



diritto & religioni

Semestrale
Anno XI - n. 2-2016
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

22



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XI - n. 2-2016
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Fattore religioso e dinamiche storico-istituzionali. La procedura per le “Intese” ex art. 8 Cost. tra regole del gioco e princìpi di democrazia sostanziale

LUIGI BARBIERI

*Se il nostro intento è di tornare a infondere passione religiosa
nella vita politico-pubblica o di usare la religione come un mezzo
per operare delle distinzioni politiche,
il risultato che rischiamo di ottenere
è la trasformazione e la degenerazione della religione
in una ideologia e la corruzione della nostra lotta
contro il totalitarismo in un fanatismo
che è del tutto estraneo all'essenza stessa della libertà*
H. Arendt

1. Considerazioni introduttive

Un chiaro autore ha di recente intitolato così un pregevole saggio: *L'affaire U.A.A.R. da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*¹. L'argomento è, non solo per gli specialisti dell'argomento, di grande interesse e di obiettiva importanza. E lo stesso scritto presenta più di un motivo di riflessione e di approfondimento. Tuttavia, è ragionevole ritenere che in seguito a una sentenza della Corte Costituzionale – di due anni successiva – sul medesimo tema, l'autore sarebbe oggi stato indotto a capovolgerne il titolo: da *tutela giudiziaria a querelle politica*.

Con la sentenza n. 52 del 2016 la Consulta ha infatti restituito la natura squisitamente politica all'intera fase delle trattative che precede la legge di approvazione di un'intesa con «le confessioni religiose diverse dalla cattoli-

¹ SALVATORE. BERLINGÒ, *l'affaire UAAR da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 4, 2014.

ca» che ne abbiano fatto espressa richiesta².

Il nucleo argomentativo intrinseco alla questione affrontata dalla Corte può essere riassunto in sintesi in alcune domande chiave:

- la fase delle trattative – che si scinde in quella dell’apertura e della chiusura di un “tavolo” – è un atto politico o un atto di alta amministrazione?
- è obbligatorio per il Governo aprire un tavolo di trattative con qualsiasi soggetto richiedente che si autoqualifichi «confessione religiosa»?
- è obbligatorio concludere positivamente la trattativa o vi può essere una motivazione per interromperla ancorché irragionevole?
- in caso di conclusione positiva, è obbligatorio l’esercizio dell’azione legislativa da parte dell’Esecutivo per trasfondere in un testo di legge il contenuto dell’Intesa?

Le Magistrature superiori, ordinaria e amministrativa, si sono successivamente espresse affermando il principio che, nell’espletamento delle attività preliminari per determinare la «base» di un’Intesa, i pubblici poteri devono agire nei limiti della discrezionalità amministrativa che può servirsi anche di supporti tecnici (quali pareri, consulenze di esperti del settore ecc...).

Da parte sua il Governo ha rinvenuto in questa decisione delle SS.UU. un grave precedente, lesivo della sfera di competenza politica tipica del Consiglio dei Ministri per l’adozione di un atto prodromico all’esercizio dell’ini-

² È il caso di fare un breve cenno al fatto storico, pur se già sufficientemente reso noto dalle cronache giudiziarie e dalle notizie riportate dagli organi d’informazione. Il Governo ha esperito azione diretta per sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato contro la Corte di Cassazione, che, con la sentenza n. 16305 emessa il 12 marzo 2013 ha dichiarato, rivendicandolo, il potere dell’ordine giudiziario di sindacare gli atti governativi prodromici alle trattative per un’intesa. Con tale decisione, invero, le Sezioni Unite hanno respinto il ricorso per conflitto negativo di giurisdizione proposto dal Governo, ex art. 362, n. 2 del c. p. c., avverso la precedente sentenza del Consiglio di Stato n. 6083 del 2011. Il *casus belli* era sorto dall’impugnativa da parte del circolo *Unione atei agnostici e razionalisti* (d’ora in avanti UAAR) della delibera del Consiglio dei Ministri del 27 novembre 2003, con la quale l’Esecutivo respingeva la proposta di avvio delle trattative per la stipula di un’Intesa, ai sensi dell’art. 8, 3° c. Cost., sulla semplice constatazione che la professione di fede atea non può condurre a un’equiparazione di un’associazione filosofica con una confessione religiosa. A seguito di un lungo *iter* procedurale, che ha visto impegnati le Magistrature superiori e il Tar Lazio, la sentenza della Cassazione ha affermato che l’apertura delle trattative è «un atto dovuto» da parte del Governo finalizzato a una possibile intesa. Le trattative, in quanto attività di natura amministrativa, sono disciplinate dai principi del diritto amministrativo e non configurano quindi attività intrinseche – ancorché indubbiamente preparatorie – all’attività legislativa successiva. Il fatto che quegli atti preparatori si configurino come atti di natura amministrativa non intaccherebbe inoltre il «metodo bilaterale». Sicché gli atti prodromici all’intesa possono essere sottoposti alla sindacabilità giustiziale, al fine di evitare, sulla base di una malcelata discrezionalità politica, disparità di trattamento tra i possibili soggetti richiedenti almeno l’apertura di un tavolo di trattative, cioè la semplice apertura di un dialogo.

ziativa legislativa. Di qui il ricorso in via diretta alla Consulta per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

La sollevata questione di costituzionalità si è poi conclusa con la pronuncia suddetta, divenuta a sua volta fonte di un vivace dibattito dottrinale nel quale ha prevalso un notevole dissenso contro le posizioni della Consulta³.

Questo saggio si propone di formulare qualche riflessione che, partendo dal tema specifico che è stato oggetto delle pronunce giurisdizionali, estenda il discorso a un ambito più ampio nel quale sono coinvolti interdisciplinariamente diversi aspetti che sembrano di grande interesse tanto per la politica del diritto costituzionale quanto per l'evoluzione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, tema che appare di particolare pregnanza e attualità.

2. Riflessioni selettive sui principali aspetti della questione

Un punto di particolare criticità per delimitare il concetto di «confessione religiosa»⁴ si riscontra nell'equiparazione dei circoli filosofici ateistici alle confessioni religiose di tipo storico-tradizionale. Per i sostenitori della corrente di pensiero che si riconosce nei programmi e nello statuto dell'UAAR non è consentito tracciare un discrimine tra ateismo e religione⁵, in quanto tra i due concetti vi sarebbe corrispondenza e omologia, con conseguente ef-

³ JLIA 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*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 26, 2016; ANGELO LICASTRO, *La Corte Costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it) n. 26, 2016; PIERANGELA FLORIS, *Le intese tra conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 28, 2016. ANTONIO RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, overosia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in federalismi.it, n. 25, 2016; MANLIO MIELE, *Confessioni religiose, associazioni ateistiche, intese*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, p. 1368.

⁴ La bibliografia sul concetto di «confessione religiosa» è molto vasta. Mi limito, per ovvia brevità a ricordare solo SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in *Principio Pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di V. Parlato e G. B. Varnier, Giappichelli, Torino, 1995. Per una sintesi sulle varie proposte dottrinali cfr. LUIGI BARBIERI, *Stato laico e pluralismo confessionale. Per una definizione giuridica del concetto di confessione religiosa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, passim. MARCO CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, ETS, Pisa, 2012, p.109 e ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 233 ess.

⁵ Il problema dell'ateismo agitò il dibattito dottrinale già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, in argomento WALTER BIGLAVI, *Ateismo e affidamento della prole*, Cedam, Padova, 1951. Sul tema dell'ateismo in senso strettamente filosofico si veda ANDREA AGUTI, *Filosofia della religione. Storia, temi, problemi*, La Scuola, Brescia, 2013.

fetto identitario nell'ambito della coscienza individuale e collettiva. L'assunto è confortato dalle disposizioni comunitarie, oltre che dalla norma dettata nell'art.17 della Costituzione europea⁶.

Non è sufficiente, pertanto, individuare un particolare modulo d'indagine per circoscrivere il concetto di confessione religiosa, giacché l'analista, una volta risolto questo problema – sia pure in maniera parziale o apparente – viene a trovarsi dinanzi a susseguenti questioni giuridico-procedurali di notevole complessità, che ineriscono sul piano della prassi dei rapporti tra gli organismi religiosi con i pubblici poteri.

Il micro-sistema procedurale delle trattative per un'Intesa è stato per molto tempo un campo arato dalla dottrina solo in via ipotetica, essendo le varie proposte di studio rimaste prive di un riscontro reale, stante la mancata attuazione del terzo comma dell'art. 8 della Costituzione per quasi trent'anni.

Da circa un decennio, però, le varie ipotesi dottrinali hanno avuto una verifica nella realtà effettuale, che ha richiamato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sul problema relativo ai comportamenti omissivi del Governo, in relazione all'iniziativa legislativa. Sono aspetti problematici, rimasti ai margini della verifica scientifica.

Se si eccettuano rare ma lungimiranti proposte dottrinali, risalenti ai decenni successivi all'entrata in vigore la Costituzione Repubblicana⁷, l'unica alternativa è sembrata essere quella rinvenuta in sede parlamentare⁸, con riferimento ad alcune Intese concluse, ma prive di proposta di ratifica da parte del Governo. La cittadella fortificata in cui aveva trovato un machiaavellico rifugio politico la condotta negligente dell'organo esecutivo, è stata scossa dalle fondamenta. L'omessa proposta di legge governativa per l'esecuzione e per l'approvazione di ben sei intese, già concluse e non passate per la ratifica o approvazione, è stata sostituita dall'iniziativa parlamentare⁹,

⁶ FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO - C. MIRABELLI - F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 32 e ss. ALFONSO CELOTTO, *L'Italia e l'Unione europea*, in *Diritto Pubblico*, a cura di FRANCO MODUGNO, Giappichelli, Torino, 217 ss.

⁷ COSTANTINO MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1974, pp. 2600 ss.

