili poterat cogitare casum eventurum...⁴¹.

L'unica ipotesi in cui si ritiene permessa la disapplicazione della norma è quando ricorre la legittima difesa. *In discrimine vitae* è giustificata la reazione *ad defensionem personae*, la difesa rientra *de iure naturali* tra i diritti della persona e *nullatenus tolli potest*. Altro problema questo che complica la lettura delle norme, da un lato l'esigenza di prevenzione espressa dall'ordinamento che viene garantita anche con la punizione del *conatus*, dall'altro la legittima reazione di chi aggredito deve reagire per difendersi. Come distinguere allora, fatte salve le prescrizioni normative che vietano di portare un certo tipo di armi, l'aggressore che gira armato da chi porta con sé armi lecite al solo scopo di difendersi? De Ballis jr. offre al lettore l'unica chiave di lettura percorribile in termini giuridici rappresentata dall'ulteriore elemento soggettivo del dolo: «... ratio est quia requiritur dolo...»⁴². Potranno essere puniti *de percussione et apportatione armorum* soltanto coloro che *hoc faciunt de proposito*⁴³.

Il problema è particolarmente sentito da De Ballis jr. che dedica al *conatus* un intero titolo della sua opera⁴⁴. Nella sua particolareggiata e documentata ricostruzione del pensiero della dottrina che lo ha preceduto il De Ballis jr. ammette in linea generale la punibilità del tentativo ricorrendo con frequenza all'enunciato della *voluntas pro facto*: un colpo inferto alla vittima con *animus occidendi* che per qualsiasi ragione non si è trasformato in omicidio dev'essere punito alla stregua di un delitto consumato, *dolus pro facto habetur et consequenter punitur pro facto*⁴⁵. Per questa via il giurista risolve il problema della punibilità nell'omicidio su commissione, la *voluntas* del mandante dev'essere sempre considerata affetta da dolo a prescindere dagli esiti effettivi del mandato: «... in his voluntas pro facto habetur si deducta sit ad actus [*sic*] extrinsecum», e appoggia le sue considerazioni sul pensiero di Luca da Penne, che, in campo contrattuale, ha declinato i diversi modi di espressione della *voluntas*⁴⁶.

La riflessione, declamata in via generale, si scontra però con la prassi e con l'infinito numero di opinioni sedimentate nel tempo. Primo fra gli altri, l'onnipresente nodo della pena da infliggere, del *pariter puniri*. La sua critica si rivolge innanzitutto verso la costruzione di Felino Sandei che ha ammesso *generaliter et regulariter* la punibilità del delitto *etiam non secutus effectus*⁴⁷. Il principio contrasta con la sua eccezione che, secondo De Ballis jr., è in realtà la regola stessa: *quod regulariter non puniatur delictum nisi sit perfectum*⁴⁸.

E così, nella ricerca di una soluzione, una via percorribile potrebbe essere quella di ipotizzare una differenziazione che porterebbe il magistrato a non punire il tentativo *in*

ex Tipographia Angeli Orlandi, Panormi 1632, I Sing. 236 nr. 3, fol. 51b: «... Quia si statutum puniat conatum (ut illud) nisi deventum fuerit ad actum proximum et immediatum ipsi malefitio non habebit locum poena ipsius statuti».

⁴¹ A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 2, fol. 289.

⁴² A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 8, fol. 289.

⁴³ A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum...*, cit., nr. 8, fol. 289.

⁴⁴ A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum libri*, cit., n. 4, *liber quartus, de conatu*, fol. 167 e ss.

⁴⁵ A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum libri*, cit., n. 4, fol. 169a.

⁴⁶ A. De Ballis jr., *Variorum Tractatum...*, cit., n. 26, fol. 107b; Lucas de Penna... *Super tres libros Codicis X videlicet XI et XII...*, Pierre de Sartieres, Paris 1509, lib. X. *de praediis curialium*, fol. 57va.

⁴⁷ *Commentariorum Felini Sandei in decretalium V libros*, ex officina Frobeniana, Basileae 1567, *de praescriptionibus* fol. 172; *Quantum conatus puniatur*, fol. 1238 et seq.

⁴⁸ De Ballis jr., *Variorum Tractatum libri*, cit., n. 31, fol. 171b.

laevioribus criminibus e a sanzionarlo *in atrocioribus*, come sostiene una parte della dottrina, soluzione anche questa però difettosa e non utilizzabile, in linea generale, come per esempio avviene nell'adulterio, annoverato tra i *crimina atrocita*, il cui tentativo non è mai né sanzionato, né punito⁴⁹.

