

Leonardo Caprara

*Dottore di ricerca in diritto canonico ed ecclesiastico, Università
Cattolica del Sacro Cuore*

Anna Sammassimo

*Ricercatrice in diritto canonico ed ecclesiastico, Università
Cattolica del Sacro Cuore*

La *dissimulatio* tra esigenze di misericordia, legge canonica e centralità della persona¹

***Dissimulatio*: the relationship between the need for
mercy , Canon Law and the central position of the human being**

Sommario: Introduzione. 1. Innocenzo III e la *dissimulatio*. 2. Comportamento omissivo. 3. L'oggetto. 4. I motivi. 5. Foro interno e foro esterno. 6. L'autorità competente. 7. *Dissimulatio* e altri istituti. 7.1. *Il cd. silenzio economico*; 7.2. *La dispensa*. 8. Elasticità dell'ordinamento canonico. 9. Uniformità e varietà. 10. Centralità della persona. Conclusioni.

Introduzione

* Il contributo, sottoposto a *double blind peer review*, è frutto della riflessione comune dei due Autori; tuttavia, i paragrafi 3, 4, 5 e 6 sono opera di Leonardo Caprara; l'introduzione, i paragrafi 1, 2, 7, 8, 9 e le conclusioni di Anna Sammassimo.

¹ In questa sede si tratterà esclusivamente della *dissimulatio* nel diritto canonico ma in realtà l'istituto ha carattere generale e non esclusivamente giuridico nella Chiesa. Al proposito, per una sintetica ma puntuale disamina, si rinvia al *Dictionarium morale et canonicum* del Palazzini, nel quale, dopo aver chiarito che "*dissimulatio habetur cum quis factis decipitur*" e che i suoi elementi costitutivi sono il silenzio e la verità dell'oggetto cui si dirige, si distinguono ben tre ambiti di applicazione: quello della fede, quello dei sacramenti e quello del diritto canonico; cfr. P. Palazzini, *Dissimulatio*, in *Dictionarium morale et canonicum*, Roma 1965, pp. 124-126; P. G. Caron, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 44, Milano 1992, pp. 716-717.

La *dissimulatio* è un istituto² peculiare e tipico dell'ordinamento canonico³ che consente all'autorità ecclesiastica di non sanzionare una determinata condotta in sé non ammissibile in considerazione del fatto che, dalla applicazione della sanzione, può derivare un male peggiore rispetto alla mera violazione⁴.

Dal punto di vista formale, essa consiste in un atteggiamento passivo dell'autorità ecclesiastica⁵ che, a rigore, dovrebbe infliggere una sanzione di fronte alla violazione di una norma da parte di un fedele ma si astiene dal farlo considerando tale violazione un male minore rispetto alla sanzione stessa. Con tali modalità essa è applicabile in diversi settori del diritto canonico (civile, penale, amministrativo) e rispetto alle più

² «*Dissimulatio est actus iustitiae prudentis et benigna, quo hinc jura nobis competentia, illini contraventiones aliorum, assumpta quadam ignorantia caute praeterimus et praecavendi majoris mali et injuriae gratiae, curiose inquirere supersedemus*»; A. Beier – C. Heideck, *Iustitia prudens et benigna, seu disputatio iuridica de dissimulatione*, Jena 1676.

³ Ch. Lefebvre, *Dissimulation (voce)*, in *Dictionnaire de droit canonique*, IV, Paris 1949, col. 1296. L'A. giustamente la definisce «*Institution tout à fait originale du droit canonique*».

⁴ Per una bibliografia essenziale sul tema cfr. A Di Pauli, *Dissimulare poteris*, in *Archiv für katholisches kirchenrecht* XCII (1912), pp. 250-269 e 397-414; J. Brys, *De dispensatione in iure canonico*, Bruges 1925, p. 175; H.G. Heumann, *Handlexicon zu der Quellen des römischen Rechts*, Iéna 1926; G. Michiels, *Normae generales juris canonici*, Lublin 1929, p. 680; J. Truemmer, *Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle*, Vienne 1932, pp. 17-21; A. Van Hove, *De privilegiis et dispensationibus*, Malines-Rome 1939, pp. 313 ss; G. Oesterlé, *De relatione inter forum externum et internum*, in *Apollinaris* XIX (1946), pp. 83 ss; P. Fedele, *Consideraciones sobre la dispense y sobre otras instituciones en la ordinación canónica*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 1947, pp. 21 ss; Id., *La dispensa e gli istituti affini*, in Id., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962, pp. 295-348; Ch. Lefebvre, *La dissimulation et la dispense tacite*, in *Ephemerides iuris canonici* III (1947), pp. 606-627; nonché l'opera monografica di G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano 1953. M.J. Roca, *Disimulación*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, dirr. Javier Otaduy – Antonio Viana – Joaquín Sedano, III (Istituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra; Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012) p. 379 ss.

⁵ Attenta dottrina spiega tale istituto figurandosi l'autorità ecclesiastica che non volendo, per ragioni di misericordia, infliggere una sanzione, "chiude gli occhi davanti ad una violazione della norma"; cfr. O. Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano 2003, p. 83.

disparate situazioni di difformità dal diritto come anche alle più varie sanzioni, dalla invalidazione di negozi giuridici alla rimozione di ufficiali, alla inflizione di pene e ad altro ancora, senza che possa definirsi tassativamente e neppure indicativamente l'elenco di tali difformità e sanzioni⁶.

La *dissimulatio* trae la sua ragion d'essere nella natura stessa dell'ordinamento canonico e, pur essendo presumibile che sia stata utilizzata sin dagli albori della vita della Chiesa⁷, comincia ad apparire in documenti ufficiali e magisteriali solo nel XII secolo, ai tempi di Alessandro III, per poi diventare oggetto di studio e di trattazione da parte di glossatori e commentatori nel successivo XVI secolo, quando ne vengono individuate quelle caratteristiche, finalità e modalità ancora oggi riconosciute dalla dottrina canonistica⁸.

Si parla, infatti, e si deve oggi necessariamente ed esclusivamente fare riferimento alla dottrina a proposito di questo istituto perché né il *Codex Iuris Canonici* del 1917⁹ né quello del 1983 né alcuna altra fonte normativa contengono al proposito una disciplina specifica¹⁰.

⁶ Puntualizza il Michiels, in perfetta sintonia con quanto (cfr. nota 2) afferma Ch. Lefebvre, che trattasi di "*peculiare institutum iuridicum, certis regulis ordinatum, quod in iure canonico suum locum ac non exiguum habet*"; G. Michiels, *Normae generales juris canonici*, cit., p. 680.

⁷ Nel Decreto di Graziano ricorre sovente il motivo della condanna della dissimulazione; cfr. P.G. Caron, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)* (voce), cit., p. 715.

⁸ Per una puntuale ricostruzione storica dell'istituto si rinvia a Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., esp. coll. 1297-1305, e G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., esp. cap. II.

⁹ Di dissimulazione si parlava nel *Codex Iuris Canonici* del 1917 e più precisamente nei cann. 637; 647 § 2, 2°; 2413 § 1 nel significato puntuale di occultamento colpevole della verità che si aveva obbligo di manifestare: si noti che le anzidette norme attengono tutte al diritto dei religiosi e non hanno interesse per il nostro argomento. Quanto all'istituto in sé considerato, aveva probabilmente ragione Francesco Ruffini quando, nel 1905, da poco cominciati i lavori di codificazione per volontà di Pio X, scriveva che in esso (come pure in quello della tolleranza) i redattori della nuova legislazione della Chiesa avrebbero trovato sul loro cammino un grave ostacolo tecnico, trattandosi di uno di quei peculiari strumenti di governo dei fedeli e di politica ecclesiastica che sarebbero loro sfuggiti di mano, del tutto inadatti ad essere imbrigliati e racchiusi nelle formule generali ed astratte di un codice. Meritano in questa sede di essere puntualmente riportate le osservazioni al proposito svolte dall'Autore (con riferimento alla

Ciò non significa ovviamente che questo strumento così caratteristico e di origini tanto remote nell'ordinamento canonico sia stato in qualche modo abrogato.

codificazione del diritto canonico) perché continuano ad essere ancora oggi - e sicuramente resteranno anche per il futuro - dense di interessanti spunti di riflessioni: «*Ha la Chiesa davvero un interesse a fissare in un codice l'intero suo diritto?... Stretta fra la rigidità medievale delle sue linee direttive e l'incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento abbia in sé raccolte, essa ha potuto fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura, alla romana, di virtù; perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza. Dove il Protestantismo ha provveduto ai mutabili indirizzi dei tempi e ai diversi umori degli uomini con la infinità delle sue variazioni, come le chiamava il Bossuet, o delle sue confessioni e denominazioni, come le diciamo noi; il cattolicesimo ha posto la infinita varietà dei suoi provvedimenti od anche dei suoi espedienti. La Curia romana ha portato ad una eccellenza insuperabile l'arte di dire e di non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutto e di dissimulare: temporum ratione habita. Che capolavoro di adattabilità pratica non è l'istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica, che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto! E che portento di diplomazia giuridica quel più moderno accorgimento del tollerari posse che è venuto anch'esso assumendo poco alla volta consistenza di vero istituto del diritto ecclesiastico, e che ha permesso che la Chiesa potesse ad un tempo scomunicare come invasori dei suoi beni i Sovrani di Piemonte e sciogliere i soldati che militarono in quell'impresa, fulminare le leggi sul divorzio e togliere gli scrupoli ai giudici cattolici francesi che lo pronunciano, imporre l'istruzione religiosa nelle scuole e approvare le scuole miste aconfessionistiche di Svizzera e d'America, lasciare che al di là delle Alpi si tratti in ogni occorrenza con gli eretici e condannare in Roma come favoreggiatori dell'eresia i tipografi che stampassero biglietti di invito per le adunanze evangeliche»; cfr. F. Ruffini, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in AAVV, *Studi di diritto in onore di V. Scialoja*, Milano 1905, II, ripubbl. in *Scritti giuridici minori*, Milano 1936, I, pp. 93-95.*

¹⁰ Il Codice del 1983, nella sua versione latina, come pure il Codice dei Canonici delle Chiese orientali non utilizzano mai il verbo "dissimulare" o il corrispondente sostantivo ma nella versione francese del codice latino esso compare ben due volte: al can. 63 § 1 traduce il vocabolo latino *reticentia* in materia di validità dei rescritti e al can. 643 § 1, relativamente all'ammissione al noviziato, ha lo stesso significato che si è visto nel Codice del 1917. Probabilmente nella cultura giuridica canonica francese, anche considerando l'attenzione mostrata nei confronti dell'istituto da due importanti canonisti quali Raoul Naz e Charles Lefebvre, il lemma è di maggior utilizzo.

Anzi, si può presumere non solo che esso continui ad essere applicato, ma anche che, probabilmente, ai nostri giorni, il suo più vasto campo di applicazione sia da ricercarsi nel foro interno¹¹, ambito in cui esso risponde soprattutto all'esigenza, come vedremo, di non turbare la quiete spirituale, e cioè la buona fede degli autori dei comportamenti dissimulati. Basti pensare, ad esempio, all'ipotesi di persone che vivono unite da un vincolo matrimoniale invalidamente contratto (e magari non sanabile)¹² di fronte alle quali sarà proprio il rispetto della loro stessa buona fede a giustificare la dissimulazione da parte dell'autorità ecclesiastica¹³.

La ragione per cui oggi non conosciamo (praticamente) nessun provvedimento recente di tale indole risiede molto probabilmente – ed anzi sicuramente – nel fatto che questi responsi non sono, per loro natura, destinati a diventare di dominio pubblico, almeno per un notevole lasso di tempo, ma anzi proprio per la funzione tipica della dissimulazione nell'economia generale della giurisdizione ecclesiastica, sono da tenersi riservati fra richiedente e rispondente.

Dunque, l'unico modo per approcciare l'istituto è quello di fare riferimento alle fonti medievali e alla dottrina.

Del resto il problema presentatosi in sede di codificazione è stato proprio il fatto che la *dissimulatio* non ha né avrebbe mai potuto trovare un'adeguata formulazione normativa che ne segnasse i confini ed i termini di impiego. Era ed è la sua stessa indole che non permette di formalizzare questo modo di atteggiarsi del governo dei fedeli in uno o più

¹¹ Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., col. 1297.

¹² Si pensi ad un matrimonio nullo per *impedimentum criminis*, motivo che può emergere più facilmente nel foro interno che in quello esterno. Del resto possono ben esserci (e ci sono) ancora oggi casi in cui il confessore o lo stesso parroco in foro esterno comprendano o ritengano che un determinato matrimonio è nullo ma preferiscano non farne parola con gli interessati per non causare loro nocimento nell'ipotesi in cui vogliano continuare la convivenza coniugale (non essendo possibile ottenere, sempre in ipotesi, un provvedimento di convalida).

