

**CORTE COSTITUZIONALE E NEGOZIAZIONE LEGISLATIVA.  
CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL “CASO UAAR”**

**FABIO PACINI\***

**Sommario**

1. Premessa. – 2. Procedimento e formazione della decisione pubblica. – 3. Il casus belli, l’UAAR alla ricerca dell’intesa. Breve riepilogo della vicenda giurisprudenziale. – 3.1. Il tentativo di una “decostruzione” giurisprudenziale dell’attuale sistema delle intese e la risposta della Corte costituzionale. – 3.2. Natura dell’intesa e atto politico nella sentenza della Cassazione... – 3.3. ...e nella pronuncia della Corte costituzionale: un monito mancato. – 4. La negoziazione legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale, con particolare riferimento al ruolo dei sindacati. – 4.1. En passant: il Governo interlocutore necessario? – 5. Spunti di ucronia giuridica: se la Consulta avesse deciso diversamente. – 6. Nuovi stimoli per una via d’uscita de iure condendo. – 7. Un processo d’intesa? – 8. Considerazioni conclusive.

**Suggerimento di citazione**

F. PACINI, *Corte costituzionale e negoziazione legislativa. Considerazioni a margine del “caso UAAR”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa; docente a contratto nelle Università di Pisa e della Tuscia.

Contatto: [fabio.pacini@santannapisa.it](mailto:fabio.pacini@santannapisa.it)

### 1. Premessa

Tra i molti possibili profili del “caso UAAR”, del resto indagati da numerosi contributi sia di matrice costituzionalistica che ecclesiasticistica, ci si concentrerà in questa sede su quello, forse meno battuto, dello scontro fra una ricostruzione suscettibile di dare forme – almeno latamente – *procedimentali* alla richiesta d’intesa ed alle relative trattative ed una, invece, volta a mantenere un completo controllo “politico” (insindacabile in ogni passaggio) sull’intera fase. Come si vedrà, se la prima di tali ricostruzioni emerge dall’interpretazione delle sentenze di Consiglio di Stato e Cassazione, la seconda è chiaramente enunciata dalla sentenza della Corte costituzionale, ed è risultata prevalere; da questa dialettica emergono quindi – forse, anche al di là della consapevolezza degli stessi protagonisti – diverse concezioni del potere in oggetto, mentre si stagliano sullo sfondo alcune tra le più rilevanti problematiche del diritto pubblico moderno.

Procedendo con ordine, dunque, si tratterà in primo luogo il dibattito sulla scansione procedimentale come fattore di legittimazione, particolarmente sotto il profilo della riconduzione a sintesi di una pluralità d’istanze contrapposte; ci si concentrerà poi sull’analisi, nell’ottica appena delineata, della vicenda giurisprudenziale (ponendo particolare attenzione alle risposte fornite dalla giurisprudenza costituzionale in passato ad esigenze paragonabili), per passare poi a considerazioni ulteriori sullo stato attuale del diritto comune dei culti e sulle prospettive per il suo superamento.

### 2. Procedimento e formazione della decisione pubblica

Sarebbe impossibile ripercorrere in questa sede l’evoluzione dottrinale in tema di *procedimento*, dalle sue più remote ascendenze processualistiche alle ricostruzioni volte a sottolinearne il rilievo – contrapposto, o almeno integrato con quello dell’*atto* da esso prodotto – quale «momento privilegiato della fenomenologia giuridica», nel contesto delle «complesse vicende della fenomenologia giuridica, di continuo oscillante tra prospettive di tipo statico e prospettive di tipo dinamico»<sup>1</sup>; ci si limita a registrare, strumentalmente rispetto alle argo-

<sup>1</sup> Così A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1977, 268 s., cui si rimanda per ulteriori riferimenti, anche alla dottrina processualistica. Si tornerà sul punto nella parte conclusiva sulla dicotomia procedimento/processo, e si rimanda quindi *infra* anche per alcuni riferimenti bibliografici; in ogni caso, anche su questi aspetti – oltretutto, *amplius*, per considerazioni di largo respiro sulla nozione stessa di procedimento – si vedano, per tutti, P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, 25 ss. e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1970, 813 ss. (ed in part. 822 ss.).

mentazioni che qui si presenteranno, la forza espansiva della teorica del procedimento *nel* diritto amministrativo<sup>2</sup> così come *da* esso agli altri rami della scienza giuridica, anche con riferimento alla stessa funzione legislativa<sup>3</sup>.

Del resto, ed è noto, il dibattito sull'immanenza del procedimento allo stesso Stato di diritto ha attraversato buona parte del Novecento, passando da un atteggiamento carico di riserve verso tale modello<sup>4</sup> alla sua progressiva (ma ancora contrastata) valorizzazione *entre-deux-guerres*<sup>5</sup> e poi, pressoché unanimemente, al riconoscimento non solo di tale immanenza (procedimento *forma*

<sup>2</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, *passim* ed in part. 7 ss. (sottolinea l'innovatività ed il rilievo dell'opera, pur criticandone alcune posizioni, S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957, 8 e 14 s.); cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 817.

<sup>3</sup> Indispensabile a questo proposito l'amplissimo *excursus* sul concetto di procedimento giuridico in S. GALEOTTI, *op. cit.*, 13 ss. Si veda anche la più sintetica ma particolarmente utile voce di E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 819 ss. Cfr. A. PREDIERI, *Aspetti del processo legislativo in Italia*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1974, vol IV, 2457 ss. e, in seguito e per riferimenti ulteriori, ID., *Il sistema politico italiano oggi, e il suo futuro*, in *Riv. it. scienza politica*, n. 3/1975, 407 ss.

Sulle insidie metodologiche di una teoria "unificata" del procedimento (identificato con la *funzione* nei tre rami legislativo, amministrativo e giurisdizionale) si veda la serrata critica di A. RUGGERI (in *Gerarchia, competenza e qualità*, cit., 270 ss.) a F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969, in quanto riserva al solo procedimento – *rectius*, alla sola funzione – legislativo(a) un approccio formalistico incentrato sulle sue peculiari forme solenni, mentre applica criteri definibili come "sostanzialistici" alle altre due. Peraltro, lo si riporta in quanto funzionale all'argomento di questo scritto, Ruggeri contesta a Bassi «l'individuazione della funzione amministrativa tramite l'elemento dell'introduzione di una varietà di interessi nel procedimento, che è invece, e certamente, il dato comune, l'odierno volto diremmo, di *tutte* le pubbliche funzioni di uno Stato democratico (anche se, evidentemente, per ciascuna di esse siffatto elemento si atteggia in guise diverse)» (*Gerarchia, competenza e qualità*, cit., 272, nota n. 49, corsivo nel testo). Mettono in guardia contro le insidie della teorizzazione "estensiva" del procedimento U. FORTI, 'Atto' e 'procedimento' amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Cedam, Padova, 1931, 456 ss. e C. VITTA, *loc. ult. cit.*; cfr. A.M. SANDULLI, *loc. ult. cit.* e le critiche ad esso mosse da S. GALEOTTI, *op. cit.*, 22 ss.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1914, che dedica il par. n. 235 a «Fatti giuridici. Fatti complessi. Procedimenti», sottolineando che la "occorrenza" di più fatti giuridici collegati «senza essere essenziale del diritto amministrativo, assume in esso una particolare importanza» (1080); ebbene, «[q]uesta circostanza della complessità dei fatti giuridici, specie amministrativi e della produzione di effetti giuridici soltanto con il verificarsi di più fatti fa sorgere la nozione di procedimento amministrativo», derivata «dall'esempio della procedura civile» (1083). Tuttavia, il concetto va accolto con numerose «riserve», quale concetto puramente «formale», e nella consapevolezza che non tutti i fatti giuridici operino in virtù di un procedimento e che «non sempre la circostanza, che un effetto giuridico sia prodotto di più fatti, dà luogo a un procedimento» (1084 s.). Similmente, alcuni anni dopo, C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, UTET, Torino, 1933, 342 s. che definisce «fenomeno molto importante» quello della «formazione dell'atto amministrativo mediante un procedimento», ma vi dedica poi – come tale – scarsa attenzione e pochissime pagine. In disparte qui, per ovvie ragioni di spazio, il risalente dibattito sull'atto complesso, per una sintesi del quale si rimanda a S. GALEOTTI, *loc. ult. cit.*

<sup>5</sup> Culminata, in Italia, nel già menzionato studio di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, per il quale, nell'amministrazione ben realizzata, «alla decisione si perviene attraverso un serio

della funzione, secondo la celebre lezione di Benvenuti<sup>6</sup>) ma anche della sua strumentalità rispetto al “passo avanti” dello stato costituzionale nella declinazione più moderna, volta all’effettivo coinvolgimento dei consociati nella gestione della cosa pubblica.

Ed infatti, come ricostruito da Giannini, le costituzioni novecentesche hanno via via «introdotta forme sempre più accurate e dettagliate di procedimentalizzazione dei rapporti tra figure soggettive costituzionali, o, più brevemente, dell’attività costituzionale; ciò al fine di garantire e stabilizzare l’azione

procedimento di valutazione, di giudizi, di sindacati, compiuti per lo più da organi diversi, in ciascuno dei quali si individua un particolare centro d’interessi dell’ente. *E tale specificazione di funzioni logicamente si rivela più perfetta, là dove più perfetta è l’organizzazione giuridica dell’ente, e cioè nello Stato di diritto*» (ivi, 14, corsivo aggiunto; cfr. però quanto vi si dice a 85 ss.); uno studio in quest’ottica del procedimento, del resto, deve tener conto non tanto dei singoli atti quanto piuttosto del «modo del loro susseguirsi» (ivi, 36). Notevole, com’è noto, l’influenza su tale valorizzazione dell’opera di A. MERKL, per la quale si veda in part. il suo *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Springer, Vienna-Berlino, 1927, *passim* e, con riferimento specifico a quanto qui esposto, 213 ss. Sulla «rottura fondamentale» ed il «sommovimento nella sistematica» in relazione alla introduzione e diffusione della «figura del procedimento» si veda, per tutti, la ricostruzione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 220 ss., nota n. 8.

<sup>6</sup> Per l’esattezza, «nel diritto, il procedimento è la forma sensibile della funzione», subito precisando che non è da intendersi «puramente la sua forma come modo di essere», avendo ammesso in precedenza la configurabilità, pur solo «logica» e non giuridica, di una funzione e – perfino – di un procedimento anche nel caso limite di un atto «opera di un solo soggetto fisico e la funzione un momento puramente psicologico»: così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 129 (*contra*, si veda S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., 60 ss.). Ciò, peraltro, laddove la *funzione* è da intendersi a partire dal concretizzarsi «di quell’entità astratta, obiettiva, che è il potere», che non è però «mai così istantaneo che tra il potere e l’atto, che ne è espressione, non vi sia almeno uno *jatus*», e dunque «questo momento del potere, questo differenziarsi del potere, questo farsi dell’atto, che ha già dunque una sua precisa individualità giuridica oltre che logica e reale io chiamo funzione» (F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 121); in concreto, dunque, «il procedimento è, secondo come appare, la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto», dunque «niente di più che la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell’atto» (ivi, 128). Giorgio Berti porterà la riflessione ancora oltre, rilevando che nel potere, energia non potenziale ma già *attuale*, aspetti soggettivi e oggettivi appaiono intrecciarsi fino a confondersi in quella «situazione mediana tra la capacità astratta e il diritto concreto» che costituisce, per l’Autore, la miglior definizione del potere stesso (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, 274). Da ciò consegue che «il progredire dell’ordinamento si attua in modo obbiettivo e cioè non garantendo i soggetti, ma operando secondo un intento unitario e con strumenti, in ordine ai quali i soggetti stessi si presentano non tra loro contrapposti e tutti contrapposti all’ordinamento obbiettivo, ma in quanto partecipi di questo e cioè nella loro naturale idoneità ad esserne avanti tutto membri e componenti» (ivi, 275). In definitiva, «il potere risponde all’esistenza attuale di una energia giuridica, che configura di per se stessa il momento dinamico dell’ordinamento. La funzione risponde al *come* il potere si trasforma: il procedimento risponde alla *forma* della trasformazione stessa» (ivi, 280), il che comporta che la funzione stessa sia «di solito percepita attraverso la sua esternazione formale, e cioè il procedimento formale» (*ibidem*). Il primario rilievo di tale “emersione” sta quindi nella sua stessa «essenza *storica*, come puntualizzazione cioè, *giuridicamente controllabile*, dei momenti in cui dalla realtà normativa si trapassa alla realtà della fattispecie concreta» (ivi, 284, corsivo aggiunto).

delle diverse figure soggettive costituzionali», diffondendo la forma procedimentale «a tutte le attività di pubblici poteri, e a tutte le funzioni dei pubblici poteri. Si deve dunque dire che nel diritto positivo contemporaneo il *procedimento formalizzato è divenuto un modo generale di svolgimento delle attività pubbliche*, ossia è un genere, comprendente più specie, che sono in relazione, più che alle funzioni, ai poteri pubblici fondamentali. *Vi è così un procedimento legislativo, attinente all'attività di questo potere; vi sono altri procedimenti costituzionali per la determinazione dell'indirizzo politico, per il conferimento degli uffici di governo, per la responsabilità del governo, e così via*<sup>7</sup>.

Nel contesto di una difficile riconduzione ad uno degli aspetti formali e sostanziali di un ordinamento che si dica “democratico”, Carlo Lavagna arrivava ad identificare «il problema della democrazia [...] proprio qui: *nella scelta dei mezzi più idonei per regolare giuridicamente, ma solo in forma indiretta, le attività supreme dello Stato*, predisponendone, non tanto il contenuto generale, quanto il modo d'esercizio, lo svolgimento, la procedura», e ciò immediatamente dopo aver constatato «la impossibilità di realizzare una soddisfacente ed efficace *normazione sostanziale* delle attività politiche e legislative»<sup>8</sup>. Non a caso, nel contributo appena citato si giunge proprio a considerare come la regolamentazione formale dell'*azione* degli operatori politici (democratici) non possa ridursi alla sola applicazione del principio maggioritario<sup>9</sup>; sarebbero piuttosto da ricondurre una serie di finalità procedurali alla «facilitazione o, addirittura, [alla] imposizione, ove ciò sia possibile, del *compromesso sostanziale*», scopo ultimo che «rappresenta il nesso tra la regolamentazione procedurale delle attività supreme e lo scopo sostanziale, cui dette attività debbono mirare, secondo le esigenze di ogni ordinamento democratico»<sup>10</sup>. Partendo da tali posizioni, Lavagna arriva quindi a sottolineare non solo i caratteri necessariamente – per così dire – “procedural-sostanziali” dell'ordinamento “democratico”, ma si spinge anche oltre considerandone diverse (spiccate) analogie con il *processo*

<sup>7</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 822 s. (corsivi aggiunti).

<sup>8</sup> C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 392 ss., corsivi nel testo. Naturalmente Lavagna non nega il rilievo di quelle «norme costituzionali tipicamente sostantive, che dovrebbero garantire una certa qual rispondenza delle attività sovrane alle esigenze popolari, indipendentemente da ogni garanzia indiretta o formale», inserite in particolare nelle esperienze statali allora più recenti: tuttavia si argomenta – facendo perno, in particolare, sulla necessità della «indicazione di particolari *mezzi* (minimi sia pure), volti ed idonei ad assicurare una effettiva azione popolare» (ivi, 396 s.) – «che tali norme non riuscirebbero, da sole, senza un apparato formale, ad attuare alcuna garanzia; per cui si atteggiano a *strumenti tecnici complementari* delle garanzie formali» (ivi, 401, corsivi nel testo).

<sup>9</sup> Non è qui possibile neppure accennare al dibattito circa la posizione ed il valore del principio maggioritario in un ordinamento democratico: sia consentito rimandare, anche per alcune coordinate bibliografiche, a quanto si è avuto occasione di riportare in F. PACINI, *Un rinforzo debole? La legge ex art. 81, comma 6 Cost. nel sistema delle fonti del diritto*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016, in part. 11 ss.

<sup>10</sup> C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, cit., 411 s.

stesso, quasi operando una riconduzione al modello originario di tali attività. Entrambi i sistemi «mirano ad una regolamentazione formale di attività per il raggiungimento di finalità sostanziali, rispetto alle quali detta regolamentazione si appalesa indispensabile», laddove «ciò che, in ultima analisi, caratterizza l'essenza e la concreta funzionalità dei due sistemi è proprio la *disciplina delle attività intermedie*»<sup>11</sup>.

Si riprenderà e svilupperà questo punto nel seguito del contributo, nella convinzione della sua particolare fecondità per la comprensione del caso a (principale) oggetto del presente contributo.