Secondo De Ballis *jr.*, in verità, il problema che ha generato confusione e ha favorito il moltiplicarsi di *variae sententiae doctorum* è l'assenza di una regola certa in tema: «... adsint leges quae maxime urgent, ideo variae sunt sententiae doctorum, quemadmodum regulam sit constituenda»⁵⁰. Per il giurista, solo l'analisi delle norme che regolano i singoli delitti permette di procedere con certezza: «...quid in hac sententiam et hoc mihi verius videtur et iuri consentaneum, id autem est huiusmodi quod puniuntur affectus, licet non sequatur effectus ubi lex considerat effectum et haec est vera regula... ubi verba ita sunt concepta, ut rem perfectam significant»⁵¹. Per questa via il tentativo potrà essere punito al pari del delitto consumato solo nel caso in cui la norma esplicitamente lo preveda, oppure, qualora la norma implicitamente sottenda la punibilità del *conatus* è opportuno che il giudice scelga una pena certamente diversa da quella edittale prevista per il reato consumato, che dev'essere adeguata, *pro conatu qualitate*, al grado di avvicinamento al perfezionamento del delitto⁵².

Alla regola cercata e trovata nella sua prospettiva, seguono, come di consueto, un numero consistente di eccezioni che si fermano sulla necessità di trovare, almeno dal punto di vista formale, un legame tra pensiero e azione, tra volontà e fatto penalmente rilevante *quia solus cogitationis penam non merentur*⁵³. Pertanto è necessario che la *voluntas* si traduca in *actus extrinsecos*, ossia in comportamenti concludenti che, come nel caso della lesa maestà, evidenzino in maniera sensibile la volontà dell'agente⁵⁴.

Il criterio non può, ovviamente, essere esteso a tutti i crimini e viene ben presto rimodulato, per esempio, in tema di assassinio: la gravità del crimine, considerato fra i più *detestabiles*, giustifica l'equiparazione del tentativo al *delictum consumatum* e pertanto l'inflizione della pena *etiam non secuto effectu*⁵⁵. Per tali ragioni è apprezzabile una sentenza dei giudici della Magna Curia che hanno ugualmente inflitto la pena edittale di morte per squartamento a un assassino che non aveva portato a compimento il delitto commissionato⁵⁶. La necessità di punire un crimine odioso, che coinvolge nell'ottica di De Ballis *jr.* allo stesso modo mandante e mandatario, richiede un abbassamento della soglia di certezza della prova, ottenibile *per argumenta probabiliora*⁵⁷. Per De Ballis *jr.*, che motiva la

⁴⁹ Il richiamo è a Ippolito Marsili: De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum libri*, cit., n. 31, fol. 171b.

⁵⁰ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 31, fol. 171a.

⁵¹ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 34, fol. 172a.

⁵² A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 23 e ss., fol. 171a.; n. 40, fol. 174b.

⁵³ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 48, fol. 177b.

⁵⁴ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 41, fol. 174a.

⁵⁵ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 4, fol. 136b.

⁵⁶ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 4, fol. 136b: «Et hic Alcamy Philippus Li Muli de mandato Suae Excellentiae pro nece Io. Ugo Comes sic fuit punitus et demum suspensus per pedem et scissus in quatuor partes punitur etiam non secuto effectu». Il giurista richiama le comuni posizioni in tema di mandato e di assassino nel caso in specie di Giulio Claro e di Egidio Bossi che pur essendo contrari alla punizione del tentativo di omicidio sono assolutamente favorevoli alla punizione del *conatus* nell'assassinio: G. Claro, *Practica criminalis*, cit., § *assasinium* fol. 6-7; E. Bossi, *Tractatus varii*, cit., *de mandato ad homicidium*, n. 13, fol. 161rb.

⁵⁷ A. De Ballis *jr.*, *Variorum Tractatum...*, cit., n. 6, fol. 137a; n. 23, fol. 138b. Sull'aspetto probatorio in

sua posizione sulla convinzione che l'assassinio non sia un *crimen* qualificato, ma piuttosto una fattispecie autonoma riconducibile agli *atrociora*, è sufficiente la *probatio per coniecturas*: «et illa dicitur sufficiens probatio quae iudicem reddit credibilem...»⁵⁸.

La sentenza di condanna è citata e condivisa da Nicolò Intriglioli che si dichiara favorevole alla punizione del tentativo di assassinio: «propter divitatem criminis sufficet conatus deventus ad actum proximum»⁵⁹, e sostiene che siano sufficienti «ad condemnandum coniecturas tantum probabiles», fino ad ammettere l'uso probatorio della sola fama, non sostenuta da altri indizi concludenti⁶⁰. Lo smentito, ma ugualmente utilizzato, criterio dell'atrocità del delitto, come ben si vede, fa il suo ritorno, nonostante le svariate critiche rivolte ai sostenitori della pari punibilità, il carattere *abominabile* del delitto giustifica, infatti, per Intriglioli, così come per De Ballis jr., la punizione con pena ordinaria del *conatus*. Anche in caso di *crimen nefandi*: «... sed sufficeret voluntas illius et conatus actui proximus, ita ut rem perfecisset, ut vellet si potuisset...»⁶¹.