¹³ È questo il criterio già utilizzato da Innocenzo III: *dissimulare poteris taliter copulatos, maxime qui diu pacifice commanserunt*; cfr. C. 4, *Tuae discretionis*, Comp. III, Lib. IV, tit. X.

articoli di legge¹⁴ perché non si possono prevedere le circostanze ed i casi in cui si manifesti necessario.

Tentare allora di dare una disciplina “positiva” o codificata a tale istituto avrebbe rischiato e ancora oggi rischierebbe o di impedirne l’impiego in situazioni non prevedibili *ex ante*, oppure di sminuirne, se non di annullarne, proprio a causa della specifica previsione, sia l’efficacia sia la stessa utilità¹⁵.

Scriveva Santi Romano che ci sono norme che o non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre che non possono determinarsi se non quando si verifica la evenienza cui debbono servire¹⁶. Questo è proprio il caso della *dissimulatio*.

Non avendo, dunque, una norma da cui partire per analizzare l’istituto e non potendo né avendo l’ambizione, in questa sede, di esaminare tutte le fonti medievali, il presente studio cercherà di presentarne i caratteri prendendo le mosse da tre esempi ben noti risalenti ad Innocenzo III¹⁷, ritenendo che essi costituiscano un campione rappresentativo innanzitutto dei caratteri e della disciplina originale ed originaria della *dissimulatio* e poi della varietà delle ipotesi e situazioni per le quali essa è stata utilizzata sin dagli inizi nell’ordinamento canonico¹⁸.

1. Innocenzo III e la *dissimulatio*

a) *l’impedimento di consanguineità*

¹⁴ G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell’ordinamento canonico*, cit., p. 7-12.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Il problema di cui si occupa e preoccupa l’A. è quello, ancora ben attuale, del rapporto tra la necessità e le altre fonti del diritto; cfr. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano 1950, pp. 299-300.

¹⁷ Negli ultimi decenni è stata in un certo qual modo riscoperta e molto valorizzata la figura di questo Pontefice e con essa le competenze giuridiche; valga, al proposito, ricordare, ad esempio, l’importante volume di J. Belda Iniesta e M. Nacci (a cura di), *Innocent III and His Time. From Absolute Papal Monarchy to the Fourth Lateran Council*, Murcia 2017.

¹⁸ Sia permesso sottolineare che Innocenzo III viene eletto al soglio pontificio nel 1198 e quindi poco dopo Alessandro III (1159-1181) cui si devono, secondo la più attenta ed autorevole dottrina, i primi documenti ufficiali in cui viene esplicitamente applicata la *dissimulatio*; al proposito cfr. Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., col. 1297.

Il primo esempio da cui si intende prendere le mosse riguarda la materia matrimoniale e, più specificamente, l'impedimento dirimente di consanguineità. È noto che esso fu limitato al quarto grado soltanto con il can. 50 del IV Concilio lateranense (nel 1215) per opera di Innocenzo III “*quoniam in ulterioribus gradibus iam non potest absque gravi dispendio huiusmodi prohibitio generaliter observari*”¹⁹.

Nel periodo anteriore²⁰, però, non era inconsueta la prassi o di concedere la dispensa per i gradi compresi fra il 7° e il 4°, oppure di dissimulare, soprattutto se la coppia si fosse sposata in buona fede, ossia senza essere a conoscenza di tale impedimento. Le ragioni di tali eccezioni risiedevano, infatti, non solo nella volontà di ricondurre a liceità i costumi decadenti di talune popolazioni (*duritia populi*), ma soprattutto nel desiderio di salvaguardare la quiete dei rapporti in cui si trovavano i coniugi che fossero stati in buona fede²¹.

Al proposito, Innocenzo III, interrogato dall'arcivescovo di Lione intorno ad un matrimonio di consanguinei in sesto grado, dal quale era pure nata prole, risponde “*quod cum videris expedire, dissimulare poteris taliter copulatos, maxime qui diu pacifice commanserunt*”²². Dunque, nel caso di specie è la lunga e pacifica convivenza coniugale a far suggerire al Pontefice di dissimulare la violazione dell'impedimento matrimoniale.

b) *l'accusatio matrimonii*

¹⁹ C. 8, X, IV, XIV. Cfr. Al proposito C.J. Hefele – H. Leclercq, *Histoire des conciles d'après les documents originaux*, T. V, P. II, Paris 1913, pp. 1372-1373.

²⁰ J. Freisen, *Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Venali der Glossen Literatur*, Tübingen 1888, p. 401 sq.; F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius matrimoniale*, Romae 1928, pp. 409-410; Cappello, *De matrimonio*, 5^a, Augustae Taurinorum 1947, n. 527, p. 528; F. Oesterlé, *Consanguinité (voce)*, n. I, in *Dictionnaire de droit canonique*, vol. IV, col. 236.

²¹ Già, Lucio III in una decretale diretta all'arcivescovo di Spalato applica la dissimulazione rispetto ai matrimoni in quinto grado: *Super eo, quod in quinto gradu consanguinitatis in provincia tua quidam dicuntur coniuncti, propter duritiam populi, matrimonia, licet sint contra sacrorum canonum institutionem, contracta, sub silentio et dissimulatione poteris preterire*; C. 1, *Super eo quod*, Comp. I, Lib. IV, tit. XIV.

²² C. 4, *Tuae discretionis*, Comp. III, Lib. IV, tit. X.

Un secondo esempio può essere tratto dalla materia processuale, e in particolare dal regime dell'*accusatio matrimonii*.

Il punto di partenza è la decretale *Consuluit* di Alessandro III ove si prevede che non possa chiedersi la nullità di un matrimonio quando ci sia stata una lunga convivenza²³. Nel c. *Per tuas* ad Innocenzo III veniva sottoposto dal Vescovo di Orvieto il caso di un marito che accusava il matrimonio per vizio di consanguineità, mentre la moglie eccepiva la lunga durata della convivenza coniugale con la nascita di ben tre figli chiedendo l'applicazione della decretale alessandrina.

Benché la causa fosse già stata introdotta ed anzi fosse anche terminata la fase istruttoria, il vescovo di Orvieto esitava ad emettere sentenza e si rivolgeva al Pontefice per avere indicazioni su come procedere. Innocenzo III lo invitava a superare l'eccezione sostanziale della lunghezza della convivenza grazie ad un rilievo d'indole processuale: a parere del Pontefice infatti che la regola alessandrina sarebbe stata applicabile solo quando «*nondum est lis coram iudice contestata... tunc habet locum huiusmodi decretalis, cum nondum accusatio contra matrimonium est admissa*»²⁴.

c) la nomina agli uffici ecclesiastici

²³ Il responso di Alessandro III riguardava appunto una *accusatio matrimonii* mossa dal marito per consanguineità in quarto grado. Il Pontefice risponde proponendo due soluzioni a seconda che l'accusa sia mossa dal coniuge o da un terzo, atteso che, all'epoca, gli impedimenti di natura pubblica formavano materia di azione popolare (Cfr. tra gli altri, Glynn, *The promotor of justice*, Washington 1936, pp. 7-8, e Scavo, *Il promotore di giustizia nel processo canonico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 14 [1937], pp. 136-137): «*Si prefatus miles mulierem ipsam in facie ecclesiae duxit et longo tempore tenuerit, non debet vox suae accusationis admitti, nisi aliae personae idoneae apparerent et merito suspicione carentes que matrimonium ipsum velint legitime et possint accusare, nec eadem personae admitti debent, si per XX vel XVIII annos insimul sine questione mansissent*»; C. 2, *Consuluit*, Lib. IV, tit. XIX. Il decorso del tempo è, appunto, uno degli elementi presi in considerazione per concedere o negare l'azione: esso rileva per il fatto che fa presumere una remota conoscenza dell'invalidità da parte degli accusatori, e quindi la loro inerzia colpevole. Appunto tale loro colpevolezza sembra giustificare il privarli del diritto di agire.

²⁴ Non solo: a commento della propria decisione ed a più puntuale precisazione e soluzione del problema, Innocenzo III aggiunge direttamente al testo del suo predecessore che «*Tunc enim ecclesia propter diuturnitatem temporis quodammodo dispensando dissimulat et dissimulando dispensat*».

Il terzo esempio riguarda una nomina agli uffici ecclesiastici²⁵. Quanti dovevano provvedere ad essa avevano lasciato decorrere il termine, incorrendo nella privazione del potere di nomina sancita dal Concilio lateranense. All'avvicinarsi dei legati pontifici però, si preoccuparono di fare quel che non avevano fatto attuando ciò che non avevano più il potere di fare. Rimessa la questione al Pontefice, Innocenzo III valutò che il comportamento posto in essere era da qualificare come illegittimo ma nonostante tale illegittimità, per il minor male (ove le persone designate siano idonee agli incarichi), costitutivamente, attribuì efficacia alle nomine illegittimamente effettuate²⁶.

2. Comportamento omissivo

Appare senza ombra di dubbio, dagli esempi anzi riportati, che la *dissimulatio* consiste, innanzitutto, nell'astenersi dal conoscere, con la volontà non solo di ignorare ma anche di mostrare di ignorare ciò che invece si conosce²⁷.

Dissimulando si finge che la realtà sia diversa da quella che è, le si sottrae qualche cosa, rappresentandosi fittiziamente un *minus* rispetto agli elementi che effettivamente la compongono. In altri termini, ci si comporta come se il fatto dissimulato non si fosse realizzato o come se esso non fosse affetto da quel vizio che, invece, presenta.

L'istituto, infatti, può declinarsi come voluta ignoranza di una condotta illecita oppure di un vizio di un atto²⁸. Nel primo caso si avrà una ipotesi di dissimulazione integrale o radicale del fatto in se stesso in quanto cade sul *quod actum est in se*, specie quando questo sia un crimine, non qualificabile dall'ordinamento che sotto il profilo penalistico; nel secondo di dissimulazione parziale. Quest'ultima sarà ovviamente possibile soltanto rispetto ad atti e comportamenti che in astratto sono leciti e idonei a produrre modificazioni di situazioni giuridiche consentite

²⁵ C. 4, *Literas vestrae discretionis*, X, I, X.

²⁶ “*Discretioni vestrae mandamus, quatenus si beneficia vel dignitates noveritis personis idoneis assignatas; eas de patientia permittatis ab ipsis pacifice possideri: alioquin personas amoventes prorsus ab ipsis, eas de personis idoneis auctoritate nostra suffulti, non differatis quantocius ordinare*”; *ibidem*.

²⁷ G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 77 ss.

²⁸ P.G. Caron, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico) (voce)*, cit., p. 716.

dall'ordinamento ma che diventano, in concreto, illeciti od invalidi a causa del vizio che li colpisce. In questo caso la *dissimulatio* cadrà su un elemento o una modalità che vizia l'atto in astratto conforme al diritto che sarà, in concreto, considerato *pro valido, pro licito*, mentre non lo è.

Da quanto detto emerge che il primo carattere della dissimulazione è che trattasi di un comportamento omissivo, cioè sia di omissione delle sanzioni che i diversi comportamenti anti-giuridici comporterebbero, sia di disapplicazione, *ad maiora mala vitanda*, delle norme che dettano le sanzioni corrispondenti alle varie violazioni della legge canonica²⁹, di singoli comandi legislativi che imporrebbero di ripristinare l'osservanza della disciplina ecclesiastica violata, di punire colpevoli, di far cessare comportamenti illegittimi ed abusivi, di sciogliere legami illeciti, e altro ancora.

È bene ribadire che non potrà mai aversi un elenco completo o esaustivo delle ipotesi di applicazione dell'istituto perché esso si presenta come elusione, nei singoli casi concreti, di numerosi e differenti precetti della legge canonica, elusione attuata mediante la finta ignoranza delle violazioni della disciplina ecclesiastica perpetrate³⁰.

Ciò premesso non si può non concordare con chi ritiene non potersi aversi dissimulazione *praeter legem* o *approbativa*³¹: se, infatti, una condotta è

²⁹ Come precisamente dice la glossa al c. *Super eo: multa etiam contra ius omittuntur*; C. 3, X, IV, XI. Insegnavano i decretalisti che *actus in duas classes distinguuntur: sonantes in pati, negativi et sonantes in agere, positivi* (Panormitanus, *Secunda super Primo Decretalium Commentaria*, Lugduni 1558, *De fil. presbit.*, ad c. *Veniens*, fol. 52 v). La dissimulazione è tipicamente *sonans in pati*; del qual tipo di atto è esatto dire che *sine ulla exceptione nihil positivi inferunt* (in tal senso Olivero che richiama Nilles, *Tolerari Potest. De iuridico valore decreti tolerantiae commentarius*, cit., p. 251 n. 11). La dogmatica giuridica moderna piuttosto che contrapporre *actus in pati* e *actus in agere* preferisce parlare di comportamenti in *agere* e comportamenti in *pati* ma il concetto è comunque quello e cioè che a questi ultimi pertiene la dissimulazione; cfr. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 71.