Chiaramente, quanto appena sottolineato comporta che gli aspetti procedurali si accentuino in presenza di «società politiche estremamente articolate sul piano degli interessi»<sup>12</sup>, e «quanto più cresce l'importanza del procedimento, per il numero degli interessi che disloca o per la dimensione dei risultati di fatto che virtualmente è atto a produrre, tanto più cresce la dimensione tecnico giuridica del procedimento»<sup>13</sup>.

Il punto di arrivo più avanzato – e studiato – di questo percorso appare oggi quello connesso all'attività (e all'esistenza stessa) di un sistema di autorità indipendenti che costituiscono «un peculiare modello di azione e di organizzazione

<sup>11</sup> Ivi, 419. Cosicché – è il punto di arrivo del contributo di Lavagna, che riporta la sua prolusione pisana del 1956 – «gli ordinamenti democratici possono [...] considerarsi una varietà degli ordinamenti processuali, per rientrare fra gli *ordinamenti processuali non giurisdizionali* e, più esattamente, negli *ordinamenti di procedure formali contenziose fra attività sostanzialmente libere*», e possono dunque accostarsi, sebbene con la dovuta attenzione, tutti i «casi in cui vi sia una *disciplina formale* di interessi lasciati all'esercizio di una *autonomia sostanziale*» (ivi, 420).

<sup>12</sup> A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità*, cit., 275. Questo tipo di passaggio si riscontra con chiarezza, su scala più ridotta, nel diritto parlamentare, passato dall'essere espressione di una sola «classe» a ritrovarsi arena di un pluralismo che entra potentemente all'interno dei meccanismi costituzionali: per tutti, si veda l'analisi d'impressionante lucidità – considerando che veniva condotta pressoché in contemporanea con il dispiegarsi del suo oggetto – contenuta nel primo capitolo di B. MIRKINE-GUETZÉVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, LGDJ, Parigi, 1936, dedicato appunto a «*Le problème de la rationalisation du pouvoir*» (laddove ad esempio si afferma chiaramente che la «*volonté du peuple*» si giustifica «*non seulement parce qu'elle est la 'volonté' de la majorité, mais aussi parce qu'elle s'insère dans des formes qui garantissent l'expression la plus raisonnable et la plus juste de cette 'volonté'*», 9). Cfr., anche per riferimenti ulteriori, M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim* ed in part. 4 ss. e 29 ss. Vale la pena di riportare, a questo proposito, le suggestive immagini con le quali apre l'opera S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, 1: «[i]l fenomeno giuridico del procedimento legislativo, il fatto del diritto che assoggetta al vincolo delle sue regole il momento stesso della sua formazione, sembra quasi una di quelle mete dell'utopia che il bisogno d'ideale perfezione insito nella natura umana prospetta alla nostra immaginazione, ma che la forza del diritto può apparire impotente a raggiungere. Eppure, il diritto del nostro nuovo ordinamento, il quale, fondandosi su una costituzione rigida ancorata a giuridiche garanzie della costituzione, pretende di attuare in tutti i momenti dell'azione statale i postulati dello Stato di diritto, ha tanta fiducia nelle sue possibilità e nei suoi mezzi che è proprio questa mèta, questa specie di prodigio, che esso aspira a realizzare» (corsivo aggiunto).

<sup>13</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 834.

amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di regolazione in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica»<sup>14</sup>. È necessario puntualizzare subito come l'attività di tali organi, soprattutto se (anche latamente) normativa, si ponga in costante tensione con la legalità sostanziale del loro operato, segnatamente – ed è noto – a fronte di una determinazione lasca delle finalità perseguite da parte delle leggi istitutive<sup>15</sup>; di modo che la legittimazione – *sub specie* di, almeno, legalità – si trarrebbe proprio dal *procedimento* in sé<sup>16</sup>, dotato di specifiche garanzie di partecipazione, contraddittorio etc. Una legalità (meramente) “procedurale”<sup>17</sup> dunque, contestabile e contestata<sup>18</sup>, che risulta però oggi indispensabile in un discorso – appunto – sul procedimento<sup>19</sup>; così come è necessario almeno un cenno alle questioni che incrociano l'esistenza e i possibili contenuti di una “legalità globale”, anche dai punti di vista qui affrontati<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Così R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, n. 1/2017, 3, cui si rimanda anche per i necessari riferimenti bibliografici nella sterminata produzione sul tema degli ultimi decenni.

<sup>15</sup> Ivi, in part. 19 ss. Cfr. di recente, specificamente sul punto, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, in part. 9 ss. e, con specifico riferimento alle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10 settembre 2018 (ma si veda ivi, 14 ss. circa la sua «dubbia» riconducibilità allo schema delle autorità indipendenti).

<sup>16</sup> Diverso invece, ma ci si limita ad un accenno, il concetto di *legittimazione* tramite procedimento di matrice sociologica; in particolare nel pensiero luhmanniano, «ciò che la verità consente nel circuito sociale è la trasmissione di una complessità ridotta» che permetta di orientarsi in una realtà soverchiamente complessa (N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995 [1983], 15); in ciò s'intreccia, pur restando distinta, con l'altro polo del *potere* come inteso da tale Autore (ivi, 17). Risulta quindi lecito presumere che «nel procedimento vengano creati motivi supplementari per il riconoscimento e l'accettazione delle decisioni, e che in questo senso si produca e si legittimi il potere di decisione, cioè lo si renda indipendente da coercizioni concretamente esercitate», cosicché «il fine dei procedimenti giuridicamente ordinati consiste nel rendere intersoggettivamente trasferibile la riduzione della complessità – sia con l'ausilio della verità, sia mediante la creazione di potere decisionale legittimo» (*ibidem*). Il procedimento si trova quindi proprio allo snodo tra *verità* e *potere*, quale strumento di riduzione della complessità: su tale aspetto e sul suo rapporto con le strutture di senso in Luhmann si veda G. DE ANGELIS, *Un'illusione perduta. Politica e società in Niklas Luhmann*, Belforte, Livorno, 2011, 35 ss.)

<sup>17</sup> Cfr. R. TITOMANLIO, *op. ult. cit.*, in part. 19 ss.

<sup>18</sup> P. PANTALONE, *op. ult. cit.*, 303 ss.

<sup>19</sup> Si veda in particolare E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, 2008, 220 ss.

<sup>20</sup> Resta infatti in disparte da questo contributo, quanto alla funzione legittimante *in sé* del procedimento, la macro-questione – anche in prospettiva sovranazionale – del *due process of law* come tale, specialmente in un contesto che non fa (o non può fare) riferimento ad un sistema istituzionale e valoriale come “tradizionalmente” inteso, ed alla sua trasformazione in *procedural due process of law* (diffusamente sul punto, G. DELLA CANANEA, *Due process of law beyond the state: requirements of administrative procedure*, OUP, Oxford, 2016; cfr., criticamente su alcuni di tali aspetti, A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, n. 4/2012, in part. 847 ss.).

Per il tema qui ad oggetto occorre, tuttavia, compiere diversi passi indietro: non abbiamo pressoché alcuna regola positivizzata per tale “procedimento”, e dunque come era in tempi (ormai) remoti per il procedimento amministrativo sorge la «esigenza di cercare di ricavare l’inquadramento degli istituti e la loro disciplina, al meno da un sistema edificato *a posteriori*, con criterio dogmatico, sulla scorta degli scarsi dati, che le norme positive sono in grado di offrire»<sup>21</sup>. Ciò a maggior ragione dato che non si ha neppure la certezza che di *procedimento* si tratti (anzi!); occorre dunque prendere in considerazione la successione di atti e, soppesata la loro natura statica e dinamica, cercare di trarre delle conclusioni.

Anche in funzione di questo obiettivo, si rende anzitutto necessaria una ricostruzione della controversia che ha visto opporre l’UAAR al Governo.

### 3. Il casus belli, l’UAAR alla ricerca dell’intesa. Breve riepilogo della vicenda giurisprudenziale

Dopo una serie di “schermaglie” giudiziarie negli anni Novanta, con nota del 5 dicembre 2003 il Consiglio dei Ministri negò l’avvio di trattative per la stipulazione di un’intesa con l’Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti in quanto «la professione dell’ateismo, certamente da ammettersi al pari di quella religiosa quanto al libero esercizio in qualsiasi forma [...] non [può] essere regolata in modo analogo a quanto esplicitamente disposto dall’art. 8 della Costituzione per le sole confessioni religiose», dovendo intendersi per “confessione religiosa” esclusivamente «un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale» (nota del 5 dicembre 2003)<sup>22</sup>.

Ciò, del resto, s’inserisce nell’ancor più ampio contesto della ricerca dei possibili fondamenti di una “legalità globale”, non solo e non necessariamente in termini procedurali: per tutti, specificamente sul punto, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, 2012, in part. 67 ss. Cfr. in precedenza ID., *Il Rule of Law oltre lo Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2009, 325 ss. e *The rule of law and its core*, in G. Palombella, N. Walker (a cura di), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 17 ss.

<sup>21</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 20.

<sup>22</sup> L’associazione, costituitasi “informalmente” fin dal 1987, si dette una propria forma giuridica nel marzo 1991, e appena due mesi dopo formulò la prima richiesta d’intesa allo Stato italiano «per ottenere l’assegnazione dell’8 per mille dell’IRPEF, al pari di quanto era stato concesso alle religioni» (secondo quanto riportato sul sito della stessa associazione, [www.uaar.it](http://www.uaar.it), sezione “Storia dell’UAAR-Adolescenza”, consultato da ultimo nel novembre 2018); a partire dal 2007 è iscritta al registro nazionale delle Associazioni di Promozione sociale (n. 141), e come tale possibile destinataria del 5 per mille IRPEF ex l.n. 266/2005.

Quanto alle prime “schermaglie”, in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era stato stabilito (sulla base di Cons. Stato, parere. n. 3048 del 29 ottobre 1997) che il diniego, da parte del Governo, di avviare trattative per la stipulazione di un’intesa dovesse essere deliberato dal Consiglio dei Ministri ex art. 2, comma 3, lettera l) della l.n. 400/1988, nell’ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l’annullamento della nota del Sottosegretario di Stato alla

A seguito dell'impugnazione di tale nota, il TAR del Lazio (sede di Roma Sez. I, 31 dicembre 2008, n. 12539), ha dichiarato il proprio difetto assoluto di giurisdizione, dovendo riconoscersi natura di *atto politico* alla determinazione assunta dal Governo, e come tale ne dichiara l'insindacabilità da parte della giustizia amministrativa.

Il Consiglio di Stato (Sez. IV, Sent., 18 novembre 2011, n. 6083) ha però annullato con rinvio tale sentenza, affermando che la scelta, da parte del Consiglio dei Ministri, di non avviare trattative con un soggetto autoqualificatosi come confessione religiosa non è qualificabile come atto politico e risulta pienamente sindacabile dalla Giustizia Amministrativa, presentando piuttosto «*i tratti tipici della discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi*» (punto 9).

Quanto affermato dal Consiglio di Stato ha trovato conferma da parte della Corte di Cassazione, la quale – adita dal Governo per motivi attinenti alla giurisdizione – ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di diniego ad intavolare trattative per l'intesa, in quanto «l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non può [...] essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8, comma 1»; dunque, almeno l'atto con il quale si concede o nega d'intavolare la trattativa non è qualificabile come atto politico (Cass. Civ., Sez. Un., sent. 28 giugno 2013, n. 13605, punto 7).

Dopo tale sentenza, l'UAAR ha riassunto il giudizio di fronte al TAR del Lazio<sup>23</sup>. A seguito di ciò, il giudice amministrativo adito ha pronunciato la sent. 3 luglio 2014, n. 7068, con la quale ha respinto il ricorso dell'associazione sotto tutti i profili. In particolare, per quanto qui rileva, il TAR compie effettivamente un'analisi nel merito circa l'esercizio della “discrezionalità tecnica” da parte del Governo, ma – dopo aver ricordato i limiti che tale analisi comunque incontra – rileva che «la stessa UAAR si autodefinisce (nello “Statuto”) “organizzazione filosofica non confessionale”, che “si propone di rappresentare le

Presidenza del Consiglio con la quale si esprimeva tale diniego nei confronti dell'UAAR. La nota è stata poi annullata con d.P.R. 1° febbraio 2001, all'esito di detto ricorso. Per una dettagliata ricostruzione (anche) di queste vicende si rimanda da ultimo ai saggi contenuti in M. Parisi (a cura di), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza n. 52/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, in part. 29 ss. e 85 ss. Cfr. P. CONSORTI, *1984-2014: le stagioni delle intese e la «terza età» dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1 del 2014, 109 ss.; E. ROSSI, *Le “confessioni religiose” possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2014, 12 ss.; S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 4/2014, 6 ss. anche per l'ampia bibliografia in tema ivi richiamata.

<sup>23</sup> Giudizio che – peraltro – nel frattempo era andato in perenzione, che è stata poi revocata consentendo la prosecuzione del giudizio stesso.

concezioni del mondo razionaliste, atee o agnostiche, come le organizzazioni filosofiche confessionali rappresentano le concezioni del mondo di carattere religioso”: con ciò autoqualificandosi essa stessa al di fuori dell’ambito delle confessioni religiose» (punto 4.4, *in fine*).

Stando al comunicato stampa UAAR del 4 luglio 2014 (disponibile sul sito dell’associazione), la sentenza è stata prontamente impugnata di fronte al Consiglio di Stato, ma soprattutto – a seguito della citata sentenza della Cassazione – il Governo ha promosso conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte costituzionale, sul presupposto della legittimazione soggettiva del Presidente del Consiglio dei Ministri in proprio e del Consiglio dei Ministri a dichiarare definitivamente la volontà del potere d’intavolare trattative con le confessioni religiose. Con sentenza 10 marzo 2016, n. 52, la Corte costituzionale ha dichiarato che non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all’Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l’apertura delle trattative per la stipulazione dell’intesa, annullando la sentenza Cass. n. 16305/2013.

### 3.1 Il tentativo di una “decostruzione” giurisprudenziale dell’attuale sistema delle intese e la risposta della Corte costituzionale

Come si dirà tra poco, l’assetto che risultava delineato dalla giurisprudenza amministrativa e ordinaria qui richiamata era, nel suo insieme, coerente; appare però chiaro il deliberato intento di “decostruzione”<sup>24</sup> dello schema attuale, probabilmente nel tentativo di stimolarne un ripensamento, da tempo invocato in dottrina<sup>25</sup>.

A tale decostruzione si è invece opposta con forza la Corte costituzionale che, con la citata sent. n. 52/2016, della quale si dirà ampiamente *infra*, ha sottolineato a chiare lettere l’incompatibilità con il contesto attuale di una simile lettura, legittimandola però – pur senza, invero, particolare enfasi – allorché vi fosse una legge generale sulla libertà religiosa.

Iniziando a dar conto di quanto emerge(va) dal complesso – di fatto unitario – delle pronunce dei due organi di vertice della giustizia amministrativa e ordinaria, nella sentenza n. 6083 del 2011 il Consiglio di Stato sottolinea il profilo

<sup>24</sup> Il riferimento è, naturalmente, all’opera di Jacques Derrida: pur essendo la *déconstruction*, nell’opinione dello stesso Autore, un concetto in grado di sfuggire ad ogni tentativo definitorio (cfr. J. DERRIDA, *Lettera a un amico giapponese*, in *Rivista di estetica*, 1984, 5 ss.), se ne prende qui a prestito la «strategia di lettura che tende a coincidere con un evento interpretativo che de-costruisce per ri-configurare», «l’irruzione dell’evento che destruttura e ristrutturata il contesto e genera nuovamente il senso» (M. VERGANI, *Jacques Derrida*, Bruno Mondadori, Milano, 2000, 17 e 20).

<sup>25</sup> P. CONSORTI, 1984-2014, cit., *passim* ed in part. 117. Si parla di un «diritto costituzionale di negoziare norme con lo Stato» in capo – almeno – agli enti confessionali in G. CASUSCELLI e S. DOMIANELLO, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, 256.

dell'art. 8, terzo comma, come norma sulle fonti: «da un lato viene posta in materia una riserva di legge assoluta, e per altro verso sono introdotte limitazioni concernenti i contenuti dell'atto legislativo, i quali sono condizionati alla preventiva pattuizione con la confessione religiosa interessata: ne discende, tra l'altro, l'illegittimità degli eventuali interventi legislativi unilaterali non preceduti dalle intese previste dalla norma costituzionale»<sup>26</sup>. Si specifica che la disposizione costituzionale è «intesa a individuare lo strumento tecnico-giuridico da utilizzare obbligatoriamente per disciplinare la condizione giuridica delle confessioni acattoliche, ossia lo strumento pattizio, che evidentemente il Costituente ha considerato il più idoneo a perseguire il risultato del miglior coordinamento tra l'ordinamento statale e quello delle confessioni interessate», fermo restando che «le confessioni religiose hanno una mera facoltà, e non un obbligo, di chiedere di stipulare un'intesa con lo Stato»<sup>27</sup>.