⁸ Dai senatori Ceccanti e Malan, in maniera bipartisan secondo la vulgata giornalistica, cfr. FEDERICO PIETRANGELI, *L'approvazione delle nuove intese con le confessioni religiose: un percorso accidentato forse prossimo a conclusione*, in *A.I.C.*, Rivista telematica, n. 1, 2012.

⁹ ILIA PASQUALI CERIOLI, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), 2010. PIERLUIGI CONSORTI, *1984-2014: la stagione delle intese e la "terza età" dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2014, pp. 91 ss.

secondo una lettura innovativa del rinnovellato art. 117 Cost., «che rimette la materia dei rapporti fra la Repubblica e le confessioni religiose allo Stato, senza individuare i limiti dell’iniziativa parlamentare»¹⁰: una dirompente innovazione che travolgeva, sia pure con grande difficoltà, la prassi fino a quel punto seguita.

Il nervo scoperto della questione permaneva nelle problematiche giuridiche riguardanti: la fase precedente l’iniziativa legislativa e i vari passaggi delle trattative (dalla richiesta di accesso, allo svolgimento del negoziato, fino alla chiusura del «tavolo»).

La dottrina maggioritaria sosteneva che la fase antecedente l’iniziativa legislativa in tema di Intese fosse un procedimento a formazione complessa, che si concretava in una procedura, in cui confluivano una serie di atti l’un l’altro concatenati e qualificati nell’insieme come attività di alta amministrazione¹¹. La struttura bifasica per la formazione del “prodotto legislativo” non avrebbe escluso la possibilità di sottoporre a censura giurisdizionale i comportamenti dell’Esecutivo nella fase preparatoria dell’Intesa, fino al limite, invalicabile per il potere giurisdizionale, dell’iniziativa legislativa.

Qualora i rapporti tra i contraenti dovessero entrare in crisi, con conseguente caducazione del dovere di collaborazione e quindi con un recesso ingiustificato dalle trattative, si aprirebbe il nuovo scenario di una richiesta di tutela giurisdizionale, per molteplici e variegati ipotesi, dalla salvaguardia del diritto d’accesso al tavolo, fino all’obbligo di chiusura della trattativa medesima, che, ove positiva, dovrebbe essere tradotta in legge.

Sul diritto di accesso alle Intese, il problema sembrava quindi avviato verso una soluzione positiva, nel senso della possibilità di sottoporre a verifica giustiziale sia i singoli atti della fase transattiva sia la condotta di diniego, secondo le motivazioni contenute nella richiamata sentenza della Cassazione. Con questa decisione, divenuta un *casus belli*, gli ermellini avevano anticipato l’individuazione del percorso successivo relativo all’obbligo di chiusura del tavolo per le trattative con la conseguente traduzione in legge.

¹⁰ ROBERTO ZACCARIA, *Fuga dalla legge?*, Grafo, Brescia, 2011. Nell’occasione il Governo si adoperò con inconsueto tempismo per vanificare l’iniziativa parlamentare presentando immediatamente un proprio progetto di legge, che fu approvato nel più breve tempo immaginabile. Cfr. sul punto PIERLUIGI CONSORTI, *Nuovi rapporti fra la Repubblica e le confessioni religiose? Sui riflessi ecclesiastici della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* 2003, nr 1, s. 13–36.

¹¹ Nondimeno, già nei primi anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, Costantino Mortati proponeva un criterio «apprezzabile solo da un punto di vista politico» per identificare un concetto di confessione, ponendo l’aspetto della fase delle trattative sul piano *extra* giuridico e «per giustificare le deroghe al principio di separazione...», COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, p. 1177.

Un'intimazione che è risuonata nelle stanze del potere politico come una dichiarazione d'indebita ingerenza.

3. *Gli oracoli delle Sezioni Unite e il limite del potere nomofilattico*

La tecnica innovativa sperimentata nella motivazione della decisione delle SS.UU. è palesemente desumibile da una risposta anticipata per un *petitum virtuale*, rimasto in una zona di semioscurità e pur onnipresente tra le righe della motivazione della sentenza sul caso UAAR.

Non può passare inosservato un passaggio della motivazione, dall'indubbio sapore monitorio, che evidentemente non poteva essere condiviso dal Governo, che ha intravisto nel messaggio dei supremi giudici «*la gioia alata degli Dei foriera*»¹². Si trattava insomma di un evidente straripamento del potere giudiziario nel tentativo di arginare l'arroganza dell'apparato burocratico nei confronti dei soggetti amministrati.

La sentenza delle SS.UU.¹³ lascia trasparire nei decidenti un senso d'inquietudine, tanto profonda quanto malcelata, che rinvia alla storica dialettica tra potere politico e potere giurisdizionale nella quale l'efficace tecnica argomentativa dei togati nega la natura politica del potere giurisdizionale e così facendo la afferma (in modo occulto) con maggiore vigore¹⁴:

La Cassazione non deve e non vuole pronunciarsi sull'esistenza di un diritto alla chiusura delle trattative o all'esercizio dell'azione legislativa: esula

¹² NICCOLÒ UGO FOSCOLO, *Carne ad Antonio Canova. Inno I Venere*, v. in MARIO. SCOTTI, *Foscolo Ugo*, Treccani, vol. XLIX, 1949.

¹³ Cass. Civ. SS.UU., n. 16305 del 28 giugno 2013, con note di JLIA PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "eguale libertà" di avviare trattative ex art.8 Cost. terzo comma in, Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 26, 2013; SALVATORE BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.*, cit.; EMANUELE ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 27, 2014.

¹⁴ Cfr. FRANCESCO DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2010; ID., *Le conflit entre magistrature et pouvoir politique dans la France moderne*, in *Parliaments: The Law, the Practice and the Representations. From the Middle Ages to the Present Day – Parlamentos: a lei, a prática e as representações. De l'idade Média à Actualidade*, a cura di M.E. da Cruz Coelho e M. M. Tavares Ribeiro, «Texts presented in the 60th Congress of ICHRPI International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions», Lisboa-Coimbra 1-5 sett. 2009, edited by Assembleia da Republica, Lisboa 2010, pp. 259-92. Sulle origini medievali del fenomeno per cui il potere giurisdizionale tende a pensare se stesso come naturale propensione del potere politico, cfr. PIETRO COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.

dall'ambito decisionale che è qui configurato¹⁵.

È un'affermazione che denota una significativa reticenza intorno alla possibile condotta omissiva dei pubblici poteri per la chiusura delle trattative e del conseguente esercizio dell'azione legislativa. I giudici di legittimità avrebbero voluto precorrere i tempi, intimando al Governo di mettere in atto l'iniziativa legislativa. Ciò non è stato possibile solo perché la Corte sarebbe andata palesemente *ultra petita*. Ciò non ha tuttavia impedito di formulare un avvertimento monitorio: qualora si verificassero altre fattispecie di diniego delle trattative per l'Intesa e queste fossero oggetto di analogo giudizio, la Corte si sarebbe regolata di conseguenza, applicando i principi enunciati sulla controversia appena dipanata per entrare nel merito dei comportamenti omissivi del Governo circa la «chiusura» anticipata e ingiustificata del tavolo per formalizzare l'Intesa.

Il potere giudiziario, insomma, pur mantenendo sotto il profilo formale un atteggiamento politicamente neutro e rispettoso dei limiti che ad esso impone il dettato costituzionale, lascia trapelare una velata intenzione di spingersi ben oltre quel confine ed entrare con sapienziale accortezza nell'esercizio della funzione legislativa¹⁶.

Le Sezioni Unite preannunziavano, ad esempio, la concreta possibilità di sottoporre al vaglio giurisdizionale il comportamento inerte dei pubblici poteri, nel duplice aspetto sia del rinvio sine die sia della mancata chiusura. Di fronte al *niet* politico-burocratico del Governo che si presentasse come irragionevole ovvero supportato da un'argomentazione capziosa, la Suprema Corte ha preannunziato di non poter restare inerme, qualora venga invocata la tutela giurisdizionale da singoli privati o da organizzazioni collettive.

Evidentemente le Sezioni Unite si sono qui dichiarate pronte a spingersi fino al confine estremo – e anche oltre – della funzione nomofilattica così come disegnata nelle disposizioni procedurali, incidendo direttamente sul dettato costituzionale e manipolando il senso della normativa ordinaria di riferimento, combinata con le norme di natura processual-civilistica¹⁷.

La motivazione monitoria ha prodotto, dall'altro versante, la contro-reazione di aprire una vertenza politico-istituzionale per un conflitto di attribu-

¹⁵ Cass. civ. Sez. Un., n. 1635 del 2013.

¹⁶ Ciò conferma appieno nell'attualità della vita giuridica italiana un fenomeno ampiamente studiato nel suo sfondo storico di lunga durata: cfr. FRANCESCO DI DONATO, *La ricerca storica sulla magistratura. Aspetti metodologici e linee prospettive*, in *Le carte e la storia*, n. 2, 2012, pp. 5-32.

¹⁷ In proposito CARMINE PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, in *Historia et ius*, Rivista telematica, (www.historiaetius.it), n. 1, 2012, p. 4.

zione tra poteri: quello esecutivo del Governo e quello giurisdizionale della Cassazione quale giudice di legittimità.

La soluzione della *querelle* è stata quindi indirizzata verso il terreno politico, confluendo nell'ambito di uno scontro per l'affermazione di una pari dignità costituzionale tra azione politica e funzione giurisdizionale. Si tratta di una collisione coscientemente provocata da una magistratura che ripudia definitivamente il ruolo di braccio secolare del potere¹⁸. Per una giurisdizione che reclama il superamento dei limiti di una mera pratica burocratica nell'esercizio della sua funzione¹⁹. Per una magistratura che rivendica il ruolo di supplenza nel *deficit* politico istituzionale dell'ora presente e che non vuole e non può più rassegnarsi ad assolvere unicamente il compito di smistamento dei conflitti sociali²⁰.

