



Nicola Colaianni

(ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi "Aldo Moro"
di Bari, Dipartimento di Giurisprudenza)

**La decadenza del "metodo della bilateralità"
per mano (involontaria) degli infedeli ***

SOMMARIO: 1. Lo strano caso di una non-confessione religiosa che fa domanda di un'intesa con lo Stato. – 2. L'obbligo, comunque, di avviare le trattative ... – 3. ... e la semplice facoltà di concluderle – 4. La discrezionalità politica anche nell'avvio delle trattative – 5. Il riequilibrio del rapporto tra legge comune e intese – 6. La causa delle intese – 7. Il diritto comune unilaterale come garanzia dell'eguale libertà – 8. Il "metodo della bilateralità" confinato nell'angolo della produzione giuridica.

1 - Lo strano caso di una non-confessione religiosa che fa domanda di un'intesa con lo Stato

C'è un nobile decaduto tra le fonti atipiche del diritto ed è il "metodo della bilateralità" pattizia nella materia disciplinata dagli artt. 7 e 8 della Costituzione. Già evidente nella progressiva perdita di vitalità di concordato e intese, fermi al pacchetto di norme approvate oltre trent'anni fa, la decadenza risulta ora implicitamente sancita dalla Corte costituzionale per effetto dell'iniziativa giudiziaria promossa, una volta fallita quella amministrativa, da un'organizzazione ateistica. Non poteva essere diversamente, si sarebbe tentati di dire. Ma in realtà s'è trattato di un'*aberratio ictus*, dal momento che lo scopo perseguito dall'Unione degli atei agnostici razionalisti (UAAR) era all'opposto di estendere la fruizione di quel metodo anche alle organizzazioni non confessionali per realizzare l'eguale libertà sancita dall'art. 8, comma 1, Cost.: e invero aveva ottenuto, prima dal Consiglio di Stato e poi dalla Cassazione, il riconoscimento, almeno, del diritto all'avvio delle trattative con il Governo.

La UAAR è al momento la principale espressione dell'ateismo organizzato in Italia, a suo dire anzi "l'unica associazione nazionale che rappresenta le ragioni dei cittadini atei e agnostici"¹. Pur avendo assunto

* Contributo sottoposto a valutazione. Studio in preparazione del seminario sulla sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale programmato presso l'Università del Molise.

¹ Cfr. *uaar.it*. Per una puntuale analisi dello statuto e della storia dell'UAAR si rinvia a



una dimensione collettiva e attiva, *de combat*, non conosce forme di vita comunitaria analoghe a quelle di altre organizzazioni oltre Manica e oltre Atlantico², che hanno fatto ritenere che «the phrase “religious atheism”, however surprising, is not an oxymoron»³. Se non sufficiente, l'autoqualificazione confessionale è evidentemente necessaria, non essendo possibile considerare confessione religiosa il gruppo che, anche solo strumentalmente, non si dichiara tale. Ma lo statuto dell'UAAR, all'opposto, la qualifica come “organizzazione filosofica non confessionale”, ai sensi, evidentemente, dell'art. 17 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ha introdotto nella nostra legislazione tale categoria. E, infatti, l'organizzazione ha assunto il modello non dell'ente di culto ai sensi della legge n. 1159 del 1929 ma dell'associazione di promozione sociale ai sensi della legge 7 dicembre 2000, n. 383: si tratta, quindi, di un fenomeno non confessionale ma associativo, ai sensi non dell'art. 8 ma degli artt. 18 e 19 Cost., applicabile com'è noto anche alla libertà di religione negativa. Tale qualificazione è ormai acquisita anche a livello giurisprudenziale: “scopo dell'associazione, ente esponenziale di interessi collettivi acefali, è la tutela dei non credenti a non subire alcun tipo di discriminazione”⁴.

Di conseguenza, l'UAAR non è legittimata alla stipulazione di un'intesa per il semplice motivo che le associazioni – non solo agnostiche o atee, ma anche religiose - non sono legittimate alla stipulazione d'intesa, riservate alle sole confessioni religiose. Sono fuori dal perimetro disegnato dall'art. 8 Cost., *in partibus infidelium*. La Costituzione, infatti, mentre non fa distinzione di trattamento tra associazioni religiose e associazioni ateistiche, ricomprese entrambe negli artt. 19 e 20, distingue rispetto a esse le confessioni religiose, alle quali sole riserva l'istituto dell'intesa. E, come è stato lucidamente osservato,

P. FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, p. 102 ss. Per il pensiero della UAAR su una serie di temi cfr., oltre le annate della rivista *L'ateo*, il documentato volume di **R. CARCANO**, **A. ORIOLI**, *Uscire dal gregge. Storie di conversioni, battesimi, apostasie e sbattezzi*, Sosselli, Roma, 2008.

² Ne ho fatto alcuni esempi in *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, cui mi permetto di rinviare in generale per l'argomentazione di varie asserzioni fatte qui di seguito.

³ **R. DWORKIN**, *Religion Without God*, , Harvard University Press, Cambridge, Mass. - London, England, 2013, p. 5 (e cfr., pur se in prospettiva diversa, **N. FIORITA**, **F. ONIDA**, *Anche gli atei credono*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2011, p. 32)

⁴ Cons. Stato 6 aprile 2010, n. 1911. Sul carattere associativo dell'UAAR vedi **A. MANTINEO**, *Enti ecclesiastici ed enti non profit*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 17 ss., e, più di recente, sulla non confessionalità, **G. DI COSIMO**, *Gli atei come i credenti? i giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra stato e confessioni religiose*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1.



«non si rivela disdicevole – risponde piuttosto a ragionevole realismo – che una “più intensa protezione” sia attribuita a un “più intenso sentimento umano”: sempre s’intende che ciò non si risolva in una arbitraria restrizione del patrimonio libertario altrui»⁵

(il che, in tesi, non può avvenire a motivo dell’uguale libertà *ex artt.* 19 e 20).

Tale differenza di *status*, d'altronde, è rispettata e non pregiudicata dall’art. 17 TFUE, cit., che, fatto salvo un «dialogo aperto, trasparente e regolare» anche con le organizzazioni filosofiche e non confessionali⁶, non impedisce che esse continuino ad avere attualmente *status* differenti da stato a stato, venendo riconosciute, ad esempio, in Belgio⁷ e non in Italia.

2 - L’obbligo, comunque, di avviare le trattative ...

Ciò non toglie, non dovrebbe togliere, che anche tali organizzazioni abbiano il diritto di far comunque domanda d’intesa e che il Governo abbia l’obbligo di avviare così il procedimento relativo, salvo a concluderlo a motivo del carattere non confessionale dell’organizzazione istante. Tale, intanto, è l’intenzione desumibile dai lavori preparatori, secondo cui appunto

“il giudizio e la decisione se si debba o no provvedere con legge non può essere rimesso alla rappresentanza della confessione: spetta logicamente e necessariamente allo Stato; che ha, tuttavia, il dovere di procedere, ove sia richiesto, a trattative con tali rappresentanze”⁸.

Quindi, per lo Stato, avvio delle trattative doveroso; conclusione delle stesse discrezionale. E in tal senso, condiviso dalla non numerosa dottrina che s’era occupata del tema, s’era espresso il Consiglio di Stato,

⁵ P. BELLINI, *Il diritto d’essere se stessi. Discorrendo dell’idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 141: il motivo è da ricercare nella “più perentoria vincolatività”, derivante dalla soggezione alla divinità, della libertà di coscienza in senso religioso rispetto a quella intesa in senso laico, legata solo a un “moto di fedeltà verso se stessi” (p. 138).

⁶ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o “filosofiche” nel Trattato di Lisbona*, in *Le confessioni religiose nel diritto dell’Unione europea*, a cura di L. De Gregorio, il Mulino, Bologna, 2012, p. 36. Cfr. S. COGLIEVINA, *Il trattamento giuridico dell’ateismo nell’Unione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2011, p. 79 ss.

⁷ Cfr. G. CIMBALO, *Appartenenza religiosa e credenze “filosofiche” nella revisione costituzionale del sistema di finanziamento dei culti in Belgio*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/1995, p. 145 ss.