Il vero motivo della mancata qualificazione come atto politico del diniego di avviare trattative per le intese appare però quello enunciato subito dopo, in un'ottica sostanzialistica: «la necessità di non escluder[e] del tutto [*le trattative*] dal sindacato giurisdizionale discende anche dall'ampia discrezionalità che indubbiamente le connota: ciò con riferimento sia all'*an* dell'intesa, sia – prima ancora – alla stessa individuazione dell'interlocutore in quanto confessione religiosa». La discrezionalità del Governo «è invero suscettibile di dar vita a un sistema fondato su evidenti discriminazioni, diversi potendo essere i contenuti delle intese stipulate dallo Stato con diverse confessioni religiose e diversa potendo essere la posizione delle organizzazioni per le quali il Governo non ritenga di addivenire ad un'intesa»<sup>28</sup>.

Quindi – ed è il vero “cuore” della sentenza – anche l'accertamento preliminare della riconducibilità o meno al concetto di “confessione” «non può essere ritenuto insindacabile, malgrado le indubbie difficoltà pratiche che può comportare, e per vero neanche connotato da ampia discrezionalità (se non, forse, da discrezionalità tecnica); ciò in quanto la capacità di ogni confessione, che lo richieda, di stipulare un'intesa costituisce corollario immediato dal principio di eguale libertà di cui al primo comma dell'art. 8, sicché non può ritenersi espressione di potere non sindacabile il riconoscimento dell'attitudine di un culto a stipulare accordi con lo Stato»<sup>29</sup>.

Dunque, «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 [...] di non tradurre in legge

<sup>26</sup> Punto 5 del *Cons. in dir.*

<sup>27</sup> Ivi, punto 6.

<sup>28</sup> Ivi, punto 7.

<sup>29</sup> Ivi, punto 8.

l'intesa medesima, e dall'altro lato la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica [...], di escludere motivatamente che il soggetto interessato presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le "confessioni religiose"»<sup>30</sup>.

Al di là della portata, più o meno ampia, che si è voluto dare, all'epoca, alla sentenza del Consiglio di Stato<sup>31</sup>, questo schema è stato corroborato dal successivo intervento della Corte di Cassazione, adita – come si accennava – dal Governo per motivi di giurisdizione: sentenza oggi annullata dalla Corte costituzionale con sent. n. 52/2016.

Nell'avallare la ricostruzione del Consiglio di Stato, nella sua sentenza sul riparto di giurisdizione la Cassazione spingeva ancora oltre l'ottica sostanzialistica, arrivando ad affermare che «la materia religiosa, per il suo essere tradizionale terreno di azioni antiumanitarie [*sic!*], è tra quelle in cui più sensibile è la tensione opposta, che induce a consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale in funzione antidiscriminatoria»<sup>32</sup>. Subito dopo, richiamando precedenti CEDU, si affermava che «la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni confessione un interesse giuridicamente qualificato per l'accesso agli *status* promozionali, anche su base pattizia; impone alle autorità nazionali di predisporre criteri di accesso non discriminatori e di adottare congrue motivazioni d'esercizio; ammette il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza dei criteri predisposti e sull'idoneità delle motivazioni adottate, in funzione di tutela della posizione soggettiva incisa»<sup>33</sup>.

### 3.2 Natura dell'intesa e atto politico nella sentenza della Cassazione...

Le affermazioni appena richiamate risultano centrali nell'ottica della "decostruzione": lo strumento «tecnico-giuridico» poc'anzi indicato andava inteso quindi quale (mero) accesso ad uno "*status* promozionale". Un punto di vista che si distanziava fortemente dalla bilateralità – per così dire – "para-internazionalistica" delle intese, alla quale del resto la sentenza non accedeva, visto che il caso di un atto politico insindacabile veniva di fatto confinato (in premessa) appunto alle relazioni internazionali, ed escluso nel caso in oggetto<sup>34</sup>. Del resto, si è sottolineato in dottrina come una vera contrattazione bilaterale

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Del resto, la stessa dottrina ecclesiasticistica non è unanime: cfr. in particolare N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, Bologna, 2012, 112 s., che circoscrive la portata della sentenza.

<sup>32</sup> Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 13605/2013, punto 4.3.1.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Specificamente sul rapporto tra atti politici e relazioni internazionali cfr. da ultimo F.F. PAGANO, *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 22 febbraio 2018, 4.

sia stata effettivamente adottata solo per la prima intesa, con la Tavola Valdese: in seguito è prevalsa la riproposizione di contenuti tratteggiati<sup>35</sup>.

Piuttosto, coerentemente con tale impostazione, la trattativa veniva – per così dire – *degradata* ad essere «disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell'attività amministrativa» mentre «la legge di approvazione segue le regole e le possibili vicende, ordinarie o conflittuali, proprie degli atti di normazione»<sup>36</sup>.

Nell'ottica di entrare appieno nell'argomentare della Cassazione, appare interessante soffermarsi, in particolare, sui principali precedenti di diritto interno da essa evocati<sup>37</sup>, segnatamente in tema di atto politico; tema “classico” e dalla vastissima bibliografia sul quale non ci si può qui concentrare<sup>38</sup>, ma il cui richiamo è strumentale – appunto – alla comprensione della giurisprudenza analizzata (anche costituzionale, come si vedrà).

In particolare, appare utile soffermarsi sul richiamo che le Sezioni Unite compiono alla sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 2012, nonché a due pronunce del Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 6 maggio 2011, n. 2718 e Sez. V, sent. 27 luglio 2011, n. 4502).

In primo luogo, Cons. di Stato n. 2718/11 è assai interessante nel merito della questione, ma poco significativa sul punto della definizione di atto politico, dal momento che la qualificazione proposta in prime cure viene rapidamente e seccamente messa fuori questione<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 226. Si tornerà sul punto *infra*.

<sup>36</sup> Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 13605/2013, punto 8.

<sup>37</sup> I precedenti sovranazionali riguardano, infatti, il solo versante della sindacabilità dell'accesso ad uno *status* promozionale pacificamente riconosciuto (e normato) come tale.

<sup>38</sup> Rimandando piuttosto, tra i molti, a P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, 1959; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988 (e, più di recente, la relativa «postilla di aggiornamento» di M. PERINI, in *Enc. Giur.*, XVI agg., Roma, 2007); V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 121 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in Aa.Vv., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Atti del Convegno di Trento, 24-25 giugno 2011, Giappichelli, Torino, 2012; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 863 ss.; ID., *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 22 febbraio 2018.

Di recente e proprio con riferimento alla vicenda qui in commento, si vedano le considerazioni di V. CAPUOZZO, *L' “atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 2/2018, in part. 3 ss.

<sup>39</sup> In tale sentenza, in particolare, per la Sezione «non può ritenersi che la determinazione dei collegi uninominali costituisca espressione del potere politico del Governo, non sostanziandosi nella determinazione dei fini che il governo si pone in corrispondenza alla valutazione dell'interesse generale, ricollegati direttamente o indirettamente alle norme costituzionali (funzione di indirizzo politico),

Invece, l'altra sentenza del Consiglio di Stato richiamata è in realtà un "tassello" della stessa vicenda di C. cost. n. 81/2012, peraltro assai lontana da quella in oggetto (nomina degli assessori da parte del Presidente della Giunta regionale); se ne dirà tra breve.

La sentenza Cons. Stato, sez V, n. 4502/2011 tenta invece di operare una distinzione fra atto politico e atto di alta amministrazione; si tratta di una "sentenza-trattato", che affronta anche altri temi oltre a questo. In ogni caso, al termine della ricostruzione storica si ammette come ormai «pacifica» la tesi basata sul doppio requisito soggettivo e oggettivo<sup>40</sup>.

Per quanto qui rileva, è di particolare interesse il fatto che venga considerato «il vero *argumentum principis* a sostegno della insindacabilità» proprio «la mancanza di parametri giuridici alla stregua dei quali poter verificare gli atti politici. Le uniche limitazioni cui l'atto politico soggiace sono costituite dall'osservanza dei precetti costituzionali, la cui violazione può giustificare un sindacato della Corte costituzionale di legittimità sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge o in sede di conflitto di attribuzione su qualsivoglia atto lesivo di competenze costituzionalmente garantite»<sup>41</sup>. Sotto questo profilo, sembra quindi valere quanto detto sopra: la qualificazione di atto politico non deve servire a "sfuggire" al vaglio giurisdizionale secondo determinati parametri, ma nasce piuttosto spontaneamente dalla mancanza dei parametri stessi. Anzi, per rendere più chiaro il riferimento ai parametri di rango subcostituzionale, si precisa che la violazione del (super)parametro dei precetti costituzionali giustifica il sindacato della Corte costituzionale, sia nel ricorso su leggi che per conflitto di attribuzioni.

Venendo a Corte cost. n. 81/2012, in tal sede si precisano sì in senso restrittivo i limiti dell'atto politico, ma per escludere i casi nei quali «l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio», così che «il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»; subito prima si afferma infatti che «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»<sup>42</sup>. Come sottolineato dai commentatori, si è trattato di dar sostanza al principio di legalità<sup>43</sup>, che era

ma attiene ad un potere amministrativo da esercitarsi conformemente alla legge che lo prevede e lo regola».

<sup>40</sup> Così, in part., il punto 2 del *Cons. in dir.* della sentenza. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 6083/2011.

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez V, n. 4502/2011, ancora punto 2 del *Cons. in dir.*

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 81/2014, punto 4.2 del *Cons. in dir.*

<sup>43</sup> R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 9 ottobre 2012, 3.

messo in dubbio dalla parte ricorrente ove si pretendeva che – in virtù della qualificazione di “atto politico” – la nomina degli assessori potesse sfuggire ad una norma statutaria, per quanto dalla portata precettiva non chiarissima.

Il principio di diritto fissato dalla Consulta non era quindi utilizzabile nella controversia *de qua*, se non come indicatore “tendenziale”: mentre in quel caso si trattava di evitare che un esercizio di potere esorbitante si trincerasse dietro la politicità dell’atto per sfuggire a canoni d’indubitabile sussistenza, nel caso in oggetto la Cassazione – invero, in modo neppure troppo velato – *intendeva farsi creatrice di quegli stessi canoni*, assumendo che l’interesse tutelato li richiedesse.

### 3.3 ... e nella pronuncia della Corte costituzionale: un monito mancato

Per la Corte, le «opposte tesi» che si trova a valutare possono essere riassunte secondo lo schema per il quale da parte del Governo «si ritiene che il diniego di avvio delle trattative [...] non potrebbe essere oggetto di sindacato in sede giudiziaria, a pena della lesione della sfera di attribuzioni costituzionali [...], definite dagli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost.», mentre Consiglio di Stato e Cassazione ritengono che «tale sindacabilità dovrebbe essere affermata, poiché l’azionabilità della pretesa giuridica all’avvio delle trattative stesse sarebbe corollario dell’eguale libertà di cui godono, ai sensi dell’art. 8, primo comma, Cost., tutte le confessioni religiose, e servirebbe a impedire che un’assoluta discrezionalità governativa in materia dia luogo ad arbitrarie discriminazioni»<sup>44</sup>.

Così inquadrando la questione, a differenza della sentenza della Cassazione, la Consulta ritiene 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, mentre restano estranee all’oggetto del conflitto valutazioni sugli adempimenti governativi successivi alla conclusione dell’intesa stessa, e sulle caratteristiche del procedimento che, ai sensi dell’art. 8, terzo comma, Cost., conduce all’approvazione della legge destinata, sulla base dell’intesa, a regolare i rapporti tra lo Stato e la confessione non cattolica»<sup>45</sup>; il fatto, cioè, che non sia configurabile – anche per la Cassazione – una pretesa soggettiva al (buon?) esito delle trattative non può non ridondare anche sulla loro fase “genetica”.

Quanto alla natura dell’intesa *ex art 8, comma 3 Cost.*, la Corte pone l’accento sulla sua essenza di garanzia del metodo della bilateralità, «a prescindere dal fatto che la prassi mostri una tendenza alla uniformità dei contenuti delle intese effettivamente stipulate, contenuti che continuano tuttavia a dipendere,

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 52/2016, punto 4 del *Cons. in dir.*

<sup>45</sup> *Ibidem.*

in ultima analisi, dalla volontà delle parti»<sup>46</sup>; si “svaluta” quindi l’argomento sul quale invece la Cassazione aveva insistito, quello della ormai avvenuta – pur se giudicata «innaturale» – trasformazione delle intese in una normativa “per adesione”. Ciò appare indubbiamente corretto da un punto di vista non solo teorico ma anche, per così dire, storico-filologico alla luce dei lavori in Costituente<sup>47</sup>. Desta tuttavia perplessità la mancanza di una critica, almeno velata, a tale – appunto – innaturale e svilente prassi; si ritornerà sul punto *infra*.

Considerazioni simili si rendono necessarie per la successiva “sottolineatura” di come le intese non siano «una condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire della libertà di organizzazione e di azione, o di giovare dell’applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori dell’ordinamento», dato che, anche per costante giurisprudenza della stessa Corte, «[a] prescindere dalla stipulazione di intese, l’eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell’art. 8 Cost. [...] e dall’art. 19 Cost, che tutela l’esercizio della libertà religiosa anche in forma associata» e «il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite

<sup>46</sup> Ivi, punto 5.1. del *Cons. in dir.*

<sup>47</sup> Nell’ambito dei lavori dell’Assemblea Costituente, l’attuale terzo comma dell’art. 8 non fu oggetto di un dibattito particolarmente acceso, a differenza di altri aspetti concernenti la libertà religiosa, in primo luogo l’inserimento dei Patti lateranensi in Costituzione (Cfr. B. RANDAZZO, *Commento all’art. 8*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino 2006, 194; *amplius* ID., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose di fronte alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, 68 s.). Di recente P. CARETTI, *Art. 8*, Carocci, Roma, 2017, 31 ss.). Un aspetto interessante per quanto qui rileva è semmai la specificazione, richiesta al Presidente della Commissione per la Costituzione Ruini – del quale è peraltro nota l’espressione di timore per i culti «strani e bizzarri» come «l’America insegna» (seduta del 25 marzo 1947, in *Atti dell’Assemblea Costituente*, 2483) – sul significato da dare all’espressione “sono regolati”, nel senso di un’obbligatorietà o di una mera facoltà; risolta la questione nel secondo senso, l’Assemblea approvò poi la formula originaria. La bibliografia sull’argomento è naturalmente vasta, e si rimanda a B. RANDAZZO, *loc. ult. cit.*, per ulteriori riferimenti. Per una vivace contestazione “a caldo” del testo finale, cfr. P.A. D’AVACK, *I rapporti fra Stato e Chiesa*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, in part. 108 ss.). Del resto, è significativo ricordare come non abbiano destato particolari contrasti in Assemblea neppure gli attuali articoli 19 e 20 (si vedano ad es. le ricostruzioni di M. RICCA, *Commento all’art. 19* e A. BETTETINI, *Commento all’art. 20*, in *Commentario della Costituzione*, cit., in part. rispettivamente, 421 e 442.), a testimonianza del fatto che il fenomeno religioso organizzato veniva percepito, all’epoca, come meno problematico a livello definitivo rispetto ad oggi; gli stessi contrasti in merito al mantenimento dei Patti Lateranensi appaiono ispirati da ragioni storico-politiche (anche contingenti) che non s’interrogano sulla natura “filosofica” della religione, quanto piuttosto su aspetti di ordine pratico. Ciò non toglie che anche l’elemento “simbolico”, anche in merito alla teoria dei diversi ordinamenti, abbia avuto un ruolo, ma non assurso mai a problematica cardine: il punto era, semmai, se e quanta libertà concedere alle singole confessioni (o “chiese”, come si disse inizialmente, dopo il rifiuto della proposta di Dossetti di far riferimento a quanto professato “da ogni uomo”: B. RANDAZZO, *Commento all’art. 8*, cit., 195) in merito alla loro organizzazione, un problema che, in questa sede, tocca solo tangenzialmente l’argomento.

accordi o intese»<sup>48</sup>. Giuridicamente ineccepibile ma – come già si accennava e si dirà meglio in seguito – si tratta di una ricostruzione che del tutto ignora la difficile compatibilità costituzionale dell'attuale, perdurante “diritto comune” dei culti, nel diritto positivo e nella prassi.

