

FRANCESCO SAVERIO TAVAGLIONE

IL PROBLEMA DELLA TRASMISSIBILITÀ PASSIVA DELL'AZIONE DI DANNO NELLA RIFLESSIONE CANONISTICA CLASSICA

SUMMARIUM: 1. Premessa – 2. L'impatto della separazione logica e concettuale tra *poena* e *restitutio* sulla trasmissibilità passiva dell'obbligazione *ex maleficio* – 3. L'effetto dell'adempimento della *restitutio* sulla condizione giuridica del *de cuius* – 4. Considerazioni conclusive.

Parole chiave: trasmissibilità passiva; *restitutio*; peccato.

ABSTRACT: This essay aims to test the apparent correlation between passive transmissibility and compensatory function, as well as non-transmissibility and punitive function, of the action for damages, in the light of the classical Canon Law reflection. Here, the vocabulary of punishment, referred to by the semantics of *peccatum*, seems to coexist with the transmissibility of the action and the need for descendants to compensate the damages resulting from the deceased's wrongful act. On the basis the conceptual separation between *iniustificatio* and *restitutio* presented by Thomas Aquinas, an attempt is made to show that, even in Canon Law, the *restitutio* is pursued by a reipersecutory action, subject, as such, to passive transmissibility. However, a change to the legal situation of the deceased is associated with the compensation of damages: by means of the *restitutio* fulfilled by their heir, they will be able to receive divine forgiveness of their *peccatum*.

Keywords: passive transmissibility; *restitutio*; sin.

1. Premessa

Lungi dal costituire una questione di mero dettaglio nello studio della responsabilità extracontrattuale, il problema della trasmissibilità passiva dell'*actio de damno*, ossia dell'esperibilità dell'azione contro gli eredi del responsabile, riveste, almeno a prima vista, il ruolo di cartina di tornasole per esaminare la finalità che una determinata esperienza giuridica attribuisce alla responsabilità stessa. A un primo esame, l'ammissione della trasmissibilità passiva permette di affermare che l'ordinamento in questione predispone, attraverso l'apparato responsabilizzante, uno strumento a disposizione della vittima del *damnum*: in tal modo, percependo un *risarcimento*, il danneggiato troverà riparazione del pregiudizio precedentemente subito. D'altro canto, il caso contrario è indice dell'attribuzione all'istituto della qualità di rimedio *sanzionatorio* a fronte di un contegno antiggiuridico tenuto dal soggetto responsabile.

*Si poena alicui irrogatur [...], ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum*¹: nell'ambito delittuale, l'estinzione del rapporto

¹ Paul. 18 *ad Plautium* D. 48.19.20. Una ricognizione approfondita del frammento in questione è fornita nel recente studio di A. MANNI, *Poena constituitur in emendationem hominum. Alle origini di una riflessione*

per effetto della morte del reo denota il carattere personale di un'obbligazione sanzionatoria, focalizzata sull'irrogazione della pena e sulla sua funzione afflittiva per il soggetto agente, e nessun altro, più che sul diritto della vittima a veder risarcito il proprio pregiudizio. Detta prospettiva è in linea con la funzione sociale originaria dell'azione penale, la quale discende dalla composizione volontaria o legale della vendetta e costituisce, superata la prospettiva dell'autotutela, l'unica reazione possibile al comportamento *iniuriā* di un consociato². In diritto romano, il danneggiato che intenda agire contro il successore del responsabile non incorrerà nella carenza

giurisprudenziale sulla pena, Napoli 2017. Estraeando dal ricco contenuto della monografia ciò che qui interessa, l'A. isola efficacemente le fonti che prevedono l'intrasmissibilità passiva della pena (sia delittuale sia criminale, quantomeno nella compilazione giustiniana), quali Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.1.1.2 ("Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur"), Call. 1 *de cognitionibus* D. 48.19.26 ("Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admisso sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt") e Gai. 4.112 ("Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae [...]"), in cui la disposizione in parola costituisce *certissima iuris regula*: così come l'erede non può godere dell'*id quod pervenit* dall'illecito, egli "non può subire gli effetti della *poena* per un *delictum* commesso dal defunto" (h. t., 69; vd. Pomp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.38: "Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset"). L'A. invita alla cautela in ordine alla considerazione del passo pauliano come affermazione del carattere personale in materia penale; *contra*, F. FASOLINO, *Poena constituitur in emendationem hominum: riflessioni sulla funzione emendatrice della pena nel tardo antico*, in *Koinonia* 39 (2015) 153 ss. in part. 185 (= *Politiche e strumenti della repressione criminale in età imperiale*, Giappichelli 2020, 1 ss.): "Viene così ad essere inequivocabilmente sostenuto da Paolo un principio di fondamentale importanza, quello della responsabilità personale in materia penale". Pare tuttavia innegabile che l'ordinamento romano, per quanto non concepisca una riflessione in termini di responsabilità penale personale così come conosciuta dalle esperienze giuridiche contemporanee (es. art. 27 1° co. Cost.), leghi nondimeno l'obbligazione sanzionatoria, attraverso l'intrasmissibilità passiva, alla persona dell'agente: in tal modo, l'interesse della vittima a veder risarcito il proprio pregiudizio resta sullo sfondo.

² Così P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64 (1998) 1 ss. in part. 3. Sulle origini dell'azione penale e della reazione dell'ordinamento romano a un *delictum*, vd. *ex plurimis* R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1, Leipzig 1852, 115 ss. in part. 131; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 12; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1906³, 391 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano 1979 (ristampa), 35 ss.; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso 1930, 10; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation "ex delicto"*, ora in *Études de droit romain*, Paris 1931, 257 ss.; G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934², 23 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955², 87 ss.; B. ALBANESE, *Illecito (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 20, Milano 1970, 50 ss. in part. 55 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma 1976, 9; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque*, in *RIDA* 27 (1980) 205 ss.; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW* 2.14 (1982) 682 ss., B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998², 1 ss.; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M. F. Cursi, Napoli 2008, 50 ss.; G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino 1998², 39 ss.; *Damnum iniuria datum*, Torino 2005², 3 ss.; *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, in *SDHI* 75 (2009) 131 ss.; A. ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari 2011, 33 ss.; M. F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in *RIDA* 58 (2011) 143 ss. in part. 143-145; S. GALEOTTI, *Rupit, rupitias, noxia, damnum: il danneggiamento nella normativa preaquiliana*, in *SDHI* 80 (2014) 229 ss.; G. SANTUCCI, *The meaning of iniuria in the lex Aquilia. A historical sketch*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, 6, Tricase 2016, 527 ss.; M. F. CURSI, *Gli illeciti privati*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M. F. Cursi, 2, Napoli 2018, 561 ss.; M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Roma 2018, 433 ss.; G. VALDITARA, *Alle origini del danno ingiusto*, in *Giustizia civile* 2 (1/2/2018) 316 ss.

di legittimazione passiva nella sola circostanza in cui la lite sia stata contestata prima del decesso del convenuto: in tal caso, il debito derivante da qualsiasi azione intentata contro il *de cuius* sarà trasmissibile al successore di quest'ultimo. Infatti, al rapporto direttamente nascente dal *damnum* è sostituito, nel caso di specie, quello sigillato dalla formula: *Omnnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent*³.

All'opposto, un'azione passivamente trasmissibile perviene a una sorta di depersonalizzazione rispetto al danneggiante: specularmente, è messa in luce l'attenzione a che la morte del debitore non osti all'effettiva esecuzione della prestazione. Configurando in tale maniera l'impianto della responsabilità per *damnum*, il danneggiato potrà intentare *ab initio* la propria azione direttamente contro il responsabile, se ancora in vita, ovvero contro l'erede di questi nel caso contrario, senza che l'ordinamento si curi dell'attribuzione a uno specifico debitore di un'obbligazione ormai considerata risarcitoria.

L'assetto giustiniano della responsabilità aquiliana pare confermare detto assunto: i redattori delle Istituzioni considerano la circostanza che *legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit*⁴. Alla luce di una natura *mixta* nei soli casi indicati e reipersecutoria in tutti gli

³ Gai. *ad ed. praetoris urbani* D. 50.17.139.pr. Vd. altresì Call. 1 *ed. monit.* D. 44.7.59: "*Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire*"; per quanto concerne, più nello specifico, le azioni penali, Ulp. 5 *de censibus* D. 44.7.26: "*Omnnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt*"; Paul. 51 *ad ed.* D. 50.17.164: "*Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt*". Sul punto, vd. U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano 1957, 89 ss.; per una ricognizione specifica, vd. ad es. P. MEYLAN, *Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, 1, Gand-Paris 1926, 83 ss.