⁸ Con tale motivazione, espressa dal presidente Ruini, in “commissione dei settantacinque” furono respinti emendamenti in senso contrario (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, I, Roma, Camera dei Deputati, 1971, p. 659 s.)



stabilendo il principio che

«quanto meno l'avvio delle trattative può addirittura considerarsi obbligatorio sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa, salva restando da un lato la facoltà di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative ovvero – come già detto – di non tradurre in legge l'intesa medesima, e dall'altro lato la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica cui si è accennato, di escludere motivatamente che il soggetto interessato presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le "confessioni religiose" (ciò che, del resto, è quanto avvenuto proprio nel caso di specie)»⁹.

E anche secondo la Cassazione, adita dal Governo in sede di regolamento di giurisdizione per l'asserita politicità dell'atto, "l'apertura della trattativa è dovuta in relazione alla possibile intesa, disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell'attività amministrativa". L'interpretazione è garantistica soprattutto nel caso, che era quello di specie, in cui il rifiuto di trattative sia motivato dal disconoscimento del carattere confessionale e, quindi, della legittimazione ad agire dell'organizzazione istante. E invero il riconoscimento delle confessioni religiose senza intesa quali "istituti di culti diversi dalla religione cattolica", ai sensi e con il procedimento di cui all'art. 2 legge n. 1159 del 1929 e agli artt. 10 ss. r.d. n. 289 del 1930, avviene con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del ministro dell'interno e uditi il Consiglio di Stato (ormai solo facoltativamente per effetto dell'art. 4, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) e il Consiglio dei ministri. Benché quest'organo non possa valutare l'opportunità del riconoscimento che sotto il profilo politico, non si dubita – lo riconosce la stessa Corte costituzionale citata - che si tratti di un atto prodromico al decreto del Presidente della Repubblica, il quale è giudiziariamente sindacabile. E non sembra logico che la stessa valutazione politica possa cambiare natura nel caso in cui lo stesso Consiglio dei ministri la compia in sede non consultiva ma deliberativa, avendo rivolto gli domanda d'intesa, come non vietato dalla Costituzione, un ente non ancora riconosciuto quale confessione religiosa. La circostanza che il Consiglio dei ministri sia un organo politico ed eserciti un potere politico – si potrebbe dire parafrasando la Corte costituzionale in altro conflitto di attribuzioni¹⁰ - "non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili",

⁹ Cons. Stato 18 novembre 2011, n. 6083, confermata da Cass. 28 giugno 2013 in punto di giurisdizione, attribuzione negata da Corte cost. 27 gennaio 2016, n. 52, che hanno ricevuto numerosi commenti, ad alcuni dei quali si farà cenno di seguito.

¹⁰ Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81.



sì che l'atto di diniego si trasformi in tal caso in atto politico inimpugnabile: tale disparità veniva evitata dall'orientamento della Cassazione e, prima, del Consiglio di Stato.

In mancanza di precisi parametri legislativamente previsti si stabiliva, quindi, l'obbligo del governo di iniziare il procedimento d'intesa con tutte le confessioni (almeno di quelle che ne facciano richiesta) "sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa": un obbligo, quindi, condizionato «alla loro preliminare e ineludibile qualificazione come "confessioni religiose"». Tale qualificazione rientra, infatti, nella discrezionalità tecnica del ministro come del governo, il cui giudizio, siccome basato su criteri tecnici, non riguarda gli interessi in gioco e, quindi, una scelta di opportunità amministrativa. Sotto questo profilo – come su quello dell'avvio della trattativa, in caso di qualificazione positiva - l'atto governativo è suscettibile di arrecare in concreto un pregiudizio ai soggetti istanti, in relazione agli altri soggetti ammessi all'intesa, e perciò è impugnabile¹¹, non è politico.

3 - ... e la semplice facoltà di concluderle

Garantismo, peraltro, senza via di uscita, laddove il Governo persista nell'inerzia: la confessione dovrebbe promuovere allora un giudizio di ottemperanza, in esito al quale potrebbe ottenere la nomina di un commissario *ad acta*, che in questo caso integrerebbe un organo straordinario del Consiglio dei ministri inadempiente. Prospettiva surreale, almeno dal punto di vista del Costituente, che nelle intese proposte dall'on. Terracini aveva scorto, per dirla con le parole dell'on. Moro, "una regolamentazione in largo senso concordataria"¹² e, quindi, al massimo livello politico, con la partecipazione del Governo, e non a quello dell'amministrazione, sia pure alta, e dei suoi funzionari.

Ammessa la doverosità dell'avvio delle trattative riappare, insomma, la discrezionalità della loro conclusione: punto che la Cassazione non affronta, perché "non deve e non vuole pronunciarsi sull'esistenza di un diritto alla chiusura della trattativa o all'esercizio dell'azione legislativa:

¹¹ Cons. Stato 6 ottobre 2009, n. 6094. Non si riscontra, cioè, nell'atto di diniego la "sua non idoneità sul piano causale a incidere direttamente sul patrimonio dei soggetti dell'ordinamento", che invece ravvisa R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale, in forumcostituzionale.it*, 2016.

¹² Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, pp. 158 e 147.



esula dall'ambito decisionale che è qui configurato". Tanto, in effetti, era devoluto alla Cassazione dal Governo: ma con argomentazioni che non nascondevano la funzionalità del ricorso al punto più importante della questione, che non riguarda l'avvio delle trattative ma il loro esito: esiste un diritto (*recte*: un interesse legittimo) all'intesa: non all'avvio delle trattative – che come la nebbia può lasciare il tempo che trova, lasciare cioè la confessione senza intesa - ma alla conclusione positiva di esse? Anche, come si precisa al punto 8 della sentenza della Cassazione, "qualora il Governo, o per inconciliabilità di proposte, o per volontà politica, non concludesse la trattativa"?

Esclusa la sua rilevanza in fase di avvio della trattativa, a causa dell'arbitrio governativo cui potrebbe dare, e di fatto dà, luogo, la volontà politica ricompare ineludibilmente, come si vede, nella fase conclusiva. Del resto, la tesi dell'atto politico, prospettata dal Governo, si riferisce proprio a questa fase ed è fondata essenzialmente - in mancanza di "norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa"¹³ - sul principio generale della libertà contrattuale, per cui nessuna delle parti può essere costretta ad accettare la proposta dell'altra: neppure il Governo a stipulare un atto bilaterale, quale l'intesa, a semplice richiesta di un gruppo autoqualificantesi come confessione religiosa.

È con riguardo a quest'aspetto, alla fase conclusiva cioè, che si prospetta la tesi della facoltatività, di contro alla doverosità della fase di avvio, dell'intesa. Sotto questo profilo il netto rifiuto, senza se e senza ma, della qualificazione dell'intesa come atto politico, da parte dei supremi organi giudiziari, lasciava a desiderare: non si teneva conto della natura dell'intesa come atto (non autonomo, in sé compiuto, ma) preparatorio della legge, che – per quanto sia doveroso ammantare di garantismo nella fase istruttoria liminare – partecipa, in sostanza e in definitiva, della discrezionalità politica dell'*iter* legislativo, cui è preordinata l'attività governativa. Di modo che appare criticabile e non soddisfacente la mancata considerazione che al principio generale di sindacabilità degli atti amministrativi è la stessa Costituzione all'art. 8 a porre direttamente, per quanto implicitamente, nel caso dell'intesa una "specifica limitazione"¹⁴:

¹³ Corte cost. 8 luglio 2002, n. 346.

¹⁴ Cfr. **F. BERTOLINI**, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?*, in forumcostituzionale.it, 2012, che cita adesivamente **N. COLAIANNI**, *Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica (rapporti tra)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 930, nonché **ID.**, *Confessioni religiose*, *ibidem*, *Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 377 s, **M. RICCA**, *Legge e intesa*



ma ciò dipendeva dal non aver colto le implicazioni della funzione dell'intesa come "base" della legge e, quindi, elemento sub-procedimentale di un procedimento legislativo.