Così lascia particolarmente perplessi – ed appare anzi il principale punto dolente della sentenza – il passaggio nel quale, dopo aver constatato l'assenza nel nostro ordinamento di «una legislazione generale e complessiva sul fenomeno religioso, alla cui applicazione possano aspirare solo le confessioni che stipulano un accordo con lo Stato», si afferma a chiare lettere che «[p]eraltro, la necessità di una tale pervasiva disciplina legislativa non è affatto imposta dalla Costituzione, che tutela al massimo grado la libertà religiosa. E 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»<sup>49</sup>; poco oltre si specifica che diversa «potrebbe essere la conclusione, anche in ordine alla questione posta dal presente conflitto, 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 appropriate», e qui si richiama il precedente di C. cost. n. 81 del 2012, della quale si è detto *supra*.

Abbiamo dunque un caso nel quale la Corte rinuncia all'occasione di lanciare un “monito” al legislatore<sup>50</sup> circa lo stato attuale delle cose (anche in questo caso, si veda *infra*) per invitarlo ad approvare una legge sulla libertà religiosa, avallando piuttosto la compatibilità costituzionale della sua assenza.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 52/2016, punto 5.1. del *Cons. in dir.*

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Per E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, V ed., 139 s., il «ricorso ai moniti avviene per lo più nell'ipotesi in cui la Corte ritiene, per varie ragioni, di non poter giungere ad una decisione di incostituzionalità, ma ravvisa un forte disagio rispetto all'attuazione dei principi costituzionali, per cui conclude il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità, ma rivolge, in motivazione, un invito al legislatore perché questi intervenga a regolare diversamente la materia e ad eliminare certe incongruenze presenti nella disciplina della stessa»; nel caso qui ad oggetto, ovviamente, non d'incostituzionalità di una legge si controverte, ma – di fatto – annullando la sentenza della Corte di Cassazione si è lasciata consapevolmente invariata l'attuale prassi. Cfr. su tale interlocuzione tra Corte e legislatore R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 80 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 408 ss.; in precedenza, F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, in part. 582; L. PEGORARO, *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Cedam, Padova, 1984; M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle “sentenze comandamento” ovvero sul “potere monitorio” della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 926 ss.

Del tutto inutili dunque – se non in risposta alla loro evocazione da parte della giurisprudenza della quale si controverteva – i successivi richiami alla giurisprudenza sovranazionale, essendo appunto contestualizzati «con riferimento agli ordinamenti che, invece, subordinano l’accesso alla disciplina prevista per le associazioni religiose ad un riconoscimento pubblico, o a quelli ove si riscontra, comunque, un più dettagliato assetto normativo in tema di associazioni e confessioni religiose»<sup>51</sup>.

Partendo da tali premesse, la Corte non poteva, effettivamente, che sancire – risultando essa «elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità» – come «un’autonoma pretesa giustiziabile all’avvio delle trattative non [sia] configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse», laddove tale “non configurabilità” svuota «di significato l’affermazione di una pretesa soltanto al suo avvio. Non si vedrebbe, del resto, in quali forme giudiziali e con quali strumenti tale stipulazione potrebbe essere garantita all’associazione richiedente e imposta al Governo»<sup>52</sup>.

Come si accennava, tale sentenza evita “moniti” al legislatore, ma non lesina – a supporto delle sue argomentazioni – «argomenti del massimo rilievo istituzionale e costituzionale», tra i quali in primo luogo «la necessità di ben considerare la serie di *motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa*, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all’associazione, che lo richiede, l’avvio delle trattative», che fa spettare al Governo «una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali, e che potrebbe indurlo a non concedere nemmeno quell’implicito effetto di “legittimazione” in fatto che l’associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative. Scelte del genere, per le ragioni che le motivano, non possono costituire oggetto di sindacato da parte del giudice»<sup>53</sup>. Pare dunque affacciarsi, nella pronuncia, un riverbero di fatti, appunto, a livello nazionale ed internazionale, di natura tale da suscitare timori; appare lecito immaginare che ci si riferisca a fenomeni terroristici, ma di quale natura non è precisato e – se è concesso – forse questa non era la sede più propria per ventilare (si ripete, senza specificare) simili timori, oltretutto a supporto di un’argomentazione giuridica che non ne abbisognava.

Tutte le ragioni addotte, dunque, «convergono nel far ritenere che, alla luce di un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi protetti dagli artt. 8 e

<sup>51</sup> Corte cost., sent. n. 52/2016, punto 5.1 del *Cons. in dir.*

<sup>52</sup> Ivi, punto 5.2. del *Cons. in dir.*

<sup>53</sup> *Ibidem.*

95 Cost., non sia configurabile – in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa – una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative *ex art. 8, terzo comma, Cost.*», spettando al Consiglio dei Ministri valutare l'opportunità o meno dell'avvio di trattative; semmai il Governo sarà chiamato a rispondere politicamente in Parlamento del suo operato<sup>54</sup>.

La Corte ribadisce, in conclusione, che l'eventuale diniego non possa far scaturire altre conseguenze estranee al (mancato) procedimento volto a stipulare l'intesa, ed eventuali atti lesivi in questo senso restano pienamente sindacabili in giudizio: in definitiva, «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».

#### **4. La negoziazione legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale, con particolare riferimento al ruolo dei sindacati**

Come locuzione, la “negoziazione legislativa” si presta a etichettare i fenomeni più diversi, e nei diversi momenti della storia repubblicana è stata intesa come prioritariamente rivolta a soggetti diversissimi dello Stato-comunità. In primo luogo, ai sindacati e, in generale, alle parti sociali<sup>55</sup>, alle Regioni, e – sovente in via quasi “residuale” – alle intese *ex art. 8, comma 3 Cost.*<sup>56</sup>. In anni più recenti, semmai, l'attenzione si è concentrata sulla rappresentanza d'interessi, privati o collettivi, sotto forma di *advocacy* o *lobbying*<sup>57</sup>.

A sua volta, poi, ciascun possibile interlocutore del legislatore “istituzionale” si può inserire nei più diversi “canali”<sup>58</sup>, tra i quali però – com'è noto – quello

<sup>54</sup> *Ibidem*, in fine e punto 5.3 del Cons. in dir.

<sup>55</sup> Si veda G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 2000, in part. 127 ss. Cfr. la ricostruzione della negoziazione legislativa (esplicitamente menzionata come tale) in chiave di «concertazione sociale» di O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2017, 41 ss.

<sup>56</sup> Ad es. in E. DE MARCO, *La “negoziazione legislativa”*, Padova, Cedam, 1984, 153.

<sup>57</sup> Per un'ampia panoramica, P. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, in part. 75 ss. Più di recente U. RONGA, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>58</sup> Una sorta di “teoria unificata” di queste varie forme risulta, pur sinteticamente, da quanto afferma A. PIZZORUSSO, *The law-making process as a juridical and political activity*, in Id. (a cura di),

che appare ormai tradizionalmente più adatto e frequentato è la delegazione legislativa, nel suo presentare una «duttile capacità di adattamento» rispetto «al tipo di interessi da selezionare, perseguire o pretermettere», tanto da permettere di «dislocare la decisione legislativa in modo mirato»<sup>59</sup>.

Al di là degli strumenti normativi utilizzati, in questa sede interessa in particolare approfondire come la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia risposto a problematiche le quali, pur attenendo ad un campo diversissimo, risultino comparabili con quelle odierne riferite alle confessioni a-cattoliche.

Occorre quindi fare riferimento a (possibili) interlocutori non solo portatori di interessi di diretta copertura costituzionale, ma anche riconosciuti come tali dalla Costituzione stessa, che riconosce cioè necessaria una loro presenza per compiere determinate scelte, il che induce ad escludere i versanti squisitamente di *lobbying* ma anche, più in generale, di *advocacy*. Tuttavia, non sarebbe utile qui riferirsi neppure al caso delle Regioni: è pur vero che la loro partecipazione

*Law in the making. A comparative survey*, Springer-Verlag, Berlino-Heidelberg, 1988, 59 a proposito della legislazione negoziata: nell'ambito di un'ampia ricognizione delle possibili forme e dei possibili contenuti dell'atto legislativo, rileva che «acts stipulated on the basis of this particular technique can be considered as normative acts [...] only when the legal system concerned includes a rule on law-making which grants them direct erga omnes force (and this occurs only in rare and controversial cases), or when acts of this kind are assimilated in a normative act issued on the basis of one of the ordinary sources (statute, statutory instrument, etc.) so that the original act becomes only a presupposition for the normative act». Di particolare utilità, ai fini di quanto si argomenta nel presente contributo, gli esempi riportati: «[t]he latter hypothesis occurs in cases in which international treaties are given legal force in the internal system by means of statutes or decrees which enforce them, and also in the many cases in which conventions stipulated according to internal law whose legal force is limited to the contracting parties – such as concordats between the state and the Catholic Church, similar pacts sometimes stipulated by states with other religious confessions, conventions between the state and regions or between regions (or member states, Länder, etc.) etc. – are lent an erga omnes force with their assimilation in statutes, statutory instruments, or other normative acts», da considerare però accanto a «state normative acts adopted according to the normal procedure but containing the terms established in agreements between trade unions or between political parties, or at the conclusion of negotiations between state authorities and trade unions or other organizations specifically concerned with the adoption of a given regulation of a particular matter or concern».

<sup>59</sup> Così S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori Editore, Napoli, 1990, 21. Cfr. C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova, 2001, in part. 42 ss.

Il qui più volte citato E. DE MARCO, *La "negoiazione legislativa"*, ad esempio, nel dare particolare spazio alle relazioni Stato-Regioni e Stato-sindacati sottolinea che «nell'attuale esperienza politico-costituzionale del Paese, il ruolo di 'attori costituzionali' da essi (sia pure in termini e per aspetti diversi) attualmente rivestito, inducono a ritenere che un esame delle negoziazioni legislative intercorrenti tra tali soggetti e lo Stato sia particolarmente indicato per mettere in luce le più significative ed attuali manifestazioni del fenomeno della delegazione legislativa presso di noi» (153, nota n. 66, corsivo aggiunto). Anche per ulteriori riferimenti, volendo cfr. F. PACINI, *Le sedi del governo "negoziatore" (di policies?)*. Spunti di riflessione dalla XVI legislatura, in E. Rossi (a cura di), *Studi Pisani sul Parlamento VI*, Pisa University Press, Pisa, 2014, 177 ss. e, più di recente, F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, in part. 37 e 216 ss.

al procedimento legislativo stenta a trovare soluzioni che non siano caratterizzate da un certo grado d'informalità<sup>60</sup> e di creatività quanto alle forme d'interlocuzione<sup>61</sup>, ma il loro novero è comunque – oltre che ristretto – evidentemente *chiuso e predeterminato*, a differenza di quanto avviene con le confessioni religiose<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Il *trend* sul lungo periodo appare comunque quello della progressiva formalizzazione, dall'attività della «Conferenza dei Presidenti delle Regioni» nei primi anni Ottanta (sulla quale E. DE MARCO, *op. ult. cit.*, 196 s.; A. COMELLI, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni*, in *le Regioni*, n. 6/1981, 1143 ss.; L. FERRARO, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni tra la materia comunitaria e le altre novità di sistema*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2007, in part. 709 ss.) al ruolo del sistema delle conferenze nel procedimento legislativo delegato, specificamente previsto dalla stessa l. n. 281 del 1997 (E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, in part. 159 ss. Cfr. G. CARPANI, *La Conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, il Mulino, Bologna, 2006, 95 ss. e I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del "federalismo" sommerso*, in *le Regioni*, fasc. n. 5/2000, 883 ss.) fino alla recente, notevole valorizzazione ad opera proprio della Corte costituzionale con sent. 25 novembre 2016, n. 251 (cfr., per gli sviluppi successivi, Consiglio di Stato, comm. speciale, ad. 9 gennaio 2017, par. n. 83). Assai numerosi i commenti, pressoché unanimemente orientati ad un certo scetticismo verso la pronuncia della Corte o, quantomeno, ad una sua lettura "minimale": tra i molti, A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; J. MARSHALL (pseud.), *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, 705 ss.; G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questione Giustizia*, 23 gennaio 2017; S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 gennaio 2017; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017; G. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in *Riv. AIC*, n. 2017; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017; R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Riv. AIC*, n. 1/2017; P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017; G. SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità 'cautelare'* e M. GORLANI, *La Corte anticipa la tutela della sfera di competenza regionale: la leale collaborazione deve essere assicurata già in fase di emanazione dei decreti legislativi attuativi*, in *Giur. cost.*, 2016, 2226 ss. e 2236 ss.

<sup>61</sup> Di particolare interesse, a questo proposito, i casi nei quali, nell'ambito del ricorso in via principale, «le parti 'gestiscono' il ricorso al fine di ottenere la modifica della disciplina impugnata ritenuta lesiva del riparto di competenze tra i legislatori ovvero con l'obiettivo di raggiungere una qualche forma di accordo politico-istituzionale che porti ad evitare il giudizio e ad assecondare, magari compensandole, le aspirazioni delle parti ad occupare spazi di autonomia ritenuti di propria competenza» (così A. STERPA, «*Negoziare le leggi*». *Quando Stato e Regioni fanno a meno della Corte costituzionale*, in B. CARAVITA, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012, 162 ss.)

<sup>62</sup> Non saranno qui oggetto di analisi, ma risulterebbero semmai accostabili alla fattispecie in oggetto, seguendo M. PEDRAZZA GORLERO, S. CATALANO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, II ed., Giuffrè, Milano, 2018, 15 e 96 ss., le leggi costituzionali di variazione territoriale delle Regioni ex art. 132 Cost., quali fonti – seguendo la terminologia di tale testo – "comunitarie esterne", nelle quali

Si guarderà piuttosto, in questa sede, alla giurisprudenza costituzionale in materia di partecipazione al procedimento legislativo dei sindacati, nel quadro dell'inattuazione dell'art. 39, commi 2 ss. Cost.<sup>63</sup>

cioè «un soggetto del pluralismo, sfornito di autonoma potestà normativa, determina o concorre a determinare il contenuto di una fonte-atto» (ivi, 14).

<sup>63</sup> Sulla partecipazione – in senso lato – politica dei sindacati, oltre a E. DE MARCO, *La "negoziativa legislativa"*, cit., in part. 210 ss., per tutti si vedano le ampie indagini di S. FOIS, *Sindacati e sistema politico: problematica di un rapporto e implicazioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1977 e, in precedenza, G.C. PERONE, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, Cedam, Padova, 1972, in part. i Capitoli I e III. Cfr. G. GIUGNI, *Il sindacato tra contratti e riforme: 1969-1973*, De Donato, Bari, 1973. In prospettiva comparata, LORD WEDDERBURN OF CHARLTON e S. SCIARRA, *Collective bargaining as agreement and as law: neo-contractualist and neo-corporative tendencies of our age*, in A. Pizzorusso (a cura di), *Law in the making. A comparative survey*, Springer-Verlag, Berlino-Heidelberg, 1988, in part. 228 ss.

Senza che sia possibile in questa sede neppure fornire un quadro di massima, è però il caso di ricordare come su tale questione si sia a lungo stagliata quella, assai più ampia, del rapporto tra democrazia rappresentativa, pluralista, partitica e forze sindacali, in particolare quelle d'ispirazione operaia (già colto ad esempio in B. MIRKINE-GUETZÉVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, cit., 41, laddove – nel paradigma della “razionalizzazione del potere” si definisce l'introduzione esplicita in costituzione dei diritti sociali «une grande tentative de rationalisation de la vie publique»); il che si è intrecciato con l'ancor più ampio e dibattuto tema della compatibilità tra lotta di classe – per quanto qui rileva, assumendone una possibile immedesimazione appunto sindacale – e sistema democratico-costituzionale. Per tutti, sul punto, si veda C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, il Mulino, Bologna, 1977, ed in particolare la ricostruzione del dibattito a 7 ss. e, *passim*, le argomentazioni circa la piena compatibilità – appunto – tra Costituzione e socialismo «o, meglio, fra i “sistemi” che questi termini esprimono», alle quali il libro è dedicato. Cfr. ID., *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo*, in *Problemi del socialismo*, n. 7/1977, poi in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, 147 ss. Concezione opposta quella espressa nelle veementi critiche di U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Savelli, Roma, 1975, rivolte proprio alla «società né socialista né capitalista che con l'aiuto e sotto la protezione della Costituzione repubblicana sarebbe possibile raggiungere» (9), risultato reso invece impossibile dalla Costituzione stessa in quanto essa «presuppone determinati rapporti di produzione» funzionali allo Stato borghese (11, poi *passim*; specificamente sul suffragio politico universale ed il ruolo dei partiti, in part. 72 ss.).