⁴ Inst. Iust. 4.6.19. Con riferimento alla natura dell'*actio legis Aquiliae* e, più in generale, all'*obligatio ex delicto* aquiliana, vd., *ex plurimis*, F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, ed. it. *Sistema del diritto romano attuale*, 5, Torino 1893, 42 ss.; E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *L'Archivio Giuridico* 93/2 (1898) 267 ss. in part. 293 ss.; C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1901) = *Opere di Contardo Ferrini*, a cura di E. Albertario, 2, Milano 1929, 307 ss. in part. 407; P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, 73 ss.; E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro intrasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *BIDR* 26 (1913) 90 ss. = *Studi di diritto romano*, 4, Milano 1946, 369 ss.; E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano. II Le actiones quibus et rem et poenam persequimur del processo classico*, Città di Castello 1915, *passim*; E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, 147 ss.; *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin 1918-1922, 434 ss.; G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia", all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 14, 1 (1916) 942 ss. = *Scritti giuridici*, 2, Milano 1922, 465 ss. in part. 492 ss.; *Teorie postclassiche sull'"actio legis Aquiliae"*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia* 1914 (= *Scritti giuridici* cit. 411 ss.); M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litaestimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, 167 ss.; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 91 ss.; *Azioni penali* cit. 14 ss.; U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano* cit. 43 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento*, Catania 1960, 37 ss.; E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, 1 ss.; B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito*, in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, a cura di A. Guarino e L. Labruna, 1, Napoli 1964, 104 ss. in part. 119 ss.; *Illecito* cit. 82 ss.; N. NATALI, *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum*, Roma 1970, 31 ss. in part. 132; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 37; G. CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in *Daube. Noster. Essays in Legal History for David Daube*, a cura di A. Watson, Edinburgh and London 1974, 63; H. ANKUM, *Actions by Which We Claim a Thing (res) and a Penalty (poena) in Classical Roman Law*, in *BIDR* 85 (1982) 15 ss.; Gaius, *Theophilus and Tribonian and the Actiones Mixtae*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P.G. Stein, A.D.E. Lewis, London 1983, 4 ss.; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile*

altri⁵, le Istituzioni precisano, quasi con rassegnazione, che l'azione *transitura fuisset si ultra damnum numquam lis aestimaretur*⁶: solamente per effetto dell'eventualità in cui il *quantum* dell'obbligazione sia superiore al danno effettivamente subito (in caso di litiscrescenza o *repetitio temporis*) non è possibile configurare una trasmissibilità passiva che copra l'intero valore del pregiudizio. Tutt'al più, essa si limiterà a *id quod pervenit*, ossia a quanto indebitamente percepito dall'avente causa del responsabile *de cuius* in seguito al danno cagionato⁷.

Sulla medesima linea, data la natura generalmente reipersecutoria dell'azione, la tendenza di *ius commune* appare essere nel senso del progressivo riconoscimento della trasmissibilità passiva quale regola di principio, anche al di là dell'*id quod pervenit*⁸,

giustiniano, Torino 1989, 101 ss.; L. VACCA, *Actiones poenales* e *actiones quibus rem persequimur*, in *Iura* 40 (1989) 41 ss. in part. 53-54; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di "struttura" e "funzione" delle azioni penali private*, in *BIDR* 96-97 (1993-1994) 370 ss. in part. 385 ss.; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine – Damnum Iniuria Datum*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, 16 s.; 23 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, Bari 2000, 88 ss.; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, 6 ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 147 ss.; I. PIRO, *Damnum corpore suo dare. Rem corpore possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessione nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli 2004, *passim*; G. VALDITARA, *Damnum* cit. 55-60; 86 s.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova 2008², 191 ss.; B. SIRKS, *The delictual origin, penal nature and reipersecutory object of the actio damni iniuriae legis Aquiliae*, in *RHD* 77 (2009) 303 ss. in part. 332 s.; G. ROSSETTI, *Poenae* e *rei persecutio* nell'*actio legis Aquiliae*, Napoli 2013, 55 ss.; *Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'actio ex lege Aquilia tra "natura penale" e "funzione reipersecutoria"*, in *Forum historiae iuris* 16/5/2020 § 33 ss.

⁵ Nonostante le Istituzioni giustiniane tacciano sulla natura di principio dell'*actio legis Aquiliae*, limitandosi a indicare i casi particolari in cui essa è *mixta*, la questione può essere risolta sul piano logico. Se il manuale imperiale considerasse l'azione in parola come generalmente penale, non avrebbe alcuna necessità di identificare, quale situazione eccezionale, un caso, l'*infinitio*, in cui l'elemento punitivo emerge chiaramente: l'aumento in *duplum* è qui conseguenza della condotta processuale illecita del convenuto.

⁶ Inst. Iust. 4.3.9. Sul punto, G. ROTONDI (*Dalla "lex Aquilia"*, cit. 494) afferma che la sfera della trasmissibilità passiva "è forse il campo in cui si rivela più netto l'imbarazzo dei compilatori nel conservare all'*a. l. Aquiliae* il regime delle azioni penali". Ancor più chiaro è P. VOCI (*Azioni penali* cit. 39): "[l]'azione non si trasferisce contro gli eredi quando la condanna attribuisce più del valore della cosa nel momento del delitto; ma si trasferirebbe nel caso contrario. Vale a dire, l'azione sarebbe interamente reipersecutoria: che è il massimo riconoscimento della sua natura mista".

⁷ Sulle origini del riferimento all'*id quod pervenit*, vd., con ampia bibliografia, J. M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, 277 ss.; «*Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri: acerca de la persecución post mortem de los ilícitos penales en derecho romano*, in *Scritti per Alessandro Corbino* 1 cit. 277 ss. in part. 286 s., ntt. 28-29.

⁸ Vd., *ex plurimis*, *Odoffredi in undecim primos Pandectarum libros*, Lugduni 1600, 262 ss.: il principio, data la natura ormai solamente *poenabilis* dell'azione aquiliana, è quello della trasmissibilità passiva. Rispetto alla correlazione tra natura penale e intrasmissibilità, "*ista ratio quo ad quid est bona, quo ad quid non est bona: quatenus est penalis ista act[io], puta p[ro]pter repetitiones [...]. Item est bona quantum ad simplum q[uan]d[o] crescit contra negantem [...] quantum ad verum pretium rei non est bona: quia non est penalis*"; *Antonii Fabri Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Coloniae Allobrogum 1630, 87: "*actiones quae ex delicto proficiscuntur si poenales non sint, & rei persecutionem continent, contra heredem in solidum competunt*". Per una critica alla dottrina favorevole al mantenimento dell'*id quod interest*, vd. *Davidis Mevii Decisiones super causis praecipuis*, Francofurti ad Moenum, 531 s. (5.39, An. 1657): "*ubi de damno alteri illato agebatur, inanem esse eam disputationem, reputatum est, quod aequum esset, heredem damnum, a defuncto ex non observato contractu illatum, sine discrimine, delicto nec ne damnum datum fuerit, quatenus vires oarimonii patiuntur, rescari, non attento, an lis cum defuncto contestata non sit, aut ad heredem ex eo nihil pervenerit*". Sul punto, G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia"*, all'art. 1151 cod. civ. *Ricerche storico-dogmatiche*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 15,1 (1917) 236 ss. = *Scritti giuridici* cit. 501 ss. in part. 507 s.; 520 ss.

a tal punto che chi continua a porre tale limite⁹ è oggi tacciato di conservatorismo¹⁰.

In ragione di quanto appena affermato, parrebbe essere avvalorata la conclusione secondo cui la trasmissibilità passiva dell'azione aquiliana non possa coesistere, nella medesima esperienza giuridica, con l'attribuzione alla responsabilità in questione di un carattere afflittivo e sanzionatorio nei confronti del soggetto debitore. A ulteriore conferma, si riscontra come il caso inverso, ossia la compresenza di un'azione reipersecutoria e di una trasmissibilità passiva limitata all'arricchimento del successore, sia possibile solo al prezzo di una forzatura, criticata, in quanto tale, in epoca successiva alla compilazione.

L'obiettivo del presente contributo è dunque la messa alla prova di tale correlazione alla luce della riflessione giuscanonistica classica. Essa sembra accostare un'istanza sanzionatoria nei confronti del reo, richiamata dalla sfera semantica del *peccatum*, alla necessaria trasmissione passiva dell'azione di danno alla sua discendenza: è in tal modo che può esser garantita al reo la salvezza dell'anima a cui l'ordinamento canonico tende costantemente e a cui osta il *peccatum* medesimo. In altre parole, la trasmissibilità passiva dell'azione sembra qui convivere con quell'attenzione alla condotta illecita che è tipica di un'azione sanzionatoria¹¹: il peccato è dato dal comportamento commesso e non dal pregiudizio causato in capo alla vittima.

⁹ Es. *Andreae Fachinei controversiarum juris libri tredecim*, Coloniae Agrippinae 1678, 729 (9.5): “*actio quae ex delicto nascitur, & rei persecutionem continet, non datur in heredem, nisi in quantum ad eum pervenit*”.