Perciò, se inizialmente, in osservanza dei principi di imparzialità della pubblica amministrazione e di eguale libertà delle confessioni religiose, il procedimento assume i caratteri e deve perciò seguire i canoni dell'atto amministrativo, lo è, tuttavia, *sui generis*, in quanto non conclusivo ma "base" di un'attività politica discrezionale: avviato doverosamente il procedimento, si constata *in progress* una dissolvenza delle iniziali garanzie in vista della decisione politica della stipulazione. Complessivamente, e in particolare nel risultato finale, emerge la natura di atto rientrante nella più ampia discrezionalità politica del Governo.

4 - La discrezionalità politica anche nell'avvio delle trattative

Inevitabile che la Corte costituzionale rilevasse l'omessa considerazione di questa complessività del procedimento e del "suo scopo unitario, in tal caso la stipulazione dell'intesa", anche al fine di valutare la coerenza della "giustiziabilità del diniego all'avvio" delle trattative con l'ampia discrezionalità governativa nella chiusura delle stesse. La Corte ha cura di evitare di qualificare espressamente l'intesa come atto politico – categoria non scomparsa dalla legislazione¹⁵ nonostante l'art. 113 cpv. Cost., che vieta l'esclusione della tutela giurisdizionale per "particolari categorie di atti" - per non essere costretta a scontrarsi con il diritto vivente, cui essa stessa aveva contribuito di recente con la sentenza n. 81 del 2012 citata, ma non manca di attingere di fatto all'argomentazione tradizionalmente portata a sostegno di quella categoria¹⁶.

Essenzialmente, tuttavia, essa riconduce la discrezionalità ampia del

con le confessioni religiose, Giappichelli, Torino, 1996, p. 25 ss., e **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 37.

¹⁵ Basta ricordare l'art. 7 del codice del processo amministrativo, nel quale si afferma che "non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Ma "probabilmente tale disposizione deve intendersi incostituzionale", come ben argomenta **R. DICKMANN**, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *forumcostituzionale.it*, 2012.

¹⁶ **F. ALICINO**, *La bilateralità pattizia stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della corte costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2016; **R. DICKMANN**, *La delibera del Consiglio dei ministri*, cit.; **D. PORENA**, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *federalismi.it*, n. 7/2016.



Governo nella gestione e nella conclusione del procedimento d'intesa a un'esigenza di carattere logico, che è propria del "metodo della bilateralità", il quale "pretende una concorde volontà delle parti": e, quindi, la più ampia discrezionalità (così del gruppo sedicente confessionale come) del Governo. La precisazione si giustifica nell'economia della motivazione perché contrasta la posizione dell'interveniente UAAR, non escludente

"la configurabilità della pretesa soggettiva ora in questione (*scil*: alla conclusione delle trattative o, addirittura, alla presentazione del disegno di legge sulla base dell'intesa stipulata, e di un sindacato del giudice su di essa)"¹⁷.

Ma in generale - se non intervenissero, come subito si vedrà, valutazioni di contesto sulla prassi delle intese finora approvate - sarebbe fin troppo logico riconoscere che in trattative d'intesa, cioè di accordo, la libertà "contrattuale" di ciascuna parte è *in re ipsa*. Il che non è in contraddizione con l'obbligatorietà dell'apertura delle trattative giacché queste sono doverosamente, ma meramente, preparatorie della scelta politica sulla stipulazione, o non, dell'intesa-base della legge.

Ma, inopinatamente (anche per il relatore, rimasto verosimilmente in minoranza visto che la motivazione risulta infine redatta da altro giudice), la Corte vi ravvisa contraddizione e vede ampia discrezionalità "non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla". La brusca svolta è determinata dal fatto che la Corte

"ritiene, invece, che, per la soluzione del conflitto, pur delimitato nei termini anzidetti, non siano secondarie considerazioni in ordine all'effettiva configurabilità di una pretesa giustiziabile alla conclusione delle trattative".

L'unitarietà del procedimento, trascurata dalla Cassazione, diventa così la bussola di orientamento nella traiettoria argomentativa: se, indubbiamente, il Governo ha il diritto potestativo di non stipulare intese e ha dichiarato preliminarmente che intende esercitarlo, a quale scopo obbligarlo nondimeno ad avviare le trattative? La Corte non riesce a trovare

¹⁷ Che la garanzia di avvio delle trattative "serva a ben poco se si continua a ritenere libera nel fine l'attività del Governo e del Parlamento" (M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, ETS, Pisa, 2012, p. 216) è il motivo per cui s'ipotizza un qualche obbligo governativo, di labili confini, anche nella fase conclusiva: cfr. tra gli ultimi commenti J. PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 26/2013 n. 26, e A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, *ibidem*, n. 26/2016.



risposte o, meglio, le sacrifica sull'altare della governabilità, intesa come rapidità ed efficienza della decisione, senza orpelli garantistici inutili alla stessa confessione, alla quale non converrebbe impegnarsi in un contraddittorio e in un contenzioso di cui già conosce l'esito negativo, e, in generale, della politica: «non concedere nemmeno quell'implicito effetto di "legittimazione" in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative». Una concezione non garantistica, ma preventiva, quasi di ordine pubblico, del diritto costituzionale ecclesiastico, per cui immediatamente nei primi commenti *hinc inde*¹⁸ il pensiero è corso alle organizzazioni islamiche presenti in Italia, per rapportarsi alle quali il Governo ha tentato in un recente passato di aprirsi altre vie – in particolare, una Consulta presso il ministro dell'interno - diverse da quella maestra delle intese¹⁹.

Le risposte comunque ci sono e rimandano a priorità non trascurabili sul piano processuale e sostanziale. Sul primo piano si pone l'esigenza di salvaguardare il principio supremo del diritto di difesa, cioè di agire e di resistere in un procedimento, desumibile dall'art. 24 Cost., oltre che dalla norma sovranazionale e subcostituzionale sul *droit au juge*, contenuta nell'art. 6 CEDU, allo scopo di rappresentare in contraddittorio gli elementi della propria identità effettiva con le esigenze connesse in modo da far eventualmente mutare l'orientamento negativo già espresso. Se è vero che per stipulare un'intesa bisogna volerlo in due, il fatto che come evidenziato dalla Corte non si possa perciò obbligare il Governo a stipularla non implica che non si possa obbligarlo almeno al confronto con la (sedicente) confessione²⁰ in modo da decidere con cognizione di causa e non sulla base

¹⁸ Cfr., in diversa posizione rispetto alla sentenza, **A. POGGI**, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, 2016, n. 6, e **A. PIN**, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, *ivi*, n. 7 (ma in realtà analoga "legittimazione" gli islamici potrebbero conseguirla attraverso il riconoscimento per via ordinaria ex art. 2 l. n. 1159 del 1929).

¹⁹ Si può vedere **N. COLAIANNI**, *La consulta per l'islam italiano: un caso di revisione strisciante della costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2006, p. 251 ss. In generale sui problemi giuridici posti dalle organizzazioni islamiche vedi ora i contributi raccolti nel volume *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di C. Cardia, G. Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁰ Giustamente riconduce tale confronto al *principium cooperationis* **A. RUGGERI**, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *federalismi.it*, 2016, n. 7.



di pregiudizi ideologici²¹, motivando sulle condizioni necessarie (tra cui, preliminare, il carattere confessionale) per il prosieguo delle trattative. Il fatto che l'apertura della trattativa sarebbe illusoria ("non si comprende a che scopo imporre l'illusoria apertura delle trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione") non giustifica la negazione preliminare della parola all'interlocutore, se non nella logica fedriana del *quia sum leo*. In ogni caso le esigenze di semplificazione, quando è scontata la decisione dell'organo competente, non possono prevalere sul diritto fondamentale di difesa, come stabilito del resto dalla Corte Edu in un caso, che ha visto condannata l'Italia²², in cui pure l'esito del giudizio (di deliberazione di una sentenza di nullità matrimoniale per una causa risultante documentalmente) era scontato: ma il *processus brevior*, senza le ordinarie garanzie difensive degradate a mere *sollemnitates*, previsto dall'ordinamento canonico non è stato ritenuto una giustificazione per comprimere il diritto di difesa della parte, ancorché con l'intenzione di perseguire la sua convenienza. Sarebbe, invero, una manifestazione di paternalismo giuridico²³.