4. *Un rimedio che dimora nel tempo: le "additive di principio"*

Il conflitto tra i poteri si sarebbe potuto evitare se solo fossero state tenute presenti le proposte dottrinali risalenti ai decenni successivi alla promulgazione della Carta Costituzionale.

La dottrina giuspubblicistica si è interrogata sui possibili rimedi da invocare nel caso di comportamenti omissivi nelle dinamiche istituzionali, sia da parte del Governo sia da parte del Parlamento²¹.

In questi casi era stata individuata una soluzione perfettamente aderente all'intelaiatura concettuale e logica dell'impianto costituzionale. S'individuava la soluzione nell'intervento della Corte Costituzionale circa la possibilità di emanare provvedimenti "additivi di principio". È una soluzione giuridicamente raffinata e tecnicamente elegante, che pone al centro del confronto istituzionale i principi supremi dell'ordinamento costituzionale che sono ap-

¹⁸ Cfr. STEFANO RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati-A. Ceretti-A. Giansanti, Feltrinelli, Milano, 1996, p. 17. Id., *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, Roma, 2011. Sul punto cfr. la profonda riflessione di MICHEL TROPER, *Existe-t-il un danger de gouvernement des juges?*, in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, a cura di D. Soulez Larivière-H. Dalle, Laffont, Paris 2002, pp. 329-46; Id., *Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, in J.-C. Colliard-Y. Jégouzo, *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris 2001, poi ripubblicato in Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris 2001, pp. 231-47.

¹⁹ Cfr. ALESSANDRO PIZZORNO, *Il potere dei giudici: Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma, 1998, p. 8.

²⁰ GAETANO SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 71.

²¹ COSTANTINO MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali*, cit. p. 2615.

plicati già con una modalità preventiva²².

Con le sentenze “additive di principio” la Corte Costituzionale²³ dispiega il suo intervento con una efficacia dinamica, che già in passato ha avuto un effetto equilibratore e sicuramente innovativo sul tema dei rapporti tra Stato e confessioni religiose²⁴.

Questa tipologia di sentenze consente alla Corte d’individuare il frammento mancante della norma per poi formulare in via interpretativa il principio di rango costituzionale da applicare nel caso singolo²⁵. La Consulta dichiara cioè l’illegittimità della disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità senza necessità di formulare il frammento normativo mancante (ciò che è chiamato «l’additivo»²⁶), bensì dettando il principio generale cui rifarsi per colmare di contenuti la lacuna²⁷. Questo è un “additivo di principio”. In

²² FRANCO MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di F. Modugno-A.S. Agrò, Giappichelli, Torino, pp. 247 e ss.

²³ MARIO FIORILLO, *La Corte costituzionale nella transizione infinita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2005 p. 71.

²⁴ Il riferimento è alla sentenza n. 18 del 1982 della Corte Cost., ancora oggi spesso richiamata in commento alla giurisprudenza CEDU, sotto il profilo della comminatoria di sanzioni allo Stato per violazione dell’art. 6 della Conv. a causa dell’esecutività delle sentenze ecclesiastiche. La dottrina continua a sottolineare le innovative conseguenze che la sentenza n.18 del 1982 avrebbe potuto determinare e che invece la successiva giurisprudenza di legittimità e di merito ha in qualche modo ridotto, frustandone la possibilità espansiva; tale dottrina segnala una certa ingerenza della CEDU nei rapporti pattizi tra lo Stato e la Chiesa cattolica, RAFFAELE BOTTA, *Le delibazioni delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2, 2002, pp.167 e ss.

²⁵ È illuminante, al riguardo, la posizione di un grande giuspubblicista come Costantino Mortati: «La giustificazione di carattere generale che, se vera, risulterebbe assorbente, desunta dalla posizione di sovranità rivestita dal legislatore, tal da consentirgli anche la libertà di non fare, non può riuscire valida [...] quando la sovranità risulti limitata da una costituzione rigida, la cui osservanza rimanga al controllo di costituzionalità sostanziale. Di fronte a principi o a norme costituzionali che richiedono per la loro piena attuazione un fare positivo dell’organo legiferante, la non sindacabilità dell’adempimento di un obbligo non può neppure essere contestata sulla base di generiche affermazioni, come quella di mancanza di mezzi di coercizioni atti a piegare la volontà dell’organo stesso, occorrendo procedere invece ad un loro controllo sulla base dell’esame analitico delle varie fattispecie omissive configurabili...» (corsivi aggiunti): COSTANTINO MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, nel vol., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, Cedam, 1974, p. 2600. Naturalmente, Mortati fa riferimento agli inadempimenti del Parlamento; per il potere esecutivo in sede proponente la soluzione mortatiana potrebbe essere utilizzata senza particolari difficoltà, pur se con gli opportuni distinguo.

²⁶ Come accaduto nella celebre sentenza che impose l’aggiunta delle parole «se credente» alla formula del giuramento prevista nel previgente codice di procedura civile. In quel caso la Corte si sostituì materialmente alla funzione tipica del legislatore.

²⁷ ROBERTO ROMBOLI-EMANUELE ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *EdD*, Aggiornamento, V, pp. 531 ss.; FRANCESCO DAL CANTO-EMANUELE ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R.

ottemperanza di questo principio la magistratura acquisirebbe il potere di parificare il trattamento delle confessioni che hanno siglato un'intesa ancora priva di ratifica parlamentare – e persino delle confessioni che non hanno affatto siglato un'intesa – al trattamento delle confessioni che hanno siglato un'intesa poi approvata dal Parlamento e resa quindi esecutiva. La condizione necessaria perché questo avvenga è che le confessioni del primo tipo presentino gli stessi elementi strutturali (una potestà di governo, una normazione interna, una pluralità di soggetti affiliati, ecc...) di quelle del secondo tipo²⁸. Il potere conferito al giudice deve restare tuttavia nell'ambito della congruità logica, dell'obiettività e della ragionevolezza.

La classificazione delle sentenze “additive di principio” risale alla fine degli anni Settanta del secolo scorso²⁹. Con questo tipo di pronunce la Corte ha inaugurato la stagione del «dialogo» tra i poteri dello Stato. Con un ruolo di moderatrice che, pur tendendo ai limiti del suo ambito, non appare improprio, la Consulta intrattiene un rapporto sia con il legislatore sia – soprattutto – con la magistratura (tanto di merito quanto di legittimità) sulla quale ripone, nelle more di un intervento del potere politico legislativo (l'attesa legge sulla libertà religiosa), l'obbligo di eseguire, nel caso singolo, il principio enunciato nelle decisioni di legittimità costituzionale³⁰.

Nel caso di specie: enunciato il principio fondamentale volto a regolare i rapporti tra Stato e confessioni religiose, la magistratura di merito dovrebbe attenersi esclusivamente a una verifica di conformità dei parametri presentati da un'organizzazione religiosa con il principio additivo individuato.

L'applicazione del principio rinvenuto dalla Consulta dovrebbe essere utilizzato in primo luogo per le confessioni religiose con intesa non ratificata, poi per quelle prive (anche per una deliberata scelta) di un'intesa e infine

Romboli, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 159 ss.

²⁸ Il Tribunale di Bari, ad esempio, ha ritenuto del tutto irrilevante: «la mancata ratifica dell'intesa stipulata il 20 marzo 2000 tra lo Stato italiano e la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova», in quanto «vale il principio della non ingerenza...». Ex plurimis: Tribunale Bari, 14-12-2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 5, 2006, p. 1145.

²⁹ «In questi ultimi anni il nuovo tipo di decisione ha avuto varie applicazioni [...] tra le ipotesi in cui la Corte ha indicato un principio specifico [...] oppure ancora indeterminabile se non a seguito di uno specifico intervento del legislatore»: ROBERTO ROMBOLI-EMANUELE. ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit. pp. 532 ss.

³⁰ ADELE ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3199, ID, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, ibidem, 1993, pp. 1785 ss.; CESARE PINELLI, *Titano, l'uguaglianza e un nuovo tipo di «additive di principio»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 1792; MARILISA D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale? In Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 1803 ss.

per gli altri organismi che proclamano avere una finalità religiosa³¹.

In definitiva, attraverso questo metodo il concetto di confessione religiosa trova una soluzione nei poteri creativi della prassi giurisprudenziale, secondo le linee guida indicate dalla Consulta, in un rapporto diacronico tra principi democratici e giurisdizione, in attuazione funzionale della costituzione materiale. Tutto ciò avviene entro i limiti della funzione creativa della giurisprudenza³² – considerata anche come fenomeno culturale³³ – e in applicazione pratica della giustizia materiale³⁴. La via scelta dalla Consulta è utile anche per individuare il *syntagma* del principio di bilateralità tra lo Stato e le confessioni religiose³⁵, tramite una lettura giusrealistica del combinato disposto degli articoli 8 e 117 della Costituzione con l'art. 2, lettera l, della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per integrare il progetto incompiuto che probabilmente il legislatore costituente non ha inteso definitivamente chiudere nel dettare il terzo comma dell'art. 8 della Costituzione repubblicana³⁶.

³¹ La capacità di influire sull'equilibrio applicativo del comma 1° dell'art. 8 Cost. con il sistema delle additive di principio potrebbe rinvenirsi nell'ipotesi elusiva da parte dello Stato di applicazione di alcuni benefici fiscali tramite la legislazione negoziata con le Intese, escludendo ad nutum gruppi confessionali privi d'intesa, cfr. GIORGIO BERETTA, *La giurisprudenza della CEDU in tema di libertà religiosa e i suoi riflessi sul diritto tributario*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1, 2015, pp. 3 ss.; ANDREA GUAZZAROTTI, *L'accesso al mercato religioso in Italia*, in *Diritto Ecclesiastico*, n. 1, 1997, p. 71; BARBARA RANDAZZO, *La Corte "apre" al giudizio di eguaglianza tra confessioni religiose?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 1998, pp. 1843 ss.