¹⁰ G. VALDITARA, *Dammum* cit. 94: “stupisce semmai il conservatorismo di alcuni scrittori che rimangono fermi al diritto romano limitando la trasmissione del rimedio per l'*id quod pervenit*, là dove già in I. 4,3,9 era suggerito un criterio evolutivo non appena fosse venuta meno l'applicazione del *plurimi*”.

¹¹ *A contrario*, un'esperienza giuridica prioritariamente interessata a fornire alla vittima uno strumento di reintegrazione patrimoniale porrà a perno della norma sulla responsabilità per danno il pregiudizio stesso: l'obbligazione di risarcimento sorgerà senza riguardo agli elementi oggettivi della condotta dannosa. Il più celebre esempio in questo senso è costituito dall'articolo 1382 del *Code civil* napoleonico, ai sensi del quale “[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Come noto, la *lex Aquilia* individua invece con precisione le condotte produttive di danno contemplate dal legislatore repubblicano: Gai. 7. *ad ed. prov.* D. 9.2.2.pr.: “*Lege Aquiliae capite primo cavetur: «Ut qui seruum servanve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto»*”; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5: “*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto»*”; ciò costituisce indubbiamente un elemento di differenza rispetto alla previsione napoleonica, seppure la natura penale del rimedio aquiliano sia stata a lungo oggetto di riflessione da parte della dottrina romanistica (vd. *supra*, nt. 4). Sulla graduale generalizzazione, nel corso dei secoli, del novero delle condotte dannose coperte da responsabilità aquiliana, vd. G. ROTONDI, *Della «lex Aquilia»*, cit. 507 ss.; H. KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln und Graz 1958, 46 ss. in part. 49; P. RASI, *L'actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella «Glossa»*, in *Atti del convegno internazionale di studi accursiani. Bologna 21-26 ottobre 1963*, a cura di G. Rossi, 2, Milano 1968, 723 ss.; P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustino ad Ugo Grozio*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Atti del 1° Congresso internazionale Aristec (Madrid, 7-10 ottobre 1993), a cura di L. Vacca, Torino 1995, 112; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun: damnum culpa datum*, Bâle 2002, 48 ss.; M. F. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 23 ss. in part. 65 ss.; *Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità*, in *Fondamenti del diritto europeo*. Seminari trentini, Napoli 2012, 5 ss.

Infatti, nonostante alcune voci contrastanti¹², nel dibattito canonistico classico non è richiesto che la *litis contestatio* sia antecedente alla morte del responsabile perché l'erede di questi sia chiamato al risarcimento. Nell'ambito di un'azione ancora concepita *in id quod pervenit*, cioè si configura, nei riguardi del successore, come una severa "presunzione di arricchimento"¹³:

Reddantur. Licet ad eum non pervenerit tenetur ex maleficio defuncti [...] quia non oritur ex maleficio, etiam si lis cum defuncto contestata non sit: immo presumitur pervenisse ad eum ex quo in universum succedit¹⁴

I contributi dottrinali dedicati alla questione evidenziano come la particolare finalità a cui tende l'ordinamento canonico rispetto alle esperienze giuridiche secolari possa motivare, quantomeno in parte, le particolarità del regime della trasmissione agli eredi della legittimazione passiva con riferimento all'azione di danno¹⁵.

Tuttavia, sarebbe semplicistico arrestare l'analisi a questo punto. Il canonista guarda ai soggetti di diritto con un orizzonte più esteso rispetto alla loro vita biologica, a differenza delle esperienze giuridiche secolari a noi note, le quali arrestano la soggettività giuridica al momento della morte, ma tale constatazione non è sufficiente a spiegare la differenza nella concezione della correlazione sanzione-intrasmissibilità.

Si pensi al diritto romano. È innegabile che "la vicinanza al reo [...] non può essere considerata di per sé sola come 'contagiosa' e rendere rei (o correi) parenti e amici del colpevole"¹⁶; tuttavia, sebbene solo in un limitatissimo numero di casi, afferenti in particolare alla materia dei *crimina* contro la *res publica* o il *princeps*¹⁷, anche tale esperienza

¹² Della questione si occupa V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico di età classica, 2. Le poenae e le causae nella dottrina del sec. 13*, Milano 1974, 173 ss.

¹³ H. t., 177.

¹⁴ *Johannis Teutonici Apparatus*, ad C. XIV q. VI c. 2.

¹⁵ Così G. SALVIOLI, *La responsabilità dell'erede e della famiglia pel delitto del defunto nel suo svolgimento storico*, Roma 1886, 47: "Tutta la dottrina cattolica sui suffragi per le anime dei defunti, a soddisfare i quali gli eredi sono tenuti, prova che per essa il peccato non si estingue colla morte del peccatore, ma trasmette agli eredi di questo le conseguenze dalle quali si possono liberare per mezzo di espiazioni"; V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti* cit. 178: "L'erede, infatti, si trova spesso obbligato a dover soccorrere l'anima del defunto, e questo genere di valutazioni non potrebbe mai essere ritenuto giuridicamente valido se non da un ordinamento che si avvale anche di sanzioni concernenti la vita eterna". T. J. SCOTT (*Passive Transmissibility of Delictual Actions in Old Canon Law*, in *Acta Juridica* (1978) 15 ss. in part. 18) aggiunge che gli eredi del trasgressore sono obbligati ad adempiere i suoi debiti *ex delicto* al momento dell'adizione, per evitare una censura su loro stessi: 'it is evident that the wrongdoer's heirs were obliged to fulfil his delictual debts from the moment the inheritance had devolved upon them, to avoid being censured themselves'.

¹⁶ A. MANNI, *Poenae constituitur in emendationem hominum* cit. 60.

¹⁷ *Codex* 9.8.6 tratta il caso del crimine di *laesa maiestas*, per il quale "*meminisse oportebit [...] etiam post mortem rei id crimen instaurari solere*". B. SANTALUCIA (*Diritto e processo penale* cit. 256) ricorda come il *crimen maiestatis*, originariamente concepito per punire gli attentati al popolo romano, venne a tutelare la persona del *princeps*, poi estesa "a vari aspetti dell'apparato statale" (*La giustizia penale [nel principato]*, in *L'impero mediterraneo, 3. La cultura e l'impero*, a cura di A. Momigliano e A. Schiavone, Torino 1992, 211 ss. = *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 63 ss. in part. 106). vd. M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, in *La peine = Punishment. Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles 1989-1991, 168 s.: oltre alla repressione *post mortem*, è previsto da una costituzione di Arcadio e Onorio che anche i figli del reo subiscano una repressione autenticamente penale (CTh.

contempla la prospettiva della sanzione penale *post mortem*, nonché della condanna penale dei discendenti del reo, “così che per essi *mors solacio et vita supplicio sit*”¹⁸. Ciò testimonia l'attitudine dell'ordinamento di Roma antica a considerare i profili di una responsabilità penale anche per la persona defunta¹⁹, la quale si vede attribuire una certa posizione giuridica anche dopo il termine della propria esistenza terrena.

Il quadro qui descritto impone all'osservatore di approfondire ulteriormente l'indagine, al fine di determinare se sia necessario rivedere il principio dell'immediata associazione fra intrasmissibilità passiva dell'azione e carattere sanzionatorio dell'obbligazione aquiliana, ovvero, in caso contrario, su quale elemento insista la particolarità del dibattito canonistico in materia.

Si rende dunque opportuno procedere lungo due assi fondamentali. In primo luogo, occorre soffermarsi sull'obbligazione risarcitoria, di *restitutio*, che costituisce l'oggetto della trasmissione passiva in questione. Nell'evoluzione del concetto di *restitutio* la riflessione tomistica riveste un ruolo di spicco: è con Tommaso che il profilo risarcitorio è oggetto di una netta separazione, anche sul piano speculativo, dalle questioni relative alla sanzione, acquisendo così la propria autonomia nell'ambito di un'azione reipersecutoria. Proprio la *restitutio* viene a costituire, a valle del giudizio, l'oggetto dell'obbligazione in capo all'erede convenuto dalla vittima del proprio *de cuius*: ciò impone l'analisi dell'impatto della riflessione tomistica sul rapporto tra il danneggiato, attore, e il successore del responsabile, convenuto. Tuttavia, in tale rapporto tra privati non si esaurisce il dibattito canonistico in materia. Occorre dunque indagare intorno all'effetto dell'adempimento della *restitutio* sulla condizione giuridica del *de cuius* defunto nella sua relazione con Dio, macchiata dal peccato commesso mediante il comportamento dannoso.