Sul piano sostanziale si pone l'esigenza ben evidenziata dalla Cassazione: si tratta di impedire, attraverso l'avvio del procedimento e l'obbligo di motivarne l'interruzione, l'arbitrio governativo nella selezione dei soggetti beneficiari dell'intesa e della serie di *benefits* che ne costituisce ormai il contenuto indefettibile. Il punto è contrastato dalla Corte con l'argomento che le intese contengono una "speciale e derogatoria relazione" al fine del "riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso". Così, indubbiamente, dovrebbe essere, ma una valutazione di contesto mostra come le intese, lungi dal limitarsi a stabilire una disciplina derogatoria da quella comune per obiettive specificità confessionali al fine di garantire una eguaglianza sostanziale, abbiano ormai assunto un carattere promozionale, quando non privilegiario, dando luogo alla categoria delle "confessioni con intesa", più libere – anziché egualmente libere *ex art. 8* alinea Cost. – di quelle senza intesa. In considerazione della circolarità normativa tra modello assiologico costituzionale e pratica effettiva nella legislazione, è corretto, allora, "prescindere", come la Corte dichiara esplicitamente di fare,

²¹ Per esempio (V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, in *Rivista AIC.it*, 2016, n. 2), sul "mero presupposto di appartenere a una determinata religione", che si ritiene di contrastare. Analogamente, F. ALICINO, *La bilateralità pattizia*, cit.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pellegrini c. Italia*, 20 luglio 2001.

²³ Si rinvia, anche per indicazioni bibliografiche, a G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012.



“dal fatto che la prassi mostri una tendenza alla uniformità dei contenuti delle intese effettivamente stipulate”? Non solo deroghe in funzione del rispetto dell’identità di ciascuna confessione (come è il caso, per esempio, del riconoscimento civile dei variegati matrimoni religiosi o degli enti confessionali non propriamente con fini di religione o di culto o dell’assistenza spirituale nelle forze armate, negli ospedali, ecc.) ma anche norme di favore giustificate non con la loro peculiarità ma con la loro funzione sociale, ritenuta meritevole di tutela promozionale (si pensi all’istruzione sul fatto religioso nelle scuole pubbliche e soprattutto al finanziamento attraverso l’otto per mille e le offerte deducibili dal reddito Irpef)?

L’attrazione esercitata dall’istituto dell’intesa su gruppi e organizzazioni, che perseguono finalità religiose o irreligiose, si deve a queste norme, la cui fruizione – in mancanza di una legge generale sulla libertà religiosa – è rimessa, trattandosi di fonti atipiche, all’iniziativa legislativa non del Parlamento ma del Governo, che finisce così per disporre di un potere incondizionato. L’obbligo di avviare comunque le trattative, rendendo conto della loro anche immediata interruzione con motivazione sindacabile dall’autorità giudiziaria, risponde(va) all’esigenza di incanalare quel potere nei limiti della discrezionalità e non nell’arbitrio “opaco e selettivo”²⁴. Il quale invece riemerge nella decisione della Corte, che per il mancato avvio delle trattative colloca la responsabilità governativa “non in sede giudiziaria”²⁵ ma in quella politica di fronte al Parlamento: che notoriamente è una sorta di araba fenice²⁶, tanto più dopo che, grazie ai sistemi elettorali con forte premio di maggioranza, il Parlamento è allineato e coperto dietro il Governo, che esercita su di esso un controllo ferreo.

Ne risulta una sconfinata dilatazione della discrezionalità governativa, in controtendenza rispetto alla richiamata giurisprudenza

²⁴ Così **G. CASUSCELLI**, *Le fonti del diritto ecclesiastico*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di G. Casuscelli, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 16.

²⁵ Decisamente in questo senso era in dottrina **V. TOZZI**, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2012, secondo il quale, come ora affermato dalla Corte, “è da escludere il potere di giudicare la legittimità del diniego in assenza di parametro normativo positivo”. Vedi anche **M. CANONICO**, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo?*, *ibid.*, nonché ora **A. PIN**, *L’inevitabile caratura politica*, cit.

²⁶ Oltre che in generale, specificamente sulla revisione concordataria del 1984, pur in un Parlamento eletto con metodo proporzionale, vedi la mancanza di effettivo controllo ben evidenziata da **S. LARICCIA**, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 20/2016.



costituzionale, tanto che per tentare di recuperarne la continuità non s'è mancato di evocare²⁷ l'estremo rimedio, inteso come non giudiziario in senso stretto, del conflitto di attribuzioni. Ma - a parte la problematica assegnazione di uno *status* costituzionale (un "potere", addirittura) alle confessioni religiose, e ancor più nel caso di una confessione religiosa non riconosciuta ma solo sedicente (peraltro, intervenuta proprio in sede di conflitto) - la sentenza esclude chiaramente ogni "sede giudiziaria", e quindi anche quella dei conflitti portati dinanzi alla stessa Corte, la cui salvezza avrebbe dovuto essere esplicita, mentre la Corte ha individuato in positivo la responsabilità come puramente politica.

Che nella costruzione della Corte altra responsabilità governativa non ci sia, al di fuori di quella politica, si ricava, del resto, dalla preoccupazione di circoscrivere al massimo la portata del proprio *dictum* per evitare che il non giustiziabile diniego di avvio delle trattative motivato dalla mancanza di qualità confessionale si riverberi obliquamente nell'ordinario procedimento amministrativo di riconoscimento. La Corte scongiura questo possibile effetto, dedicandovi un intero paragrafo dei tre che compongono la motivazione e precisando che dal diniego non possono discendere "ulteriori conseguenze negative" perché

"un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo".

A differenza di questo atto, quindi, "potrà essere oggetto di controllo giudiziario (...) la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretendesse di fondarsi sull'atto governativo".

Senonché la distinzione è, in concreto, molto ardua perché nell'uno e nell'altro procedimento, come sopra evidenziato, è sempre il Governo che

²⁷ A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in *federalismi.it*, 2016, n. 8, che riprende la tesi di A. GUAZZAROTTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni non ammesse alle intese*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 3924 ss. Dubitativamente anche A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese*, cit., e, in precedenza, B. RANDAZZO, *Diversi e uguali*, cit., p. 84.



interviene, sia pure nel procedimento amministrativo ordinario con un parere finalizzato alla proposta di un suo componente, il ministro dell'interno. Certo, non si può escludere che il Consiglio dei ministri esprima la sua volontà tenendo conto della diversità dei livelli. Ma non sembra realistico ipotizzare una dissonanza tra le due valutazioni, entrambe di carattere politico e affidate magari al Consiglio in identica composizione, pur se l'una, più impegnativa politicamente, in sede deliberante e l'altra in sede consultiva. Per evitare il condizionamento temuto dalla Corte e la possibile contraddittorietà delle motivazioni cautelata vorrebbe che in sede deliberativa il diniego fosse formulato senza motivazione. Se l'atto, invero, non è giustiziabile la motivazione non è necessaria perché non ha rilievo esterno²⁸, potendo l'atto risolversi in un mero *non liquet*. Cioè, per dirla con una nota di levità, l'intesa con una sedicente confessione, al modo del Nennillo di Eduardo De Filippo, "a me nun me piace, nun me piace e basta".

5 - Il riequilibrio del rapporto tra legge comune e intese

Sta di fatto che la Corte stabilisce un riconoscimento a cerchi concentrici, l'uno, più accogliente in ossequio al principio di eguale libertà, per accedere al diritto comune di tutte le confessioni (che però allo stato, come s'è detto, è contenuto nelle stesse intese, mancando una legge generale), l'altro, più esclusivo perché condizionato insindacabilmente dalla volontà governativa, per ottenere un diritto speciale, attento alle peculiarità di ciascuna confessione.