³⁰ Ch. Lefebvre, *La dissimulation et la dispense tacite*, cit., p. 607.

³¹ Dal volume monografico dell'Olivero apprendiamo che uno due pochi testi delle fonti che darebbero corpo alla pretesa *dissimulatio adprobativa* sarebbe il c. 1 (*Scripta*), X, V, XXII di Gregorio IX. Leggiamo: *Quia vero nuntiati facinoris qualitas nos vehementer impellit, ut ea quae, audivimus dissimulare nullatenus debeamus* [sottolineatura nostra], *praesertim cum accusatores, et accusatum inter se fecisse gratiam iudicaveritis: hoc necesse est subtilius perscrutari, ne forte non ex caritate sed ex praemio eorum sit concordia comparata*. In tale caso, però, non possiamo

conforme all'ordinamento e comunque non è illecita, non c'è motivo per cui essa debba essere dissimulata. Probabilmente la tesi contraria è sostenuta da chi confonde la condotta dissimulata con l'atteggiamento dissimulatorio del superiore dimenticando che la prima, quando è *contra* o *praeter legem*, può essere legittimamente dissimulata; il secondo, invece, deve necessariamente essere *secundum legem* e cioè conforme alle esigenze dell'ordinamento, altrimenti la *dissimulatio* comporterebbe una violazione dei doveri di ufficio da parte dell'autorità e non è questo il caso. In altri termini, se l'autorità ignorasse volutamente il comportamento illecito di un fedele ad esempio per mero disinteresse e comunque senza che vi siano i presupposti di applicazione della *dissimulatio*, essa agirebbe *contra legem* e sarebbe perseguibile ai sensi di legge.

Altra è poi l'ipotesi di una *res dissimulata* che non contrasti con una norma specifica dell'ordinamento canonico, magari perché si tratta di materia non ancora sottoposta ad una disciplina legislativa *ad hoc* ma comunque in conflitto con i principi generali dell'ordinamento della Chiesa. Anche in questo caso il comportamento sarebbe certamente suscettibile di un giudizio di riprovazione da parte dell'ordinamento e dunque *contra legem*; se non lo fosse non si profilerebbe un *malum, pro maiore malo vitando* da dissimulare non reprimendolo. Nessun dubbio

estrapolare la frase sottolineata dal contesto e dobbiamo concordare con l'Autore nel ritenere che il rispondente riprova la dissimulazione non perché essa suonerebbe approvativa ma perché ravvisa che il fatto antigiuridico in questione (e cioè la collusione fra accusatore ed imputato in un giudizio penale) è di tale gravità da dover essere senz'altro represso (*nuntiati facinoris qualitas nos vehementer impellit*) e da non poter in alcun modo essere dissimulato. Ciò è tanto vero in quanto Gregorio IX rifiuta di prender in considerazione l'ipotesi che a seguito della repressione possano verificarsi inconvenienti ancor più gravi della collusione stessa; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 103-104 e 16. Sempre l'Olivero ammette che il solo passo che sembrerebbe veramente in contrasto con tale interpretazione è la glossa s. v. *dissimulare* in c. 3, X, IV, XI (*talis dissimulatio loco approbationis tacite habetur*) a commento della nota decretale alessandrina *Super eo*. Deve però anche in questo caso considerarsi che Alessandro III è tutt'altro che propenso a permettere il matrimonio fra i figli *duorum compatrum* e pur ammettendo che talora si possano chiudere gli occhi al riguardo, non manca però di precisare: *gravius videtur si huiusmodi coniugiis tuum indulgeas assensum, cum possit sic in exemplum assumi*. Alla luce di questa imprescindibile considerazione, e sempre tenendo conto che non possono interpretarsi frasi estrapolate dal contesto in cui sono inserite, si concorda ancora una volta con l'Autore nel non ritenere che nel caso citato la dissimulazione *loco approbationis tacite habetur*; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 104.

deve infatti aversi sul fatto che anche i *generalia iuris principia*³² concorrano ad integrare l'ordinamento e che la contraddittorietà con tali norme sia sicuramente sufficiente affinché la *res dissimulata* possa e debba essere considerata *contra legem*.

3. Oggetto

I tre esempi *supra* riportati mettono in luce anche il profilo del secondo elemento della *dissimulatio*, ossia il suo oggetto: infatti, emerge come ciò che si vuol ignorare, e cioè si dissimula, è, dal punto di vista giuridico, un comportamento riprovevole, di fronte al quale l'autorità ecclesiastica, se non dissimulasse, dovrebbe intervenire con l'applicazione di sanzioni dirette a reprimerlo, a farne cessare le conseguenze, a punirne l'autore. In una parola, l'autorità in assenza di dissimulazione sarebbe chiamata a promuovere con le sanzioni a sua disposizione il ristabilimento dell'ordine giuridico.

Oggetto della dissimulazione può essere dunque solamente un comportamento riprovevole e giuridicamente rilevante. Deve infatti concordarsi con chi ritiene che non possa aversi una *dissimulatio legis*³³ ma solamente una *dissimulatio facti*³⁴. Vero è, infatti, che rispetto all'ordinamento giuridico un qualsiasi fatto o comportamento diventa rilevante solo se e quando ci sono delle norme che lo qualificano. Vero è anche che, come qualunque altro istituto giuridico, pure la dissimulazione fa sempre riferimento per un verso al fatto e per altro alla norma. Resta, però, sempre il fatto, il comportamento ad essere dissimulato e mai la

³² Al proposito cfr., per tutti, S. Berlingò, *Generalia iuris principia (can. 19)*, in Id., *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, Bologna 2015, pp. 259-273.

³³ Taluni Autori sottolineano che se si accettasse l'idea della *dissimulatio legis* come «dissimulazione dell'esistenza di una norma nel giudizio di casi concreti» non ci sarebbe più spazio per la *dissimulatio facti*, che, in fin dei conti, è proprio questo; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 94 ss.; G. Chelodi - P. Ciprotti, *Ius canonicum de personis : praemissis notionibus de iure publico ecclesiastico de principiis et fontibus iuris canonici*, Vicenza 1942, p. 144, nota 3. *Contra* Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 254.

³⁴ Cfr. in tal senso Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit. p. 254.

norma di legge, che non subisce alcuna *relaxatio* ma continua a dettare ai fedeli la debita condotta ed a qualificare il loro agire³⁵.

Deve poi essere messo in risalto che possono essere dissimulati comportamenti, sempre accomunati dalla connotazione dell'antigiuridicità, suscettibili di diversa qualificazione giuridica e pertanto tali da attirare su se stessi sanzioni di diversa natura.

Si pensi, come nel primo degli esempi innocenziani richiamati, al caso dei matrimoni nulli per un impedimento dirimente³⁶: in tale ipotesi la

³⁵ Si potrebbe dire, con il Carnelutti, che la norma materiale continua a mantenere il suo pieno vigore e a costituire il criterio di valutazione del comportamento dei sudditi, mentre è disapplicata è la norma strumentale; cfr. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3a ed., Roma 1951, pp. 43-46. Del resto quanto affermato sembra emergere chiaramente dalla glossa al c. *Denique sacerdotes: intelligas de venia poenae, non de venia culpae* (e se persiste la valutazione che colpa vi è, evidentemente non scade la legge che tal giudizio consente) ... *non est dicendum quod ignoscat eis, licet non puniat eos*. Secondo lo stesso orientamento si ritiene si esprima pure la glossa al c. *Qui sincera* (V. sopra pp. 46-47): *Sed nonne Judaei mortaliter peccant, ista faciendo? Quomodo ergo datur eis licentia peccandi mortaliter? Item si peccant mortaliter, quare non puniuntur, cum ipsi in aliis delictis puniantur? Sed dic quod non dat eis licentiam peccandi, sed liberationem a poena*. Dunque costoro agiscono in contraddizione con la legge, peccano ma di fatto sfuggono alla pena. Appunto per ciò, appunto perché la norma che detta comandi e divieti mantiene il suo vigore e il suo valore qualificativo, sembra potersi condividere l'opinione di chi ritiene che disapplicandosi in forza del dissimulare la sola sanzione, la sfera giuridica del soggetto dell'atto dissimulato rimane inalterata, senza arricchimento di sorta (si veda *infra* a proposito del confronto con l'istituto della dispensa). Il suo comportamento antigiuridico, illecito od invalido, continua ad esser tale. Sulla qualificazione di esso la dissimulazione non spiega efficacia alcuna. In questo senso va inteso che la dissimulazione *nihil positivi infert*, e non attribuisce alcun diritto, alcuna *licentia*. Già anzitutto se fosse vero che, come taluno dice, la legge violata rimane, in forza della dissimulazione, come legge, ma *mere ethica*, ci troveremmo di fronte alla costituzione di un diritto prodottosi in contrasto appunto con la legge morale, sorgente da una violazione di essa. Ma pur restando nel campo strettamente tecnico-giuridico, vale osservare che se l'autorità ecclesiastica vuol persino ignorare che il fatto sussiste, o quanto meno, che esso si è realizzato *contra ius*, è da trarne la conseguenza che nessun provvedimento può in proposito ritenersi adottato, che valga a trasformare la qualificazione del fatto, o che ne scrimini l'autore, giacché tale provvedimento che sarebbe, per dirla con la vecchia terminologia, *sonans in agere*, dovrebbe avere per suo presupposto la cognizione del fatto, che invece si vuol persino mostrar di ignorare; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 79-80.

dissimulazione riguarda un negozio giuridico e ne lascia mascherata l'invalidità, facendo sì che l'autorità ecclesiastica non proceda all'applicazione delle sanzioni di legge e *in primis* alla declaratoria d'invalidità.

Si pensi anche, però, a comportamenti rilevanti sotto il profilo amministrativo, come nel caso delle nomine in un altro degli esempi riportati, o a comportamenti rilevanti sotto il profilo penale³⁷. Si ribadisce, infatti, che la dissimulazione investe i più diversi profili di anti-giuridicità, non definibili *una tantum* e *a priori*, e comunque comprendenti anche comportamenti che, se non fossero dissimulati, dovrebbero certamente essere colpiti da sanzione penale.

4. I motivi

Il mostrare di ignorare (cioè l'aspetto esteriore della dissimulazione) è il mezzo idoneo e necessario grazie al quale la Chiesa può esimersi – e di fatto si esime – dall'applicare le sanzioni che a rigore di diritto dovrebbero essere conseguenza dell'infrazione della disciplina.

Dobbiamo ora chiarire quale sia la ragione, il motivo per cui il superiore competente procede in tal modo. Si tratta del terzo elemento caratterizzante la *dissimulatio* e ben evidente, ancora una volta, dagli esempi innocenziani anzi riportati.

Ebbene, la legittimità di tale provvedimento omissivo di carattere amministrativo riposa su quella che da sempre e per sempre è la norma

³⁶ Ad esempio Clemente III, decidendo su un caso di matrimonio nullo per impedimento di pubblica onestà, dispone che si dissimuli in modo che quel consorzio coniugale sia lasciato continuare: *sub dissimulatione personae illae permittantur insimul permanere*; C. 2, *Dilectus filius*, Comp. II, Lib. IV, tit. XII. Così pure Alessandro III in tema di cognazione spirituale, afferma che *dissimulare poteris, ita quod nec contradicere, nec tuum videaris praestare assensum*; C. 3, X, IV, XIV.

³⁷ Si pensi anche al caso dei chierici sposati, preso in esame dal ben noto c. *Universalis* (C. 2, Comp. I, Lib. III, tit. III). Se non fosse dissimulato il loro doppio e “contraddittorio” stato i suddetti chierici riceverebbero le dovute sanzioni punitive ed amministrative, quali, *in primis*, la perdita del beneficio. Tale conseguenza è evitata dalla dissimulazione: *ii qui eorum aliquod in eisdem ecclesiis simplex prius benefitium habuerunt, ipsum eis sub dissimulatione dimittere poteris*. Si pensi infine ad un altro caso spesso riportato dalla dottrina, quello di coloro che *de paginis Evangelicis sortes legunt* (C. 3, Causa XXVI, qu. II) rispetto alle *commessiones die dominico* (C. 4, Dist. VI).

fondamentale dell'ordinamento della Chiesa. Grazie ad essa le sanzioni e le coercizioni devono essere impiegate fin dove se ne ravvisa la rispondenza al perseguimento delle finalità che all'ordinamento canonico sono proprie, e devono invece arrestarsi quando l'impiego di quei mezzi anziché giovevole tornerebbe nocivo alla *salus animarum*³⁸.