9.14.3.pr. = C. 9.8.5.1: “*Filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus patrum, hoc est hereditarij, criminis exempla metuentur), a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos unquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solacio et vita supplicio*”. L'A. sostiene espressamente che la misura in questione instaura un diritto penale eccezionale allorché l'integrità statale è in gioco (‘CTh. 9,14,3 n'est pas une mesure de circonstance, mais instaure un droit pénal d'exception quand la sécurité de l'État ou du Prince est en jeu’), ammettendo così la possibile sospensione del principio generale di intrasmissibilità della pena. Sul tema, vd. altresì, *ex plurimis*, R. A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1967, 16 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW* 2.14 (1982) 722 ss.; C.W. CHILTON, *The Roman Law of Treason under the Early Principate*, in *The Journal of Roman Studies* 45 (1955) 73 ss.; C. MOATTI, *Res publica. Histoire romaine de la chose publique*, Paris 2018, *passim*. Sull'evoluzione della *maiestas* nel Dominato, vd. A. M. DEMICHELI, *I processi di lesa maestà in Ammiano Marcellino*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 20 (1984-1985) 95 ss. in part. 117 ss.

¹⁸ Così G. BASSANELLI SOMMARIVA, *CTh. 9,5 ad legem Juliam maiestatis*, in *BIDR* 86-87 (1984) 95 ss. in part. 107.

¹⁹ Sul tema della responsabilità penale *post mortem* in diritto romano, vd. in particolare E. VOLTERRA, *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, in *RIDA* 3 (1949) 485 ss.; U. BRASIELLO, *Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 4, Milano 1971, 325 ss.; L. FANIZZA, *Il crimine e la morte del reo*, in *Mélanges de l'École Française de Rome* 96.2 (1984) 671 ss.; J. M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Trabajo de Tesis Doctoral realizado bajo la dirección del Profesor Doctor, D. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, 1994, 287 ss.; *Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri* cit.

2. L'impatto della separazione logica e concettuale tra poena e restitutio sulla trasmissibilità passiva dell'obbligazione ex maleficio

Si è ricordato, poco *supra*, come il fine della *salus animarum* proprio dell'ordinamento canonico lo renda particolare rispetto a tutte le esperienze giuridiche, qui definite secolari, le quali limitano il proprio raggio d'azione agli aspetti, pur molteplici, del vivere sociale dell'uomo. Del resto, è riconosciuto in dottrina come anche il sistema canonico dei nostri giorni sia caratterizzato, in ragione della trascendenza del proprio fine, dalla "possibile penetrazione e influsso della previsione delle condotte non solo nell'agire esterno dei consociati, ma anche nella sfera, per così dire, intima e personale del soggetto"²⁰. Il tratto distintivo del diritto della Chiesa durante tutta la sua evoluzione storica – ciò che lo contrappone anche al sistema romano – è infatti "l'articolazione, nel considerare le condotte umane, tra foro interno e foro esterno"²¹: in altre parole, detto ordinamento non si occupa solamente delle controversie intersoggettive, ma altresì del "luogo della coscienza", dei conflitti che "mettono cioè di fronte l'uomo e Dio"²².

La natura ancipite rivelata dalla filosofia cristiana in ordine al carattere dei rapporti interessati dalle sue norme si riflette sul concetto di responsabilità, di cui è stata lucidamente evidenziata "la duplicità etica e giuridica"²³, visibile sin dall'origine dei vocaboli con i quali l'osservatore si misura nell'analisi della materia. Infatti, se il greco σπένδω designa, in una dimensione prettamente religiosa, l'offrire una libagione alla divinità in occasione della prestazione di un giuramento²⁴, il verbo *spondeo*, e con esso *re-spondeo*, assume un significato giuridico: alla promessa costitutiva di obbligazione (*sponsio*) il cui

²⁰ M. DEL POZZO, *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius canonicum* 53 (2013) 199 ss. in part. 203.

²¹ A. ZANOTTI, *Actus humanus e principio di responsabilità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 18 (2015) 3. Sulla dicotomia tra foro interno e foro esterno, vd. H. PREE, *Forum externum und forum internum: zur Relevanz des Gewissensurteils im kanonischen Recht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 168 (1999) 25 ss.; P. ERDŐ, *Foro interno e foro esterno nel diritto canonico*, in *Periodica de re canonica* 95 (2006) 3 ss.

²² A. ZANOTTI, *Actus humanus* cit. 3. L'A. sottolinea che la distinzione tra i due fori di cui si occupa il diritto canonico "radica nella storia dell'Occidente l'autonomia del momento giuridico da quello teologico". Sul punto, vd. anche J. GORDLEY, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in D. G. OWEN, *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, 140: "the Canon lawyers had decided that a person who injured another through negligence or lack of due diligence was not only morally guilty but under a moral obligation to compensate the victim".

²³ M. D'ARIENZO, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel Diritto Canonico*, Cosenza 2012, 15.

²⁴ E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. II. Pouvoir, droit, religion*, Paris 1969, ed. it. *Il vocabolario delle istituzioni indo-europee. II. Potere, diritto, religione*, Torino 1976, 442 ss. Nel medesimo senso, M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit* 22 (1977) 45 ss. in part. 46 s.; U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in *La responsabilità politica. Diritto e tempo*. Atti del 13. Congresso nazionale: Pavia-Salice Terme, 28-31 maggio 1981, a cura di R. Orecchia, Milano 1982, 45. Vd. altresì S. SCHIPANI, *Schede sull'origine del termine 'responsabilità' (contributo per una riflessione sui problemi dell'elaborazione del concetto sistematico generale designato da tale termine)*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, 1, Milano 1995, 885 ss. = *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino 2009, 1 ss. in part. 3-11; M. A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Torino 2005, 12: "Respondeo deriva da *spondeo*, che indica l'atto solenne del promettere e del garantire".

autore offriva così una sicurezza giuridica a controparte, corrispondeva una *re-sponsio*, a chiudere il cerchio di un impegno reciproco²⁵ tra le parti. Viene a crearsi dunque un equilibrio, che ha per collante il carattere solenne della promessa: *respondere* abbraccia anche, di conseguenza, il momento della “rottura di tale equilibrio [...], ed esprime con ciò l’idea della risposta riparatrice della rottura”²⁶.

Trasportando la questione nell’ambito che qui interessa, la responsabilità interviene, da un lato, in un rapporto tra due soggetti di diritto, dei quali uno subisce una diminuzione patrimoniale ingiusta²⁷ a cui deve far séguito una *restitutio*²⁸ adempiuta da controparte. Dall’altro lato, è però impossibile per il diritto canonico trascurare la relazione intercorrente tra l’autore del *damnum* e Dio: stante il libero arbitrio, è legittimata la nascita dell’“idea stessa del punire” per chi si allontana “dalla volontà e dal disegno divino”²⁹, commettendo cioè un *peccato*, lesione non più solamente patrimoniale della vittima ma ormai anche “spirituale del singolo reo-peccatore”³⁰. Riassumendo con Diego Covarrubias, su cui vi sarà modo di tornare, il danno da atto illecito non attenda solo al patrimonio della vittima, ma costituisce una lesione *adversus institutam a Christo Iesu, & natura ipsa charitatem*³¹.

Proprio a partire dalla nozione di *peccatum* si misura, in questa sede, la distanza tra un sistema giuridico come quello romano, in cui l’insieme delle norme che disciplinano le conseguenze di un *damnum iniuriā* procedono dalla categoria del *delictum*, e la riflessione portata avanti dai canonisti.

La differenza assiologica tra *peccatum* e *delictum*, variamente individuata nelle fonti patristiche, pare rispondere non tanto all’esigenza di identificare un regime giuridico per le due nozioni, quanto di ordinarle su una scala crescente di disvalore morale³². Così, da un lato, Sant’Agostino individua nell’idea di peccato non un mero allontanamento dal Bene ma un’azione compiutamente malvagia (*peccatum est perpetratio mali*,

²⁵ E. BENVENISTE, *Il vocabolario* cit. 446 s., si pensi alla sfera del *respondere*, il verbo degli interpreti degli dèi “che danno in cambio dell’offerta la promessa, in cambio del dono la sicurezza”.

²⁶ Così C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto* 39 cit., 1004 ss.

²⁷ Si ricordino, a questo proposito, le parole di Tommaso d’Aquino (*Summa theologica* II-II q. 59 art. 2): se “*obiectum iustitiae est aliquid aequale*”, specularmente “*obiectum iniustitiae est aliquid inaequale: prout scilicet alicui attribuitur plus vel minus quam sibi competat*”.

²⁸ È preferibile utilizzare il vocabolo *restitutio* in lingua latina: specialmente nel pensiero tomistico, il termine ha un significato più ampio della “restituzione” in natura del bene oggetto dell’atto illecito, in quanto viene a ricomprendere ogni atto mirante a ricostituire l’equilibrio patrimoniale tra il soggetto agente e la vittima del *delictum*. Così J. PIEPER, *Über die Gerechtigkeit*, ed. it. *Sulla giustizia*, Brescia 1962², 66 ss.; M. D’ARIENZO, *L’obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Cosenza 2013, 70-71.