Da un diverso punto di vista, si vedano le analisi di C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, 50 ss. e, con specifico riferimento all'evoluzione dell'Unione Sovietica, 356 ss. Per uno spaccato invece della prospettiva schiettamente operaista (per un ampio *excursus* sulla quale, per tutti, G. NAPOLITANO, M. TRONTI, A. ACCORNERO, M. CACCIARI, *Operaismo e centralità operaia*, Editori Riuniti, Roma, 1978), si veda in part. M. TRONTI, *Il tempo della politica. La linea, la teoria, l'organizzazione del movimento operaio alla prova della crisi capitalistica*, Editori Riuniti, Roma, 1980, che rilegge criticamente la stessa svolta togliattiana d'inserimento, almeno temporaneo, nel circuito della democrazia rappresentativa, dopo la quale per il PCI «fuori dal governo, e spezzato il compromesso, fu una politica di pura e semplice autoconservazione quella di puntare tutto sulla presenza attiva dentro i luoghi della democrazia rappresentativa. Questo non dava forza, perché non portava le lotte, che c'erano, grandi ed eroiche, dentro il sistema politico, ma le isolava al di fuori. [...] Il fascismo e il nazismo che avevano subito una sconfitta militare da parte del socialismo staliniano, avevano in realtà riportato una vittoria ideologica sul movimento operaio dell'occidente. Perché lo avevano complessivamente schiacciato sulla forma della politica borghese» (97 s.), così come già in precedenza «la politica classica borghese, quella che ha anticipato, accompagnato e seguito la transizione al capitalismo, aveva già visto, e pensato, e praticato, questa riconversione post-bellica del conflitto, questa fine della guerra per lo Stato con una pace di tutti contro tutti» legittimando «più soggetti politici, anche alternativi», facendo «del pluralismo un'ideologia del consenso», nella quale «si pesano le situazioni,

Appare indispensabile partire, a tal proposito, dalla giurisprudenza sulla l. 14 luglio 1959, n. 741, che di fatto delegava il Governo a “legificare” clausole di contratti collettivi stipulati entro la sua entrata in vigore<sup>64</sup>. Se in prima battuta tale disciplina, pur indubbiamente derogatoria rispetto al “canale” designato dall’art. 39 Cost., è stata ritenuta costituzionalmente conforme in virtù della sua transitorietà (nella perdurante inattuazione dello stesso art. 39)<sup>65</sup>, nella medesima sentenza ne è dichiarata incostituzionale la proroga successivamente intervenuta<sup>66</sup>. La Corte pareva quindi intradarsi verso la tutela del canale e della (pur minima) procedimentalizzazione prevista dall’art. 39 Cost., ma la sua perdurante inattuazione ha fatto sì che la stessa Corte “ammorbidisse”

si misurano gli interessi, si bilanciano i bisogni» (13); in altri termini, il vero «materiale antisismico, che permette alla costruzione dello Stato moderno di oscillare per non cadere, è il fare politico borghese, la sua capacità di adattarsi alla storia dei singoli paesi, e di rispondere così ai bisogni del momento, senza cedere alle nuove domande, ma senza rifiutarle» (6).

Al contrario, la Rivoluzione d’ottobre aveva fatto crollare «la rappresentanza dell’interesse di una classe e l’esecuzione, sia pure ideologicamente mascherata, del dominio sull’altra», ovvero «l’età liberale, da Locke a Hoover, da Montesquieu a Kerenskij» (61).

Una testimonianza particolarmente sentita, a tratti drammatica, dell’altalenante rapporto tra sindacato e sistema partitico emerge dagli scritti e dalle interviste di Giuseppe Di Vittorio raccolti in L. LAMA (a cura di), *La CGIL di Di Vittorio 1944-1957*, Editori Riuniti, Roma, 1977.

<sup>64</sup> Così l’art. 1: «Il Governo è delegato ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria. *Nella emanazione delle norme il Governo dovrà uniformarsi a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge.*»

<sup>65</sup> Corte cost., sent. 19 dicembre 1962, n. 106, punti 4 e 5 del *Cons. in dir.*, ove si afferma in particolare che l’art. 39 Cost. «pone due principi, che possono intitolarsi alla libertà sindacale e alla autonomia collettiva professionale. Col primo si garantiscono la libertà dei cittadini di organizzarsi in sindacati e la libertà delle associazioni che ne derivano; con l’altro si garantisce alle associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante il contratto, al quale poi si riconosce efficacia obbligatoria *erga omnes*, una volta che sia stipulato in conformità di una determinata procedura e da soggetti forniti di determinati requisiti. *Una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima.* [...] Senonché, la Corte non può ignorare che le forme e il procedimento previsti dalle norme costituzionali non sono ancora applicabili. La Corte non deve ricercare i motivi di questa inadempienza costituzionale, ma non può non prendere atto della carenza legislativa che ne deriva e delle conseguenze che essa provoca nel campo dei rapporti di lavoro. *In questa situazione la legge impugnata assume il significato e compie la funzione di una legge transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata e a tutelare l’interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro.* In questo senso, e soltanto in questo senso, può ritenersi fondata l’osservazione che ricorre ripetutamente nelle difese svolte davanti alla Corte, che con la legge impugnata non si sia voluto dare attuazione al sistema previsto dall’art. 39 della Costituzione, del quale, anzi, si può aggiungere, si presuppone imminente l’attuazione» (corsivi aggiunti).

<sup>66</sup> Ivi, punto 6 del *Cons. in dir.* Invero, resta immune da censure la proroga vera e propria del termine di delega – operata dall’art. 2 della l. 1 ottobre 1960, n. 1027, mentre viene dichiarato incostituzionale l’art 1 della legge che avrebbe dato la possibilità al Governo di recepire con fonte primaria anche contratti e clausole stipulate *dopo* l’entrata in vigore della legge-delega originaria.

– e non poco – la sua posizione, avallando a più riprese il suo aggiramento. Così, in C. cost., sent. 30 luglio 1980, n. 141 in tema di computo dei maggiori compensi dovuti per effetto di variazioni del costo della vita, si afferma chiaramente che «sino a quando non sarà disciplinata la loro registrazione, l'individuazione dei sindacati legittimati alla contrattazione collettiva [...] non può non essere affidata al gioco delle forze sociali, che, al di là dei non sempre sussistenti vincoli associativi, si trovano a rappresentare di fatto, e che di tale esigenza sono stati consapevoli Governo e Parlamento nel dare vita alla normativa del 1977 la quale presta e non può non prestare il fianco a valutazioni, critiche o favorevoli, di estrazione economica, finanziaria e sociale, e fornirà motivi di contesa sul *quomodo* della realizzazione normativa e della concreta attuazione nelle controversie processuali individuali e sindacali, *ma non apre utile adito a incidenti di costituzionalità fondati sull'asserito ostracismo decretato alle forze sociali*»<sup>67</sup>.

Le tormentate circostanze della breve fase attuativa di “pianificazione” economica<sup>68</sup>, almeno tale quanto all'approvazione di atti ad essa specificamente volti<sup>69</sup>, non permisero la formazione di strutture idonee ad essa deputate<sup>70</sup>; a tali tentativi seguì dunque una fase caratterizzata dalla presenza di ampie aree

<sup>67</sup> Poco prima viene specificato, anche con riferimento alla giurisprudenza precedente, che quanto alla «censura di violazione dell'art. 39 o (a voler essere più puntuali) di attentato all'ultima sua parte, riflettente l'autonomia normativa dei sindacati, [...] a tacere che il testo costituzionale non è stato ancora attuato nel momento strutturale della registrazione, quale presupposto della personalità giuridica dei sindacati, la normativa ordinaria del 1959, sulla quale si è pronunciata questa Corte con sentenze, da cui, nei presenti incidenti, si è *in utroque* argomentato, aveva di mira l'assicurazione del minimo trattamento economico e normativo, che nella specie non viene in considerazione. Sino a quando l'art. 39 non sarà attuato, non si può né si deve ipotizzare nei termini proposti conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa del Parlamento e chiamare questa Corte ad arbitrarlo (punto 3 del *Cons. in dir.*)».

<sup>68</sup> Sui cui fondamenti giuridico-costituzionali, per tutti e anche in prospettiva storica e comparata, si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963. Dal punto di vista dell'econometria cfr. F. LAVISTA, *Misurare il mondo. Econometria e programmazione economica nel secondo dopoguerra*, in *Quaderni storici*, fasc. 2/2010, 477 ss. Di particolare interesse poi la vicenda umana e scientifica della quale dà conto C. CRISTIANO, *Come si fa una politica di programmazione: Pasquale Saraceno e i lavori della Commissione Nazionale per la Programmazione Economica*, in *Riv. it. economisti*, n. 2/2006, 279 ss.

<sup>69</sup> In primo (e quasi esclusivo) luogo si consideri la l. 27 luglio 1967, n. 685, di «Approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970», noto come “Piano Pieraccini” dal cognome del Ministro del Bilancio dei governi Moro II e III, l'esponente socialista Giovanni Pieraccini. In particolare, sugli effetti giuridici e la posizione nella gerarchia delle fonti delle leggi di piano, si veda A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968; cfr. V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Giuffrè, Milano, 1975 e, in seguito, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>70</sup> Come dettagliatamente preconizzato dallo stesso A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 498 ss.; per una (amara) analisi *ex post* della scarsissima riuscita di quella fase si veda ID., *Aspetti del processo legislativo in Italia*, cit., 2496 ss.

di fatto rese soggette alla previa *concertazione* con le parti sociali<sup>71</sup>, non scevra di suggestioni neocorporative<sup>72</sup>; una fase che però, proprio allorché ha visto la maggiore influenza delle stesse parti sociali – segnatamente, sindacali<sup>73</sup> – non ha però tollerato procedimentalizzazioni stabili, e ciascun caso, ciascun settore, risulta fare in buona misura “storia a sé”, da tutti i punti di vista<sup>74</sup>.

Come ripercorso da autorevole dottrina giuslavoristica, la «storica» sentenza C. cost. n. 106 del 1962, «a ben vedere, avvalorava la costruzione di chi leggeva l’art. 39 Cost. in una prospettiva pubblicistica e, quindi, costituiva per Costantino Mortati una sorta di rivincita» rispetto a chi, come Francesco Santoro Passarelli, difendeva l’opposta tesi privatistica; «[r]ivincita, però, che avrà ingombranti ricadute sullo sviluppo del sistema», dato che le concezioni ad essa sottese «hanno continuato a condizionare la giurisprudenza costituzionale»<sup>75</sup>. Un condizionamento che «ha prodotto i suoi effetti soprattutto quando il sostegno del legislatore all’azione sindacale è divenuto così intenso da affidare alla contrattazione collettiva il potere di dettare la disciplina di alcune materie, anche derogando a disposizioni inderogabili della legge. È così accaduto che, sebbene fosse rimasta inattuata la seconda parte dell’art. 39 Cost., la disciplina sindacale ha finito inevitabilmente per avere efficacia anche nei confronti dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti»<sup>76</sup>, evitando più che

<sup>71</sup> E. DE MARCO, *La “negoiazione legislativa”*, cit., 225 ss.

<sup>72</sup> Nel senso più comune di una cooptazione delle organizzazioni di interessi economici nel processo decisionale del governo, di una loro strutturazione gerarchica e tendenzialmente non competitiva, all’interno di una cornice di forte istituzionalizzazione del conflitto. In questi termini G. LEHMBRUCH, *Il neocorporativismo in una prospettiva comparata*, in Id. e P.C. Schmitter (a cura di), *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*, il Mulino, 1984, 13. Cfr., anche per riferimenti ulteriori, G. PASQUINO, *Partiti, istituzioni, democrazie*, il Mulino, Bologna, 2014, 53 s. e G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa*, cit., 135 ss. Il rapporto tra diritti politici e sociali, anche in prospettiva storica, viene efficacemente ripercorso in D. DELLA PORTA, *Can democracy be saved? Participation, Deliberation and Social movements*, Polity Press, Cambridge-Malden (MA), 2013, in part. 51 ss.

<sup>73</sup> Vale la pena di ricordare che per S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, cit., 110 s. «il ruolo politico dei sindacati, per i principi che lo giustificano, per le conseguenze alle quali conduce, ed in rapporto al sistema nel quale dovrebbe inserirsi, non può essere tale da tradursi in una formula di governo alternativa rispetto a quella imperniata sullo schema parlamentare rappresentativo», e non è indicativo il ruolo che i partiti – pur mere associazioni di fatto – rivestono in quanto (costituzionalmente!) vincolati al rispetto del metodo democratico, inteso «anche e necessariamente come insieme di regole procedurali nelle quali – tra l’altro – ha una importanza decisiva il principio maggioritario». Essi risultano dunque «capaci di inserirsi e di saldarsi con le strutture formali della Costituzione perché accettano il principio della loro verifica numerica attraverso il meccanismo elettorale, perché accettano il confronto anche sulla base delle regole della democrazia formale, perché in definitiva accettano che la loro azione politica (almeno quella svolta in Parlamento) abbia il suo scopo ultimo nell’utilizzazione del criterio maggioritario», mentre non è possibile, per l’Autore, affermare altrettanto per i sindacati.

<sup>74</sup> Emblematici i casi del costo del lavoro e del pubblico impiego, per approfondimenti sui quali si veda E. DE MARCO, *La “negoiazione legislativa”*, cit., 236, nota n. 62 e 240 ss.

<sup>75</sup> M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant’anni di giurisprudenza costituzionale)*, in Arg. Dir. Lav., n. 4/2006, 1034 s.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

superando «l'ingombro costituito dalla lettura che, nel 1962, avevano dato all'art. 39 Cost.»<sup>77</sup>.

Ma ciò che più rileva ai fini del presente contributo è che, restando inattuato l'art. 39 Cost., «la Corte si è anche preoccupata delle conseguenze negative derivanti da un'eccessiva proliferazione, inevitabile conseguenza della libertà sindacale, di rappresentanze dei lavoratori, ritenendola contraria agli stessi interessi dei lavoratori in quanto ispirate “a logiche microcorporative”»<sup>78</sup> del tutto avallando, almeno inizialmente, l'originaria scelta dell'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori<sup>79</sup> di privilegiare nelle r.s.a. – ovviamente, nella consapevolezza della ripercussione di ciò su tutto il sistema – le associazioni maggiormente rappresentative (C. cost., sent. 6 marzo 1974, n. 54), successivamente ponendo alcuni “paletti” (cfr. ad es. sent. 24 marzo 1988, n. 334) fino al “monito” della sent. 26 gennaio 1990, n. 30<sup>80</sup>.

Un monito ignorato dal legislatore, tant'è che la stessa Corte si è trovata pochi anni dopo ad ammettere le richieste referendarie volte all'abrogazione di parti qualificanti dello stesso art. 19, ivi compresa quella che esprimeva «chiaramente l'intendimento (massimale) dei promotori di ottenere l'abrogazione di tutti i criteri di “maggiore rappresentatività” adottati dal citato art. 19» (C. cost., sent. 12 gennaio 1994, n. 1). Andando rapidamente sul punto, i referendum dell'11 giugno 1995 videro accogliere dal corpo elettorale non tale richie-

<sup>77</sup> *Ibidem*, ove si aggiunge peraltro che «per far ciò, hanno avvalorato la tesi di quella parte della dottrina che prospettava l'esistenza di un tipo di contratto collettivo che, per essere “delegato” dalla legge, avrebbe natura di regolamento e, quindi, natura e funzioni diverse dal tradizionale contratto collettivo normativo», implicitamente affermando «che i contratti collettivi “delegati” o “regolamento” non sono espressione di quell'autonomia collettiva alla quale soltanto il primo comma dell'art. 39 Cost. garantisce la libertà. Ha, quindi, aperto un significativo spiraglio alla qualificazione di quei contratti come fonti, ma anche alla loro funzionalizzazione al perseguimento di interessi diversi da quello collettivo professionale».

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Sulla quale, per tutti, G.F. MANCINI, *Commento all'art. 19*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972, 312 ss.