Si è già detto che il criterio che deve fare da discriminare tra la prima e la seconda opzione si basa sulla valutazione, necessariamente discrezionale, da parte dell'autorità, del timore che l'applicazione della sanzione determini o causi un male maggiore. Il *vitare maiora mala* si persegue e si ottiene proprio grazie alla disapplicazione delle sanzioni (civili, penali, amministrative, disciplinari) previste dalla legge. È l'applicazione di queste, infatti, e non la mera dichiarazione di scienza del fatto antiggiuridico da parte dell'autorità, che potrebbe provocare quelle sfavorevoli più gravi reazioni che, dissimulando, si vogliono scongiurare. Ma per esimersi dal colpire — senza causare altri tipi di mali, come lo scandalo — la Chiesa non può mostrare di conoscere, deve piuttosto mostrare di ignorare la condotta antiggiuridica. Ecco perché, come si è anzi specificato, la dissimulazione non è soltanto una finzione di ignoranza, ma disapplicazione della norma che dispone la sanzione, disapplicazione attuata proprio grazie a quella finzione.

Scrivendo già a suo tempo San Tommaso che “*in regimine humano illi qui praesunt, recte aliqua mala tolerant, ne aliqua bona impediuntur, vel etiam ne aliqua mala peiora incurrantur*”³⁹. Si tratta dunque di una

³⁸ Sull'argomento la bibliografia è ampia. Tra gli altri si rinvia ai contributi di Herranz, Moneta, Errazuriz e Arrieta pubblicati sul fascicolo n. 2 del 2000 della rivista internazionale di diritto canonico *Ius Ecclesiae* nonché a V. Bertolone, *La salus animarum nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Roma 1987; J. Gaudemet, *Tradition romaine et reflexion chretienne: Le concept d' «aequitas» au IVe siecle*, in *Apollinaris*, 63 (1990), pp. 199 ss.; P. Erdö, *Salus animarum: Suprema lex. La funzione dei riferimenti alla salvezza delle anime nei due codici della Chiesa Cattolica*, in AAVV, *Atti del Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del CCEO*, Città del Vaticano 2004, pp. 579 ss.; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007; B. Serra, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli 2007. Di un “sentiero equitativo” verso la *salus animarum* scrive suggestivamente P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2002, pp. 119 ss e 214, rifacendosi ad un'immagine tratta dalle fonti: “*Nos autem per aequitatis semitam incedentes*” (*Decretales*, I, 29, 26).

³⁹ S. Tommaso, *Summa Th.*, q. X, a. 11 corp.

forma di compromesso che determina l'autorità ecclesiastica competente a dissimulare il fatto anti-giuridico (che, comunque, tale rimane): si tollerano dei comportamenti riprovevoli o per non impedire il verificarsi di un bene oppure per evitare il verificarsi di un male peggiore.

È bene concludere ricordando che anche la *necessitas*, e cioè l'impossibilità in cui l'autorità ecclesiastica si trovi di reagire efficacemente, può costituire giusta causa per ignorare la violazione della disciplina ecclesiastica⁴⁰.

5. Foro interno o foro esterno

Esaminati i tre elementi essenziali della *dissimulatio* è fondamentale ora trattare del suo ambito di applicazione.

La dissimulazione può essere impiegata tanto nel foro interno quanto nel foro esterno, come del resto è emerso dai tre esempi anzi riportati di Innocenzo III.

La dissimulazione di foro interno ovviamente, per la stessa natura dell'ambito applicativo, sfugge a qualsiasi controllo sia qualitativo che quantitativo. Si può però presumere, senza paura di sbagliare, che essa trovi nel sacramento della penitenza applicazioni frequentissime oltre che qualitativamente assai varie⁴¹.

⁴⁰ La dottrina, per quel poco che si è occupata di tali fenomeni specifici, non può dirsi molto esplicita in proposito. Si veda comunque: Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 400. Si pensi al testo di Onorio III che rimprovera ai vescovi ungheresi l'*intolerabilis negligentia* di permettere ai saraceni di tenere schiavi cristiani, e li rimprovera *cum possitis perturbare perversos* ove è chiaro che se, per contrario, si riscontrasse una impossibilità di liberare quei cristiani, il Pontefice riconoscerebbe nel comportamento dei vescovi una dissimulazione fondata su sufficiente causa; cfr. C. un., *Intelletto*, Comp. V, Lib. V, tit. III.

⁴¹ Il dissimulare è un espediente assolutamente indispensabile nell'esercizio del ministero, per i fini, e, insieme, con i limiti tradizionali quali già il Sanchez identificava con perfetta completezza, sia pur riferendo il suo autorevolissimo insegnamento alla sola materia matrimoniale ma in applicazione di criteri validi per tutta la disciplina del foro interno: *non tantum, ubi iam contractum est matrimonium, sed etiam ante illud contractum, si confessarius videat poenitentem ignorantia invincibili laborantem, et probabiliter credat fore ut monitis non acquiescat, nec fidem adhibeat, et laesa conscientia matrimonium sit contracturus, et maxima difficultate, magnoque scandalo subito possit a matrimonii contractu desistere, prudentissime confessarius*

Quando la *dissimulatio* riguarderà il foro interno o sacramentale sarà indispensabile che l'autorità dissimulante verifichi il presupposto della buona fede dell'autore dell'atto dissimulato, essendo lo scopo caratteristico e principale dell'istituto in esame quello di non turbare coloro che *in bono statu sunt*.

Nel foro esterno invece la dissimulazione avrà uno scopo differente, ossia evitare lo scandalo o mantenere la pace. Si tratta quindi di uno scopo che interessa direttamente ed immediatamente un ambito più vasto di soggetti, anziché quei soli che si identificano come autori del comportamento dissimulato, cosicché la buona fede di chi ha posto in

aget si taceat... Statim posse confessarius absolvere poenitentem, qui probabili iuris humani ignorantia excusatur, si videat monitionem non profuturam... Immo tenetur confessarius in casu praecedentis conclusionis tacere, ne sequantur inconvenientia dicta, praebeatque peccandi ansam, his qui in bono statu sunt; cfr. Th. Sanchez, De sancto matrimonii sacramento, Venetiis 1712, Lib. II, Disp. XXXVIII, nn. 6-7, p. 173. Un altro classico, il De Lugo, De sacramento poenitentiae, Lugduni 1638, Disp. XXII, sect. II, nn. 24-26, pp. 517-518, insegnava: Quando ignorantia est invincibilis, sive sit facti, sive iuris Umani, sive divini, vel naturalis debet (confessarius) caute procedere: nam, si praevidet ignorantiam ablatam redun-dare debere in novum peccatum poenitentis, qui prosequetur faeiens cum peccato quod prius licite faciebat; debet potius dissimulare, dum non interrogatur. V. g. si videt poenitentem esse in coniugio cum impedimento irritanti facto, non debet illud esperire, si ex hoc scandalum sequetur, et maius damnum poenitentis, cuius maius bonum procurare debet... Limitant aliqui dieta" doctrinam, ut confessarius teneatur docere poenitentem, quando eius ignorantia redundat in detrimentum proximi: v. g. si bona fide possideat haereditatem, quam confessarius novit ad alium pertinere: si exerceat contractum usurarium, quem invincibiliter ignorat esse talea. Sed Sanchez et alii melius dicunt etiam in hoc casu debere tacere, quando non sperai profectum, cum eadem sit ratio, et nihil profuturum sit creditori, quod confessarius aperiat veritatem. Due profili si ritiene doveroso sottolineare da quanto riportato. Innanzitutto, il fatto che si ammette come dato normale la dissimulazione anche rispetto a violazioni del diritto divino. In secondo luogo, il criterio che deve guidare l'autorità ecclesiastica nella comparazione fra maggiore e minor male: infatti, da quanto si legge, emerge che l'autorità dovrebbe far capire al "reo" che il suo comportamento è contrario ad una norma di legge se ciò fosse di giovamento al prossimo, dovrebbe invece dissimulare se non sia prevedibile che i terzi ne avrebbero giovamento, e sola conseguenza sarebbe il danno spirituale del soggetto stesso.

essere la condotta *contra legem* non sarà più da considerarsi un presupposto indispensabile per la sua legittimità⁴².

È fondamentale mettere in luce che nel foro interno la dissimulazione può essere impiegata con minor ristrettezza rispetto a quanto può avvenire nel foro esterno, dal momento che qui, di regola, esula la possibilità di scandalo o di lesione dell'interesse pubblico della Chiesa⁴³.

Potrebbe infine anche verificarsi che una medesima condotta benché sia oggetto di dissimulazione nell'uno (foro interno) e non nell'altro foro (esterno) ma anche che nel foro esterno il comportamento venga represso ed occorra invece dissimularne l'illiceità nel foro della penitenza, per la convinzione del penitente, sorretta forse da un'ignoranza invincibile della legittimità del proprio agire.

6. L'autorità competente

Altro argomento da non tralasciare è quello di quale sia l'autorità ecclesiastica competente a dissimulare.

Negli esempi di Innocenzo III anzi riportati come pure negli altri casi noti di applicazione dell'istituto si trova quasi costantemente la formula «*dissimulare poteris*» od altra analoga ed equivalente. È, infatti, così che il Pontefice - quando, ovviamente, lo ritenga opportuno - risponde al vescovo che lo ha informato di fatti deplorabili accaduti sotto la sua giurisdizione⁴⁴.

Si evidenzia innanzitutto che non è il responso pontificio contenente un *dissimulare poteris* a integrare il comportamento omissivo che è la dissimulazione: esso semplicemente ci permette di venire a conoscenza

⁴² C. 3, Significatum est, Comp. I, Lib. IV, tit. VI; e v. sopra p. 48. Quando Alessandro III ammette la dissimulazione rispetto ai chierici coniugati, *si in deteriora lapsuri creduntur*, non è nemmeno ipotizzabile che il papa supponga la buona fede di quei chierici. E tuttavia egli indulge per la previsione di un maggior male, qui ancora però, immediatamente inerente al soggetto stesso dell'atto dissimulato: qual è appunto la previsione che coloro commetterebbero qualcosa di peggio.

⁴³ Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 256.

⁴⁴ Certo non mancano casi in cui è invece il Pontefice che si rivolge al vescovo per ammonirlo che gli è nota una sua inerzia, e redarguirlo, o minacciarlo di sanzioni, poiché la Sede suprema quel dissimulare non approva né altri in cui il pontefice, interpellato, si limita a rispondere che non si dissimuli ma si proceda a tenor di diritto.

del fatto che che in quelle circostanze si è proceduto ad una dissimulazione, consistente sempre nell'atto omissivo del superiore, per lo più del vescovo, che nella sua potestà giurisdizionale avrebbe il potere-dovere di intervenire con i mezzi sanzionatori e correttivi a sua disposizione⁴⁵.

Dunque l'autorità competente a dissimulare è sempre il superiore cui per diritto spetterebbe promuovere e applicare quelle sanzioni di cui invece la dissimulazione paralizza l'applicazione (e che sarebbe competente a dispensare⁴⁶).

Ciò premesso, deve rilevarsi che possono aversi competenze concorrenti, alternative, successive⁴⁷.

⁴⁵ Può sì la dissimulazione imputarsi immediatamente anche al titolare dello stesso supremo ufficio giurisdizionale, non però in quanto egli emette il giudizio *dissimulare poteris*, ma in quanto egli stesso, presa cognizione della violazione della disciplina verificatasi, avrebbe il potere di intervenire indipendentemente dal vescovo. Del resto si noti che il vescovo può ben dissimulare anche senza aver informato l'ufficio superiore e senza aver ricevuto conforme risposta. In questo caso però tutta sua rimane la responsabilità dell'omissione. Il *dissimulare poteris*, dunque, non è esso stesso integrativo della dissimulazione ma è giudizio che esaurisce la sua funzione nei rapporti interni tra ufficio superiore e ufficio inferiore, e che vale a sollevare il vescovo da responsabilità. Certo la responsabilità del vescovo rimane sia quanto alla fedele esposizione dei fatti che consigliano la dissimulazione sia quanto all'ampiezza e della durata della dissimulazione. Quanto, poi alla portata del responso *dissimulare poteris*, che è poi in concreto la questione della modifica dei doveri d'ufficio del vescovo, conseguente alla emanazione del *dissimulare poteris*, alcuni intendono che il responso pontificio importi remissione alla piena discrezione del vescovo di dissimulare o di reprimere ma ammettono che in taluni casi, specialmente nelle sedi di grande importanza, quella formula debba intendersi come un comando di dissimulare; altri ravvisano qualcosa di più che una mera rimessione alla discrezione del vescovo, bensì un comando di dissimulare; infatti se la suprema Sede ravvisa che si danno gli estremi della dissimulazione è perché essa stessa giudica probabile l'insorgere di un male maggiore, e tanto basta perché si ponga l'obbligo di scongiurare e prevenire tale eventualità; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 89.

⁴⁶ Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 404.