²⁹ A. ZANOTTI, *Actus humanus* cit. 3.

³⁰ M. D’ARIENZO, *L’obbligo di riparazione* cit. 62.

³¹ *Didaci Covarrubias a Leyva Regulae, Peccatum*, lib. 6 *Relectio, Proemium*.

³² A tal proposito, G. ROTONDI (*Dalla “lex Aquilia”, cit. 527 s., nt. 1*) sottolinea come “*delictum* è per lo più messo in antitesi a *peccatum*, come qualche cosa di meno grave”. È interessante notare che il diritto canonico vigente, attribuendo una specifica accezione penalistica a “delitto” come fatto di reato, stabilisce un “*rapporto di inclusione ed esclusione reciproca tra peccato e delitto*: ogni delitto è un peccato, ma chiaramente non ogni peccato è un delitto” (M. DEL POZZO, *Il rapporto* cit. 203, il corsivo è dell’A.).

*delictum autem desertio boni*³³); dall'altro, Gregorio Magno aggiunge la nozione di *scelus* ponendo invece il *peccatum* al centro, quasi come l'ago di una bilancia: lo *scelus pondus peccati transit*, quando invece *delictum vero pondus peccati non transit*³⁴.

Nel contesto qui evidenziato assume la sua rilevanza il ruolo della *restitutio*, tomisticamente intesa come *actus commutativae iustitiae*³⁵, in vista della *salus animae* del responsabile. Ciò costituisce un primo, non trascurabile indizio nell'indagine sulla questione di nostro interesse: l'impatto dell'Aquinata sulla dottrina della *restitutio* e sul suo rapporto con la pena è utile a sciogliere l'ambiguità in ordine al valore della riparazione del pregiudizio e alla relazione tra risarcimento e sanzione punitiva.

La discendenza intellettuale di Tommaso da Aristotele fa sì che, in alcune opere, essi siano perfino trattati a un tempo³⁶. Come noto, la teoria aristotelica della giustizia commutativa, che interessa in questa sede, mira alla "correttezza nelle transazioni private"³⁷ e prevede che ogni rapporto tra privati (συναλλάγμα), volontario o involontario che sia, il quale genera uno squilibrio a danno di una delle due parti, dia luogo a un'obbligazione risarcitoria in capo alla controparte, corrispondente all'ingiusto arricchimento percepito.

Analizzando il rapporto giuridico in termini di profitto (κέρδος) e perdita (ζημία) anche allorché esso abbia origine in un atto illecito (esso costituisce infatti un sinallagma involontario), Aristotele perviene all'affrancamento del danno dalla dimensione sanzionatoria. Egli stesso è però costretto ad ammettere il limite logico della propria costruzione teorica in alcuni casi: ad esempio, in caso di danno all'integrità fisica, "anche qui si utilizza indistintamente il termine «guadagno», benché non sia la qualificazione più adeguata per alcune situazioni, per esempio per colui che ha ferito altri, né il termine «perdita» sia appropriato per la vittima delle ferite"³⁸.

A tal proposito, rispetto all'originaria giustizia commutativa aristotelica, la novità introdotta da Tommaso nel dibattito filosofico intorno alla *restitutio* consiste nella netta separazione concettuale tra la stessa e la pena, affinché all'interno di un solo fatto concreto entrambe le conseguenze possano avere luogo seguendo ciascuna il proprio regime³⁹.

³³ SS. *Aurelii Augustini Questionum in Heptateuchum libri septem*, Liber Tertius *Quaestiones in Leviticum*, q. 20.3, definizione ripresa nei medesimi termini da altri commentari al Levitico, es. L.-I. LEMAISTRE DE SACY, *Il Levitico*, Venezia 1773, 59. Agostino prosegue (q. 20.4) proponendo una distinzione basata sull'elemento soggettivo, in due *species* accostabili ai romani *dolus* e *culpa*: "Potest etiam videri illud esse delictum quod imprudenter, id est ignoranter; illud peccatum, quod ab sciente committitur".

³⁴ *Sancti Gregorii Magni Moralia*, 1518, Liber Undecimus, XXIII.

³⁵ *Summa theologica* II-II q. 62 art. 1.

³⁶ Ad es. J. GORDLEY (*The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991) intitola un capitolo "Aristotle and Thomas Aquinas".

³⁷ Aristot. *Eth. Nich.* 1131a: "τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν"; le traduzioni dal greco sono di chi scrive.

³⁸ *Eth. Nich.* 1132a: "λέγεται γὰρ ὡς ἀπλῶς εἰπεῖν ἐπὶ τοῖς τοιοῦτοις, κἂν εἰ μὴ τισὶν οἰκεῖον ὄνομα εἶη, τὸ κέρδος, οἷον τῷ πατάξαντι, καὶ ἡ ζημία τῷ παθόντι".

³⁹ vd. *Summa theologica* II-II q. 62 art. 6: "circa illum qui rem alienam accepit duo sunt consideranda: scilicet ipsa res accepta, et ipsa acceptio. Ratione autem rei tenetur eam restituere quandiu eam apud se habet: quia quod habet ultra id quod suum est, debet ei subtrahi et dari ei cui deest, secundum formam commutativae iustitiae. Sed ipsa acceptio rei alienae potest

L'Aquinate risolve così l'*impasse* logica lasciata aperta da Aristotele, aggirando la necessità di ricondurre il pregiudizio fisico a un rapporto giuridico configurato secondo una *ζημία* e un *κέρδος*. Infatti, da un lato, il risarcimento alla vittima sarà certamente dovuto anche nella totale assenza di un guadagno economico da parte del responsabile; dall'altro, la riparazione del danno non esclude in alcun modo l'irrogazione di una pena nei riguardi dell'agente.

Consequentemente, a una concezione dell'illecito non lontana dai parametri di un'esperienza giuridica secolare, l'Aquinate aggiunge l'attribuzione di un particolare valore alla *restitutio*. Infatti, l'atto per cui la giustizia commutativa ritrova il proprio equilibrio entra in gioco da protagonista nella valutazione del peccato (l'*iniustificatio* della *Secunda Secundae*⁴⁰), a tal punto che l'inadempimento della riparazione costituisce di per sé solo una ulteriore *iniustificatio*⁴¹.

Dalla nozione di *restitutio* così intesa⁴² discende tutto l'impianto dell'istituto nel diritto canonico classico, a partire dalla natura "puramente reipersecutoria" delle istanze delittuali, nonché dal rigetto della "possibilità di ogni somma accordata oltre l'ammontare dei danni subiti"⁴³, come altresì riportato nel *Decretum Gratiani*⁴⁴. È dunque evidente la discrasia dell'azione concepita dai canonisti rispetto al rimedio aquiliano delle Istituzioni di Giustiniano, ove l'eventualità di un'*aestimatio damni* superiore al valore del pregiudizio cagionato imponeva di considerare *mixta* l'azione.

La prospettiva in questione giunge sino alla seconda Scolastica, confermata dalla *regulae Peccatum relectio*⁴⁵ di Diego de Covarrubias⁴⁶, uno dei più limpidi studi intorno alla nostra questione. L'opera raccoglie infatti la prospettiva agostiniana e tomistica

tripliciter se habere. Quandoque enim est iniuriosa, scilicet contra voluntatem existens eius qui est rei dominus: ut patet in furto et rapina. Et tunc tenetur ad restitutionem non solum ratione rei, sed etiam ratione iniuriosae actionis, etiam si res apud ipsum non remaneat. Sicut enim qui percussit aliquem tenetur recompensare iniuriam passio, quamvis nihil apud ipsum maneat: ita etiam qui furatur vel rapit tenetur ad recompensationem damni illati, etiam si nihil inde habeat; et ulterius pro iniuria illata debet puniri".

⁴⁰ *Summa theologica* II-II q. 59 art. 2: "Ad hoc autem obiectum comparator habitus iniustitiae mediante proprio actu, qui vocatur iniustificatio".

⁴¹ *Summa theologica* II-II q. 62 art. 2: "restitutio [...] est actus iustitiae commutativae, quae in quadam aequalitate consistit. Et ideo restituere important redditionem illius rei quae iniuste ablata est: sic enim per iteratam eius exhibitionem aequalitas reparatur. [...] Cum igitur servare iustitiam sit de necessitate salutis, consequens est quod restituere id quod iniuste ablatum est alicui, sit de necessitate salutis".

⁴² Alla luce del pensiero tomistico, l'affermazione di M. D'ARIENZO secondo cui "l'obbligo di riparazione non è più solo una pena conseguente ad un delitto, ma anche una penitenza per un peccato commesso" (*L'obbligo di riparazione* cit. 61) potrebbe apparire ambigua: è la stessa Autrice, nelle pagine successive, a delineare più nitidamente il rapporto tra *poena* e *restitutio* (*infra*, nt. 60).