<sup>80</sup> Per la quale rimanevano «in larga misura valide» le «ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di micro-organizzazioni sindacali ed a favorire, secondo un'ottica solidaristica, la rappresentazione di interessi non confinati nell'ambito delle singole imprese o di gruppi», pur nella consapevolezza della necessità, al mutare del contesto, di «dettare nuove regole idonee ad invertere, nella mutata situazione, i principi di libertà e di pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 Cost.»; pur non spettandole di «individuare gli indici di rappresentatività, i modi di verifica del consenso, l'ambito in cui questa deve essere effettuata, i criteri di proporzionalità della rappresentanza e gli strumenti di salvaguardia degli obiettivi solidaristici ed equalitari propri del sindacato», essa non mancava di segnalare che mettere in opera tali nuove regole fosse «ormai necessario per garantire una più piena attuazione, in materia, dei principi costituzionali» (punto 6 del *Cons. in dir.*). Anche su questi aspetti cfr. LORD WEDDERBURN OF CHARLTON e S. SCIARRA, *Collective bargaining as agreement and as law*, cit., 196 ss.

sta ma una sua versione “attenuata”, portando ad un meccanismo di fatto analogo a quello previgente<sup>81</sup>; dopo alcune pronunce interlocutorie, con la sentenza 23 luglio 2013, n. 231, «[n]ell’attuale mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, quale diffusamente descritto ed analizzato dai giudici *a quibus*» (punto 6.5 del *Cons. in dir.*), la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 19, primo comma, lettera *b*), nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell’unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda<sup>82</sup>.

Del resto, in tempi più recenti la stessa Corte, con la sent. 23 luglio 2015, n. 178, è stata esplicita nel riconoscere la portata costituzionale del negoziato sindacale, entrando in modo penetrante nel merito circa l’*an* del negoziato stesso, dichiarando incostituzionale una «strutturale» sospensione della contrattazione nella consapevolezza «delle disarmonie e delle criticità, che una protratta sospensione della dinamica negoziale rischia di produrre»<sup>83</sup>.

Ricapitolando, dunque, la Corte ha dovuto farsi «interprete dello spirito dei tempi», progressivamente legittimando «la partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato. Partecipazione non prevista dalla Costituzione che, invece, ripartisce e separa le competenze dei partiti e del potere politico dalle competenze del sindacato. L’esperienza della concertazione, infatti, è stata possibile soltanto perché le forze sindacali, se non fossero state coinvolte nell’in-

<sup>81</sup> Si rimanda per dettagli e riferimenti ulteriori a G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. dir. lav e relazioni ind.*, 1995, 359 ss.; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 1996, 134 s.

<sup>82</sup> Specificamente sulla sentenza, cfr. F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 settembre 2013, ove peraltro si ricostruisce tutto il percorso (anche) giurisprudenziale che ha portato a tale decisione demolitoria; F. LISO, *La decisione della Corte costituzionale sull’articolo 19 della legge n. 300/1970*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2013; S. ROSSI, *Fiat lux: note su Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231*, in *www.forumcostituzionale.it*, 29 agosto 2013. Più di recente, si veda G. AMOROSO, *Il dibattito sull’art. 19 st. lav. dopo Corte cost. 231/2013*, in *Libro dell’anno del diritto 2015*, 325 ss.

<sup>83</sup> Tra i numerosi commenti alla pronuncia, che presenta diversi profili d’interesse che non possono essere qui approfonditi, si vedano A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2015; D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell’emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 3/2016; G. SERGES, *Il “dominio” degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in *Dir. soc.*, n. 4/2016, 603 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Corte costituzionale e sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)confittuale*, in *Riv. AIC*, n. 1/2018, in part. 19 ss. Cfr. V. CAPUOZZO, *L’ “atto politico” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 21 ss., che sottolinea come le diverse possibili vie d’accesso alla Corte possano influenzare, nei fatti, l’esito stesso del giudizio.

dividuaione degli obiettivi del governo dell'economia, avrebbero potuto ostacolare le iniziative legislative con l'esercizio dello sciopero politico o con una contrattazione collettiva ribelle»<sup>84</sup>.

Come si accennava, dunque, le questioni che la Corte ha dovuto affrontare con riferimento alla negoziazione legislativa con i sindacati – nell'inattuazione dell'art. 39 Cost. – costituiscono un utilissimo termine di confronto per riflettere sulle questioni sollevate dall'art. 8 in mancanza di una legge generale sulla libertà religiosa. In particolare, il riferimento è: alla presenza di un "canale" o comunque di uno strumento "costituzionale" di dialogo e alla correlata difficoltà della prassi di ricondurvisi; alla potenziale frammentazione degli interessi ed agli interventi autoritativi per ridurla. E infine, ma non ultimo, a ciò va aggiunto un atteggiamento ondivago della giurisprudenza costituzionale fino ad un punto di rottura, che per le confessioni a-cattoliche è forse rappresentato dal caso UAAR.

#### **4.1. *En passant*: il Governo interlocutore necessario?**

Un punto sul quale vale la pena soffermarsi, pur brevemente, è quello dell'individuazione del Governo quale interlocutore in sede – appunto – di questa particolare forma di negoziazione legislativa.

Anche senza qui considerare l'ormai acquisita consapevolezza del Parlamento quale soggetto inserito in una fitta rete di rapporti<sup>85</sup>, è il caso d'interrogarsi sulla "necessità" per gli interlocutori esterni all'amministrazione statale di considerare appunto il Governo quale organo al quale riferirsi.

In particolare per quanto qui rileva, già all'epoca nella quale stava prendendo forma la revisione del Concordato si notava lo iato tra i dibattiti parlamentari da un lato e le trattative di matrice governativa dall'altro, arrivandosi a temere «il verificarsi di una situazione politicamente pericolosissima, ed istituzionalmente assai precaria e di dubbia correttezza, nella quale lo schema di intesa presentasse soluzioni diverse da quelle indicate nei dibattiti parlamentari, se non opposte, ed alle Camere fosse riservato il dilemma del prendere o lasciare»<sup>86</sup>.

Anche con riferimento alle intese, gli spazi d'intervento per il Parlamento successivi alla stipula appaiono del resto ridotti, dovendosi configurare in virtù della prassi la legge *ex art. 8 Cost.* quale mera "legge di approvazione" deri-

<sup>84</sup> M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale*, cit., 1036 s. Specificamente sullo sciopero politico in questo contesto cfr. S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, 25 ss.

<sup>85</sup> Per i diversi aspetti di questo fenomeno sia consentito rinviare, da ultimo, ai contributi in L. GORI, F. PACINI, E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento "interlocutore"*, Plus, Pisa, 2018.

<sup>86</sup> S. LABRIOLA, *Parlamento, istituzioni, democrazia*, in AA.VV., *Parlamento, istituzioni, democrazia*, Giuffrè, Milano, 1980, 20 s.

vante da trattativa svolta tra lo Stato e un altro soggetto, e come tale praticamente inemendabile<sup>87</sup>, escludendosi che il Parlamento possa ritornare sui termini di un accordo già concluso se non per aspetti di dettaglio<sup>88</sup>; il che peraltro, soprattutto in alcuni momenti della storia repubblicana, ha caratterizzato in realtà buona parte delle decisioni legislative, soprattutto se di spesa, definite nella sostanza – appunto – altrove<sup>89</sup>.

Resta ovviamente salva la possibilità per le Camere di non approvare l'intesa con legge, nel qual caso le norme ivi previste non potranno trovare applicazione<sup>90</sup>.

Come si è appena visto, anche per quanto riguarda le forme di negoziazione “sociale” il Governo è risultato sede principale anche nei momenti in cui la situazione politica è stata «caratterizzata da formule *lato sensu* “assembleari” o comunque dalla presenza di governi senza maggioranza preconstituita»<sup>91</sup>; ciò perché – si riporta una ricostruzione, pur risalente, estremamente convincente – il Governo è «un organo a *composizione relativamente ristretta*; perché ha (o dovrebbe avere) una *omogeneità politica che il Parlamento istituzionalmente non può avere*; perché è *titolare di una serie di poteri che gli dovrebbero permettere di incidere in maniera organica, diretta, continua ed immediata sulle scelte politiche*; perché ha una competenza che abbraccia *sia la dimensione legislativa che quella amministrativa*; perché *il contatto con esso può essere globale, o invece settoriale* in relazione a singoli ministri; perché infine, è *molto più facile con esso*

<sup>87</sup> Per tutti A. PIZZORUSSO, *Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto. Artt. 1-9*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2011, 464 s. Non lo sarebbe invece, ad esempio, uno strumento pur frutto di concertazione preventiva – pur interamente “istituzionalizzata” – come la legge di piano per A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, cit., 16 ss.

<sup>88</sup> Da segnalare, tuttavia, come sia stata accettata per la prima volta, per le intese approvate con legge nel 2012, l'approvazione in commissione deliberante, differenziando il “cammino” dell'approvazione di un'intesa rispetto all'*iter* parlamentare di un trattato internazionale, coperto invece dalla riserva di Assemblea *ex art. 72* (evidentemente dando un'accezione ristretta alla «materia costituzionale», che in sé potrebbe forse ricomprendere l'approvazione d'intese).

<sup>89</sup> Per A. PREDIERI, *Aspetti del processo legislativo in Italia*, cit., 2509 s. «la proposta che si forma attraverso il canale governativo coagula adesioni su base transattiva. Le negoziazioni sono avvenute nel processo prelegislativo governativo con una interazione di parlamentari in posizione eminente nel governo (ministri e sottosegretari) e nel partito, burocrazia, gruppi di interesse. Alla snellezza del processo informale si aggiunge il sostegno dell'organizzazione formalizzata dell'apparato pubblico. Raggiunto il compromesso dopo le negoziazioni, al Parlamento compete, il più delle volte, il rituale della ratifica, con qualche modifica di non decisiva importanza». Peraltro, nel capoverso immediatamente successivo, l'Autore nota come ciò non tolga che interessi “sezionali” di varia natura (e, paradossalmente, le istanze della stessa burocrazia) possano comunque trovare una sede legislativa per altre vie, sfruttando il canale partito - singolo parlamentare.

<sup>90</sup> È il caso, noto, dei Testimoni di Geova: cfr. da ultimo C. MAIONI, *Intese: il caso dei Testimoni di Geova*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30/2017, in part. 5 ss.

<sup>91</sup> S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, cit., 88 s.

*realizzare forme di contrattazione che sfuggono a rigide formalizzazioni ed a limitazioni procedurali»<sup>92</sup>.*

Ora, se si riflette sull'aspetto della negoziazione in vista della stipulazione d'intesa, in fondo nessuno di questi caratteri – essenziali, ad esempio, per parti sociali e autonomie locali – risulta imprescindibile per intavolare una trattativa volta alla stipulazione di un'intesa. Ciò anche con riferimento all'ultimo indicato, ovvero la mancanza di formalizzazione delle trattative, cruciale per le tesi qui esposte: tale mancanza<sup>93</sup> non sembra giocare, in quest'ambito, a favore di un esito altrimenti – magari – difficile da raggiungere, bensì fa correre il rischio di confinare in un'oscura insindacabilità una parte rilevante dell'esplicazione di una primaria libertà costituzionale.

Viene quindi da interrogarsi, forse ormai solo provocatoriamente alla luce della prassi, sulla possibilità – proprio a partire da un settore così delicato e controverso dell'ordinamento qual è quello delle confessioni religiose – di coinvolgere maggiormente il Parlamento, fino ad immaginare di *non coinvolgere il Governo* (che non è menzionato dall'art. 8 Cost.!) introducendo forme di interlocuzione parlamentare con le confessioni fin dall'inizio: un contatto che, verosimilmente, dovrebbe coinvolgere una commissione. Del resto, le commissioni parlamentari dispongono di numerosi strumenti atti a migliorare, se non a garantire, quella che è stata definita la “qualità democratica” della legge<sup>94</sup>, proprio nel senso della sua capacità di dare «ad ogni gruppo di interesse che “entra” nel procedimento legislativo» la «opportunità di concorrere a definire la sostanza (e la qualità) delle scelte compiute dal legislatore»; in quest'ottica, l'integrazione di centri di influenza nel processo legislativo «si rivela [...] presupposto indispensabile e connaturato alla produzione normativa

<sup>92</sup> Ivi, 87. Il che riecheggia, a sua volta, quanto in precedenza esposto da C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, 162, corsivi aggiunti, ovvero che «le due fondamentali funzioni dello Stato, quella legislativa e quella esecutiva, hanno fini diversi ed implicano strutture organizzative differenti; il “potere esecutivo” deve esprimersi in interventi rapidi, immediati ed insieme organici, ed esige quindi *strutture accentrate, segretezza, garanzie di stabilità e durata*; l'organo rappresentativo invece, poiché ha per fine di stabilire un collegamento con il popolo e le varie correnti politiche che in esso esistono, esige *una struttura collegiale non accentrata*, ed esige inoltre che la sua azione si svolga *pubblicamente attraverso dibattiti* e che le sue decisioni siano *adottate solo attraverso il metodo dialettico*».

<sup>93</sup> Peraltro, come si dirà *infra*, in realtà non scivola d'incrostazioni dovute a procedimenti e prassi sul versante preventivo del riconoscimento della personalità giuridica, sulla base della legge sui culti ammessi del 1929.

<sup>94</sup> Cfr. in part. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, ESI, Napoli, 2007, 168 ss.

stessa, al punto da arrivare a giustificare l'esistenza e a rappresentarne la ragione d'essere, secondo le modalità in cui trovano espressione e specificazione i principi della sovranità popolare e della democrazia pluralista»<sup>95</sup>.

Del resto, se l'argomento della "necessità" di un'interlocuzione governativa fosse dato dall'esigenza di una sede ristretta, si veda ad esempio quanto avveniva negli anni Settanta tra Regioni e I Commissione in sede di esame dei testi degli statuti ordinari già votati dai Consigli regionali<sup>96</sup>, laddove appunto buona parte della negoziazione era svolta, nei fatti, in tal sede.

Al di là, comunque, delle provocazioni, vale la pena di ribadire la necessità di non perdere di vista il ruolo del Parlamento anche in questo ambito, a maggior ragione dato che il "prodotto-intesa" che gli viene consegnato dal Governo ben può formarsi, alla luce della pronuncia della Corte costituzionale, con trattative quantomeno opache.

### **5. Spunti di ucronia giuridica: se la Consulta avesse deciso diversamente**

Come si è detto, la "procedimentalizzazione" (e connessa giustiziabilità) della stipulazione d'intesa è stata completamente rigettata dalla Corte costituzionale, il che senz'altro diminuisce l'interesse per qualunque ricostruzione alternativa. Tuttavia, ai fini di una migliore comprensione della vicenda e – più ancora – per le prospettive future del diritto dei culti, non sembra ozioso immaginare, appunto in un esercizio di "ucronia"<sup>97</sup>, quale scenario sarebbe scaturito se la Consulta avesse avallato la ricostruzione di Consiglio di Stato e Cassazione.

In primo luogo, l'intesa sarebbe risultata lo «strumento tecnico-giuridico da utilizzare obbligatoriamente per disciplinare la condizione giuridica delle confessioni acattoliche», da considerarsi condizione necessaria per leggi che attuino la riserva (assoluta) prevista dall'art. 8, comma 3 Cost.

Come sottolineava la Cassazione, il punto di vista doveva essere quello delle confessioni, per cui la «caratteristica di legge rinforzata che è propria del procedimento di approvazione legislativa dell'intesa» non sarebbe risultata «indice

<sup>95</sup> Ivi, 173. Cfr. T. MARTINES, *Centralità del Parlamento e regolamenti parlamentari in riferimento alle formazioni sociali e al sistema delle autonomie*, in AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi nella VII legislatura*, Giuffrè, Milano, 1979, 533 ss., che parla della difficoltà (ma sottolineandone l'opportunità) di coinvolgere nel Parlamento, a vario titolo, formazioni sociali e autonomie.

<sup>96</sup> Anche per ulteriori riferimenti, cfr. E. DE MARCO, *La "negoziatura legislativa"*, cit., 199.

<sup>97</sup> Il termine *ucronia*, evidentemente plasmato su quello di *utopia*, designa per il dizionario *Treccani* la «sostituzione di avvenimenti immaginari a quelli reali di un determinato periodo o fatto storico», e si deve al filosofo francese Charles Renouvier che la coniò nel suo romanzo *Uchronie. L'utopie dans l'histoire*, del 1857. L'intento dell'opera è ben spiegato dal sottotitolo, «*esquisse historique apocryphe du développement de la civilisation européenne tel qu'il n'a pas été, tel qu'il aurait pu être*»; in particolare, immaginando che i primi fermenti del Cristianesimo venissero irrimediabilmente repressi dall'Impero romano, e si sviluppassero solo presso popolazioni "barbariche".

di potestà insindacabile»: anzi, «il procedimento di cui all'art. 8<sup>98</sup>» risultava «in funzione [...] della difesa delle confessioni religiose dalla lesione discriminatoria che si potrebbe consumare con una immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali»<sup>99</sup>.

Il Governo sarebbe stato in pratica obbligato ad avviare le trattative per l'intesa allorché si potesse pervenire ad un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa, secondo i criteri delineati dalla Corte costituzionale, in particolare con sentenza 27 aprile 1993, n. 195 (poi richiamata nelle successive sentt. n. 467 del 1992 e n. 346 del 2002): stipulazione di un'intesa, precedenti riconoscimenti pubblici, uno statuto in grado di esprimere i caratteri dell'organizzazione, la comune considerazione, pur con i limiti che essi manifestano<sup>100</sup>.