⁴⁷ Diretta conseguenza di questa regola è che la dissimulazione del superiore incompetente deve ritenersi non solo illegittima ma anche invalida e, quindi, insussistente: chi non ha competenza a provvedere nel caso concreto, non dissimula, ne potrebbe dissimulare, nulla. Il comportamento inerte del superiore incompetente ad agire non può essere qualificato né come legittima sospensione dell'esercizio di un

Altro problema che è stato sollevato in dottrina è quello se si possa configurare in capo al Superiore, ricorrendo nel caso concreto tutte le circostanze che rendano opportuno dissimulare un fatto o un comportamento antigiuridico, un dovere e non un mero potere di ignorare il fatto o il comportamento. Al proposito sembra doversi escludere, data la discrezionalità che caratterizza l'istituto e le difficoltà di inquadramento dello stesso entro confini ben precisi, che si possa parlare di un dovere vero e proprio, almeno dal punto di vista giuridico⁴⁸: semmai potrebbe porsi un problema di obbligo di coscienza⁴⁹ ma si ritiene difficile che questo possa transitare dal piano morale a quello giuridico⁵⁰.

7. *Dissimulatio* e altri istituti

potere inerente al suo ufficio, né, al contrario, come colpevole negligenza: infatti la sua inerzia non ha alcuna attitudine ad ostacolare l'intervento del superiore competente.

⁴⁸ Esclude che vi sia un dovere giuridico di dissimulare, anche là dove uno scandalo produttivo di conseguenze nocive per la vita ecclesiastica potrebbe esser scongiurato solo con la dissimulazione, il Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 402. L'A. ritiene che tale obbligo dovrebbe risultare da una speciale norma legislativa che non c'è. *Contra* G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 36-37.

⁴⁹ Ancora in tal senso il Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 402.

⁵⁰ *Contra* l'Olivero per il quale quanto detto è contraddittorio non potendosi dare nell'impiego di poteri pubblicistici un obbligo di coscienza scindibile da un dovere giuridico, giacché non appena il superiore ecclesiastico ha raggiunto la consapevolezza che la dissimulazione da parte sua sarà, per ripetere le espressioni della Glossa, discreta, sorge in lui il dovere di usare in conformità del potere suo proprio; la consapevolezza di quell'esigenza escluderebbe di per sé ogni diverso impiego del potere e la discrezionalità cesserebbe. L'A. ammette che non può disconoscersi una notevole latitudine discrezionale da parte del superiore nel ravvisare gli estremi che rendono conveniente il dissimulare rispetto ai fini del reggimento ecclesiastico. Ma raggiunta la consapevolezza che questo solo rimane l'espedito impiegabile a scongiurare l'insorgere di mali più gravi, la valutazione discrezionale si esaurisce, e non resta più alcun margine che possa giustificare un comportamento diverso dall'impiego del potere-dovere di dissimulare. Ve ne è l'obbligo, sicché ove altri riscontra gli estremi di un mero dovere morale, si ha invece secondo lui un puntuale dovere anche di carattere giuridico; cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 37.

Una volta analizzata la *dissimulatio* nei suoi elementi essenziali è ora opportuno distinguerla da altri istituti di diritto canonico e da altri atteggiamenti di “politica ecclesiastica” affini o comunque simili sotto vari aspetti. Se ne prenderanno in considerazione due⁵¹, i cui confini sostanziali ed applicativi con la figura di cui si tratta sono particolarmente labili.

7.1. Il cd. silenzio economico

Una prima differenziazione va fatta con il cd. silenzio economico⁵² o *taciturnitas*⁵³, definibile un istituto di politica ecclesiastica o, meglio ancora, un atteggiamento prudenziale dell’autorità ecclesiastica. Può accadere, infatti, talvolta, che all’interno della Chiesa nascano e si sviluppino prassi, strutture di vita associativa, forme culturali, metodi di proselitismo la cui corrispondenza con la disciplina canonica, con la tradizione e col costume consolidato può apparire dubbia. In tali casi un giudizio di approvazione o di riprovazione, e una conseguente deliberazione con provvedimenti “ufficiali”, potrebbe risultare avventato o quanto meno intempestivo. Può anche accadere che in ambito dottrinale scaturiscano, sempre in seno alla Chiesa, correnti di pensiero innovatrici

⁵¹ Si prenderanno come termine di paragone gli istituti del cd. silenzio economico e della dispensa che permetteranno, con le loro differenze, di mettere a fuoco più chiaramente gli anzi delineati elementi della *dissimulatio*. Non si tratterà, invece, della *tolerantia* ritenendo quest’ultima una forma speciale di *dissimulatio* nei rapporti tra Stato e Chiesa e dunque non particolarmente utile al fine che il presente saggio si è proposto.

⁵² Cfr. Ch. Lefebvre, *La dissimulation*, cit., col. 1306.

⁵³ Sull’accezione in tal senso del termine *taciturnitas* vedasi, ancora una volta, G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell’ordinamento canonico*, cit., pp. 100-101; P. G. Caron, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)*, cit., p. 715; F.J. de Ayala, *Silencio y manifestación de voluntad en Derecho canónico*, in *Ius Canonicum* I (1961), pp. 61 ss.; C. Magni, *Il silenzio nel diritto canonico*, in *Rivista di diritto privato* 1934, pp. 50-90 e 113-156; E. Labandeira, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, pp. 426 ss. Per una ricostruzione dell’istituto nel diritto amministrativo canonico si veda invece A. Bettetini, *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova 1999, esp. pp. 20-22; Id., *Silencio administrativo (voce)*, in *Diccionario General de Derecho Canónico* VII (2012), pp. 314-317.

– e contrastanti con altre ben note e consolidate – rispetto alle quali è difficile prendere una posizione netta.

Orbene proprio queste sono le ipotesi che si suole far rientrare nell'istituto del cd. silenzio economico o *taciturnitas*, ad indicare che la Chiesa tace perché non vuol prendere posizione, pur se sia sollecitata a pronunciarsi per esempio in favore dell'una o dell'altra di correnti dottrinali contrastanti.

Le suddette ipotesi, però, nulla hanno a che vedere con la dissimulazione, poiché in questi casi si tratta semplicemente, come si spiegava poc'anzi, di un atteggiamento prudenziale dell'autorità, definibile certo in sede di "politica ecclesiastica", ma, probabilmente, indifferente – ossia non comportante effetti – dal punto di vista giuridico.

7.2. La dispensa

Un'altra e ben più delicata differenziazione deve essere fatta tra la *dissimulatio* e un istituto, pure di antichissime origini, di diritto (amministrativo) canonico: la dispensa⁵⁴. Al proposito è da ricordare che parte della dottrina, richiamando quella decretalistica che non distingueva fra l'una e l'altra e anzi faceva della prima una *species* della seconda, ancora in tempi recenti ha ravvisato nella dissimulazione proprio una forma di dispensa⁵⁵.

⁵⁴ R. Naz, *Dispense (voce)*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, IV, Paris 1949, col. 1285; E. Baura, *C. 85 (voce)*, in *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. I, Pamplona 1996, p. 679; Id., *La dispensa canonica dalla legge*, Milano, 1997; J. Miras – J. Canosa – E. Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007, pp. 293 ss.

⁵⁵ Cfr. I. Sallent, *La dissimulatio en el Derecho canónico hasta las compilaciones antiguas*, in *Cuadernos de Trabajos de Derecho*, III, Madrid 1953, pp. 183 ss. Si noti inoltre che gran parte dei manuali di diritto canonico successivi al Codice del 1917 e che trattino della dissimulazione lo fanno proprio nella parte dedicata alla dispensa per distinguere i due istituti. Così, ad esempio, M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, I, Taurini 1928, p. 103; C. Berutti, *Institutiones iuris canonici*, I, Taurini-Romae 1936, p. 168; o anche E.F. Regatillo, *Institutiones iuris canonici*, I, 7^a ed., Santander 1963, p. 134. Comunque già il citato volume di A. Beier – C. Heideck, *Iustitia prudens et benigna, seu disputatio iuridica de dissimulatione*, dedicava ampio spazio ad illustrare le differenze tra l'istituto della dissimulazione e quello della dispensa.

In realtà si ritiene che la dogmatica canonistica moderna permetta di chiarire, senza ombra di dubbio, che si tratta di due istituti giuridici distinti ed autonomi l'uno rispetto all'altro, e che non possa assolutamente pensarsi alla dissimulazione come a un provvedimento attributivo di diritti quale è, appunto, la dispensa.

Alcuni aspetti aiuteranno a comprendere le differenze tra i due istituti, entrambi certo riconducibili ai provvedimenti amministrativi singolari.

Si è visto, almeno nelle sue linee essenziali, la sostanza della dissimulazione. Dal canto suo, ai sensi del can. 85 del Codice di diritto canonico possiamo definire la dispensa come quel provvedimento amministrativo singolare con cui l'autorità ecclesiastica competente esonera dall'osservanza di una legge puramente ecclesiastica in un caso particolare in presenza di una causa adeguata⁵⁶. Si tratta, dunque, di una forma di *relaxatio legis*, cioè di "allentamento" della legge in un caso particolare e per una causa adeguata che permette di imprimere, assieme ad altri istituti tra i quali, *in primis*, gli altri atti amministrativi singolari, elasticità all'ordinamento canonico⁵⁷.

7.2.1. Codificazione

Innanzitutto, una prima differenza balza subito in evidenza: la dispensa ha trovato un suo posto nella codificazione canonica e la dissimulazione no. Per quanto, dunque, anche la dispensa presenti una notevole complessità e varietà sia di caratteristiche formali che di campo di applicazione, il legislatore canonico è comunque riuscito a ricavarne una disciplina, positivamente tradotta in norme giuridiche, al contrario di quanto è accaduto per la *dissimulatio*.

7.2.2. Aspetto temporale

⁵⁶ Sul concetto di dispensa si vedano, *ex multis*, la fondamentale opera di J. Brys, *De dispensatione in iure canonico*, cit.; R. Naz, *Dispense (voce)*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, col. 1285-1286, nonché, in tempi più recenti, F. J. Urrutia, *Sens juridique des termes: autorisation, faculté, dispense*, in *Les cahiers du droit ecclésial* 5 (1988), pp. 1 ss.; E. Baura, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997;

⁵⁷ O. Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., p. 80. Sui concetti di elasticità della norma ed elasticità dell'ordinamento cfr. in particolare le pp. 77-78.

In secondo luogo, una diversità sul piano temporale è anche immediatamente percettibile: la dissimulazione è sempre *post factum*⁵⁸ mentre la dispensa non solo può essere, ma di regola deve essere ed è *ante factum*⁵⁹. Deve infatti considerarsi che fin quando nulla di antiggiuridico si è verificato, non c'è né la possibilità di dare (o non dare) corso a sanzioni, né la possibilità di istituire una comparazione fra maggiore e minor male: in altre parole non vi è nulla da dissimulare. Invece il concetto di “esonero” contiene in sé l'idea che la dispensa intervenga prima che il fatto o il comportamento sia posto in essere.

7.2.3. Sfera giuridica del soggetto

Dal punto di vista delle facoltà giuridiche, poi, la dissimulazione, al contrario della dispensa, non dilata la sfera giuridica del soggetto dell'atto dissimulato⁶⁰. Vero è che essa non è qualificabile soltanto come finta

⁵⁸ Anche per questo verso non è mancato il tentativo di costruire una categoria di *dissimulationes ante factum*, e di rintracciarne la corrispondenza in alcune fonti. *Ante factum* sarebbe essenzialmente la *dissimulatio legis* (Di Pauli, *Dissimulare poteris*, cit., p. 255.). Ma non può non suscitare perplessità l'ipotesi che, di fronte alla mera futura eventualità di un'infrazione della legge, l'Autorità ecclesiastica in anticipo provveda a dissimulare piuttosto che a prevenire ed a mantenere l'osservanza della legge. In realtà già il Sanchez al proposito ipotizzò che il confessore possa prudentemente dissimulare l'impedimento matrimoniale al penitente anche *ante matrimonium contractum*, se preveda che il soggetto *laesa conscientia matrimonium sit contracturus*, ovvero che *magno scandalo suborto possit a matrimoni contractu desistere*. Qui la dissimulazione sembrerebbe preventiva rispetto al comportamento antiggiuridico futuro, ma, a ben vedere, le cose non stanno precisamente così, perché quel comportamento, rispetto al foro interno (e cioè come atteggiamento spirituale di deliberazione sostanzialmente antiggiuridica, sebbene non anche formalmente, giacché se fosse tale anche formalmente, dissimulare in foro interno non si potrebbe più) non è meramente futuro, bensì presente, già in atto; in atto è il fenomeno della coscienza — erroneamente — tranquilla, inconsapevole; e tale la dissimulazione concorre a mantenerla per ovviare a probabili più gravi inconvenienti, ossia — per stare alle parole del Sanchez — all'insorgere dello scandalo in un caso, alla celebrazione delle nozze *laesa conscientia* nel caso contrario; cfr. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 97 ss.