Si annida, tuttavia, in questa distinzione – per quanto difettosa, come s'è detto - un pregio della decisione della Corte, che, nell'atto in cui dà torto alla Cassazione e al Consiglio di Stato sul piano procedimentale, segnala peraltro che comunque sul piano sostanziale essi si erano incamminati lungo una strada senza uscita. Può accadere, del resto, che una decisione sbagliata sul frammento di esperienza giuridica scrutinato si muova nondimeno nel solco di una verità ben più ampia e profonda perché riguardante l'intero istituto giuridico, cui quel frammento si riferisce.

Pur, infatti, sgravando ingiustificatamente per quanto fin qui detto il Governo dall'onere di rispondere in giudizio dell'esercizio della propria

²⁸ Come osserva giustamente S. LEONE, *L'aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario. Ma il diniego governativo non pregiudica, ad altri fini, la posizione giuridica dell'istante (Corte cost. n. 52/2016)*, in forumcostituzionale.it, 2016.



discrezionalità, la decisione della Corte veicola a chiare lettere (e se ne avvertiva il bisogno) la *viva vox Constitutionis*, in questi anni trascurata (come dimostra anche la sentenza della Cassazione): le intese hanno (devono avere) carattere derogatorio, speciale, “mentre l’eguale libertà di organizzazione e di azione” tra le confessioni va perseguita giovandosi “dell’applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori”. Vale a dire, del diritto comune unilaterale e non del diritto comune delle intese, risultante dalla sovrapposizione di quasi tutte le disposizioni in esse contenute²⁹. La Corte non ratifica l’eterogenesi dei fini consolidatasi nel corso di tre decenni: nate come intese votate a un diritto speciale, sono diventate intese contenenti un diritto comune alle varie confessioni ammesse alla stipulazione, servono non tanto a tutelare le specificità confessionali quanto prevalentemente a stabilire una disciplina genericamente promozionale, riservata però solo ad alcune confessioni, costituite in numero chiuso *ad libitum* del Governo, esclusivo titolare dell’iniziativa, in danno delle confessioni senza intesa.

Non v’è dubbio che tale differenza di status sia foriera di trattamenti discriminatori. E il “diritto” all’avvio dell’intesa era stato visto dalla Cassazione, come prima dal Consiglio di Stato, appunto in funzione antidiscriminatoria: “in funzione dell’attuazione dell’eguale libertà religiosa”. Non è dubitabile, in effetti, il ruolo dell’uguale libertà come criterio equilibratore della legislazione pattizia differenziata, cioè come parametro di riferimento nella valutazione della razionalità di eventuali deroghe, stabilite con concordato e intese specifiche, al binomio *gleiches gleich, ungleiches ungleich*³⁰. Ma questo ruolo presuppone appunto una terzietà del primo comma dell’art. 8 rispetto al terzo comma, un suo contenuto autonomo e non sostanziato da quello delle intese: questa eguale libertà, cioè, è garantita “a prescindere dalla stipulazione di intese (...) a tutte le confessioni dai primi due commi dell’art. 8 Cost. (sentenza n. 43 del 1988) e dall’art. 19”, nonché, si aggiunge qualche rigo dopo, dall’art. 20.

Si capisce che, in mancanza di una legge attuativa dell’eguale libertà delle confessioni, si sia tentato e si tenti di supplirvi con una

²⁹ Lo avvertiva già **S. ROMANO**, voce *Diritto singolare*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 88 s., secondo cui “non si sa perché debbano ritenersi di diritto singolare certe norme che (...), se costituiscono delle eccezioni a norme più generali, son, considerate in sé e per sé, di così ampia portata e di così larga applicazione da potersi anch’esse considerare come regole”.

³⁰ Si può vedere, volendo, lo sviluppo di questa argomentazione già nel mio *Confessioni religiose e intese. Contributo allo studio dell’art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari, 1990, p. 197 ss.



generalizzazione delle intese, contenenti disposizioni comuni e non differenziate. Ma nell'ordine costituzionale il terzo comma dell'art. 8 non è legato indissolubilmente al primo³¹, non ha – come giustamente sottolinea la Corte - una funzione “meramente servente”, non stabilisce il procedimento per la “realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in esso sanciti”. Se così non fosse, le istanze di uguale libertà delle confessioni senza intesa andrebbero immancabilmente deluse, mentre, come ha ancora dimostrato di lì a poco la Corte, invece trovano accoglimento: proprio perché

“Data l'ampia discrezionalità politica del Governo in materia, il concordato o l'intesa non possono costituire condicio sine qua non per l'esercizio della libertà religiosa”, pertanto “riconosciuto egualmente a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, primo e secondo comma), a prescindere dalla stipulazione di una intesa con lo Stato. (...) Di conseguenza, quando tale libertà e il suo esercizio vengono in rilievo, la tutela giuridica deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai diversi contenuti di fede”³².

Il *qui pro quo* della Cassazione era stato indotto dal ricordato carattere privilegiario, con ricadute anche nella legislazione unilaterale, che ha finito per assumere nella prassi la qualifica di «confessione con intesa», e, quindi, dalle esternalità negative che essa produce rispetto alle altre confessioni: un caso di scuola in cui la prassi traditrice di un istituto è così forte e costante da trasformarlo in un istituto geneticamente modificato. Ma la Corte aveva già avuto modo di stabilire nella sentenza n. 346 del 2002, citata, che si tratta, invece, di materie che riguardando le “specificità delle singole confessioni (...) richiedono deroghe al diritto comune”. Ora è estremamente puntuale: la disciplina deve riguardare “ambiti collegati ai caratteri *peculiari* delle singole confessioni”, a “*esigenze specifiche*”, a “*specifici atti*”, dev'esser volta “a concedere loro *particolari* vantaggi o eventualmente a imporre loro *particolari* limitazioni”.

Non si può non riconoscere coerenza alla posizione della Corte sul punto. Essa ha ancora una volta evitato, in sostanza, di trasformare

³¹ Vedi, tra i commenti alla sentenza, J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26/2016, che rifiuta di degradare la bilateralità pattizia da principio di sistema a semplice metodo. Sul collegamento tra i due commi vedi con varie sfumature A. POGGI, *Una sentenza “preventiva”*, cit.; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese*, cit.; LICASTRO, *La corte costituzionale*, cit.

³² Corte cost. 23 febbraio 2016, n. 63.



implicitamente l'art. 8, comma 3, in una norma antidiscriminatoria di carattere generale, strumentale alla realizzazione ed effettività di quella contenuta nel primo comma di quell'articolo. Se una varianza c'è, ed è anzi uno svarione a conferma che davvero *aliquando dormitat Homerus*, è laddove essa rileva che

“non può affermarsi, infatti, che la mancata stipulazione di un'intesa sia, di per sé, incompatibile con la garanzia di eguaglianza tra le confessioni religiose diverse da quella cattolica, tutelata dall'art. 8, primo comma, Cost.”.

L'errore sta nell'aver circoscritto questa garanzia fondamentale alle sole confessioni religiose diverse dalla cattolica mentre in realtà essa riguarda tutte le confessioni, compresa la cattolica. Si tratta di una garanzia di carattere generale, che serve a riequilibrare le diseguaglianze eventualmente introdotte non solo dalle singole intese ma anche dal concordato.

7 - La causa delle intese*

Il principio antidiscriminatorio di eguale libertà delle confessioni religiose è espressione precipua del principio di laicità. Ma la causa, cioè la giustificazione³³, delle intese e del concordato non è, almeno direttamente, quella antidiscriminatoria: che certo può sorgere per effetto delle diverse pattuizioni con l'adozione nelle stesse materie di regole e assetti diversi, talora opposti, a seconda dell'interlocutore confessionale: una forma di neocorporativismo. La funzione delle intese, come ovviamente anche del concordato, è, invero, quella di assicurare il pluralismo religioso: non l'eguale libertà, ma all'opposto la libertà diseguale, non è antidiscriminatoria ma all'opposto differenziante, non tende al diritto comune ma al diritto speciale.

La loro ragione giuridica, essenziale funzione garantistica di limite al potere altrimenti illimitato di confessioni e stato³⁴, è quella di risolvere i

* Si riproduce qui per comodità il paragrafo n. 9 di *Ateismo de combat*, in cui la decisione della Cassazione veniva criticata nel senso ora accolto dalla Corte costituzionale.