³² GIOVANNI GIACOBBE, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, in *Iustitia*, n. 3, 2015, p. 2003; PIETRO PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2014, pp. 405 ss.

³³ Cfr. LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967 (ristampa inalterata 1975); MARC FUMAROLI, *Lo stato culturale. Una religione civile*, Adelphi, Milano, 1993, pp. 26 ss.

³⁴ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2006, pp. 297 ss. Sul concetto di "giustizia materiale", cfr. il classico di HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Vandenboeck und Ruprecht*, Göttingen, 1951 (e diverse edizioni successive), trad. it. a cura di G. De Stefano con presentazione di E. Paresce, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Giuffrè, Milano 1965.

³⁵ La pronuncia additiva, per altro, non creerebbe alterazione del sistema delle fonti, nonostante la qualificazione di legge rinforzata di cui godono i provvedimenti legislativi di approvazione/esecuzione dell'Intesa, in quanto gli effetti aggiuntivi della pronuncia «sarebbero solo apparenti, poiché in realtà è la forza di espansione di altre norme che viene ad operare automaticamente, una volta caduta l'omissione [...] impeditiva»: COSTANTINO MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali*, cit., p. 2614.

³⁶ La ricostruzione storica dell'idea alla base dell'istituto dell'Intesa è alquanto carente. Varie sono le ipotesi, che non trovano una rigorosa verifica scientifica. Una prima ipotesi è quella che attribuisce l'istituto alla genialità di H. Kelsen. Il Métall, suo biografo e amico, riporta che il giurista praghese era stato incaricato di elaborare un progetto di costituzione per la Città Libera di Fiume. Il progetto poi naufragò a seguito della soluzione di D'Annunzio detta *Carta del Carnaro*. Probabilmente Kel-

5. Il paradigma sovrapposto dalla Corte Costituzionale

Il metodo risolutivo individuato da Mortati non ha potuto essere perseguito dalla Consulta in occasione del giudizio diretto per dirimere il conflitto di attribuzione dei poteri tra organo esecutivo e magistratura. Due sono stati i principali ostacoli a quella soluzione: il *petitum* completamente diverso da quello proponibile in via di azione indiretta e la materiale inesistenza di una legge da sottoporre a verifica di legittimità costituzionale.

La Corte ha emesso la sua decisione nell'ambito delimitato dal conflitto tra i poteri dello Stato. Nondimeno vi sono alcuni passaggi nel testo della motivazione che, pur non potendo essere qualificati come "additivi" in senso strettamente tecnico³⁷, possono ugualmente considerarsi come principi ispiratori della politica ecclesiastica e dello stesso diritto ecclesiastico. Si tratta di principi che, per loro caratteristica intrinseca, non rispondono alla rigida teleologia del rapporto tra mezzi e scopi, o alla teoresi del vero e del falso, bensì a una logica più duttile e flessibile, che pur non perdendo la sua connotazione propriamente giuridica, procede sulla via del possibile (nelle condizioni storiche e socio-culturali date) e del ragionevole (sulla base dell'osservazione empirico-fenomenologica dell'evoluzione attuale)³⁸.

sen che usava procedere nella sua attività di consulenza predisponendo più di una proposta aveva inserito il meccanismo delle Intese in questo progetto poi naufragato. Del documento però non è rimasta alcuna traccia: cfr. JÖRG. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, introduzione a HANS KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. XVII. È da escludere invece che il pensiero kelseniano abbia influenzato i costituenti italiani, in quanto dai lavori preparatori si evince che l'Assemblea tenne presente, tra le maggiori costituzioni europee vigenti, quella austriaca del 1934, in particolare l'art. 32. Per espressa dichiarazione del grande teorico del diritto il suo contributo alle scienze giuridiche per la Costituzione austriaca si era chiuso definitivamente nel 1930: cfr. HANS KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 49 ss. Per altra ipotesi – neppur essa però confortata da una ricerca approfondita – sembrerebbe che l'Assemblea costituente abbia seguito il diritto ecclesiastico coloniale, che prevedeva accordi con i gruppi religiosi islamici: sul punto COSTANTINO IANNACCONE, *Diritto ecclesiastico coloniale*, Cedam, Padova, 1939; ALBERTO PONSÌ, *Il Mondo arabo. Storia, politica e religione dalla prima guerra mondiale ai nostri giorni*, Newton & Compton, Roma, 2005, pp. 88 ss. Sul piano più strettamente politico è noto, invece, che l'art. 8 della Costituzione fu il frutto dell'abile compromesso tracciato dal giovane costituente A. Moro, cfr. LAZZARO MARIA DE BERNARDIS, *Stato e Chiesa nell'azione politica di Aldo Moro*, in *Annali della Facoltà di Scienze Politiche*, Università degli Studi di Genova, 1978-1979, pp. 157 ss.; GIANNI LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 348.

³⁷ Le additive di principio rappresentano «una delle novità nello strumentario di dispositivi di cui si è andata dotando la Corte [...] tale dispositivo è stato talvolta utilizzato anche nel giudizio in via d'azione...», ROBERTO ROMBOLI-EMANUELE ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit. p. 560.

³⁸ «Una logica flessibile, in tanto è concepibile in quanto non sia generale, in quanto non conduca a risultati definitivi validi in ogni circostanza, non si irrigidisca – contro il suo concetto – in conclusive inclusioni o esclusioni, ossia in quanto rinnovi continuamente le valutazioni in ogni sua esperienza...», così FRANCO MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a

I due princìpi possono essere sinteticamente formulati così:

In attuazione del principio di pari libertà, le confessioni religiose prive d'intese godono dei medesimi diritti e della stessa tutela giurisdizionale delle confessioni che hanno stipulato un'intesa.

L'art. 8 terzo comma della Costituzione non sintetizza una formula garantistica di democrazia procedurale.

Ed ecco gli enunciati essenziali tratti dai passaggi decisivi della motivazione:

L'atto governativo di diniego di avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di "confessione religiosa" all'associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all'art. 8 terzo comma, Cost., e non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell'associazione stessa³⁹.

Ed ancora:

Un eventuale atto lesivo, adottato in contesti ovviamente distinti rispetto a quello ora in questione, potrà essere oggetto di controllo giudiziario, nelle forme processuali consentite dall'ordinamento, allo scopo di sindacare la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretende di fondarsi sull'atto governativo⁴⁰.

Come si vede chiaramente in questi passaggi della motivazione si conferma il principio che le confessioni che non hanno avuto accesso alle intese godono della medesima copertura costituzionale dell'art. 8, 1° e 2° comma della Costituzione.

Vi è poi un importante corollario che prevede il rinvio al «controllo giudiziario» per il sindacato sulla «mancata qualificazione» del concetto di «confessione religiosa»⁴¹.

Con la logica della "doppia verità" la Corte si preoccupa per un verso di

cura di F. Modugno-A. S. Agrò, Giappichelli, Torino, 1991, p. 258. GUIDO ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giustizia Civile*, n. 4, 2014, pp. 956 ss.

³⁹ Corte Cost., Sentenza n. 52 del 2016.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Questo controllo giudiziario dovrebbe avvenire più in base a un «set di criteri» che sul presupposto di una prefissata definizione legislativa, cfr. EMANUELE ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee?* cit., p. 25.

non attribuire alle confessioni religiose senza intesa una connotazione negativa⁴² e per un altro di non assecondare la capacità di espansione e di proselitismo di quelle confessioni che sono state prescelte per la trattativa, in una sorta di *communicatio privilegiorum*⁴³.

Il portato consequenziale di quest'affermazione è ancor più evidente se si prende in esame l'aspetto procedurale della vicenda. La Corte ha ritenuto ammissibile l'intervento *ad opponendum* dispiegato dall'UAAR nel giudizio di cui stiamo trattando. Vi è qui una contraddizione apparente: il circolo UAAR è un'associazione di diritto privato che non dovrebbe avere alcun potere d'interlocuzione in un giudizio di rango costituzionale avente ad oggetto l'attribuzione di un potere dello Stato. Nondimeno l'interveniente è stato considerato un legittimo soggetto processuale⁴⁴. Questa ammissibilità si pone in linea con la giurisprudenza della stessa Corte, che in passato si è pronunciata favorevolmente sull'intervento dei soggetti privati nel giudizio di legittimità costituzionale⁴⁵. Da ciò si può dedurre la considerazione che il circolo UAAR ha avuto un riconoscimento *incidenter tantum* in una sede di massima espressione rappresentativa dello Stato⁴⁶.

Nulla da obiettare, se non si riscontrasse però il paradosso per cui prima si concede al circolo UAAR un «pubblico riconoscimento» come vera e propria confessione religiosa, e poi simultaneamente si riconosce al Governo il potere di respingere la richiesta d'Intesa con quel soggetto richiedente sulla base di una semplice motivazione di «opportunità politica». È appena il caso di ricordare in proposito che il «pubblico riconoscimento» è ricompreso tra gli elementi essenziali per la qualificazione di una confessione religiosa⁴⁷.

⁴² AMEDEO FRANCO, *Confessioni religiose senza intesa e discriminazioni legislative*, in *Diritto e società*, n. 2, 1991, pp. 183-225.

⁴³ Espressione mutuata da BARBARA RANDAZZO, *La legge "sulla base di intese tra Governo, Parlamento e Corte Costituzionale"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2001, pp. 213 ss.

⁴⁴ Altra cosa è la legittimazione sostanziale dell'UAAR per richiedere un'Intesa. Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari 1990; ID., *Ateismo de combact e intesa con lo Stato*, in A.I.C., *Rivista telematica*, n. 4, 2014; MARCO CROCE, *La nozione di confessione religiosa alla prova dell'ateismo organizzato nel contenzioso U.A.A.R. - Governo in merito alla richiesta di un'Intesa ex art. 8, comma 3, Cost.* in *neldiritto.it* (rivista telematica), 2014.