⁴³ T.J. SCOTT, *Passive Transmissibility* cit. 17: 'Canon law recognizes delictual claims as purely reipersecutory in nature and rejects the possibility of any amount being awarded in excess of actual damages sustained'.

⁴⁴ vd. C. XII q. II c. 11: "Addis etiam, quo augmento ea, que furto de ecclesiis abstulerint, reddere debeant. Sed absit, ut ecclesia cum augmento recipiat quod de terrenis rebus videtur amittere, et lucra de dampnis quereere".

⁴⁵ L'edizione consultata è *Regulae Peccatum. De Regul. Iur. Lib. VI. Relectio, Didaco Covarrubias a Leyva*, Lugduni, apud Sebast. Honoratum, 1660. Un'analisi completa dell'opera sul piano delle questioni che interessano in questa sede è fornita da O. CONDORELLI (*Norma giuridica e norma morale, giustizia e salus animarum secondo Diego de Covarrubias*, in *Rivista internazionale di diritto comune* 19 (2008) 163 ss.).

⁴⁶ Per una biografia di Diego de Covarrubias, vd. J. ALVARADO, *Diego Covarrubias y Leyva*, in *Juristas Universales. II Juristas modernos*, a cura di R. Domingo Osle, Madrid 2004, 128 ss.; S. DE DIOS DE DIOS, *Disputas*

del valore della *restitutio*, “bene giuridico dovuto secondo giustizia”⁴⁷ commutativa, nell’ambito della riconciliazione, aggiungendo la precisazione più specificamente tardoscolastica secondo cui “alla radice del problema della *restitutio* sta il *dominium*”⁴⁸, *basis fundamentumque [...] omnium contractuum, conventorumque, & pactorum, quæ per commutativam iustitiam celebrantur*⁴⁹. La ricognizione operata da Covarrubias intorno al nostro tema disegna, ancora una volta, il quadro di una *restitutio* come atto contrario alla *laesio*⁵⁰ e volto a ristabilire non solo la giustizia commutativa attraverso la *restitutio* e l’*æqualitas*⁵¹, ma anche quella distributiva: “[n]on attribuire a qualcuno qualcosa che gli è dovuto equivale a sottrargli quanto è suo”⁵².

Quanto finora affermato potrebbe costituire una prima risposta all’interrogativo sulla necessaria associazione tra natura penale dell’azione e intrasmissibilità passiva del rapporto giuridico conseguente a un illecito. Dato il carattere pienamente reipersecutorio dell’azione canonistica, la conclusione logica è infatti nel senso dell’esperibilità anche dopo la morte del responsabile.

Tuttavia, è possibile accorgersi che in realtà tale assunto non è sufficiente a cogliere pienamente la riflessione cristiana e canonistica, in quanto ancora non si è preso in considerazione l’impatto della *restitutio*, di cui ormai conosciamo l’ontologica differenza dalla *poena*, sulla condizione giuridica del defunto. Infatti, se è certamente vero che la trasmissibilità passiva dell’azione di *restitutio* è in necessaria relazione con le implicazioni morali e di salvezza dell’anima del *de cuius*, occorre analizzare più nel dettaglio detto profilo: come già ricordato, il fine della *salus animarum* a cui tende l’ordinamento canonico impone di considerare la soggettività giuridica della persona in una prospettiva dinamica anche dopo la sua morte corporale.

Così, ad esempio, alla questione dell’opportunità di concedere la sepoltura in un cimitero cattolico a un soggetto scomunicato, Gregorio IX risponde *non debent coemete-*

de Diego de Covarrubias en torno al derecho de pastos, in *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, a cura di Eugenio Llamas Pombo, I, Madrid 2004, 469 ss. in part. 472 ss.

⁴⁷ Così O. CONDORELLI, *Norma giuridica e norma morale* cit. 166.

⁴⁸ H. t., 171. Sul punto, vd., tra gli altri, P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda Scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972, Milano 1973, 117 ss.

⁴⁹ La definizione è di Domingo de Soto, contemporaneo di Covarrubias: *Dominici Soto Segobiensis De Iustitia, & iure, libri decem*, Venetiis 1594, *Liber quartus, Proæmium* (283).

⁵⁰ *Regulae Peccatum relectio, Secundae Relectionis pars, initium*: “*Restitutio læsioni opponitur, nam & ea illud reddit, quod læsio abstulerat*”.

⁵¹ *Ibid.*: “*in commutativa autem iustitiæ potissime attenditur damni per acceptilationem illati compensatio per redditionem & æqualitatem, quemadmodum ex eodem Arist. Constat libro 5. Ethic. damnum vero infertur alicui variis modis*”: è chiaro il solco che dal pensiero aristotelico a cui si è fatto cenno *supra* giunge sino ai tardoscolastici per il tramite di Tommaso. vd. O. CONDORELLI, *Norma giuridica e norma morale* cit. 174, anche per quanto concerne il ruolo della *restitutio* che Covarrubias mette in luce, sempre a partire da Tommaso, anche per i casi di violazione della giustizia distributiva, specialmente in materia di conferimento dei pubblici uffici.

⁵² *Ibid.*, altresì per ciò che concerne la trattazione della questione da parte di Domingo de Soto. vd. a questo proposito *Regulae Peccatum relectio, Secundae Relectionis pars, initium*: “*item per impedimentum ne quis assequatur, quod ei debitum est*”. vd. altresì *Dominici Soto Segobiensis De Iustitia, & iure, Liber quartus*, q. 6 art. 1.

*rium et alia ecclesiae suffragia denegari, sed eius heredes et propinqui, ad quos bona pervenerunt ipsius, ut pro eodem satisfaciant, censura sunt ecclesiastica compellendi*⁵³: costui potrà essere sepolto, ma i suoi eredi e parenti dovranno rispondere di quanto commesso dal defunto, per evitare la censura su loro stessi⁵⁴. Diverse sono poi le fonti addotte in dottrina per sottolineare che, secondo la Chiesa, “il peccato non si estingue colla morte del peccatore, ma trasmette agli eredi di questo le sue conseguenze dalle quali si possono liberare per mezzo di espiazioni”⁵⁵.

Riconducendo detta rappresentazione alla questione oggetto della presente indagine, sembra necessario affermare che l'associazione tra natura penale dell'azione delittuale e intrasmissibilità passiva del rapporto giuridico da essa derivante non può essere applicata nell'ordinamento della Chiesa. Infatti, la riflessione canonistica attribuisce ai soggetti, anche *post mortem*, una vera e propria condizione giuridica, la quale, lungi dall'essere statica, è suscettibile di evoluzione, anche e soprattutto in base alle condotte della propria discendenza. Alla luce di quanto finora sostenuto, il reo di un *damnum iniuriā* resterebbe dunque tale anche dopo la sua morte, e i suoi eredi dovrebbero espriare la *poena* per suo conto.

Tuttavia, nelle pagine che seguono si tenterà di dimostrare la possibilità, proprio a partire dalla separazione tomistica tra *poena* e *restitutio*, di utilizzare il principio dell'associazione tra *actio poenalis* e intrasmissibilità passiva dell'azione (e viceversa) per cogliere, in materia di *damnum iniuriā*, il valore della prestazione del risarcimento da parte del successore rispetto alla condizione giuridica del peccatore defunto.

⁵³ X. 3.28.14

⁵⁴ Il caso è riportato da T.J. SCOTT (*Passive Transmissibility* cit. 16 s.), il quale ritiene detto *responsum* più adeguato a descrivere la particolarità del diritto canonico in ordine alla trasmissibilità passiva rispetto al classico C. XVI q. VI c. 2 (“*ab herede eius que ab illo iniuste ablata sunt sine excusatione reddantur*”), in quanto anche in diritto romano era possibile, in caso di *furtum*, pretendere la restituzione del maltolto da parte dell'erede dell'autore del *delictum*, per mezzo della *condictio furtiva* (in accordo con G. SALVIOLI, *La responsabilità dell'erede* cit. 48). In un caso simile, Alessandro III (X. 3.21.3) statuisce come segue: “*si verum est quod asseritur, filium eius Walterum, qui ex successione ipsius patrimonii ius dicitur obtinere, moneas diligenter et compellas, ut ea recolligat et restituat ecclesiae memoratae. Quod si facere noluerit, eum vinculo anathematis non differas coercere*”.