³³ Sulla perdurante funzione della causa e anzi sulla sua estensione dalla teoria del negozio giuridico privato a ogni atto giuridico cfr. **L. FERRAJOLI**, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 264 ss.

³⁴ Non tutto è, invero, disponibile, osserva giustamente **S. BERLINGÒ**, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 4/2014, p. 19.



problemi che nascono dalla distinzione degli ordini, dal ricondursi cioè delle religioni a un ordine trascendente quello secolare, per cui i credenti – se è corretto generalizzare un’antica affermazione riferita ai cristiani– “vivono nel mondo, ma non sono del mondo”³⁵. Di qui le costanti pretese confessionali, al cospetto dell’ordinamento statale, di determinare l’ordine della propria soggettività, in particolare l’originarietà del proprio ordinamento, e prima ancora di porre una disciplina esclusiva di determinate materie, di “definire i confini di quest’ultima, secondo una logica che può non corrispondere a quella dell’ordinamento generale”³⁶ perché espressiva di valori ritenuti non negoziabili.

Laddove questi problemi non sorgano - vuoi perché i gruppi religiosi neppure rivendichino un ordine proprio, con norme autoprodotte e confliggenti in ipotesi con quelle dello Stato, vuoi perché lo Stato non riconosca a questi gruppi che la soggettività di associazioni interne allo Stato senza riconoscere rilievo conflittuale alle norme autonome - neppure si pone un problema d’intesa. Se, come nel caso dell’UAAR ma anche di confessioni religiose³⁷, si vuole vivere secondo il diritto comune e perseguire anzi l’obiettivo di ridurre anche le confessioni “convenzionate” a questo stato, non si ha bisogno dello strumento dell’intesa. Ricorrere all’intesa in funzione solo e direttamente antidiscriminatoria costituirebbe un atto politicamente viziato da eccesso di potere per la divergenza tra il fine e lo strumento adoperato.

Grazie, invece, al combinato disposto degli artt. 19 e 20, oltre che dell’art. 2 Cost. – e, sul piano della legislazione ordinaria per le associazioni di promozione sociale, dell’art. 27 l. n. 383 del 2000 -, tutte quelle organizzazioni sono legittimate a far valere un interesse pubblico, non facente capo rigorosamente all’organizzazione stessa o a suoi aderenti ma afferente agli interessi collettivi relativi alle finalità generali perseguite dall’associazione, come quelli – a seguito di alcuni ricorsi proprio dell’UAAR - alla non discriminazione da parte dei pubblici poteri in materia di visite pastorali dei vescovi agli istituti scolastici o di matrimoni cattolici, religiosi o civili³⁸.

³⁵ *Lettera a Diogneto*, a cura di G. Carraro, E. d’Agostini, Sotto il Monte, Servitium, 1997.

³⁶ **F. MODUGNO**, *Pluralità degli ordinamenti*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 52 e 49.

³⁷ Quelle, in particolare, “strutturate come semplici comunità di fedeli che non abbiano organizzazioni regolate da speciali statuti” (Corte cost. 27 aprile 1993, n. 195).

³⁸ Nel primo caso il ricorso è stato rigettato, il Cons. Stato n. 1911 del 2010, cit., avendo ritenuto la visita pastorale avente valore non di atto di culto ma di “testimonianza culturale”. Nell’altro caso TAR Campania, 26 ottobre 2011, n. 4978, ha accolto il ricorso dell’UAAR contro il bando del comune di Torre del Greco per un “premio maritaggio a



L'eguale libertà non è il reagente che trasforma la classe delle organizzazioni con una soggettività religiosa in senso ampio (positivo o negativo) nella notte in cui tutte le vacche sono nere³⁹. Essa, piuttosto, funziona da limite allo sregolato o selvaggio dispiegarsi di discipline pattizie che oltrepassino la *ratio diversitatis*: infatti, superato un certo livello di differenziazione – quello giustificato dalla necessità di rimuovere, come prescritto dall'art. 3 Cost., ostacoli di fatto, all'esercizio della piena libertà, negativa e positiva, delle "minoranze" religiose e dei loro aderenti - , le intese creano nei terzi una crisi di astinenza dalle libertà concesse ai loro destinatari, che esige un riequilibrio dei trattamenti pattizi divenuti in effetti privilegiari.

Utilizzare le intese in funzione antidiscriminatoria, di un'eguaglianza tra le forze in campo, costituisce una fuorviante sottovalutazione della portata della principale norma antidiscriminatoria posta a presidio di istituzioni e associazioni religiose, anche reciprocamente: quella contenuta nell'art. 20. Qui si parla in effetti solo di associazioni e istituzioni con fine di religione e di culto, ma, tanto quanto l'art. 19 si applica anche alle concezioni e associazioni ateistiche, a queste si applica anche il consecutivo art. 20⁴⁰, escludendone la sottoposizione a speciali limitazioni legislative relativamente, tra l'altro e in generale, a "ogni forma di attività".

Se l'art. 8, comma 1, si pone come norma antidiscriminatoria tra confessione e confessione, l'art. 20 si pone come norma antidiscriminatoria tra confessioni religiose e associazioni religiose (comprese quelle ateistiche o agnostiche) per impedire le esternalità negative del trattamento

favore di fanciulle bisognose", riservato a cittadini cattolici, coniugati in chiesa di buona condotta morale e civile, certificata dalla Chiesa. La legittimazione a ricorrere dell'UAAR risulta incontestata nella sentenza, la quale dà atto che "correttamente l'associazione ricorrente ritiene, infine, che l'amministrazione comunale avrebbe potuto, invece, legittimamente stanziare le somme in questione per un premio di nuzialità destinato non soltanto ai matrimoni di una determinata confessione religiosa, ma ai matrimoni in generale, dettando condizioni di assegnazione non discriminatorie".

³⁹ Osserva giustamente **C. CARDIA**, *Conclusioni. Evoluzione sociale, ateismo, libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2011, p. 221, che non è "corretto ammantare di spirito o afflato religioso eventi, azioni, o strutture, che per definizioni non sono religiose, e non vogliono esserlo".

⁴⁰ **F. FINOCCHIARO**, in *Art. 20*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 307 (*contra*, senza specifica motivazione, **P. CAVANA**, *Sullo stato giuridico delle organizzazioni agnostiche nell'ordinamento italiano. La legittimazione all'accesso dell'UAAR*, in *Il diritto di famiglia e dello stato delle persone*, 2005, p. 510).



privilegiario ottenuto dalle confessioni, nel loro complesso⁴¹. Questa funzione non potrebbe essere assolta che da una legge unilaterale sulla libertà religiosa⁴².

8 - Il diritto comune unilaterale come garanzia dell'eguale libertà

La decisione della Corte riporta insomma la disciplina, almeno nei suoi termini astratti, sul giusto binario e, se non ha effetti dispositivi immediati e neppure costituisce un monito per il Governo e il Parlamento⁴³, sembra comunque interpretabile nel senso di una virtuale dichiarazione di illegittimità delle leggi basate su intese nella parte in cui, invece che semplicemente derogare alla disciplina comune già vigente al cospetto di specifiche esigenze e peculiari caratteri di ciascuna confessione, introducono esse una disciplina comune solo alle confessioni stipulanti, di carattere privilegiario rispetto alla legge generale.

Piuttosto che agire per addizione, consentendo con l'obbligo governativo di avvio delle trattative di allargare anche se solo

⁴¹ Sull'ordinaria trascuranza dell'art. 20 – *infra*, par. 9 – anche nella giurisprudenza costituzionale vedi **G. GUZZETTA**, *Non è l'«eguale libertà» a legittimare l'accesso ai contributi regionali delle confessioni senza intesa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 2624 ss.; **S. LARICCIA**, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3221.