⁴⁵ È il caso delle associazioni e dei comitati organizzatori dei referendum. Sul punto si veda ANDREA PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 104.

⁴⁶ EMANUELE ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee?* cit., p. 17.

⁴⁷ In tal senso i precedenti giurisprudenziali della stessa Corte Costituzionale n. 467 del 1992 e n. 195 del 1993 ed in parte la sentenza n. 346 del 2002. La giurisprudenza richiamata, con linee significative di convergenza, riafferma il divieto di introdurre nella destinazione dei proventi degli oneri di urbanizzazione secondaria, discriminazioni fra confessioni religiose fondate sulla mera

La sentenza dichiara espressamente di non voler incidere sui «rapporti esterni» delle confessioni senza intese; nondimeno l'aspetto procedurale offre un valido sostegno giurisprudenziale alla teoria della scomponibilità dell'ordinamento giuridico⁴⁸. Il riconoscimento come parte processuale in sede di processo costituzionale di un'associazione che pretende di esprimere la propria natura confessionale costituisce senz'altro un prodromo imprescindibile per il passaggio dallo stato fluido a quello solido dell'ordinamento confessionale, che l'UAAR pretende di aver instaurato e quindi di poter rappresentare. Ciò in nome dell'ateismo come concezione omologa a quella religiosa.

La Corte ritiene, individuando l'altro principio estraibile dalla motivazione, che il terzo comma dell'art. 8 della Costituzione non rientra tra le regole del gioco, non attiene cioè al paradigma della democrazia procedurale:

Non è corretto sostenere che l'art. 8, terzo comma, Cost. sia disposizione procedurale meramente servente dei – e perciò indissolubilmente legata ai – primi due commi, e quindi alla realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in essi sanciti. Il terzo comma invece ha l'autonomo significato di permettere l'estensione del “metodo bilaterale” alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni non cattoliche, ove il riferimento a tale metodo evoca l'incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative⁴⁹.

Il presupposto causale è la scelta politica del Governo, che si manifesta ancor prima dell'opportunità di accedere alle trattative. Si tratta di una valutazione preselettiva dei gruppi⁵⁰ richiedenti l'intesa assorbita nell'oppor-

circostanza che i rapporti di queste confessioni con lo Stato non siano regolati sulla base di intese ai sensi dell'art. 8 comma 3 Cost. Cfr. MANLIO MIELE, *Edilizia di culto tra discrezionalità “politica” e “amministrativa”*, in *Diritto Ecclesiastico*, n. 3, 1995, pp. 365 ss.; GIANLUCA P. PAROLIN, *Edilizia di culto e legislazione regionale nella giurisprudenza costituzionale* in *Giurisprudenza italiana*, 2003, pp. 351 ss.

⁴⁸ L'idea della scomponibilità dell'ordinamento giuridico come integrazione alla notissima teoria della pluralità degli ordinamenti di Santi Romano risale a WIDAR. CESARINI SPORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963; ID., *Ordinamento giuridico*, in *Novissimo Digesto*, UTET, Torino, 1965. Di recente si veda però la limpida definizione di ROLAND MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal cinquecento al settecento*, a cura di F. Di Donato, Esi, Napoli, 2002, pp. 3 ss., secondo il quale un ordinamento giuridico istituzionalizzato potrebbe durare addirittura anche da solo poche ore per essere pienamente valido ed efficace.

⁴⁹ Corte Cost., Sentenza n. 52 del 2016.

⁵⁰ La Corte utilizza prevalentemente – e forse con generica disinvoltura – il termine associazione. L'adozione generalizzata di tale vocabolo è impropria, perché nella significanza della locuzione confessioni religiose possono confluire situazioni alquanto diverse dalle associazioni, come i movimenti, i culti, le denominazioni, le sette, organismi religiosi, che il più delle volte non sono strutturati in un'associazione. EMANUELE ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee?* cit., p. 27.

tunità politica. Il punto cruciale riguarda il modo in cui si può coniugare il principio di bilateralità⁵¹, ossia il rapporto tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica, con le garanzie della democrazia procedurale. Ma notevole importanza riveste del pari il rapporto tra quel medesimo principio di bilateralità (conosciuto anche con l'espressione di «sistema para-concordatario») e la democrazia sostanziale e rappresentativa espressa nell'indirizzo politico del Governo⁵².

6. *Le declinazioni della democrazia procedurale e la base per le Intese*

Per dare un rapido sguardo al rapporto bilateralismo-democrazia occorre esaminare alcuni aspetti – che investono interdisciplinariamente temi di filosofia politica e giuridica – concernenti la definizione del principio democratico.

Secondo la nota definizione di Norberto Bobbio⁵³ la «democrazia procedurale» s'identifica con le «regole del gioco» politico e istituzionale senza occuparsi dell'obiettivo assiologico⁵⁴. Una definizione ripresa e sviluppata dalla filosofia politica anglo-americana: «Process – oriented, not end – state oriented»⁵⁵.

In quest'ottica la democrazia è un sistema che adotta quindi come fine principale le procedure decisionali e non il risultato al quale quelle procedu-

⁵¹ CARLO CARDIA, *Stato laico*, in *Enciclopedia giuridica*, t. XLIII, Milano 1990; GIOVANNI B. VARNIER, *Religione e nazione. Le coordinate del sistema italiano* in EIUDEM (a cura di), *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia*, Accademia Ligure di scienze e lettere, Genova, 2004, p. 150 e ss.; ENRICO G. VITALI, *Il diritto ecclesiastico oggi*, in E. DOLCINI e CARLO E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2985 e ss.

⁵² Sull'argomento resta fondamentale il saggio di ENZO CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1968 (rist.), passim.

⁵³ NORBERTO BOBBIO, *Il futuro della democrazia. In difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984.

⁵⁴ Definizione introdotta da Bobbio nell'opera di cui innanzi. Il filosofo sostiene che le forme del conflitto politico e della crisi sociale possono essere utilmente interpretate attraverso le categorie del pensiero politico classico, specie hobbesiano. L'autore ribadisce che la politica è il campo di azione della forza, lo Stato è il monopolio della forza "legittima", la democrazia politica è la forma peculiare dello stato moderno. Alla luce di questi concetti, il filosofo torinese si sofferma sulla questione del c.d. "garantismo", la cui fondazione teorico-politica potrebbe essere identificata nel rifiuto di ogni stato di eccezione che imponga limitazioni alle regole del gioco della democrazia moderna. Nella filosofia politica di Bobbio, con lucida coerenza, non trova ingresso alcuna forma di teologia politica.

⁵⁵ «La democrazia è orientata al processo e non allo scopo». La teoria della democrazia procedurale fa capo, come è noto, a J. RAWLS, *Una teoria sulla giustizia*, (1971), cfr. JOHN RAWLS, *Una teoria sulla giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008, trad. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone; il filosofo statunitense ha rivisto spesso le sue posizioni, adattandole alle critiche e alle obiezioni sollevate dai alcuni tra i maggiori studiosi di filosofia politica contemporanei: cfr. JOHN RAWLS, *Giustizia come equità: una riformulazione*, trad. it. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Feltrinelli, Milano, 2002.

re pervengono. Questa “democrazia procedurale” si concretizza, dunque, in un sistema di regole che stabiliscono chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali modalità. I limiti di questa forma di esercizio del potere consistono in primo luogo nel ritenere scontati i principi fondamentali della democrazia⁵⁶. Se il sistema della democrazia procedurale non determina i contenuti delle decisioni, ciò vuol dire che la democrazia si qualifica come un contenitore vuoto, indifferente alle propensioni di valore.

Le regole del gioco democratico stabiliscono chi debba assumere una deliberazione e a quali condizioni e con quali limiti possa farlo, ma non precisano *in che cosa* il soggetto sia autorizzato a prendere quelle decisioni. In definitiva in base alle regole democratiche date un soggetto legittimato può essere autorizzato a decidere senza che gli si imponga alcunché circa il *contenuto* della sua decisione.

Va considerato che questo “meccanicismo istituzionale” produce però l’effetto perverso per cui la decisione di ogni situazione – quand’anche fosse di natura strettamente etica – è affidata a un rigido ingranaggio procedurale (imperniato sul principio maggioritario) che, come la macchina della Colonia penale di Kafka, può produrre effetti perversi.

Il risultato andrebbe accolto comunque, non perché funzionale (buono), bensì perché valido secondo le regole e in base al processo che l’ha definito. Con la democrazia procedurale ci si pone la domanda formale: come si esercita il potere? e non l’altra: *perché* o a quale scopo esso si esercita?

Le divergenze sorgono sui contenuti. Molti studiosi hanno osservato che una democrazia fondata sull’unica pertinenza procedurale sarebbe pronta ad acquisire qualsiasi contenuto alla sola condizione che esso sia suggellato da una procedura elettiva, con la possibilità di un superamento perfino degli stessi valori costituzionali fondamentali. Con un sistema di questo tipo, insomma, si determina l’equiparazione totale del valore democratico al metodo di legittimazione di un qualsiasi contenuto.

Si perviene così a un’ipotesi che rasenta l’utopia: si dà corpo all’idea che la società politica non possa avere altra finalità se non quella che di volta in volta emerge nel solo ambito delle regole del gioco. Parafrasando Hobbes, *giusto* diventerebbe quindi tutto ciò che la maggioranza decide (e non lo Stato, come invece egli sostiene).