⁵⁹ Cfr. R. Naz, *Dispense (voce)*, cit., col. 1285-1286.

⁶⁰ *Contra* quanti invece ritengono che, in qualche modo, la dissimulazione viene invece a dilatare la sfera giuridica del soggetto. Tra essi, pur con posizioni differenti, cfr. Van Hove, *De privilegiis - De dispensationibus*, Romae 1939, n. 334, p. 313; Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., col. 1306 (con considerazioni che però sembrano contrastare con il

ignoranza ma si attua nella disapplicazione, resa possibile e attuata grazie alla finta ignoranza delle sanzioni che l'antigiuridicità del fatto perpetrato imporrebbe. Tale disapplicazione tuttavia non attribuisce al soggetto dell'atto dissimulato – ossia a colui che ha attuato la condotta antigiuridica – alcun diritto, alcun potere, alcuna facoltà giuridicamente apprezzabile. Si è detto che dissimulando l'autorità ecclesiastica omette di prender provvedimenti sanzionatori, “dis-applica” la norma che dispone sanzioni a carico dell'autore di un comportamento antigiuridico. Ne discende che il soggetto del comportamento dissimulato si trova ad essere, di fatto, esente da sanzioni, come se il superiore ecclesiastico realmente ignorasse il comportamento *contra ius* a lui imputabile. Al contrario, la dispensa permette al soggetto di fare qualcosa che altrimenti, senza il provvedimento amministrativo singolare, non potrebbe compiere e dunque elimina, per quel caso concreto, la contraddittorietà tra l'atto o il fatto e l'ordinamento.

Ancora e conseguentemente se, con la dissimulazione, non svanisce tale contraddittorietà e quindi neppure si ha un arricchimento della sfera giuridica del suo autore, questi non acquista alcun diritto né può vantare alcuna pretesa di continuare a beneficiare dell'atteggiamento elusivo da parte del superiore ecclesiastico. Ciò spiega il carattere provvisorio della dissimulazione⁶¹ che costituisce un ulteriore elemento che la distingue dalla dispensa, la quale, invece, tendenzialmente fa acquisire al soggetto un diritto in qualche modo permanente.

7.2.4. Conoscenza da parte del soggetto

Altra importante differenza tra i due istituti consiste nel fatto che per la dissimulazione non è affatto necessario che il soggetto che abbia posto in essere il comportamento da dissimulare conosca la deliberazione dell'autorità: anzi è probabile che egli ignori che il superiore sia al corrente della condotta antigiuridica che ha posto in essere. Dal proprio

precedente scritto del Lefebvre, *La dissimulation et la dispense tacite*, cit., pp. 625-626); M. Conte da Coronata, *Institutiones iuris canonici*, I, Taurini 1928, n. 108, p. 103: «*Lex in caso dissimulationis vim suam moralem retinet. Lex, iuridica dissimulatione, fit realiter lex mere ethica*».

⁶¹ G. Michiels, *Normae generales juris canonici*, p. 681.

canto, poi, il superiore può del tutto discrezionalmente, senza che al soggetto a lui sottoposto sia riconosciuto alcun diritto ad opporsi o a lamentarsi in qualche modo, porre fine al proprio atteggiamento dissimulatorio se e nel momento in cui vengano meno le ragioni di quel male minore che in un primo momento lo avevano indotto a dissimulare.

Tutto ciò è ben comprensibile se non si dimentica che la *ratio* della dissimulazione nel foro esterno può basarsi sulla considerazione di un interesse non dello stesso autore dell'atto dissimulato ma di terzi, ad esempio della collettività, come quando si teme, quale maggior male, il dilagare di uno scandalo. Si prenda il caso in cui sanzionare un determinato e grave comportamento lo porterebbe a conoscenza della collettività che invece lo ignora e l'autorità ritiene che sia meglio mantenere questa situazione di ignoranza. Se la notizia del fatto si diffondesse ugualmente, la ragion d'essere del dissimulare verrebbe meno ed anzi potrebbe verificarsi il contrario, ossia l'eventuale inerzia dell'autorità ecclesiastica potrebbe tramutarsi in ragione di scandalo: il *maius malum* consisterebbe proprio nell'opposto.

Tutto ciò ci conferma anche e ancora una volta che l'autorità ecclesiastica, dissimulando un fatto o un atto, non ne elimina l'antigiuridicità, diversamente da quanto avviene con la dispensa *post factum*, la situazione di antigiuridicità di quel fatto o atto. Se, infatti, la dissimulazione facesse venire meno l'antigiuridicità del fatto o dell'atto, non si intravederebbe la *ratio* del giudizio di comparazione fra due diversi *mala* che sta alla radice dell'istituto. E se appunto si dissimula allo scopo di scongiurare un male maggiore, ciò presuppone che anche l'altra alternativa, che si sopporta, continua ad esser valutata come illecita o comunque *contra legem*⁶²; il che è del tutto estraneo alla concezione della dispensa.

Ancora: se si dissimula allo scopo di scongiurare un male maggiore, mezzo sufficiente al raggiungimento di tale risultato è quello di non affrontare direttamente l'atto che costituisce un turbamento della

⁶² Invero, considerando questo aspetto di scelta tra i due *mala*, codificato già dal Trocheo nel XVI secolo (cfr. "*inter duo mala minus turpe est eligendum*"; Joannes Rogeraius Trochaeus, *De Officio iudicum in causis capitalibus ex bono et aequo decidendis v.*, Lugduni 1550, p. 96), emerge pienamente come l'istituto sia a servizio della salvezza delle anime, addirittura arrivando a temperare la norma morale di origine tomista "*Inter duo mala nullum est eligendum*".

disciplina, senza che occorra supporre che da esso si sottragga — ove pur fosse possibile — la connotazione di anti giuridicità. Non affrontare direttamente significa che, pur dissimulando, la Chiesa non si preclude affatto l'impiego di altri mezzi indiretti, ad esempio esortativi, pur sempre efficaci a sollecitare i fedeli a rientrare nell'ordine⁶³.

7.2.5. Diritto naturale

Si è già detto e sottolineato più volte che gli atti e i comportamenti suscettibili di essere dissimulati sono i più vari, compresi anche i delitti, relativamente ai quali, soprattutto se si tratti di violazione di un precetto di diritto naturale, la stessa suprema autorità della Chiesa non potrebbe mai scriminare il fatto mutandone la qualificazione. Infatti ci sono fatti la cui anti giuridicità può essere emendata dal Sommo Pontefice e altri che invece sono sottratti anche alla Sua suprema potestà.

Invece, fra i comportamenti suscettibili di dissimulazione se ne possono ravvisare, nelle fonti, taluni che la Chiesa mai potrebbe valutare non sfavorevolmente o privare della loro anti giuridicità o cancellare il loro carattere delittuoso.

Deve allora ammettersi che la dissimulazione, a differenza di quanto vale per la dispensa, possa applicarsi anche a comportamenti lesivi della legge naturale⁶⁴: del resto ciò non apparirà incomprensibile se si tiene a mente che la dissimulazione è quel comportamento meramente omissivo dell'autorità a seguito del quale la condotta del suddito non risulta meno difforme dall'ordinamento di quanto prima non fosse. Inoltre, la dissimulazione non può produrre conseguenze diverse a seconda dell'indole dei comportamenti dissimulati.

⁶³ Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., col. 1297.

⁶⁴ Cfr. G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 82 ss. L'A. ritiene che giunga implicitamente alla stessa conclusione Ch. Lefebvre, *Dissimulation*, cit., col. 1306 ma in realtà a chi scrive pare che il giurista francese non entri in argomento. A proposito della dissimulabilità di comportamenti lesivi della legge naturale cfr. anche N. Nilles, *Tolerari Potest. De iuridico valore decreti tolerantiae commentarius*, in *Zeitschrift für katholische Theologie*, 16 o 17 ? (1893), p. 251, nn. 10 e 13, che però tratta più specificamente dell'istituto della tolleranza; H. Pree, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, cit., p. 413 (l'A. parla espressamente di diritto divino).

In merito alla violazione di norme di diritto naturale che viene dissimulata, si può certamente ipotizzare, da parte dell'autorità, un mero *pati*, un mero difetto di repressione di fatti riprovati dalla stessa legge, come del resto appare chiaro dal c. 1 Dist. XIII del concilio toletano: *Adversus ius naturale nulla dispensatio admittitur, nisi forte duo mala ita urgeant, ut alterum eorum, necesse sit eligi*. Dunque, contro il diritto naturale è esclusa la dispensa ma non la *dissimulatio*, cui si fa luogo a seguito della *electio ex necessitate*. Il principio della scelta del minor male (*quod minori nexu noscitur obligare*) è enunciato nei termini più generali, senza riserve o limitazioni. E poiché anche nell'ordine della legge naturale si dà una gerarchia, una graduazione di beni, di valori da essa promossi e difesi, così è che pur in quest'ambito è possibile una comparazione fra comportamenti entrambi lesivi di tale ordine, e quindi una *comparativa permissio* del minore fra essi.

8. Elasticità dell'ordinamento canonico

Quanto detto fino ad ora rende ben evidente perché la dottrina ritiene che la *dissimulatio*, forse più di ogni altro istituto, consenta di comprendere l'elasticità della legge canonica⁶⁵.

Si deve, infatti, sempre avere presente che per il diritto canonico valgono principi (parzialmente) diversi rispetto a quelli statuali⁶⁶, che non lo

⁶⁵ Al proposito cfr., tra gli altri, P. Bellini, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico* I (1957), pp. 121 ss.; P. Fedele, *L'elasticità del diritto canonico*, in Id., *Discorsi sul diritto canonico*, Roma 1973, pp. 39 ss.; J. Fornés, *Legalidad y flexibilidad en el ejercicio de la potestad eclesiástica*, in *Ius Canonicum*, 75 (1998), p. 143; O. Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., pp. 77 ss. ed in particolare p. 83; G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 34 ss.; H. Pree, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae* 12 (2000), pp. 375-418.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, P.A. d'Avack, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1980, pp. 69 ss.; C.J. Errazuriz, *Verità e giustizia, legge e coscienza nella Chiesa: il diritto canonico alla luce dell'Enciclica Veritatis Splendor*, in *Ius Ecclesiae* 7 (1995), pp. 277-292; C.J. Errazuriz e L. Navarro (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Milano 2000; P. Fedele, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; G. Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Milano-Roma 1990, pp. ; O. Giacchi, *La norma nel diritto canonico*, in *Ephemerides iuris canonici* 1-2 (1977), pp. ora in Id., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica* (1933-

irrigidiscono ma, al contrario, gli imprimono una speciale elasticità, caratterizzandolo come sistema dinamico in considerazione della priorità che in esso ha la tutela dei diritti della persona e il suo bene spirituale o *salus animae*. Come ha puntualmente sottolineato il Del Giudice, infatti, il diritto canonico è “*filosoficamente basato sul concetto aristotelico della giustizia generale e particolare, elaborato dalla scolastica, e assolutisticamente ordinato*”⁶⁷.

Certo anche nell'ordinamento della Chiesa vige il principio della legge uguale per tutti. Non solo: ancora più che negli ordinamenti civili, in quello canonico si ha un nucleo intangibile di valori da salvaguardare, e quindi di precetti da far rispettare: quelli integranti il *ius divinum* (e tuttavia, come si è visto, può darsi dissimulazione anche rispetto a comportamenti contrastanti con esso). La regola uniforme, però, non è fine a se stessa ma un mezzo per il conseguimento dei fini dell'ordinamento⁶⁸. Tale presupposto non esclude affatto, ma anzi presuppone possibile, che in determinate circostanze l'osservanza della legge possa non essere utile al perseguimento dei fini della Chiesa ed anzi risultare addirittura contrastante con la ragion stessa per cui la legge fu dettata. Proprio in queste circostanze si inserisce la dissimulazione⁶⁹.

1980), vol. I, Milano 1981, pp. 209 ss.; R. Sobanski, *La Chiesa e il suo Diritto. Realtà teologica e giuridica del Diritto ecclesiale*, Torino, 1993.

⁶⁷ V. Del Giudice, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, in AAVV, *Studi in memoria del prof. F. Innamorati*, Perugia 1932, p. 233.