⁵⁵ Così G. SALVIOLI, *La responsabilità dell'erede* cit. 48. Vd., *ex plurimis*, X. 5.7.10 per la confisca dei beni in terra ecclesiastica appartenenti agli eredi anche cattolici dell'eretico: “*Nec huiusmodi severitatis censuram orthodoxorum etiam exhereditati filiorum quasi cuiusdam miserationis praetextu debet ullatenus impedire, quum in multis casibus etiam secundum divinum iudicium filii pro patribus temporaliter puniantur, et iuxta canonicas sanctiones quandoque feratur ultio non solum in auctores scelerum, sed etiam in progeniem damnatorum*”; X. 5.37.10 per il caso di uccisione di un chierico: “*Occidentes praelatum privantur beneficiis et feudis, quae habent ab ecclesia, cui praeerat praelatus ille, nec eis vel heredibus restituentur, nec alia de novo concedi debent*”. Al di là di quanto previsto per i delitti contro l'integrità della Chiesa, riguardo ai quali l'A. riporta a giusto titolo la trasmissibilità della pena (*infra*, nt. 62) e che ben possono essere considerati come sottoposti a un regime particolare, risulta meno convincente, alla luce della presente riflessione, la generalizzazione che il SALVIOLI sembra operare in ordine alla necessità che i discendenti del peccatore scontino per lui la pena.

3. L'effetto dell'adempimento della *restitutio* sulla condizione giuridica del de cuius

In altri termini, occorre esaminare il rapporto tra un atto, la *restitutio*, squisitamente proprio della dimensione sociale e interpersonale della vita umana (tanto da manifestarsi in un rapporto tra pari, in cui interviene un disequilibrio a cui la giustizia commutativa deve porre rimedio), e un effetto che si dispiega esclusivamente nell'intimo dell'agente, nella sua personale relazione con Dio, entro la quale si sviluppa l'esperienza del peccato⁵⁶.

Il problema può essere analizzato guardando appunto all'apparente discrasia esistente nella riflessione filosofica cristiana tra il piano dell'azione di danno e quello della sanzione morale del *peccatum*. La prima è espressione giuridica della giustizia commutativa perseguita, ed è provvista, data la sua reipersecutorietà, del corollario della trasmissibilità passiva; la seconda interviene sia rispetto al comportamento illecito causalmente legato al *damnum*, sia in caso di eventuale inadempimento dell'obbligo di *restitutio*. In quest'ultima ipotesi, alla commissione del peccato di non esecuzione della prestazione risarcitoria si aggiunge l'impossibilità di estinzione della prima e originaria *iniustificatio*: come noto, *non remittetur peccatum nisi restitatur ablatum*⁵⁷.

Incrociando il pensiero di Tommaso, in cui *poena* e *restitutio* sono accostabili nel medesimo caso concreto poiché autonome l'una dall'altra, con il celeberrimo brocardo appena citato, che fa riferimento alla *remissio peccati* legata alla prestazione del risarcimento, è possibile desumere il tratto distintivo che permette di far logicamente convivere, in materia canonistica, un'azione reipersecutoria e la sfera della sanzione del comportamento peccaminoso.

Interessa in questa sede non tanto l'*an* dell'evoluzione della condizione giuridica *post mortem* del soggetto autore del danno, quanto il suo *quomodo*. Infatti, l'estinzione del peccato in questione non avviene tramite una modalità soddisfattiva, quale un'espiazione, né la *restitutio* costituisce l'oggetto della sanzione, come si è visto: il peccato si estingue tramite *remissio*, assoluzione, con una modalità cioè non soddisfattiva e dipendente, nelle esperienze giuridiche secolari, dalla sola volontà del creditore⁵⁸.

Il riferimento non può che essere alla "necessità di esistenza e d'intervento dell'ordine della Grazia, unico in grado di riscattare l'uomo dalla sua caducità e dall'aver

⁵⁶ Sul punto, A. BETTETINI, *La restitutio in integrum processuale nel diritto canonico*, Padova 1994, 13: "il principio morale, per realizzarsi oggettivamente ed esteriormente nella società, abbisogn[a] di quella certezza e sicurezza che derivano dalla norma giuridica. [...] Pertanto, accanto all'obbligo etico sorge, come conseguenza dell'atto ingiusto, un obbligo giuridicamente sanzionato alla reintegrazione, per ricomporre in modo certo, efficace, e su una base di uguaglianza, mediante il riconoscimento e l'attribuzione ad ognuno di quanto originariamente gli spetta, una relazione di interessi comunque lesa; un obbligo cui corrisponde, in chi è leso dall'atto, ingiusto, il diritto al ristabilimento, anche per via giurisdizionale, della situazione nella quale egli si trovava prima di subire il torto".

⁵⁷ C. XIV q. VI c. 1.

⁵⁸ Vd. ad es. l'art. 1236 del Codice civile italiano, in cui la volontà del debitore non interviene nella formazione della dichiarazione di remissione, ma può solamente, se comunicata "in un congruo termine", ostare alla stessa.

compromesso col peccato originale, secondo Agostino, la sua naturale destinazione alla salvezza eterna”⁵⁹. In quest’ottica, la *restitutio* non può avere per conseguenza immediata l’espiazione del *peccatum* commesso dall’agente. Essa costituisce però l’autentica *condicio sine qua non* del pentimento del soggetto autore dell’illecito, ciò che apre la strada al perdono divino sacramentale e alla conseguente *salus animae* del peccatore⁶⁰. A tal proposito, il pentimento è necessario quasi più della *restitutio* stessa, a tal punto che, in casi particolari quali l’indigenza del responsabile, la sua intenzione di restituire è sufficiente alla *remissio peccati*, nell’attesa che le sue facoltà gli permettano l’esecuzione della prestazione riparatoria *ex delicto*⁶¹.

A partire dal *non remittetur*, le fonti non mancano di preferire, in materia di *restitutio*, il campo semantico dell’assoluzione e della remissione del debito a quello dell’espiazione penale⁶² e della retribuzione. Oltre alla variante “*peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum*”⁶³, ad esempio, Giovanni d’Andrea ricorda che “*sacerdos non absoluit excommunicatum, nisi caveat de satisfaciendo*”⁶⁴, riferendosi alla figura del mandato per ricondurre il caso nell’alveo del diritto romano⁶⁵. Ancora, Alessandro III ordina agli eredi dell’autore di gravi violazioni *ut his, quibus ille per incendium vel alio modo damna contra iustitiam irrogaverat, iuxta*

⁵⁹ A. ZANOTTI, *Actus humanus* cit. 3.

⁶⁰ M. D’ARIENZO (*L’obbligo di riparazione* cit. 66 s.) offre a questo proposito un’esaustiva analisi: la *restitutio* “dei *mala ablata*, ovvero di ciò che si è acquisito o sottratto illecitamente, costituisce la condizione necessaria per l’efficacia «giuridica» della remissione del peccato di cui ci si è macchiati, in quanto la reintegrazione della ingiustizia nei rapporti intersoggettivi, attraverso il trasferimento di un bene, esprime concretamente il pentimento interiore che rende operanti i mezzi di grazia i quali, attraverso il sacramento della confessione, perfezionano il processo di riconciliazione e reintegrazione nell’ordine di salvezza di cui la giustizia è espressione”. Ancora (*ibid.*), “[l]a riparazione del danno, come espressione di pentimento del colpevole, è condizione di efficacia dell’amministrazione del sacramento della confessione e dell’assoluzione dei peccati, al fine di realizzare l’appartenenza giuridicamente piena alla comunione salvifica della Chiesa”. Sul valore della *restitutio* per il perdono dei peccati, è altresì da segnalare la glossa di Giovanni d’Andrea alla *Regula IV (Liber sextus decretalium*, ed. Venetiis 1605, 537): “*Peccatum non dimittitur. [...] Hic ponitur pro regula verbum Augustini [...]. Quod autem dicitur in hac regula: verum intelligas, si illud ablatum restitui potest, ut in predictis iuribus; si autem restitui non potest, restituetur eius estimatio*”.

⁶¹ Così la medesima glossa: “*si non habeat facultatem restituendi, quia est inops: si habeat propositum restituendi, dum pervenerit ad pinguem fortunam, peccatum ei remittitur*” (*ibid.*).

⁶² Es. G. SALVOLI (*La responsabilità dell’erede* cit.), il quale afferma giustamente (49) che “[l]’assoluzione è collegata alla completa restituzione da parte del penitente e dei suoi eredi, i quali devono in ugual misura dare soddisfazione per l’offesa”. Lo stesso A. sottolinea poco sopra (47) che “[p]el diritto canonico le conseguenze penali dei reati contro l’integrità della chiesa, ossia le pene stesse, passavano agli eredi del delinquente”: è opportuno notare, sia nella particolarità della trasmissione della *poena* sia nella materia in cui detta eccezione interviene, un’analogia con le conseguenze penali del *crimen maiestatis* in diritto romano (*supra*). Analogamente, è da formulare la conclusione secondo cui la trasmissibilità della pena in quel caso è strettamente legata al carattere eccezionale della violazione, non intaccando dunque il principio generale.