La Corte Costituzionale italiana ha ritenuto che la formula della democrazia procedurale non può essere utilizzata per attuare il principio di bilate-

⁵⁶ Si pensi, ad es., al principio di effettività (governo dal basso), e al principio di partecipazione popolare (suffragio universale): sul punto cfr. VITTORIO POSSENTI, *Società e democrazia in Italia*, in *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*, a cura di S. Zamagni, pp. 195 ss.

ralità. Nel sistema para-concordatario quel che conta è il risultato perseguibile, prim'ancora delle modalità con cui si perviene all'*end-state*. Il sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa non può rientrare tra le materie da decidere a maggioranza, perché per sua stessa natura esso si calibra di volta in volta sulle particolari e diverse realtà confessionali, ciascuna delle quali ha proprie specificità che richiedono, anche per motivi di opportunità o per valutazioni squisitamente politiche, trattamenti differenziati.

Il principio di bilateralità esclude, per sua stessa caratteristica, decisioni assunte attraverso votazioni. Ciò non significa, naturalmente, che esse possano essere assunte in maniera dispotica, poiché la maggioranza che si forma per individuare la compagine governativa è legittimata anche a gestire i rapporti bilaterali tra lo Stato e le confessioni religiose.

La Consulta non si è spinta oltre per indicare il modello alternativo di democrazia che dovrebbe presiedere anche ai rapporti tra Stato e confessioni religiose. L'eloquente silenzio della motivazione in ordine ai possibili schemi da contrapporre a quello procedurale affida all'interprete l'individuazione della soluzione alternativa. Quest'ultima potrebbe emergere dalla risposta alla seguente domanda: se – come sostiene la Corte – il terzo comma dell'art. 8 della Costituzione non investe l'aspetto della democrazia procedurale, poiché non sarebbe consequenziale ai primi due commi, anzi non sarebbe in nessun rapporto con essi, a quali altre forme di democrazia questa norma si riferisce?

La risposta può emergere attraverso il metodo comparativo che spinge l'interprete a desumere, in sede scientifica, l'idea di fondo alla quale la sentenza s'ispira dalla produzione dottrinale dei giudici costituzionali e in particolare del giudice che ha presieduto l'udienza pubblica in cui è stata deliberata la decisione⁵⁷.

Selezionando rapidamente alcuni pregevoli saggi si può rinvenire l'*opinio iuris* dei decidenti in un passaggio che appare fondamentale per meglio penetrare nella logica della motivazione. Ha scritto il giudice costituzionale Marta Cartabia:

Su questo tema si gioca il destino delle nostre istituzioni, la loro capacità di produrre “bene comune”, cioè la possibilità, da un lato, di decidere a maggioranza “in gran parte delle materie da regolare giuridicamente” e, dall'altro, di impegnarsi a riconoscere e riaffermare ciò su cui non si può votare. Senza questa instancabile e continua opera di ricerca dei punti fondanti e costitutivi

⁵⁷ MARTA CARTABIA-ANDREA SIMONCINI, *Introduzione a J. Ratzinger, La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2013, p. 23.

della comunità politica, lo Stato stesso rischia di degenerare [...] in una *banda di briganti*⁵⁸.

Detto con le parole della stessa Corte: la materia che non può essere sottoposta a votazione «è un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi protetti dagli articoli 8 e 95 della Costituzione».

Da quest'orientamento culturale si può inoltre dedurre che la nozione di democrazia sostanziale non è solo rinvenibile in una dottrina filosofica legata a un tempo specifico e quindi a contingenze socioculturali determinate, poiché essa è invece il risultato di un lungo processo storico faticosamente conseguito. La democrazia esige il rispetto di alcune condizioni politiche, in assenza delle quali il termine perde di senso. Essa rivendica la sua principale ragion d'essere nell'adattabilità e nella capacità di comprendere e di aderire alle metamorfosi della società.

Nella sentenza questo concetto è così sintetizzato:

La realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni e internazionali [i.e.: l'Islam e non solo⁵⁹] possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione che lo richiede, l'avvio delle trattative.

Si può allora affermare conclusivamente che il tipo di democrazia che può essere aggettivata in senso sostanziale⁶⁰ e non procedurale, è una

⁵⁸ MARTA CARTABIA-ANDREA SIMONCINI, *Introduzione*, cit., p. 23; a parte il riferimento al pensiero agostiniano, l'argomentazione aderisce perfettamente alla proposta contenuta nella dottrina sociale della Chiesa, che a sua volta rinvia al magistero di Giovanni Paolo II, espresso nella Lettera Enciclica *Centesimus Annus*: «Un'autentica democrazia è possibile solo in uno Stato di diritto e sulla base di una retta concezione della persona umana [...]. Oggi si tende ad affermare che l'agnosticismo e il relativismo scettico sono la filosofia e l'atteggiamento fondamentale rispondenti alle forme politiche democratiche, e che quanti sono convinti di conoscere la verità ed aderiscono con fermezza ad essa non sono affidabili dal punto di vista democratico, perché non accettano che la verità sia determinata dalla maggioranza o sia variabile a seconda dei diversi equilibri politici. A questo proposito bisogna osservare che, se non esiste nessuna verità ultima la quale guida ed orienta l'azione politica, allora le idee e le convinzioni possono essere facilmente strumentalizzate per fini di potere. Una democrazia senza valori si converte facilmente in un totalitarismo aperto oppure subdolo, come dimostra la storia»: Giovanni Paolo II, Lettera Enciclica, *Centesimus annus*, 1-5-1991, n.46.

⁵⁹ Sull'argomento resta imprescindibile la lezione di GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino, 1990; GIOVANNI B. VARNIER, *Religione e nazione*, cit., p.145 e ss. Si veda pure BETTINI ROMANO, *Cultura del terrorismo e Stati islamici nel XXI secolo*, *Iustitia*, n. 2, 2015, pp. 255 ss.; cfr. più di recente MARIO GIUSEPPE LOSANO, *La rete e lo Stato Islamico. Internet e i diritti delle donne*, Mimesis, Milano, 2016, pp. 71 ss.

⁶⁰ Non rientra nell'economia del presente lavoro individuare una classificazione socio-giuridica del concetto di democrazia. In questa sede è sufficiente affermare che il termine, se pur utilizzato nell'antichità dalla filosofia aristotelica, sin dal XVII a seguito delle rivoluzioni americana e francese introduce una categoria che può così riprodursi per una scala ridotta: una democrazia sostanziale

democrazia intesa come esperienza della convivenza politica, perfettibile, soggetta a cambiamenti, sempre però ancorata all'idea di libertà che reclama il suo referente specifico nel principio di autorità.

La democrazia sostanziale – definita talvolta anche «materiale» – è quella che non sottovaluta le regole, non predica una netta antitesi tra regole e valori, ma che si nutre della ricerca di una continuità tra di essi, per evitare che le regole rischino di essere svuotate di ogni contenuto e perciò travolte o aggirate⁶¹.

Questa considerazione non è però espressa *apertis verbis* nella motivazione della sentenza della Corte; nondimeno essa è desumibile dall'intero impianto logico.

Ciò posto, il punto d'incontro nel sistema para-concordatario dovrebbe essere rinvenuto nella coniugazione del principio di libertà consacrato nell'art. 8 della Costituzione con il principio di autorità, contenuto dell'art. 95 della medesima Carta, che tratta dell'indirizzo politico del Governo⁶².

e una democrazia formale, una democrazia sociale e una democrazia politica, una democrazia economica di tipo capitalistico o socialista, una democrazia diretta e una democrazia indiretta, una democrazia parlamentare e una democrazia presidenziale. Sul tema la bibliografia è naturalmente sterminata, per le presenti classificazioni si fa qui riferimento a GIOVANNI SARTORI, *Democrazia*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2014.

⁶¹ In tale ipotesi può parlarsi in senso stretto di metodo, come ha riscontrato, con critiche e riserve, autorevole dottrina, cfr. JLIA PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8*, terzo comma, Cost. in www.statoe.chiese.it, n. 26, 2016.

⁶² Per altro il Governo non è l'unico organo costituzionale titolare di poteri in materia di politica ecclesiastica, come di evince dalla formula omnicomprensiva forgiata nel rinnovellato art. 117 della Cost. L'art. 95 della Costituzione sembra rimanere refrattario a tutti i tentativi di riforma, nonostante gli interventi legislativi effettuati con la legge 23 agosto 1988 n. 400 (Disciplina dell'attività di governo e ordinamento del Consiglio dei Ministri) e con il D.lgs. del 30 luglio 1999, n. 303 (Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri a norma della legge 15-3-1997, n. 599). Non a caso in sede processuale per quanto riguarda la legittimazione attiva la Corte Costituzionale ha ritenuto sussistente quella del Presidente del Consiglio "in proprio e a nome del Consiglio dei Ministri" a proporre il conflitto di attribuzione dei poteri. L'art. 2 della più volte richiamata legge 23 agosto 1988, n.400 dispone che qualsiasi determinazione relativa ai rapporti con le confessioni religiose è riservata al Governo e al Presidente del Consiglio, quest'ultimo quale titolare di un potere dello Stato che fa poi capo al Consiglio dei Ministri. Tale norma andrebbe letta come referente degli artt. 92 e 95 della Costituzione, che conferiscono al Presidente del Consiglio, in maniera differenziata dallo stesso organo esecutivo, il potere di sintetizzare e armonizzare le diverse scelte dei Ministri, al fine di prediligere tra le opzioni politiche solo quelle che perseguono la realizzazione del programma di Governo. La lettura delle norme richiamate induce a condividere l'opinione prevalente in dottrina circa la posizione del Presidente del Consiglio come *primus inter pares* tra gli altri componenti la compagine, posizione che si concreta nelle funzioni di direzione, indirizzo, coordinamento e impulso dei processi decisionali, nel segno dell'indirizzo politico del Governo, al quale, per altro, resta affidata la responsabilità collegiale delle decisioni politiche, da assumere anche in materia ecclesiastica. È evidente, per altro, che tale condivisibile opinione sulla legittimazione attiva non incide sul principio di *bipolarità* con l'organo legislativo, con il Parlamento. Una cosa è il potere di proporre conflitto

Sull'argomento la decisione è sicuramente frammentaria, in quanto riesce davvero arduo e rischioso coniugare un indirizzo politico governativo con i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica, le cui relazioni verrebbero assoggettate alle verità variabili dei diversi equilibri politici del momento, ovvero alle schizofrenie politiche delle maggioranze governative. La Corte sembra essere stata consapevole di tale problematicità, per cui ha individuato il potere decisionale del Governo nei limiti della finitezza temporale interna per una decisione monitoria, pur se non espressamente qualificata come tale, ad eccezione di alcuni passaggi fondamentali, che lasciano intravedere chiaramente una opportuna sollecitazione al potere legislativo:

Diversa potrebbe essere la conclusione se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate⁶³.