⁴² “Più robusta si delinea la garanzia dell'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, meno pregiudicata risulta la posizione di quelle confessioni cui il Governo neghi la possibilità di concludere un'intesa”: **L. D'ANDREA**, *Eguale libertà ed interesse alle intese delle confessioni religiose: brevi note a margine della sent. cost. n. 346/2002*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2003, p. 678 ss.; **G. CASUSCELLI**, *Diritto ecclesiastico ed attuazione costituzionale tra de-formazione e proliferazione delle fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2010; **BERLINGÒ**, *L'affaire dell'UAR: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, cit. Il tema è stato articolatamente affrontato nei contributi raccolti nel volume *Proposte per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, Giappichelli, Torino, 2010. Per un facsimile di legge sulla libertà religiosa di credenti, non credenti, agnostici o diversamente credenti si può vedere **N. COLAIANNI**, *Per un diritto di libertà religiosa costituzionalmente orientato*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2007, p. 398 ss.

⁴³ Che, infatti, di lì a poco ha approvato l'ennesima intesa fotocopia – stavolta con la Soka Gakkai, un istituto buddhista non affiliato alla già garantita U.B.I. -, la cui unica specificità risiede nel fatto che per la prima volta nella legislazione italiana viene normato un articolo di fede: il “Dai Gohonzon, vero oggetto di culto per gli appartenenti all'IBISG” (art. 22 l. 28 giugno 2016, n. 130). Per un confronto si può ricordare che perfino la l. n. 847 del 1929 di attuazione del concordato lateranense non ne riprodusse la definizione del matrimonio come sacramento contenuta nell'art. 34.



illusoriamente, come s'è detto, la platea dei fruitori delle odierne intese di favore, la Corte ha agito per sottrazione, ventilando la illegittimità delle norme privilegiate in esse contenute ed estese *ad libitum* in funzione dell'eguale libertà delle confessioni. In altri termini, la sentenza sposta la questione sottoposta dal piano processuale, che comunque pur in caso di avvio delle trattative non contempla l'obbligo del Governo a stipulare l'intesa, a quello sostanziale: se si tratta di assicurare l'eguale libertà *ex art. 8*, comma 1, lo strumento non è la moltiplicazione delle intese in modo da allargare un club per sua natura esclusivo quale quello delle confessioni con intesa bensì la legge comune, che infatti come ricorda la Corte, richiamando propri precedenti, non fa – non può fare - distinzione tra confessioni con e senza intesa. E, si potrebbe aggiungere nella stessa linea di pensiero sulla scia del combinato disposto artt. 19-20 Cost., la legge comune consentirebbe in astratto l'estensione delle norme favoritive (per esempio, la partecipazione al riparto dell'otto per mille) non solo alle confessioni senza intesa ma addirittura a istituzioni e associazioni che svolgano attività di carattere altruistico e umanitario senza scopo di profitto analoghe a quelle delle confessioni religiose (aiuti al terzo mondo, per esempio).

Lo strumento ovviamente non potrà essere quello dell'intesa, affidato alla disponibilità del Governo, ma la legge unilaterale, che rientra nell'iniziativa legislativa tipica del Parlamento. Naturalmente, la mancanza di un *decisum* in argomento rende la costruzione della Corte puramente teorica e indebolente l'effettività della "uguale libertà", assicurata in questi anni, sia pure per un numero di soggetti molto limitato (basta pensare che ne sono esclusi le organizzazioni più numerose, i Testimoni di Geova e i musulmani), dalle intese nel senso bocciato dalla Corte costituzionale.

Ma non bisogna trascurare gli effetti della tutela giudiziaria ormai multilivello e, specificamente, il principio CEDU (combinato disposto artt. 9 e 14) di non discriminazione per motivi religiosi, per cui il rifiuto di estendere ad altre organizzazioni le norme favoritive su materie analoghe a quelle di intese stipulate con le confessioni, non rispondenti a esigenze peculiari di queste, è illegittimo ove non sorretto da adeguata motivazione sulla "*objective and reasonable justification*", che sussiste solo in presenza di un "*legitimate aim*" e di una "*reasonable relationship of proportionality*"⁴⁴.

⁴⁴ Corte europea dei diritti umani, *Savez crkava "Riječ života" and others v. Croatia*, 9 dicembre 2010 (citata dalla Cassazione indistintamente con altre sentenze, pure antidiscriminatorie ma alla stregua di leggi unilaterali: Corte edu, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, 31 luglio 2008; *Lang v. Austria*, 19 marzo 2009; *Association Le Témoins de Jéhovah v. France*, 30 giugno 2011). Da notare, per la rilevante sovrapposibilità del caso alla situazione italiana, che la giustificazione governativa scartata



8 - Il metodo della bilateralità confinato nell'angolo della produzione giuridica

La riconduzione delle intese e ovviamente anche del concordato nel loro alveo costituzionale, quello della tutela delle diversità, e il simmetrico riconoscimento della prevalenza della legge unilaterale, *ex artt. 8, comma 1, e 20 Cost.*, in funzione antidiscriminatoria costituiscono il lato positivo della pronuncia della Corte costituzionale. Il restringimento dell'area di operatività della bilateralità pattizia non impedisce, naturalmente, che le norme statali vengano eventualmente precedute da trattative e anche accordi con i loro destinatari ma si tratterà di eventi che si inscrivono nella ordinaria negoziazione legislativa (con le organizzazioni ateistiche come con quelle confessionali come con qualsiasi gruppo in genere) e sono privi, quindi, della speciale garanzia apprestata dall'art. 8, comma 3, come dell'art. 7, comma 2, Cost. alle sole confessioni religiose. L'aver escluso l'obbligo statale finanche di avvio delle trattative d'intesa si rivela in questa prospettiva una *felix culpa* perché asseconda, e per dir così costituzionalizza, la tendenza in atto a un confinamento del principio di bilateralità pattizia in un angolo della produzione legislativa. Il che, peraltro, produce l'importante effetto di uno spostamento democratico del baricentro dell'iniziativa politica dal Governo al Parlamento, dall'iniziativa esclusiva della maggioranza governativa all'iniziativa diffusa in ogni singolo parlamentare e quindi anche nell'opposizione.

Lo stato costituzionale di diritto è in grado di garantire con i suoi mezzi il pluralismo e le diversità culturali e religiose. Come con puntualità sottolinea la Corte

“sicuramente la Costituzione impedisce che il legislatore, in vista dell'applicabilità di una determinata normativa attinente alla libertà di culto, discrimini tra associazioni religiose, a seconda che abbiano o meno stipulato un'intesa”.

dalla Corte consisteva nella difficoltà pratica di accordare i privilegi richiesti (insegnamento religioso nelle scuole pubbliche, assistenza spirituale in carceri e ospedali, efficacia civile dei matrimoni celebrati religiosamente) a ognuna delle numerose, in Croazia (ben 42) come in Italia, comunità religiose registrate, per cui si chiedeva il riconoscimento del margine di apprezzamento. La motivazione è ripresa da Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Izzettin Dogan and others v. Turkey*, 26 aprile 2016, che però riguarda la libertà di religione basica (ministri ed edifici di culto) ostacolata per effetto del rifiuto di riconoscimento della denominazione Alevi come distinta dall'Islam sunnita: una situazione, quindi, simile piuttosto a quella esaminata e risolta positivamente, a prescindere da intese, da Corte cost. n. 63 del 2016, cit.



Lo fa innanzitutto con la giurisprudenza, garantendo diritti pur in mancanza di legislazione di derivazione bilaterale e restringendo pretese pur in presenza di quella legislazione. Sotto il primo profilo s'è già ricordato come pur in mancanza di leggi di approvazione d'intese, nel caso con i testimoni di Geova e le comunità islamiche, siano stati garantiti in base alla Costituzione le agevolazioni finanziarie e in genere le condizioni giuridiche per la edificazione di templi e moschee. Sotto il secondo profilo si può ricordare la giurisprudenza innovativa della Corte suprema sull'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, che, pur presidiata dalla legge esecutiva di un Accordo, è stata esclusa quando vi ostino motivi di ordine pubblico, come nei casi di convivenza prolungata per oltre un triennio⁴⁵.