Da quanto detto emerge la complessità e la reale rilevanza del bisogno sentito dalla scienza giuridica di collocare in un ambito penalisticamente rilevante la controversa figura del *conatus*. La ricerca dottrina sposa o demolisce la prassi e asseconda le 'necessità' punitive, manifestate nel corso dei secoli, dalle esigenze specifiche degli ordinamenti. La *scientia iuris* si muove in un cantiere che edifica, momento dopo momento, le proprie molteplici forme. Fonda il proprio pensiero sull'analisi delle singole fattispecie criminose che dalla prassi sono trattate e proposte all'interprete e crea percorsi, trame di suggerimenti in grado di sostenere le concrete urgenze del divenire giuridico. Le riflessioni elaborate dalla giurisprudenza siciliana, permettono di cogliere un punto di vista della dimensione giuridica e politica del loro tempo. Un lavoro sostanziale volto spesso a risolvere i problemi che via via insorgono nelle aule di giustizia, ma che racchiude nei contenuti riflessioni, interpretazioni capaci di dare ordine e stabilità al sistema; lavoro che

riferimento all'assassinio vd. I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna, Milano 1995, p. 220.

⁵⁸ Il giurista critica la soluzione abbracciata da Antonio Capece, sostenitore dell'impunità in assenza di prove certe, sottolineando che lo stesso orientamento del Sacro Consiglio napoletano si muove in direzione opposta: A. Capycius, *Decisiones S. Regii Consilii Neapolitani*, apud Io. Baptistam Hugolinum, Venetiis 1583, dec. 112, fol. 330.

⁵⁹ N. Intriglioli, *Decisionum aurearum mag. Regiae Curiae Regni Siciliae... Cum argumentis, summarijs, numeris, & indice materiarum locupletissimo*, ex typographia Io. Baptistae Maringhi, Panormi 1609, dec. 40, n. 53, fol. 108a. Nicolò Intriglioli (1562-1604) è giurista catanese, allievo di Giuseppe Cumia, insegna diritto nello Studio catanese. Ricopre la carica di consigliere regio e numerosi mandati come giudice della Gran Corte, cfr. R. Sorice, *Quae omnia bonus iudex considerabit...*, p. 96.

⁶⁰ N. Intriglioli, *Decisionum aurearum mag. Regiae Curiae*, cit., dec. 40, n. 40, fol. 107a. Il giurista polemizza con coloro che sostengono la necessità di *coniecturae certae* facendo leva sul significato del termine *coniectura*, che già di per sé presuppone non una certezza, ma il dubbio: «... proprie sit in re dubia, derivata a coniecto coniectas quod idem est quod extimo et divino».

⁶¹ N. Intriglioli, *Singularium liber primus*, cit., *Liber I*, Sing. 231, fol. 50a. L'attenzione che la *Monarquía* ha dedicato alla repressione del crimine è verificabile nelle previsioni normative che, già con Alfonso, ma poi con Ferdinando e Isabella fino a Filippo II, assimilano il delitto a quello di eresia e di lesa maestà. In Spagna la situazione è del tutto analoga: nel 1497 *los Reyes Catolicos*, con la celebre Prammatica di Medina del Campo introducono una serie di facilitazioni e di eccezioni processuali che agevolano la repressione del crimine. Nella Prammatica *De nefandi accusatione admittenda* emanata nel 1569 sono rafforzate le facilitazioni probatorie e le agevolazioni per l'accusa che, in linea con la politica spagnola, si sono fatte strada nella pratica: *Pragmaticarum Regni Siciliae*, cit., I.29 *Pram. unica, de nefandi accusatione admittenda sine subscriptione et quod Fiscus possit principaliter agere* fol. 209-215.

armonizza caso per caso, norme, consuetudini e prassi, che sostanzia un equilibrio stabile, su cui si fonda la creazione di un ordinamento giuridico unitario e omogeneo.

In questa direzione diventa punto nodale, nelle riflessioni dei *doctores*, l'inclusione nel processo di criminalizzazione primaria della *voluntas nocendi* come elemento che qualifica l'*iter criminis* e permette di sanzionare una condotta criminosa prima che produca i suoi effetti negativi. La *voluntas pro facto* e il *dolus pro facto* enunciati nelle norme giustinianee rappresentano la leva su cui si costruisce l'idea di una volontà che dev'essere perseguita e punita a prescindere dall'*effectus*. I giuristi armonizzano fatti e figure, limano contraddizioni, propongono soluzioni e, per dirla con De Ballis *jr.*, creano preziose regole che accompagnano una sintassi giuridica *in aedificando*.