È compito del legislatore, quindi, emanare una legge di disciplina dei rapporti. Non è consentito, per converso, al potere giudiziario di supplire l'inadempienza legislativa.

In definitiva non si può non ravvisare nella motivazione della sentenza un sollecito al Governo e al Parlamento (massima istituzione costituzionale legittimata a garantire l'eguale libertà delle confessioni religiose) a provvedere con estrema sollecitudine a emanare una legge sulla libertà religiosa che disciplini in primo luogo i dettagli delle trattative.

Se l'ultimo avvertimento cadrà ancora una volta nel vuoto, la sentenza della Consulta potrebbe essere stata emanata inutilmente, perché non mancherà di certo una nuova fattispecie in base alla quale la questione di costituzionalità verrà molto probabilmente riproposta in occasione di un'altra controversia. Non essendo previsto un giudizio di ottemperanza del giudicato costituzionale⁶⁴, potrebbero essere emesse in futuro sentenze di merito e di legittimità per casi analoghi e non identici, che aggirano l'ostacolo dei dicta costituzionali.

di attribuzione, altra cosa è la titolarità dell'esercizio dell'iniziativa legislativa.

⁶³ Corte Cost., Sentenza n. 52 del 2016.

⁶⁴ AUGUSTO CERRI, *Appunti sul c.d. giudicato costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, p. 2831.

7. *Fundamenta inconcussa: la democrazia sostanziale*

Per la ricostruzione fin qui proposta altri principi additivi possono essere così sintetizzati:

- l'intera fase della trattativa è esercitata nell'ambito dell'attività politica dei pubblici poteri, nelle more dell'emissione di una legge sulla libertà religiosa;
- le decisioni dell'Esecutivo in *subiecta materia* sono sottoposte alla verifica politica del Parlamento, con esclusione di qualsiasi ingerenza del potere della magistratura.

Nell'individuazione di questi ultimi due principi potrebbe rinvenirsi la chiave di lettura per un'affermazione alquanto criptica della motivazione della sentenza:

L'atto governativo di diniego di avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di "confessione religiosa" all'associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all'art. 8 terzo comma, Cost.

La Consulta ha relativizzato il limite del giudicato ai profili direttamente investiti dalla questione sollevata nel ricorso per attribuzione dei poteri⁶⁵.

Passando dalla certezza al dubbio, la Corte ha affermato che il Governo, pur nella discrezionalità del suo indirizzo politico, ha il potere d'individuare semplicemente una confessione con la quale stipulare un'Intesa, non già quello di sottoporre a valutazione politica il concetto di religione professata dalla confessione stessa.

Il distinguo è sottile.

All'organo politico non è consentito definire ciò che può intendersi per religione, né dichiarare se tra religione e ateismo vi sia omologia. All'esecutivo è conferito solo il potere d'individuare una confessione, intesa come struttura giuridicamente rilevante, per aprire un tavolo di trattative.

Per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare.

In altri termini, il Governo consegue l'Intesa con la struttura che indi-

⁶⁵ ROBERTO ROMBOLI-EMANUELE ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit. pp. 560 ss.; ALFONSO CELOTTO-FRANCO MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, a cura di F. Modugno, cit., pp. 689 ss.

vidua, ma nulla può statuire, ovviamente, sulla religione che della struttura costituisce l'essenza.

L'applicazione dell'art. 95 della Costituzione consente al Governo di scegliere la confessione richiedente un'Intesa, ma tale scelta non impegna in alcun modo il Governo per una valutazione dello specifico religioso di cui la confessione è portatrice.

In questi termini la decisione della Corte appare accettabile, pur nel significato monitorio⁶⁶, cioè ancorché limitatamente al tempo necessario per l'emanazione di una legge sulla libertà religiosa⁶⁷.

Questa scelta non pregiudica sul piano politico la sopravvivenza delle altre confessioni prive d'Intesa e della stessa UAAR proprio perché non è stata scartata l'omologia nella sua essenzialità, bensì la struttura giuridica che questa religione pretende di rappresentare. Per *incidens*, è il caso di osservare che l'UAAR si presenta articolata in modo diametralmente opposto a una confessione, essendo espressamente affermata nel proprio statuto l'esclusione del carattere confessionale dell'associazione⁶⁸. A tal proposito sarebbe stato più opportuno prospettare il discorso sul piano dell'affinità culturale e non su quello confessionale.

In quest'ottica la decisione della Corte potrebbe essere un positivo pronunciamento per smascherare definitivamente la fallacia del paralogismo che, per definire il concetto di «confessione religiosa», finisce con l'identificare erroneamente la funzione (della confessione) e l'essenza (della religione). La confessione è una funzione di scopo riconosciuta dall'ordinamento⁶⁹, mentre la religione è l'essenza di questa funzione.

⁶⁶ ALFONSO CELOTTO-GIOVANNI D'ALESSANDRO, *Sentenze additive ad efficacia transitoria e nuove esigenze del giudizio in via principale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, pp. 228 ss.

⁶⁷ Sulla necessità di emanare una legge quadro o cornice sulla libertà religiosa il dibattito è aperto ormai da più di un decennio, sia in sede scientifica, sia politica, senza che si sia pervenuti ad una soluzione accettabile. Sembra pertanto reggere ad una maggiore resistenza l'opinione di pensiero che ritiene inutile l'adozione di un simile provvedimento, essendo i principi costituzionali direttamente applicabili senza *interpositio legislatoris*; nondimeno, la maturazione dei tempi, l'orientamento non del tutto univoco della giurisprudenza, lascerebbero ora propendere per l'opportunità dell'emanazione di una *legina* che disciplina almeno il procedimento di stipula delle Intese. Per la legge sulla libertà religiosa cfr. MARIA D'ARIENZO, *Prime riflessioni sul disegno di legge sulla libertà religiosa*, in *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa* (1 marzo 2002), a cura di G. Leziroli, Jovene, Napoli, 2004, pp. 239 ss.; LAURA DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa: disegni e dibattiti parlamentari*, Libellula, Milano, 2013, passim; ALESSANDRO FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2013.

⁶⁸ Dissente sul punto con argomentazioni che cozzano irrefragabilmente con l'evidenza del dato letterale, NICOLA COLAIANNI, *Ateismo de combact e intesa con lo Stato*, cit.

⁶⁹ Secondo un'accezione in senso atecnico: funzione di scopo non già funzione-ufficio o funzione-compito. Cfr. FRANCO MODUGNO, *Funzione (voce)*, in *EdD*, Giuffrè, Milano, 1969, XVIII, p. 311.

Può scorgersi un'anticipazione giurisprudenziale di questa ipotesi ricostruttiva nella lettura di una nota sentenza sul caso *Scientology*:

La mancanza nell'ordinamento di una definizione del concetto di religione non è casuale, ma è ispirata alla complessità e alla polivalenza della nozione di essa e alla conseguente necessità di non limitare con una definizione precostituita e perciò stesso restrittiva l'ampia libertà religiosa assicurata... con la normativa costituzionale...Finalità che il legislatore costituzionale ha coerentemente perseguito non usando mai il sostantivo 'religione' e usando in sua vece il sostantivo 'confessione' accompagnato dall'aggettivo 'religiosa', espressione questa che, identificando sul piano filologico un gruppo connotato da una comune professione di fede, accentua da una parte il riferimento alla persona, cui la normativa costituzionale assicura tutela, e ai suoi soggettivi convincimenti in materia, e dall'altra il distacco laicale dalle dottrine, dalle rivelazioni o dalle tradizioni caratterizzanti sul piano oggettivo una religione esistente o una sopravveniente»⁷⁰.

Se si permane nell'area nebulosa di una mancata diversificazione dei concetti di «confessione» e di «religione», il principio di laicità – come principio supremo dell'ordinamento⁷¹– subirebbe una lesione permanente e difficilmente sanabile.

Il superamento del paralogismo potrebbe, inoltre, agevolare una definizione minima di confessione religiosa in un'emananda legge sulla libertà religiosa.

In quest'ottica è recuperabile un percorso per una proposta di legge che possa giungere a formulare una definizione minimale di confessione religiosa⁷². In definitiva, anche su indicazione della Consulta, per legge si potrà ben

⁷⁰ Cass., VI penale 8 ottobre 1997, n. 1329, con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *Aspetti pratici della libertà religiosa in uno Stato in crisi*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 2001, pp. 3 ss. Sull'argomento cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Ancora sulla nozione di confessione religiosa. Il caso Scientology*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 3, 1998, pp. 809 ss.

⁷¹ Ciò nei limiti disegnati dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale e confortati dal sostegno della dottrina. Sin dalla sentenza n. 203 del 1989 è in atto una fioritura saggistica sul problema della laicità. Una completa indicazione bibliografica in questa sede non troverebbe spazio sufficiente; ci limitiamo pertanto a segnalare gli atti del convegno curati da RAFFAELE COPPOLA e CARMELA VENTRELLA, *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale prospettive*, Cacucci, Bari, 2012; Si veda pure SALVATORE PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 157 ss.