⁶³ *Liber sextus decretalium, De regulis iuris*, IV.

⁶⁴ *Ioannis Andreae in tertium Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiae 1622, XIII.

⁶⁵ *Ibid.*: “*Et est ratio, quia ex quo penitet, & aliter penitere non potest, nisi satisfaciat, videtur hæredibus mandasse, quod satisfaciant*”. In tal senso, questo costruito riesce a ricondurre la regola di diritto canonico alle categorie del diritto romano, ai sensi del quale le azioni contrattuali (quali l’azione di mandato) sono passivamente trasmissibili (T.J. SCOTT, *Passive Transmissibility* cit. 18: “This construction succeeds in bringing the rule of Canon law into unison with that of Roman law, according to which contractual claims (*ex mandato* in this case) are passively transmissible”).

*facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberari*⁶⁶. Insomma, come recentemente affermato, “la restituzione costituisce [...] un atto obbligatorio per riparare il danno ingiustamente inferto ad altri, ma è soprattutto un atto obbligatorio per «reintegrare» se stessi e restituire «*in integrum*» la propria appartenenza al piano della salvezza”⁶⁷.

In ogni caso, interessa sottolineare come l’aspetto sanzionatorio resti comunque estraneo alla *restitutio*: al principio, così consolidato, della necessità del risarcimento per il perdono del peccato corrisponde logicamente la rinuncia al carattere punitivo della prestazione riparatoria.

Alla luce di quanto esaminato, è possibile affermare non solo che la *restitutio* non coincide affatto con l’espiazione del *peccatum*, ma anche che essa, posta in essere dal reo ovvero dai suoi discendenti, non è che una delle attività che aprono la via all’assoluzione. In altri termini, trattasi di una condizione necessaria ma non sufficiente, come testimonia la necessità, nel caso in cui il responsabile sia ancora in vita, del successivo intervento sacramentale⁶⁸.

Proprio in quest’ottica si scioglie il nodo relativo al valore della condotta dell’erede come configurato nei numerosi casi in cui la *restitutio* interviene nell’*iter* dell’assoluzione divina. Non si tratta infatti di una solidarietà nella pena, come accade nella descrizione del Dio ebraico riportata dal Salvioli⁶⁹; pare bensì configurarsi quasi un intervento in sanatoria, che rimuove l’ostacolo del κέρδος illecito tramite la ricostruzione della giustizia commutativa nel rapporto terreno con la vittima (ovvero con i suoi eredi⁷⁰, poiché è pacifica, dal canto suo, la trasmissibilità attiva). In tal modo, si apre la via all’assoluzione, anche *post mortem*, e alla conseguente *salus animi*. Gli eredi del responsabile, senza che ciò costituisca una pena irrogata nei loro riguardi, sono dunque chiamati a una “partecipazione attiva [...] al processo di riconversione interiore e di emendamento del peccato”⁷¹ del defunto. Del resto, se si afferma che l’azione di danno

⁶⁶ X. 5.17.5. Il sintagma “*iuxta facultates suas*” permette di menzionare di sfuggita, sebbene non sia opportuno approfondirlo in questa sede, il dibattito dottrinale intorno all’estensione dell’obbligazione gravante sugli eredi (se essa sia cioè limitata all’ammontare del patrimonio ereditario ovvero si estenda fino ad aggredire il patrimonio personale del defunto) e alla conseguente opportunità della previsione di un *beneficium inventarii*, naturalmente inutile nel primo caso. Sul punto, vd. G. SALVIOLI, *La responsabilità dell’erede* cit. 50 ss.; V. PIERGIOVANNI, *La punitività* cit. 175; T.J. SCOTT, *Passive Transmissibility* cit. 19 ss.

⁶⁷ M. D’ARIENZO, *L’obbligo di riparazione* cit. 67.

⁶⁸ Sulla dimensione giuridica dei sacramenti, vd. C. J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2020², 191 ss.

⁶⁹ *La responsabilità dell’erede* cit. 47. L’A. descrive un “Dio [...] implacabile”, il quale “colpisce coi suoi fulmini il peccatore e i suoi discendenti e se quegli muore senza aver fatto espiazione, questi devono redimere l’anima di lui e liberare sé stessi dal castigo minacciato”.

⁷⁰ Non solo, infatti, è possibile procedere alla *restitutio* per equivalente (*aestimatio*) nel caso in cui il bene non possa essere reso in natura (es. *Ioannis Andreae ad Regulam IV*: “*si non habeat facultatem restituendi, quia res est perempta: tenetur restituere aestimationem*”), ma il responsabile può adempiere alla riparazione del danno anche nei confronti dell’erede della vittima, ovvero ai poveri, per il tramite del Vescovo (*ibid.*: “*Restitutio autem ista facienda est ei, a quo fuit extortum, vel eius heredibus si exstant [...]. Si vero nescitur a quo [...] pauperibus erogabitur providentia episcopi*”). vd. M. D’ARIENZO, *L’obbligo di riparazione* cit. 69 s.

⁷¹ H. t., 68.

ha carattere reipersecutorio, è possibile dedurre che sia il patrimonio ereditario in sé a trovarsi macchiato dell'arricchimento peccaminoso, poco importando il soggetto a cui esso venga ad appartenere.

4. Considerazioni conclusive

A valle della presente indagine, è dunque opportuno tornare sull'affermazione dottrinale secondo cui "l'erede [...] si trova spesso obbligato a dover soccorrere l'anima del defunto, e questo genere di valutazioni non potrebbe mai essere ritenuto giuridicamente valido se non da un ordinamento che si avvale anche di sanzioni concernenti la vita eterna"⁷².

Infatti, il ruolo di tale tratto distintivo del diritto canonico è senza dubbio determinante per l'attribuzione, alla *restitutio* operata dal successore, di effetti giuridici in capo al defunto. Tuttavia, è grazie alla separazione logica e concettuale di quest'ultima rispetto all'ambito della *poena* che diviene possibile configurare la trasmissibilità passiva di un'azione a tutti gli effetti reipersecutoria: non è dunque soddisfacente arrestarsi all'affermazione secondo cui il diritto canonico classico coniuga trasmissibilità passiva e dimensione sanzionatoria dell'azione *ex delicto*. Occorre invece separare la prospettiva della *restitutio*, la quale segue un regime analizzabile con le categorie e gli elementi tipici delle esperienze secolari (tra cui la trasmissibilità passiva come indizio del carattere reipersecutorio dell'azione), da quella degli effetti di questa sul rapporto tra Dio e il responsabile. L'obbligazione risarcitoria a carico dell'erede incide infatti su tale relazione nella misura in cui quest'ultima è suscettibile di evoluzione anche dopo la morte terrena del soggetto.

In conclusione, riprendendo l'affermazione pauliana secondo cui *poena constituitur in emendationem hominum*, in linea di principio colui il quale deve *emendari* è dunque, nel nostro caso, esclusivamente il responsabile dell'atto illecito, il che esclude, almeno in principio, una trasmissibilità della pena.

Ciò che permette di delineare una particolarità nel debito canonistico di *restitutio* rispetto all'omologa figura contemplata dagli ordinamenti secolari non è dunque tanto la sua fisionomia, quanto l'effetto giuridico che esso produce sul percorso del reo defunto verso l'assoluzione dal proprio peccato.

In quest'ottica, l'obiettivo della *salus animi* perseguito dal diritto canonico è condizione necessaria a una tale configurazione dell'eliminazione delle conseguenze dannose del *maleficium*. La riparazione del pregiudizio da parte dell'erede non costituisce

⁷² V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti* cit. 178. Vd. *supra* per i contributi dottrinali che si riferiscono alla finalità della *salus animarum* per motivare la caratteristica *de qua* della riflessione canonistica. Sul rapporto tra i sistemi giuridici romano, medievale e canonico, vd. altresì A. PADOA-SCHIOPPA, *Réflexions sur le modèle du droit canonique médiéval*, in *RHDFE* 77 (1999) 21 ss. = *Studi sul diritto canonico medievale*, Spoleto 2017, 277 ss.; *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, 181 ss.

solamente un atto di giustizia commutativa e dunque un riequilibrio “economico” delle posizioni patrimoniali rispettive delle parti. Infatti, essa irrompe nella valutazione dell’atto illecito all’interno del rapporto tra il defunto e Dio, rimuovendo quell’“arricchimento” peccaminoso che altrimenti osterebbe all’assoluzione divina (la quale è, dal canto suo, incompatibile con la sfera della punizione). In ultima analisi, la trasmissibilità passiva dell’azione di danno testimonia che proprio nell’inscindibilità tra le due relazioni intrattenute da ciascun soggetto di diritto canonico – con il consociato e con Dio – la giustizia commutativa e il piano della valutazione morale del comportamento possono coesistere, mantenendo ciascuna, come lucidamente evidenziato da Tommaso, la propria autonomia.