In tale contesto sarebbe stato in effetti tutt'altro che agevole rinvenire appunto parametri "tecnici" che potessero guidare la discrezionalità governativa, e tuttavia nella prospettiva adottata dalla giurisprudenza qui in commento la fase negoziale sarebbe andata a costituire un "normale" procedimento amministrativo, nel quale sarebbero potuti risultare sindacabili non solo la decisione di aprire le trattative, ma anche eventuali atti – a questo punto – endoprocedimentali e forse perfino, malgrado le cautele della Cassazione, il testo stesso dell'intesa, stante il menzionato accenno del Consiglio di Stato alla potenziale capacità discriminatoria anche dei diversi possibili "contenuti" dell'intesa<sup>101</sup>.

Anche questo depone a favore della tesi volta a configurare le argomentazioni del Consiglio di Stato, più che in ottica "sostanziale", in quella di *procedimentalizzare* la fase che avrebbe portato (*rectius* avrebbe potuto portare) a stipulare l'intesa. Si pensi a quanto scriveva Giannini a proposito del procedimento amministrativo, riferendosi globalmente ai casi in cui vi sia all'inizio un atto di iniziativa avente carattere formale: «[p]iù che un obbligo a provvedere esiste [...] una situazione identica a quella del giudice che sia investito del processo: l'autorità amministrativa ha cioè un *obbligo di procedere*», peraltro aggiungendo «che questo sia un potere-dovere, oppure un dovere che diviene obbligo con la presentazione dell'atto di iniziativa, ovvero un obbligo procedimentale, è questione che va risolta più in teoria generale che in diritto amministrativo»<sup>102</sup>.

La domanda da porsi era quindi: "operativamente", in base a quali criteri avrebbe potuto essere sindacata questa discrezionalità tecnica?

<sup>98</sup> Si noti, alla luce di quanto detto in questa sede, l'utilizzo appunto del termine *procedimento*.

<sup>99</sup> Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 13605/2013, punto 6.2.

<sup>100</sup> Cfr. E. ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee?* cit., 23 ss.

<sup>101</sup> Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 6083/2011, punto 7.

<sup>102</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 838.

Da questo punto di vista, invero, nelle sentenze qui citate il Consiglio di Stato non forniva indicazioni precise, mentre era la Cassazione a porsi il problema, peraltro con soluzione difficilmente contestabile in assoluto ma alquanto fumosa nel caso concreto: «risponde a un'illusione positivistico-legalistica pretendere in ogni caso l'intervento legislativo: vi sono infatti principi fondamentali che sono immanenti nell'ordinamento senza essere stati posti esplicitamente; esistono inoltre – e sono rilevanti in sede giurisdizionale – principi costituzionali che informano le singole discipline e danno sostanza a diritti e interessi»<sup>103</sup>; anche in seguito si specificava la necessità che, in particolare, «il potere di avviare la trattativa [*fosse*] esercitato in conformità alle regole che l'ordinamento impone in materia, che attengono in primo luogo all'uso di canoni obbiettivi e verificabili per la individuazione delle confessioni religiose legittimate»<sup>104</sup>. In base al fraseggio, invero non chiarissimo sul punto, la Cassazione sembrava ammettere – o quantomeno non escludere, dato che esplicitamente non si adottava la tesi contraria – che la sindacabilità potesse estendersi fino alla negazione del consenso alla stipulazione da parte del Governo dopo l'avvio delle trattative<sup>105</sup>, il che, a rigor di logica, avrebbe potuto portare a conseguenze ancor più dirompenti, fino ad una estremamente problematica<sup>106</sup> forma di commissariamento *ad acta* del Governo inadempiente<sup>107</sup>.

Con l'ingresso della discrezionalità tecnica sindacabile si sarebbe andati a porre, fra i due soggetti che contrattano, la figura – per così dire – del “terzo incomodo”: il giudice amministrativo appunto, destinato a diventare vero arbitro della controversia. Si staglia qui, prepotentemente, la macroscopica questione della possibilità per un organo giurisdizionale di essere in grado – o di essere, quantomeno, lo strumento adatto – per compiere valutazioni che, al di

<sup>103</sup> Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 13605/2013, punto 5, *in fine*.

<sup>104</sup> Ivi, punto 7. Tale ultima affermazione, peraltro, pare contrastare con la sostanziale obbligatorietà di avviare la trattativa, della quale – come si è dato conto – si è fatto alfiere il Consiglio di Stato.

<sup>105</sup> Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 13605/2013, punto 8.

<sup>106</sup> Cfr. V. CAPUOZZO, *L' "atto politico" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 17.

<sup>107</sup> Non aiuta, peraltro, la sentenza che avrebbe dovuto fare per prima uso di tale discrezionalità tecnica: il citato TAR Lazio, sent. 3 luglio 2014, n. 7068, dopo aver dedicato ampio spazio agli aspetti procedurali e – appunto – inerenti alla sindacabilità – una volta arrivato a decidere si limita a notare che «la valutazione compiuta dal Governo in ordine al carattere non confessionale dell'Associazione ricorrente [...] non sembra manifestamente inattendibile o implausibile, risultando viceversa coerente con il significato che, nell'accezione comune, ha la religione quale insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore e divino», mentre l'UAAR si qualifica «essa stessa al di fuori dell'ambito delle confessioni religiose» (punto 4.4.).

lità della sindacabilità, appaiono comunque oggetto di valutazioni sociali complesse, nelle quali il contenuto politico è sostanzialmente ineliminabile; ci si limita qui, però, a questo accenno<sup>108</sup>.

Pur senza accedere necessariamente alla tesi dell'intesa come "contratto di diritto pubblico"<sup>109</sup>, la libertà di contrattare delle due parti è connaturata alle discipline pattizie; un organo giurisdizionale – di fatto – arbitrare rispetto alla conduzione dei negoziati interferisce con lo stesso schema di questa peculiare legge negoziata<sup>110</sup>.

Appena un cenno al fatto che, in seguito alla stipulazione dell'intesa, anche nella prospettiva qui ad oggetto il Parlamento sarebbe comunque rimasto del tutto libero sul *se* e *quando* tradurla in legge<sup>111</sup>: da questo punto di vista le sentenze in oggetto non avrebbero spostato alcunché (né del resto, verosimilmente, avrebbero potuto), malgrado anche tali ulteriori passaggi siano tutt'altro che privi di aspetti controversi<sup>112</sup>.

Quello delle trattative per la stipulazione dell'intesa sarebbe stato dunque una sorta di procedimento «di primo grado», disciplinando – per dirla con le parole di Fazzalari – «di primo acchito una certa situazione»<sup>113</sup>; arduo però individuare quello «di secondo grado», che «tende ad un provvedimento che

<sup>108</sup> Rimandando da ultimo, in particolare, a S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018 (già in precedenza ID., *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *Federalismi.it*, n. 11/2013) e G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2018, 59 ss., che definisce appunto la questione «arduo banco di prova per le categorie classiche». Si veda altresì il dibattito su Giudici e legislatori avviato nel n. 2/2016 dalla Rivista *Diritto pubblico*, 483 ss. (con interventi di C. PINELLI, G.U. RESCIGNO, A. TRAVI, M. BOMBARDELLI, V. ANGIOLINI, P. CIARLO, A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. AZZARITI, F. BILANCIA, P. CARNEVALE, D. SORACE) e proseguito, sulla stessa Rivista, con P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana* (n. 3/2016, 811 ss.), G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale* e G. ALPA, *Giudici e legislatore* (n. 1/2017, 21 ss. e 29 ss., cfr. nello stesso numero M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, 41 ss.) e, da ultimo, S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori* (n. 1/2018, 3 ss.). Per alcune riflessioni scaturite dal diritto penale ma ben applicabili anche agli altri rami dell'ordinamento, A. GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.

<sup>109</sup> Cfr. C. CARDIA, *Principi*, cit., 250. Sulla cui difficile compatibilità col modello procedimentale sono ancora attuali le considerazioni di S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., 96 s., nota n. 106. Si tornerà sul punto tra breve.

<sup>110</sup> Espressamente sulle intese si veda E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, ETS, Pisa, 2010, 218 s.

<sup>111</sup> A differenza di quanto avvenga dopo la «ratifica di nuovi patti» secondo lo schema dell'art. 7 Cost., per i quali il recepimento all'interno dell'ordinamento è da considerarsi «un fatto obbligatorio»: così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1990, 152.

<sup>112</sup> Si veda, per un'accurata indagine di quanto avvenuto – in particolare – nella XVI legislatura, F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, 84 ss.

<sup>113</sup> E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 826

incida sul primo (revocandolo, modificandolo, confermandolo)<sup>114</sup>. Infatti, se – eventualmente – l’approvazione con legge potrebbe essere al limite immaginata in tale senso, nella ricostruzione di Consiglio di Stato e Cassazione sarebbe comunque rimasto un momento problematico, quello intermedio della stipulazione dell’*intesa*: un incontro di volontà per sua natura ascrivibile a schemi negoziali anziché provvedimenti<sup>115</sup>.

Sull’inconciliabilità tra lo schema procedimentale ed un atto terminale siffatto ha scritto pagine particolarmente chiare Serio Galeotti: se il procedimento è per sua natura una combinazione successiva di atti *giuridicamente necessitata*, non circa l’esito ma – quantomeno – circa l’*an*<sup>116</sup>, proprio questo aspetto porta a concludere che «i soggetti concorrenti non si presentano più, nel caso ipotizzato, come fruitori della posizione fondamentale dell’autonomia privata, ossia non operano più semplicemente sotto la spinta e per lo svolgimento del proprio interesse»<sup>117</sup>. Qualcosa di simile potrebbe dirsi – pur consapevole delle evidenti differenze – a proposito dell’*intesa*, considerandola dunque inconciliabile con l’idea stessa di procedimento in quanto deve condurre, appunto, ad un atto imputabile tanto allo Stato quanto alla confessione religiosa.

Sempre seguendo Galeotti, con riguardo all’intero “sistema” *ex art. 8*, comprendendovi dunque anche la legge di approvazione dell’*intesa*, si potrebbe semmai ascrivere quest’ultima alle *fattispecie a formazione successiva*; ciò considerando, in particolare, la differenza tra un procedimento – lo si è detto poc’anzi – come successione giuridicamente necessitata e, invece, la formazione successiva di una *fattispecie* sì come «successione di fasi dotate ciascuna

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> Si specifica in proposito *ivi*, 830, che «come corollario della distinzione fra ‘pubblico’ e ‘privato’, e nello specifico ambito delle condotte *lato sensu* negoziali, in base al contenuto si sceverano il negozio privato, o ‘negozio’ *tout-court*, e il ‘provvedimento’. [...] Orbene. Il ‘procedimento’ è struttura elettiva del diritto pubblico, nel senso [...] che il ‘provvedimento’ costituisce l’atto conclusivo di un procedimento. Il che ben si spiega [...] con l’esigenza che tutto l’*iter* di formazione del ‘provvedimento’ sia scandito dalla legge, per essere ostensibile e controllabile».

Per una riflessione ad ampio spettro sullo «scambio di volontà» contrapposto agli atti unilaterali, si veda A. STERPA, *Le intese tra le Regioni*, Giuffrè, Milano, 2011, 2 ss., ove peraltro si nota (23) che la Costituzione del 1948 usa il termine *intesa* solo all’art. 8, mentre la riforma del 2011 ne ha “moltiplicato” l’uso, utilizzandola per diversi casi di raccordo tra ordinamenti giuridici territoriali a fini generali (*ivi*, 31).

<sup>116</sup> S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., 55 ss.

<sup>117</sup> *Ivi*, 94 ss. Cfr. quanto affermava in proposito U. FORTI, ‘Atto’ e ‘procedimento’ amministrativo, cit., 450, ovvero che «le peculiari qualità della persona giuridica, come soggetto di diritto, hanno indotto l’ordinamento giuridico non solo a regolare con precetti formali questo processo di formazione della volontà ma anche di conseguenza in molti casi ad attribuirne i vari momenti a persone fisiche diverse, per modo che al procedimento interno della psicologia individuale-privatistica sia sostituito in maggiore o minor misura un procedimento esteriore regolato e controllabile, in cui i singoli momenti possono essere colpiti, individuati e regolati appunto come manifestazioni esteriori».

di propri effetti che si caratterizzano specificamente nella preparazione dell'effetto finale della fattispecie unitaria», ma con esclusivo riferimento ad «atti e fatti [...] che il diritto prevede come meramente *eventuali*, senza intervenire con i suoi mezzi sulla volontà degli agenti per assicurare il succedersi di una attività all'altra, e di questa alla successiva sino al completarsi della fattispecie»<sup>118</sup>.

Un'altra prospettiva “ucronica”, suggestiva ma per la quale ci si limita qui davvero ad un minimo cenno, è che in qualche modo il ruolo del Governo fosse spinto verso quello – per così dire – di “autorità indipendente”, quale ente in grado d'implementare la *regulation* del sistema della libertà religiosa con, a quel punto, le garanzie procedurali tipiche delle stesse, presidiate appunto dalla giustizia amministrativa<sup>119</sup>. Del resto, il concetto di *regulation* è così problematico e potenzialmente ampio<sup>120</sup> da poter travalicare la sua stessa, consueta, accezione legata a doppio filo agli aspetti squisitamente economici<sup>121</sup>, fino a giungere a coprire «la funzione più tradizionale delle pubbliche amministrazioni, quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri»<sup>122</sup>. Sarebbe possibile annoverare, almeno in teoria, fra tali libertà anche quella religiosa? Come si è premesso, non è questa la sede per approfondire; piuttosto, sembra opportuno approfittare per alcune considerazioni sulle prospettive di superamento dell'attuale quadro normativo.

<sup>118</sup> Ivi, 45 s. È appena il caso di precisare che, come ricordava G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 291 a proposito del procedimento, a maggior ragione nei casi di maggiore complessità «bisogna [...] ritenere che i singoli atti, i quali così come i vertici di una catena montagnosa, puntualizzano la serie nella sua continuità, siano essi stessi estranei al moto sottostante o comunque non siano essi a determinarlo, ma ne siano invece determinati. Ciò è tanto vero che la distribuzione del procedimento tra gli atti tipizzati non combacia sempre con la distribuzione sostanziale dei momenti determinanti della serie», facendo l'esempio dei piani regolatori generali della legge urbanistica del '42 nei quali il momento «sostanziale deliberante» appariva da ravvisare più nelle operazioni di studio e di deliberazione a livello comunale che negli atti di competenza ministeriale o del Capo dello Stato.

<sup>119</sup> Si rimanda, con riferimento alle autorità indipendenti, ai riferimenti fatti *supra*, nel par. 2.

<sup>120</sup> Per una panoramica ad ampio spettro sugli aspetti definitori si rimanda a L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002, in part. 19 ss.; cfr. E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, cit., 221. In prospettiva storica sulla regolazione amministrativa in Italia, G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Cedam, Padova, 1993, 1 ss.

<sup>121</sup> Sui quali cfr. ad es. M. D'ALBERTI, *Administrative Law and the public regulation of markets in a global age*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (a cura di) *Comparative Administrative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 63 ss.; criticamente N. FERGUSON, *The Great Degeneration*, Penguin, Londra, 2012, 78 ss.

<sup>122</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, VII ed., il Mulino, Bologna, 2014, 97.

### **6. Nuovi stimoli per una via d'uscita *de iure condendo***

Preme sottolineare come la vicenda UAAR abbia dato un'ulteriore prova della necessità di una nuova disciplina, in discontinuità con quanto accaduto finora<sup>123</sup>, del rapporto tra lo Stato e gli enti espressione di confessioni religiose o di organizzazioni filosofiche.