⁶⁸ Afferma l'Oesterlé, *De relatione inter forum externum et internum*, in *Apollinaris* XIX (1946), p. 67: *Suprema lex etiam pro cultoribus legum ecclesiasticarum est salus animarum. Unde disciplina iuris canonici non existit propter semetipsam; unde non habet finem ultimum in semetipsa; unde non est nata, unice ad hunc scopum: constituendi ex omnibus baptizatis unum corpus iuridicum seu constituendi Ecclesiam a Christo fundatam tamquam Institutum mere iuridicum, sed omnibus normis legibusque ad id denique tendit — finis ultimus — potissimumque — finis principalis, ut homines gratia Dei sancti effecti vivant et moriantur.*

⁶⁹ Può ricordarsi qui quanto scrive il D'Avack, *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della chiesa*, in *Archivio di Diritto Ecclesiastico* V (1943), p. 21: «*Allorché una determinata norma nella sua applicazione pratica risulti effettivamente peccati enutritiva ed occasione di un certo o probabile periculum animarum, è già il diritto stesso positivo che con la sua caratteristica nota dell'elasticità e con i molteplici peculiari istituti in cui essa si concreta (dispensationes, privilegia, licentiae, tolerantiae, dissimulationes, etc.) offre i mezzi per procedere a temperamenti equitativi o addirittura a vere relaxationes della norma stessa.*».

L'autorità ecclesiastica ha allora il potere-dovere di porre in atto le sanzioni o di astenersene, indulgendo a comportamenti antigiuridici che pur la legge prevede passibili delle varie sanzioni: inflizioni di pene, rimozioni da uffici, censure, declaratorie *ex officio* della nullità di determinati atti, etc.

9. Uniformità e varietà

Certamente anche nel diritto canonico deve ritenersi fondamentale il principio di uguaglianza di tutti i fedeli, ma esso va sempre inteso nel senso per cui può e deve riconoscersi a ciascuno quanto possa – senza nocimento altrui – prevedersi utile e giovevole alla sua *salus animarum*⁷⁰, che resta il fine ultimo ed imprescindibile della Chiesa.

In altri termini non può, nella Chiesa (ed invero forse non potrebbe né dovrebbe anche nei cd. ordinamenti civili), riconoscersi come un'istanza ideale, una meta da raggiungere e, raggiunta, da tener ferma ad ogni costo quella della instaurazione di un regime di uguaglianza formale dei fedeli che, riducendo al minimo le eccezioni, attribuisca a tutti una pari quantità di diritti e poteri, oneri ed obblighi⁷¹.

Altrove, il D'Avack stesso, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Concetto, metodologia e fonti*, Firenze 1943, p.193, riprendendo il tema dell'elasticità del diritto canonico, caratteristica della quale considera la dissimulazione e la tolleranza come altrettante manifestazioni, scrive: «*Indubbiamente un tale sistema non manca di ripercuotersi e di inferire il più grave colpo al principio della certezza e della stabilità del diritto, distruggendo ogni criterio rigidamente formale, ed alterando e menomando tutto il c.d. positivismo giuridico del sistema; certo esso rappresenta una sua singolare peculiarità, di cui non si può tralasciare di tenere tutto il debito conto, non solo per le innumerevoli conseguenze teoriche e pratiche che ne scaturiscono, ma anche e soprattutto perché essa viene a costituire una sua vera insopprimibile esigenza, intimamente connaturata alla sua essenza, ai suoi caratteri e alle sue finalità*». In ciò conviene pure P. Fedele, *Consideraciones sobre la dispensa y sobre otras instituciones en la ordinación canónica*, cit., p. 22, il quale dopo aver detto esser assai problematico tirare una netta linea di demarcazione fra dispensa, *absolutio*, *licentia*, dissimulazione, tolleranza, essendo questi istituti più o meno tangibili, afferma che tutte queste figure corrispondono all'obiettivo di conferir la massima elasticità all'ordinamento canonico.

⁷⁰ Cfr. nota 37.

⁷¹ Al proposito si vedano, con riferimento ai problemi posti ai nostri giorni dal fenomeno dell'immigrazione, le considerazioni svolte da A. Sammassimo,

Ancora: certamente anche nell'ordinamento canonico vige il principio della generalità della legge sicuramente per ragioni che potremmo definire "pratiche" ma anche e soprattutto perché la disciplina da esso risultante si identifica quale quella normalmente più idonea al raggiungimento della *salus animarum*.

Deve, però, essere considerato il fatto che il popolo di Dio non ha confini né spaziali⁷² né temporali⁷³ e ciò comporta ed impone che la gerarchia

Multiculturalismo religiosamente caratterizzato e diritti fondamentali: la necessità di un "codice comune e condiviso", in Jus. Rivista di Scienze Giuridiche 3 (2018), pp. 459 ss.

⁷² Possono infatti aversi prassi e comportamenti che sarebbero giudicati intollerabili violazioni della legge e quindi repressi se posti in essere in un determinato ambiente mentre in uno diverso l'autorità ecclesiastica li sopporti per il minor male. Una puntuale applicazione di quanto si viene dicendo è possibile cogliere nel c. 20, *Quaedam lex*, Causa XXXV, qu. II-III in cui *Anglis permittitur ut in quarta vel in quinta generatione copulentur*. Or ecco che l'arcivescovo di Messina ne fa ragion di meraviglia, chiede conferma della notizia avutane, ed interroga il pontefice se si tratti di concessione d'indole generale. *Quod scripsi*, gli vien risposto, *Augustino Anglorum gentis episcopo, ipsi et Anglorum genti, quae nuper ad fidem venerat, ne a bono quod coeperat, metuendo austeriora recederet, specialiter, et non generaliter coeteris me certissime scripsisse cognoscas*. Non si compromette così la legge nella sua generalità (*ex tali coniugio sobolem non posse succrescere*), e pertanto non si introduce neppure un vero e proprio regime speciale, che esigerebbe indeclinabilmente, alla sua base, una valutazione di conformità agli scopi dell'ordinamento non minore di quella inerente alla norma generale: semplicemente si disapplica questa, che pur continuerà a costituire il paradigma del reggimento dei fedeli ed alla quale costoro debbono esser man mano condotti o ricondotti, grazie ad un provvedimento inteso a lasciar luogo ad una diversa prassi. Al proposito cfr. Suarez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Lugduni 1613, Lib. I, cap. 20, n. 3-4, p. 55: *Hic mutationis modus locum habet in materia mutabili, et quae nunc potest -esse utilis et postea nociva... Potest haec mutatio legis esse universalis, vel particularis tantum... Particularis autem mutatio fit, quando munente lege quoad universalem obligationem respectu communitatis, aufertur in particulari respectu alicuius personae, seu partis communitatis ut fieri solet per dispensationes aut privilegia*.

⁷³ Così pure da tempo a tempo possono variare i comportamenti dei fedeli, più o meno difforni dalla regolarità della disciplina ecclesiastica, che la Chiesa si trova nella necessità di sopportare e, sia pur solo comparativamente, permettere: tanto dichiara esplicitamente il c. 6, *Necessaria*, Causa I, qu. VII: *Pro temporum necessitate Apostolicae sedis decreta temperantur*. Pratiche ed abusi un tempo tollerati o dissimulati possono successivamente essere puniti ed estirpati. Le Decretali ce ne ricordano parecchi, quali la lettura del futuro nei libri sacri, la pluralità di benefici, le nozze di chierici, etc. Ecco un esempio illustrativo. La *Instructio 30 aprile 1841, Afemores officii*, nota sotto il nome di *Instructio Lambruschini, De matrironiis mixtis, Ad primatem, archiepiscopos et episcopos in Hungariae regno*, in *Acta*

ecclesiastica debba essere in grado di adattare la propria concreta azione di governo alle esigenze che di volta in volta si fanno sentire nei diversi ambienti, alle condizioni di vita che da luogo a luogo, da tempo a tempo possono esser assai diverse⁷⁴. La *communitas fidelium*, in altri termini, proprio a causa della sua illimitatezza sia spaziale che temporale, è, sotto molti aspetti, la comunità meno uniforme che si possa pensare, cosicché a questa condizione di cose occorre far fronte con un sano senso realistico e con la consapevolezza dei limiti del possibile.

La logica conclusione di questo dato di fatto è che nell'ordinamento canonico è fondamentale la costante ricerca di equilibrio, del punto di incontro, tra due spinte contrastanti. Da un lato vi è l'esigenza di una disciplina comune uniforme, giustificata non solo dall'identità dei caratteri fondamentali propri a tutta la stirpe umana (diritto naturale); non solo dall'identità del comune fine e destino proposto a tutti gli uomini (diritto divino positivo); ma altresì dall'individuazione di una disciplina ecclesiastica che tradizione, esperienza e ragione fanno ravvisare la più idonea al raggiungimento di quel fine⁷⁵.

Dall'altro lato vi sono però le "*humanae naturae varietates et machinationes eius inopinabiles*"⁷⁶, la consapevolezza che la legge positiva non sempre e non dovunque può essere applicata in uguale modo comportando un uguale con egual successo.

Questo pone un costante problema di mediazione, di contemperamento che richiede una soluzione la quale senza infirmare né compromettere il valore sostanziale della legge canonica, senza oscurarne la dignità di paradigma indicativo del comportamento più conforme ai fini della

Gregorii Papae XVI, vol. III, n. 86, Romae 1902, p. 125 dichiara tollerabile la prassi che il parroco assista ai matrimoni misti, *neglectis cautionibus*. Per contro il decreto del S. Ufficio, *De cautionibus in mixtis nuptiis praestandis* del 13 gennaio 1932, in *Acta Apostolicae Sedis*, XXIV (1932), p. 25 segna un irrigidimento su questo punto della disciplina matrimoniale, e, remota qualsiasi eccezione, richiama i vescovi e i parroci nell'ipotesi del can. 1044 *ne dispensationes huiusmodi numquam impertiantur, nisi praestitis antea a nupturientibus cautionibus, quarum fidelem, executionem, etiam vi legum eivilium, quibus alteruter subiectus sit, nemo praepedire valeat, se ipsa dispensatio sit prorsus nulla et invalida*.

⁷⁴ J. Miñambres (a cura di), *Diritto canonico e culture giuridiche. Nel centenario del Codex iuris canonici del 1917*, Roma 2019.

⁷⁵ G. Olivero, *Dissimulazione e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 25.

⁷⁶ *Clementinarum Proemium*.

società ecclesiastica, tenga conto dei molteplici ostacoli che si possono frapporre al mantenimento dell'uniformità della disciplina.

In tale contesto la *dissimulatio* scaturisce dall'esigenza di misericordia⁷⁷ che la Chiesa e il suo diritto devono avere nel considerare il singolo in un caso concreto. Non solo: essa scaturisce dall'obbligo che la stessa autorità ecclesiastica ha di aiutare il singolo ad uscire da una situazione negativa ed evitare al contempo uno scandalo.

Proprio perché scaturisce dalla misericordia, essa ha limiti di applicazione che temperano le eventuali conseguenze riguardanti posizione soggettive di terzi o lo sconcerto che l'atteggiamento omissivo potrebbe provocare nella comunità dei fedeli: infatti opera solo quando chi avrebbe dovuto esperire l'azione ha omesso di farlo, e può essere attivata qualora non vi sia una *ratio scandali*.

10. Centralità della persona

È stato correttamente ed autorevolmente affermato⁷⁸ che la dissimulazione costituisce un punto di osservazione privilegiato per l'indagine sui caratteri fondamentali dell'ordinamento canonico in quanto mostra l'estrema rilevanza attribuita dall'ordinamento alla persona, alla singola persona.

La dissimulazione, infatti, non opera a seguito o in conseguenza di meriti riconoscibili al fedele ma, al contrario, in conseguenza di un suo comportamento anti-giuridico. Ciò fa ben comprendere come il singolo sia all'apice delle preoccupazioni del legislatore e come il risultato di salvare anche una sola anima possa giustificare una larga elasticità nella disciplina generale della Chiesa.

⁷⁷ Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., p. 83. Sul rapporto tra diritto e misericordia si vedano, in particolare, i contributi pubblicati su *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* 2 (2017): G. Forti, *Bagliori nel "vetro" giuridico dal mare della misericordia*, pp. 111 ss; L. Eusebi, *Misericordia: "superamento" del diritto o "dimensione" della giustizia?*, pp. 129 ss.; A. Bettetini, *Giustizia e misericordia nel diritto della Chiesa*, pp. 139 ss.; R. Palavera, *"Non sacrificio"*. *Spigolature canonisti che dal Vangelo secondo Matteo*, pp. 209 ss.

⁷⁸ P. Fedele, *Consideraciones sobre la dispense y sobre otras instituciones en la ordinación canónica*, cit., p. 23.

Si badi che la Chiesa dissimula anche là dove non le mancherebbe il potere materiale di ottenere il rigoroso rispetto dell'ordinamento, dove non le sarebbe difficile imporre la sanzione e ripristinare la situazione di diritto. Invece preferisce essere e mostrarsi remissiva in considerazione di una *necessitas*, di un ostacolo (per nulla insormontabile e che le legittime sanzioni ben potrebbero infrangere) che si frappone al pieno dispiegarsi della disciplina ecclesiastica.