⁷² Come «entità organizzativa mediante la quale si struttura e si organizza l'insieme delle persone che condividono una medesima fede»: EMANUELE ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee?*, cit., p. 2.

giungere a una definizione minimale di «confessione», ma non certamente di «religione». Quest'ultima nozione dev'essere presupposta dall'ordinamento giuridico.

8. *Eterogenesi dei fini: il supporto del testamento spirituale di Hans Kelsen alla decisione della Consulta in materia di religione secolare*

Indubbiamente la sentenza della Consulta richiede uno sforzo interpretativo notevole. A ben guardare, le problematiche interpretative sull'esegesi dell'art. 8 della Costituzione non hanno trovato né grazia, né giustizia nella decisione della Corte. La Consulta si è limitata a prendere atto della posizione di stallo da cui non riescono a venir fuori il diritto e la politica ecclesiastica italiana, nonostante le continue sollecitazioni derivanti dai mutamenti sociali perennemente in atto⁷³.

La fase ininterrotta di trasformazione sociale richiede uno sforzo congiunto tra i sostenitori delle diverse culture che affollano l'arena politica per individuare almeno una legge cornice sulla libertà religiosa.

Nel disegno in chiaroscuro della Consulta può leggersi anche la raccomandazione politica rivolta ai pubblici poteri di non abusare del potere loro costituzionalmente conferito, per raggiungere, in nome di una malcelata sintesi esemplificativa delle istanze multiculturali e multireligiose, l'intesa con qualsiasi organizzazione parareligiosa, ovvero che possa essere qualificata come «religione secolare»⁷⁴. Ciò servirebbe a evitare di favorire gruppi elitari

⁷³ MARIO TEDESCHI, *Le minoranze religiose tra autonomia e immobilismo del legislatore*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), 2010. Sui mutamenti socio-culturali in atto, cfr. l'importante e persuasiva ricerca di ROBERTO CARTOCCHI, *Geografia dell'Italia cattolica*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁷⁴ La locuzione fu formulata originariamente per tentare una definizione socio-antropologica dei movimenti politici totalitari che si erano diffusi in Europa negli anni Trenta del Novecento. Essa si è poi estesa a dismisura per essere utilizzata in riferimento a una casistica molto più variegata per natura e per collocazione temporale. Comunemente l'espressione è attribuita a Raymond Aron, il pensatore francese della democrazia procedurale, che propose la seguente definizione: «dottrina che nello spirito dei nostri contemporanei prende il posto della fede che è svanita, e che trasferisce in questo mondo, in un futuro remoto, la salvezza del genere umano, nella forma di un ordine sociale che dovrà essere instaurato» per cui: «non si è religiosi soltanto quando si adora una divinità ma quando si mettono tutte le risorse del proprio spirito, tutte le sottomissioni della volontà, tutti gli ardori del fanatismo al servizio di una causa o di un essere divenuto lo scopo e il fine dei sentimenti e delle azioni», RAYMOND ARON, *L'avenir des religions séculières*, in *La France Libre*, n. 8, 1944, pp. 201 ss. L'espressione «religione secolare» erroneamente è attribuita ad Aron. Essa era già stata coniata qualche decennio prima da G. Stanton Ford nel saggio *Dictatorship in the Modern World* (1935) e da Keller nell'opera *Church and State on the European Continent* (1936), cfr. EMILIO GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazia e totalitarismi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp.

(ovvero oligarchie) più o meno mascherati da formazioni religiose.

In quest'ottica l'esclusione del sistema democratico procedurale potrebbe essere dettato da uno stato di necessità, posto che le regole del gioco entrano in crisi «ogni qual volta nella società circolano laceranti tensioni con spinte divergenti»⁷⁵, che non possono essere ricomposte unicamente da norme giuridiche.

Per concludere questa breve analisi sia consentito un riferimento al pensiero di Hans Kelsen. Il richiamo al giurista austriaco s'inserisce in maniera un po' anomala nella struttura della presente indagine e tuttavia consente di poter rassegnare delle conclusioni pertinenti e forse originali.

Per quanto possa apparire sorprendente, infatti, nel suo monito la Consulta ha oggettivamente ricevuto un insolito supporto dall'ultima lezione di Hans Kelsen, professata oltre mezzo secolo addietro e solo da poco venuta alla luce e resa nota alla comunità scientifica mondiale su autorizzazione del *Kelsen Institut* di Vienna⁷⁶.

Vien fatto di pensare che siamo di fronte a un clamoroso caso di *Serendipity* o di eterogenesi dei fini⁷⁷. Dalla lettura dell'opera inedita e postuma del giurista praghese si apprende che parlare di «religioni secolari» è un non-senso in quanto implica una gravissima contraddizione logica tra gli stessi termini impiegati: mescolare religione e secolarizzazione, afferma Kelsen, «significa chiamare bianco il nero e nero il bianco»⁷⁸. Le organizzazioni possono essere definite o autodefinirsi 'religiose' quanto si vuole, ma non per questo saranno effettivamente attinenti alla sfera religiosa, che implica una dimensione trascendente e un credo in una divinità ultraterrena.

Per Kelsen l'espressione «religione secolare» è una irrisolvibile contradd-

4, 5. I prodromi storici dell'espressione possono però rinvenirsi in un'opera dello stesso Voegelin, *Die politischen Religionen*, ERIC VOEGELIN, *La politica dai simboli alle esperienze*, trad. it. a cura di S. Chignola, Giuffrè, Milano, 1993.

⁷⁵ VITTORIO POSSENTI, *Società e democrazia in Italia*, cit., p. 198.

⁷⁶ È grande merito di due autorevoli studiosi italiani, Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, la curatela del volume postumo e finora inedito di HANS KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, trad. it., Raffaello Cortina, Milano 2014.

⁷⁷ Cfr. ROBERT K. MERTON-ELINOR G. BARBER, *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Historical Semantics and the Sociology of Science*, Princeton Univ. Press, Princeton-Oxford 1992, trad. it. a cura di M.L. BASSI, *Viaggi e avventure della serendipity. Saggio di semantica sociologica e sociologia della scienza*, Il Mulino, Bologna 2002. Utili sul punto anche le riflessioni di RICCARDO FEDRIGA, *Le migliori intenzioni. Una ricerca di storia delle idee*, Cuem, Milano 2002; di PEK VAN ANDEL-DANIELE BOURCIER, *De la Serendipité dans la science, la technique, l'art et le droit. Leçons de l'inattendu*, L'act Mem Libres Sciences, Chambéry, 2009, spec. pp. 233-47: 244; e di LUCA LUPO, *Filosofia della Serendipity*, Guida, Napoli, 2012.

⁷⁸ HANS KELSEN, *Religione secolare*, cit., p. 134.

dizione in termini e per quanto finora questo non fosse conosciuto, questa distinzione spiega molte cose anche sull'altro versante della – ben più nota – *Dottrina pura del Diritto*:

Il rapporto della scienza giuridica con la politica, con la netta separazione dell'una dall'altra, per la rinuncia all'inveterata abitudine di sostenere, in nome della scienza del diritto [...] esigenze politiche che possono avere soltanto un carattere soggettivo, anche se si presentano, con la migliore buona fede, come l'ideale di una religione⁷⁹.

Il pensiero di Kelsen continua a interessare e a dividere gli studiosi delle scienze giuridiche. Nondimeno il suo testamento spirituale offre un punto d'incontro tra i sostenitori della democrazia procedurale (tra i quali va annoverato lo stesso pensiero relativista di Kelsen⁸⁰) e quelli della democrazia sostanziale, anche per una lettura elastica dell'art. 95 Cost., così come voluta dalla Corte. A condizione che lo smascheramento delle istanze politiche sostenute dalle religioni senza Dio non offra il pretesto ai pubblici poteri di esercitare una indebita ragion di Stato, con grave *vulnus* sia per le regole sia per la sostanza della democrazia costituzionale.

Abstract

The judgement n. 52 of the year 2016 represents a turning point for the canon law. This judgement negates the fact that the third paragraph of the article 8 of the Italian Constitution is a rule of procedural democracy serving the first two paragraphs of the constitutional disposition.

The third paragraph of the article 8 is a rule of substantial democracy that identifies its reason for being in the balance between freedom (art. 8, paragraph 3 of the Constitution) and authority (article 95 of the Constitution).

The procedure for the negotiations is substantiated in the political discretion of the Government. Therefore the judgements of the acts of the negotiations don't fall under the competence of the Supreme Court, as they are not part of the administrative activity of the Government.

The *Consulta* relativized the limit of the *res judicata* to the figures directly

⁷⁹ Cfr. HANS KELSEN, *Lineamenti di teoria pura del diritto*, trad. it. R. Treves, Torino, 1973. Tuttavia la linea di pensiero è la stessa di Religione secolare.

⁸⁰ ANNA PINTORE, *Democrazia senza diritti. In margine a Kelsen democratico* in *Sociologia del diritto*, 1999 n. 2, pp. 26 ss.

involved in the matter raised in the petition for the allocation of powers. Therefore the constitutional *res judicata* doesn't affect the external relations, thus the religious denominations that don't have an agreement with the Italian State (*Intesa*) benefit from the article 8 (first paragraph) of the Italian Constitution.

The above-mentioned judgement has a monitory nature, in fact it brings a default action against the Parliament in order to obtain the issuing of a law that will reform the freedom of religion. This decision is defined as "*additiva di principio*" that is a judgement that identifies an 'additional' principle ruling the relations between the State and the religious denominations.

This judgement must be subjected to criticism, in fact it is arduous and dangerous to combine the government policy with the relations between the State and the religious denominations apart from the Catholic one. These relations would be subjected to the variable political balance of the moment, that is to the political schizophrenia of the various governmental majorities.

However, the *Consulta* received an original and unexpected support from Hans Kelsen's spiritual testament, who in his dispute with Voegelin proved, with an intensity revealing his masterly talent, that the secular religions are meaningless.