Naturalmente non si tratta di un cammino lineare e privo di contraddizioni, in quanto la giurisprudenza, oltre che variegata, è strutturalmente puntuale e priva, perciò, della capacità di una visione d'insieme. Ciò si nota specialmente nella giurisprudenza amministrativa che ha reso decisioni di segno contrastante sulla questione del crocifisso; oppure ha per un verso legittimato il credito scolastico per la frequenza di un insegnamento facoltativo come quello di religione cattolica nelle scuole pubbliche (incentivando, quindi, tale frequenza) e per altro verso escluso la mancanza di profitto dell'attività di istruzione degli enti ecclesiastici come di tutte le scuole paritarie⁴⁶.

Ma anche in questi casi, a parte il merito, ciò che conta rilevare è che comunque si tratta di decisioni assunte sulla base della legislazione unilaterale, mancando una legislazione di derivazione pattizia pur in presenza astrattamente di "rapporti" con le organizzazioni confessionali. Lo Stato, infatti, anche in tali astratti rapporti considera, certo, le istanze di tali organizzazioni, come in genere di ogni gruppo di pressione, ma legifera unilateralmente, in modo costituzionalmente tipico, non atipicamente sulla base o in esecuzione di accordi formali. Si pensi, in senso favorevole alla chiesa cattolica, alla legge sugli oratori o sulla ruolizzazione degli insegnanti di religione; o, al contrario, in senso sfavorevole all'opposizione di quella confessione pur tanto forte da averne ritardato per quasi un decennio l'approvazione, alla recente legge sulle convivenze di fatto e sulle unioni civili omosessuali⁴⁷. La legislazione unilaterale, quindi, ha preso decisamente il sopravvento, come risulta sfogliando un qualsiasi codice

⁴⁵ Cass. 17 luglio 2014, n. 16379, e altre successive.

⁴⁶ Rispettivamente Cons. Stato, 7 maggio 2010, n. 2749, e 28 gennaio 2016, n. 292.

⁴⁷ Vedi rispettivamente l. 1 agosto 2003, n. 206; l. 18 luglio 2003, n. 186; l. 20 maggio 2016, n. 76.



delle leggi in materia ecclesiastica, e, anche grazie alla vivacità della giurisprudenza, nazionale ed europea, sulle questioni di diritto unilaterale (come l'esposizione del crocifisso e simboli religiosi in genere) le questioni teoriche e interpretative, relative al concordato e alla legislazione di derivazione bilaterale, sono ormai polverose.

Non può essere diversamente in quanto i patti in senso lato concordatari sono l'eredità di altri tempi, di lunghi secoli in cui Stato e chiese lottavano per l'egemonia sulle "materie miste", cioè su tutte quelle questioni portatrici di valori ritenuti propri esclusivi da ciascuna delle parti, e prediligevano le pattuizioni, la legge di derivazione bilaterale, piuttosto che le dichiarazioni di diritti, per quanto differenziati possano essere, che toccano tutti i cittadini. Erano i tempi della "costituzione mista", senza sovranità: quella costituzione non scritta, vigente in tutt'Europa prima della rivoluzione francese, ispirata alla moderazione e all'equilibrio tra le componenti sociali e risultante perciò dall'insieme dei patti e degli accordi, che attribuivano a ciascuna di esse diritti e doveri commisurati, limitando gli stessi poteri del re⁴⁸.

La novità costituzionale, a lungo negletta, è che necessaria, invero, è non la bilateralità (che è solo eventuale, nei casi in cui lo Stato ritenga trattarsi di effettivi "rapporti"), bensì la non bilateralità della legislazione, la sua unilateralità, in mancanza della quale si produrrebbe un'inammissibile discriminazione tra gruppi, confessionali e non, che un'immaginaria moltiplicazione delle intese, per limiti a queste strutturali come evidenziato dalla Corte, non varrebbe neppure a contenere: tanto più in una società pluralistica in cui i diritti della coscienza sono prevalentemente (non dentro, ma, come dimostra il protagonismo anche giudiziario dell'UAAR,) fuori dei rapporti tra stato e confessioni.

La sentenza della Corte ridefinisce in maniera netta le competenze della legge unilaterale e di quella di derivazione pattizia. La nettezza è dovuta alla peculiarità del giudizio, che per la prima volta in materia ecclesiasticistica riguardava un conflitto di attribuzioni e, quindi, una decisione netta sulla spettanza della competenza all'uno o all'altro potere in conflitto. Ciò implicava una previa e precisa definizione delle competenze, tanto più perché una delle due parti era il potere giudiziario, soggetto solo alla legge e, quindi, inabile a una qualche forma di *accomodation* o di "leale collaborazione" – quali possono tentarsi nel conflitto tra poteri entrambi politici. In un conflitto siffatto, insomma, la

⁴⁸ Sulla "costituzione mista" vedi **M. FIORAVANTI**, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, e *ivi* la letteratura citata *passim*, nonché i contributi di **AA. VV.**, in *Filosofia politica*, 2005, n. 1.



logica motivazionale dell'*et ... et* deve cedere il posto a quella dispositiva dell'*aut ... aut*: spetta o non spetta il potere di sindacato e, quindi, quale è l'ambito di competenza governativa in materia. Specificamente: l'articolazione concreta ed effettiva dell'eguale libertà rientra nella competenza legislativa unilaterale dello Stato o (anche) in quella delle intese? Va cioè – solo in questo caso, eccezionalmente - concordata con le confessioni religiose? Messa alle strette, come in ogni giudizio conflittuale, la Corte ha deciso esattamente nel primo senso. Si può discutere su questo spostamento, oltre che in fatto come s'è detto ora anche in diritto, del baricentro normativo e sul confinamento della bilateralità pattizia, relegata, come aveva intuito un protagonista della revisione concordataria, "in via secondaria e per così dire di risulta"⁴⁹. Ma costituzionalmente l'interpretazione è irreprensibile e va preso atto che *hoc iure utimur*.

Altrove, mutuando dalla definizione di Irti⁵⁰, ho parlato di una "età della deconcordatizzazione"⁵¹: con l'avvertenza, però, che, mentre in quell'ottica la crisi della centralità del codice civile veniva sostanzialmente letta come crisi dei rapporti tra Stato e gruppi sociali emergenti, qui e ora, invece, la crisi della centralità degli accordi deriva proprio dalla rinnovata attenzione dello Stato verso le esigenze spirituali e religiose emergenti (ancorché non sempre verso le confessioni, che spesso le mediano). Del pervasivo "metodo bilaterale" si potrebbe dire quel che ha detto Pietro Rescigno del negozio giuridico: "abbiamo fatto una bella costruzione: non sempre corrispondente, tuttavia, agli interessi e ai fatti della realtà che ci circonda"⁵². Davvero, per esempio, si può credere di poter convenientemente affrontare, tanto più nell'attuale congiuntura internazionale, i problemi di eguale libertà dei fedeli dei vari Islam italiani, che rifiutano lo statuto confessionale, ricorrendo alle intese?

La Unione atei agnostici razionalisti ha intentato una lite temeraria secondo il diritto nazionale (e salva, come s'è detto, l'eventuale pronuncia della Corte EDU), non essendo per suo stesso statuto una confessione religiosa e non potendo, quindi, giovare di una decisione a favore del "diritto" all'intesa. Della decisione favorevole del Consiglio di Stato, e poi della Cassazione, non avrebbe potuto giovare, piuttosto ne avrebbero

⁴⁹ L'affermazione è del card. Ruini, citato in **M. DAMILANO**, *Il partito di Dio. La nuova galassia dei cattolici italiani*, Einaudi, Torino, 2006, p. 30.

⁵⁰ **N. IRTI**, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

⁵¹ *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 220 ss.

⁵² **P. RESCIGNO, A. BIXIO**, *Per una razionalità giuridica problematica*, in *Diritto romano attuale*, 2000, n. 4, p. 23.



potuto trarre vantaggio le confessioni religiose già riconosciute ma non ammesse alle trattative. Di questa decisione della Corte costituzionale, nonostante le apparenze contrarie, può invece giovare, alla pari di tutte le confessioni, con e specialmente senza intesa, e di tutte le organizzazioni filosofiche non confessionali: grazie alla legge unilaterale che in base agli artt. 8, comma 1, e 20, oltre che 3 e 19 Cost., garantisce da ogni discriminazione.