Il c. 6 *Causa I*, qu. VII tratta di *necessitas temporum*: essa va intesa piuttosto come necessità “condizionante”⁷⁹, alla quale ci si piega per la consapevolezza che il perseguire la puntuale osservanza della legge provocherebbe mali maggiori d'indole schiettamente spirituale: basti pensare all'eventualità di uno scisma, di un esodo dalla Chiesa di gruppi rilevanti di fedeli, ma anche alla possibilità di uno scandalo anche a carattere locale, ovvero ancora all'eventuale nocimento di un'anima sola. Ed è ben al cospetto di tali esigenze del tutto o comunque prevalentemente spirituali che si legittima il criterio del minor male *ad peiora vitanda*.

Si è detto già nell'introduzione che il problema di inquadramento di questo istituto in una disciplina puntuale e rigorosa deriva innanzitutto dalla difficoltà di prevederne, *a priori* e con precisione, confini e modalità di applicazione: lo si ribadisce ora, alla conclusione di queste riflessioni, sottolineando pure che i criteri di valutazione che emergono dalle fonti spesso sono in un certo senso “sovvertiti”, come se seguissero una logica al contrario.

Può infatti accadere che venga dissimulato il comportamento del ribelle inveterato mentre venga legittimamente punito chi, avendo sempre avuto una condotta specchiata, cada in fallo⁸⁰. Ne risulta che il rapporto

⁷⁹ G. Olivero, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, cit., p. 30.

⁸⁰ Un esempio ben significativo in questo senso è un responso di Alessandro III che può leggersi nella *Compilatio I: Significatum est nobis, quod quidam subdiaconi in tua diocesi existentes vel commorantes matrimonia contrahere presumpserunt*. Queste le direttive del Pontefice per la trattazione del caso: *mandamus, quatinus cuiusmodae vitae subdiaconi illi ante contractum matrimonium extiterint et quales futuri creduntur, si uxores dimiserint, diligenter ac studiose inquiratis, et si eos honestae vitae ante contractum matrimonium fuisse, aut dimessi illis, que uxores eorum esse dicuntur, caste victuros credideris, tu ipsos mulieres a se dimittere moneas diligentius et districte compellas. Si autem antea dissolutae vitae fuerint, aut illis, quas tenent*

consueto fra intensità di colpa e sanzione risulti rovesciato, inversamente proporzionale, secondo un criterio di giustizia che si giustifica solo se non si perde di vista quello che è il fine ultimo della Chiesa e cioè la *salus animarum*.

Conclusioni

Quella della disapplicazione di una disposizione normativa nel caso concreto è questione atavica, delicata e complessa che non riguarda solo l'ordinamento canonico ma tutti gli ordinamenti positivi, compreso quello internazionale⁸¹.

Anche gli studiosi dei diritti statuali si sono trovati e si trovano, dunque, ad avvertire, nell'ambito dei propri ordinamenti, il ricorrere di esigenze simili a quelle cui la Chiesa fa fronte con la dissimulazione e a (dover) riflettere sulle ripercussioni che ne derivano.

Nell'ambito della visione istituzionalistica del diritto è stato sottolineato che la necessità (o effettività) è non solo un'autonoma fonte di diritto ma addirittura la fonte primigenia, e una norma deve essere disapplicata quando la sua osservanza possa essere nociva⁸².

In filosofia del diritto è stato sostenuto che laddove la legge scritta sia incompatibile con i principi di giustizia sostanziale «ad un livello intollerabile», o la legge statutaria sia stata posta in essere esplicitamente in aperto contrasto con «il principio di uguaglianza che costituisce il fondamento di tutta la giustizia», la legge statutaria deve essere

dimissis, in deteriora lapsuri creduntur et plures pro una frequentare, tu id dissimulare poteris et pro graviori lapsu vitando, quod insimul maneant sustinere; C. 3, Comp. I, Lib. IV, tit. VI.

⁸¹ Si pensi, ad esempio, che agli inizi del XX secolo il Governo francese, alle prese con la legge del 13 luglio 1906 sul riposo settimanale, procede ad “une application largement libérale” della stessa che si sostanzia in una vera e propria disapplicazione di tutta una serie di contravvenzioni ivi previste; cfr. J. Barthélemy, *De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application*, in *Revue de Droit Public*, 1907, I, p. 295 sgg.

⁸² Cfr. la teoria della necessità nell'ordinamento giuridico di Santi Romano (cfr. nota 15) in particolare come esplicitata da A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, Milano 1980. Cfr., anche M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris 1929, I, p. 78 sgg.; e G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, I (1936), p. 414.

disapplicata dal giudice per ragioni di giustizia sostanziale⁸³. È la nota formula di Radbruch che, peraltro, si radica (quanto meno, *anche*) nell'esperienza del *diritto terribile*, aggiungendosi alle numerose ipotesi tipizzate in cui lo Stato – pur in assenza di cause di giustificazione o di ragioni di opportunità e cioè nel rispetto *della sola condizione soggettiva* – rinuncia a sanzionare anche le più gravi trasgressioni⁸⁴. Per non parlare, poi, degli ampi spazi di discrezionalità accordati *per il caso concreto* nella cornice dell'esercizio non obbligatorio dell'azione penale nella tradizione di *common law*⁸⁵ e in quella, pur più recente, ma di massimo interesse per la sua costruzione discorsiva, del diritto penale internazionale⁸⁶.

⁸³ Cfr., *ex multis*, T. Spaak, *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, in *Law and Philosophy*, 5 (2009); B. Marquardt, *Los jueces del Estado anti-constitucional: ¿es cierta la hipótesis de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera cegado éticamente a los jueces alemanes de la época nazi?*, in *Pensamiento Jurídico*, 09 (2015); S. Monteiro Martinho de Matos, *The legal hermeneutics of Gustav Radbruch*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 1 (2016); F. Mhardoqueu - G. Lima, *The search for a balance between the positivity of law and the realization of justice: a Radbruch vision*, in *Quaestio Iuris*, 05 (2018). Il principio di diritto contenuto nella cd. formula di Radbruch fu accolto dalla Corte costituzionale federale della Germania in diverse pronunce; cfr. T. Mertens, *Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice*, in *Law and Critique*, 10 (2003) ma anche R. Miller, *Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership*, in *Leiden Journal of International Law*, 09 (2001). Le teorie di Radbruch contrastavano con le teorie propugnate da Hans Kelsen e, in parte, anche da Georg Jellinek, improntate al positivismo giuridico; cfr. F. Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in *Ratio Juris*, 06/2005. Per quanto riguarda l'applicazione della suddetta formula in ambito penale si vedano G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001; G. De Francesco, *Formula de Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, in *Journal of International Criminal Justice*, 12 (2003), pp.; L. Avitabile, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, in *Archivio Penale* 1 (2008).

⁸⁴ M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 55-71 (anche in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1992); Id., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 40-54.

⁸⁵ S. Bibas, *The Need for Prosecutorial Discretion*, in *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2009, pp. 369 ss.; P. L. Markowitz, *Prosecutorial Discretion Power at Its Zenith: The Power to Protect Liberty*, in *Boston University Law Review Online*, 2017, pp. 489 ss.; F. C. Zacharias, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice*, in *Vanderbilt Law Review*, 1991, pp. 45 ss.

Gli esempi dunque di “disapplicazione di una norma” non sono mancati, non mancano e non mancheranno in futuro perché il problema è quello, sempre fondamentale in ogni ordinamento giuridico, della giustizia nel caso concreto o di una giustizia che sia la “più giusta possibile”. Del resto, non si può dimenticare che «[I]l diritto sarà differente dalla violenza se lo sarà; sarà soltanto un'altra violenza se finirà per assomigliare troppo all'oggetto che dice di voler regolare e dalla cui distanza nasce tutta la possibilità della sua differenza»⁸⁷.

Molto prima che gli ordinamenti civili moderni nascessero, il diritto canonico questo problema lo aveva già affrontato, studiato, approfondito e risolto. Aveva predisposto criteri di applicazione puntuali ed adeguati (per quanto possibile) come pure parametri di riferimento chiari ed appropriati. Aveva elaborato dogmaticamente un istituto *ad hoc* che ancora oggi continua (e possiamo presupporre largamente) ad essere applicato nell'ordinamento della Chiesa che è un ordinamento universale. Trattare di dissimulazione è oggi importante anche per un altro motivo: tale istituto, infatti, fornisce l'occasione di rimembrare e ribadire ciò che ai nostri giorni sembra caduto nell'oblio, e cioè che il diritto canonico è, assieme al diritto romano, uno dei pilastri sui quali si è costruito non solo il diritto europeo ma tutto il diritto cd. occidentale, sia continentale che di *common law*. Esso ha fornito agli ordinamenti giuridici moderni le categorie fondamentali sulle quali questi ultimi hanno potuto edificarsi ed

⁸⁶ A. K. Greenawalt, *Justice without Politics-Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2006, pp. 583 ss.; K. A. Rodman, *Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court*. *Leiden Journal of International Law*, 2009, pp. 126 ss.

⁸⁷ E. Resta, *Introduzione a Id., La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma - Bari 2006, p. XVII. Sulla questione del superamento della giustizia come contrapposizione di male contro male cfr., in tempi recenti, L. Eusebi, *Critica dell'idea di contrapposizione*, in *Parolealtre*, 2014; Id., *Su violenza e diritto penale*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 2015, p. 51 ss., ora in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 114 ss.; L. Eusebi, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica*, Bologna, 2006, pp. 57 ss., ora in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2006, pp. 1157 ss.

organizzarsi; hanno potuto costruire le loro norme, sostanziali e procedurali; hanno potuto creare la propria giurisprudenza⁸⁸.

E' la radice su cui abbiamo costruito il nostro diritto, la fonte che più di duemila anni or sono ha dato vita al principio di uguaglianza degli uomini, l'origine di quei concetti ed istituti senza i quali oggi non avremmo né potremmo avere sistemi giuridici così complessi e strutturati⁸⁹. Non solo. Il diritto canonico non ha storicamente esaurito la sua funzione perché ancora oggi esso può essere strumento di comprensione di norme vigenti, di proficua comparazione e, indubbiamente, di utile ispirazione⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. al proposito le intramontabili pagine di F. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milano 1938; Id., *Lezioni di storia del diritto italiano: le fonti del diritto (sec. V-XV)*, Milano 1946; nonché F. Ruffini, *Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1892, pp. 35 ss. e in *Scritti giuridici minori*, I, Milano 1936, pp. 5 ss.; O. Giacchi, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in *Annali della Regia Università di Macerata* 1939 e in *Foro Italiano* IV (1939), ora in Id., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Milano 1981, pp. 69 ss.; P- Fedele, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941; Id., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; G. Lo Castro, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'accordo di Villa Madama*, in *Il diritto ecclesiastico* I (1984), pp. 507 ss.; A. Bettetini, *Ancora sulla rilevanza del diritto canonico nel diritto dello Stato*, in *Ius Ecclesiae* 2001, pp. 284 ss.; Id., *Sulla relazione fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *Il diritto ecclesiastico* 3 (2003), pp.901 ss.; R. Navarro Valls, *Basi della cultura giuridica europea*, in *L'Ateneo (Notiziario dell'Università degli Studi di Torino)* 19 (2002), pp. 97 ss.

⁸⁹ Contributo che il diritto canonico può offrire agli altri ordinamenti, si intende, e che è ovviamente in linea con il contributo dell'intera dimensione giuridica dell'esperienza religiosa. Cfr. D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2006, p. 55 ss.: «la rivendicazione di rilevanza pubblica della religione è di per sé in linea col principio di laicità: che è un principio di inclusione di tutte le componenti ideali che accettino le regole della libera convivenza e confronto». Sul contributo del pensiero cristiano alle conquiste del diritto "secolarizzato", anche M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 477 ss., in particolare p. 483 ss.

⁹⁰ Al proposito si ribadisce l'importanza della presenza dello studio del diritto canonico nelle Università e nelle Facoltà di giurisprudenza e si riporta l'intervento di un civilista, il prof. Andrea Zoppini, il quale, nel volume *Diritto privato. Una conversazione* (e dunque in un contesto tutt'altro che canonistico), pubblicato assieme a Pietro Rescigno e Giorgio Resta (Bologna 2017), scrive: «... l'insegnamento universitario dovrebbe

Abstract: Dissimulation is a technical canon law concept which means something like turning a blind eye to an illegal state of affairs because it would do more harm than good to take positive action against it.

Key words: dissimulation, canon law, Papacy

*concentrarsi sulla teoria delle fonti, la teoria dell'argomentazione e altri aspetti rilevanti più sul piano metodologico che non su quello delle singole discipline di dettaglio. In questa logica, si può imparare moltissimo da un professore di diritto canonico, poiché in fondo il diritto è da intendersi in senso unitario...» (p. 203). Sull'insegnamento del diritto canonico in Italia dopo l'Unità vedasi il volume di M. Miele (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Bologna 2015.*