Preliminarmente rispetto all'avvio delle trattative dell'intesa, a tutte le confessioni che lo richiedevano è stata posta la condizione dell'avvenuto ricono-

<sup>123</sup> Per tutti, P. CONSORTI, 1984-2014, cit., 109 ss.

scimento, ai sensi della legge 24 giugno 1929, n. 1159, della personalità giuridica di un loro ente esponenziale<sup>124</sup>. Si è formata cioè una prassi ormai consolidata<sup>125</sup> che di fatto comporta, come necessario adempimento preliminare, la

<sup>124</sup> Cfr. *ivi*, 114. Malgrado l'apertura da parte del dettato costituzionale, che segna una profonda frattura rispetto alla diffidenza con la quale – ai sensi dell'art. 1 dello Statuto Albertino – venivano meramente «tollerati conformemente alle leggi» gli «altri culti» rispetto al Cattolicesimo, formalmente religione di Stato (anche se, com'è noto, nella secolare vigenza statutaria si sono avute esperienze le più diverse: per tutti, si rimanda a F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 40), rimane ad oggi in vigore la disciplina di cui all'art. 2 della l. 24 giugno 1929, n. 1159 (Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi) e agli artt. 10 e successivi del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289 (Norme per l'attuazione della L. 24 giugno 1929, n. 1159, sui culti ammessi nello Stato e per coordinamento di essa con le altre leggi dello Stato). Su tale persistenza cfr. S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nell'ordinamento ecclesiastico*, Giuffrè. Milano, 1974, 22 s., ove si specifica – condivisibilmente – come il metro di valutazione circa la sua (in)ammissibilità nell'ordinamento costituzionale non debba essere quello del mero *precedere* la Costituzione stessa, quanto piuttosto la sua idoneità (o meno) ad inserirsi nel quadro di valori da essa sanciti.

In particolare, l'appena menzionato art. 2 della l.n. 1159/1929 prevede che «gli istituti di culti diversi dalla religione dello Stato poss[a]no essere eretti in ente morale» (comma 1), specificando al comma 3 che «norme speciali per l'esercizio della vigilanza e del controllo da parte dello Stato possono inoltre essere stabilite nel decreto di erezione in ente morale». Occorre quindi, preliminarmente, definire il concetto di «istituto» ai sensi dell'art. 2 della l.n. 1159/1929: parrebbe trattarsi sia della complessiva struttura di una determinata confessione che di una sua articolazione (anche a base territoriale), purché anch'essa abbia fini di culto e non sia, ad esempio, un ente benefico slegato dalle finalità culturali. Del resto, la stessa Chiesa cattolica non ha – complessivamente considerata – personalità giuridica di diritto privato nel nostro ordinamento: questo anche in virtù del retaggio della tradizione giuridica piemontese preunitaria, che individuava come soggetti titolari dei beni ecclesiastici i singoli enti della Chiesa e non la Chiesa stessa (*ivi*, 84; cfr., nello stesso senso, C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Torino, 2010, 259). Oltre al fatto, giova ricordarlo, che l'art. 7 pone l'ordinamento della Chiesa cattolica in una posizione di ben maggiore rilievo, portandola – almeno sotto il versante pattizio – «al di fuori» e «alla pari» di quello statale.

Quanto al riconoscimento della personalità giuridica, l'art. 8, comma 2, della Costituzione ha, con chiarezza, attribuito ai gruppi sociali professanti religioni diverse da quella cattolica l'idoneità a darsi propri statuti, una libertà rafforzata anche nella sostanza dal successivo art. 20. Tuttavia, ciò non può implicare che la Costituzione abbia conferito *ope legis* la personalità giuridica ad ogni soggetto che si autoqualifichi come ente di culto, essendo cosa affatto diversa l'apertura dello Stato al riconoscimento di formazioni originarie a carattere religioso (consentendo quindi l'intesa) rispetto al riconoscimento della personalità giuridica dei singoli enti. Tale riconoscimento deve quindi essere concesso caso per caso.

Tutto ciò posto, è comunque il caso di puntualizzare come, nel novero delle formazioni sociali gli enti di carattere religioso ben possano evitare di darsi strutture di sorta o comunque rimanere allo stato di associazioni non riconosciute o comitati, secondo il regime del diritto comune. Una simile attività risulta «coperta» dal primo comma dell'art. 8 Cost. e, in senso ancor più ampio, dall'art. 19 Cost., sottratta quindi a qualsivoglia regime autorizzatorio; senza naturalmente trascurare la generale (ma non per questo meno significativa) tutela fornita dall'art. 2. Del resto, come specifica E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 188 s., «se è innegabile, da un lato, la presenza in Costituzione di disposizioni particolari adottate per disciplinare fattispecie determinate, è anche vero peraltro che l'efficacia dei principi generali in essa contenuti è tale allorché essi si impongono pervasivamente in tutti i settori dell'ordinamento, se non nel senso di un'applicazione diretta e immediata [...], quanto almeno in forza di una interpretazione adeguatrice capace di condizionare la

verifica della compatibilità dello statuto dell'ente rappresentativo della confessione con l'ordinamento giuridico italiano<sup>126</sup>. In pratica, attraverso il riconoscimento della personalità giuridica si ottiene – oltre agli aspetti civilistici ed all'anzidetta verifica statutaria – anche l'individuazione precisa ed incontrovertibile del soggetto che, attraverso l'intesa, risulterà titolare di diritti ed obblighi nei confronti dello Stato. In virtù di tale prassi, quindi, solo dopo aver ottenuto tale riconoscimento l'ente rappresentativo della confessione può rivolgere al Presidente del Consiglio l'istanza di avvio delle trattative in vista della conclusione di un'intesa<sup>127</sup>.

Si tratta, con tutta evidenza, di una “consacrazione” della legge sui culti ammessi, evidentemente suscettibile di ledere le garanzie degli art. 19 e (più ancora) 20 Cost. mediante *limiti organizzativi* in funzione dell'ordine pubblico, volutamente non contemplati nel testo costituzionale<sup>128</sup>, di fatto recuperando l'idea di controllo preventivo immanente alla legge del '29<sup>129</sup>.

*disciplina dettata da disposizioni particolari relative ad ambiti delimitati»* (corsivo aggiunto). È comunque ben possibile che l'ente in questione, intendendo concentrarsi su fini “materiali” anziché di culto, preferisca risultare quale ente di altra natura, ad esempio del Terzo settore.

<sup>125</sup> Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, UFFICIO DEL SEGRETARIO GENERALE, *L'esercizio della libertà religiosa in Italia*, Roma, 2013, 18.

<sup>126</sup> Per una (difficile) lettura costituzionalmente orientata di tale verifica, si veda Cons. di Stato, Sez. I, parere n. 1390 del 30 luglio 1986. Cfr. invece, più di recente, Cons. di Stato, Sez. I, par. n. 3621 dell'8 novembre 2006, che sottolinea l'importanza della procedura aggravata per gli enti confessionali rispetto al regime (ormai) semplificato per il riconoscimento della personalità giuridica.

<sup>127</sup> A sua volta, il Presidente affida l'incarico di condurre le trattative con le rappresentanze della confessione al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che si avvale dell'apposita Commissione interministeriale per le intese con le confessioni religiose, istituita presso la stessa Presidenza del Consiglio. Le bozze d'intesa sono predisposte dalla Commissione, assieme alle delegazioni della confessione religiosa; su tali bozze si esprime – con parere consultivo – un'altra commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio, la Commissione consultiva per la libertà religiosa. Una volta concluse le trattative, le intese sono sottoposte all'esame da parte del Consiglio dei Ministri, che autorizza o meno il Presidente del Consiglio alla firma. A seguito della firma, le intese vengono trasmesse al Parlamento per l'approvazione con legge. Si veda in proposito il sito *presidenza.governo.it*, sezione dedicata al *Servizio per i rapporti con le confessioni religiose e per le relazioni istituzionali*.

<sup>128</sup> Come risulta dall'efficacissima ricostruzione di P. FLORIS, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992, 56 ss., a lungo dottrina e giurisprudenza sono apparse inclini ad avallare la prassi di considerare la tutela e le garanzie *ex art. 8* qualcosa di comunque “deteriore” rispetto al riconoscimento del carattere di *originarietà* previsto dall'art. 7 per la Chiesa cattolica (si vedano anche i riferimenti in S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nell'ordinamento ecclesiastico*, cit., 18 s.). Cfr. invece, per l'orientamento successivo, il limpido Cons. di Stato, Sez. I, parere n. 1390 del 30 luglio 1986, per il quale «al fine del riconoscimento della personalità giuridica di un'associazione religiosa, non può considerarsi necessario il sindacato volto ad accertare la compatibilità con l'ordinamento statale dell'ideologia religiosa professata»; questo, «dal momento che manca nella Costituzione ogni riferimento al riscontro di compatibilità dell'ideologia religiosa con i principi generali dell'ordinamento o, più specificamente, con l'ordine pubblico» (corsivo aggiunto).

<sup>129</sup> Cfr. *ivi*, 170 ss.

Del resto, con particolare intensità a partire dalla “stagione delle intese” degli anni Ottanta è apparso chiaro il nesso inscindibile tra una nuova disciplina generale dei rapporti fra Stato e confessioni religiose e l’abrogazione della “irredimibile” legge sui culti ammessi e del relativo regolamento<sup>130</sup>.

Si ribadisce, dunque, come vi fossero tutte le premesse per un monito della Corte costituzionale<sup>131</sup>: le pressioni alle quali il sistema viene sottoposto in virtù dell’evolversi del fenomeno religioso (o non-religioso, o perfino anti-religioso) rendono ancora più urgente l’esigenza di approvare una legge che sia in grado di fornire una disciplina dei rapporti fra lo Stato e, appunto, le manifestazioni organizzate di tale fenomeno. Una disciplina, quindi (quantomeno procedurale) in grado di guidare la discrezionalità del Governo in una qualificazione sempre più problematica.

Al di là delle questioni di più ampia portata sollevate appunto dalla prospettiva di una legge generale sulla libertà religiosa, si approfitta di questa sede per interrogarsi brevemente su quali contenuti potrebbe avere una “legge generale” che (almeno) sia in grado di contenere il *quantum* di fissità, di «fotocopia»<sup>132</sup> contenuto in ciascuna intesa e la procedura per aderire a tale “pacchetto” di vantaggi<sup>133</sup>.

Certamente gli aspetti economici, del resto preminenti all’interno delle intese finora approvate: in primo luogo, com’è noto, la possibilità di partecipare alla ripartizione dell’otto per mille del gettito IRPEF annuale. Sono le singole intese a sceglierla (stabilendo di concorrere alla ripartizione della quota di gettito) e, nel caso, disciplinarla; in particolare, ciascuna intesa modula diversamente le finalità alle quali destinare le somme ottenute, ad esempio includendo o escludendo le attività di culto. Stante il meccanismo di ripartizione in due fasi, è altresì possibile che una confessione scelga di partecipare alla ripartizione della sola quota delle scelte espresse, e non anche alla ripartizione proporzionale della quota delle scelte non espresse<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Anche per i necessari riferimenti bibliografici, si rimanda a L. DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Libellula, Tricase, 2012, 14.

<sup>131</sup> Come si sottolinea in E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 140, anche nel caso di una decisione d’infondatezza o – perfino – inammissibilità, la Corte ben può «riconosce[re] esplicitamente ed afferma[re] con estrema chiarezza che la normativa impugnata si pone in contrasto con i principi costituzionali. In tali casi essa infatti ha parlato espressamente di una situazione di incompatibilità tra le disposizioni impuginate ed i principi costituzionali, esprimendosi nel senso di “accertata incostituzionalità”, “non conformità ai principi costituzionali”, “situazione non in sintonia con la Costituzione”, “chiare sperequazioni”, “evidenti disarmonie”, “incongruenze e lacune difficilmente giustificabili”».

<sup>132</sup> Espressione usata, ad esempio, in F. MARGIOTTA BROGLIO, *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent’anni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1 del 2004, 7 s.

<sup>133</sup> Cfr. le considerazioni, in tal senso, di P. CARETTI, *Art. 8*, cit., 75 ss.

<sup>134</sup> Ad oggi (con riguardo anche a quanto avvenuto in passato, cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., 172) partecipano alla ripartizione della quota dell’otto per mille le seguenti confessioni religiose:

In tutte le intese finora approvate con legge, ivi comprese le più recenti, è poi dato trovare la deducibilità dall'imponibile IRPEF delle erogazioni liberali in denaro a favore degli enti della confessione che ha stipulato l'intesa, fino ad un massimo di 1.032,91 Euro; si tratta, peraltro, di un meccanismo assai poco sfruttato in Italia<sup>135</sup>.

Essendo, appunto, tali contenuti riportati d'intesa in intesa, essi ben si presterebbero ad una loro disciplina unitaria, alla quale aderire, ad esempio attraverso l'iscrizione ad un apposito registro<sup>136</sup>; tuttavia, una disciplina siffatta potrebbe essere anche l'occasione per un'operazione di riordino di tutto il sistema di finanziamento pubblico a favore delle esigenze religiose, oggi oggetto di una legislazione «frastagliata» e dispersa in «mille rivoli»<sup>137</sup>; almeno – si dà atto del rischio di una discriminazione, ma anche delle maggiori possibilità di successo – per quanto concerne le confessioni diverse dalla cattolica.

Un beneficio fiscale di rilievo è dato semmai dall'esclusione dalle attività commerciali ai fini della determinazione dell'imponibile IVA e delle imposte sui redditi di quelle attività «effettuate in conformità alle finalità istituzionali da associazioni [...] religiose» (art. 4, comma 4, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 per l'IVA, art. 148, comma 3, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 per le imposte sui redditi). Il beneficio fiscale non è basato, in questi due casi, sull'intesa,

Chiesa Cattolica, Tavola Valdese, Unione Italiana delle Chiese Avventiste del 7° giorno, Assemblee di Dio in Italia, Unione delle Comunità Ebraiche Italiane e Chiesa Evangelica Luterana in Italia. Tra queste, le Assemblee di Dio in Italia partecipano alla sola ripartizione della quota delle scelte espresse; la Tavola Valdese, che inizialmente aveva seguito la stessa linea, partecipa oggi anche alla ripartizione delle scelte inesprese in virtù della modifica all'intesa operata dalla l. 8 giugno 2009, n. 68 (art. 2). Per quanto concerne invece le tre intese approvate con legge nel luglio 2012, la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale partecipano sia alla ripartizione della quota di scelte espresse che della quota restante, la Chiesa Apostolica in Italia solo alla quota delle scelte espresse mentre la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni dichiara esplicitamente di non voler partecipare ad alcuna ripartizione del fondo. L'Unione Buddhista Italiana e l'Unione Induista Italiana, le cui intese sono state approvate con legge nel dicembre del 2012, partecipano sia alla ripartizione delle scelte espresse che della quota inespressa, così come l'Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai (intesa approvata con l. 28 giugno 2016, n. 130).

Per una ricognizione in punto di fonti del diritto del meccanismo si veda – al di là delle contingenze dalle quali trae spunto il contributo – F. ALICINO, *Un referendum sull'otto per mille? Riflessioni sulle fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2013.

<sup>135</sup> P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., 173; cfr. G. TREMONTI, *L'otto per mille trent'anni dopo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2 del 2015, 231 ss.

<sup>136</sup> Qualcosa che potrebbe ispirarsi, pur in un contesto ovviamente assai diverso, a quanto previsto oggi per gli enti del c.d. Terzo settore: per tutti, P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2018, 89 ss.; in precedenza cfr. L. GORI, E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, 8 s. e, prima della riforma, le considerazioni di E. VIVALDI, *Il Registro nazionale del Terzo settore*, in *Non Profit*, n. 3/2014, 171 ss.

<sup>137</sup> P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., 163 e 169.

estendendosi piuttosto – ai sensi delle disposizioni citate – a tutti gli enti associativi aventi determinate finalità (religiose, ma anche politiche, sindacali etc.). La differenza è che le stesse disposizioni prevedono, per la concessione del beneficio, una serie di clausole che debbono essere inserite negli statuti degli enti associativi. Invece, con disposizioni d'identica formulazione, sia l'art. 4, comma 8 del d.P.R. n. 633/1972 che l'art. 148, comma 9 del TUIR escludono, per «le associazioni religiose riconosciute dalle confessioni con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese» (oltreché per le «associazioni politiche, sindacali e di categoria») l'obbligatorio inserimento negli statuti delle clausole volte a garanzia della democrazia interna agli enti associativi.

Nell'ottica qui adottata, dunque, tale intreccio tra disposizioni “dentro” e “fuori” le intese potrebbe essere sciolto da una normativa unitaria, appunto secondo il modello dello schema fisso al quale aderire. Con apparente paradosso infatti, anche alla luce degli interventi giurisprudenziali qui ripercorsi, potrebbe risultare più garantista – rispetto all'attuale sistema che di fatto demanda tutto alle intese – una fissazione statale per legge ordinaria, dunque unilaterale, della cornice, completata dall'istituzione, ad esempio, di un registro e del procedimento amministrativo (naturalmente, quindi, sindacabile dal giudice competente) per l'iscrizione ad esso.

Tale unilateralità, del resto, non sarebbe necessariamente sinonimo di arbitrio, essendo possibile riprendere ciò che è già stato concertato appunto in sede d'intesa, ormai più volte nell'arco di molti anni, e sempre negli stessi termini<sup>138</sup>. La gran parte dei progetti per una legge generale sulla libertà religiosa discussi nel recente passato, del resto, prevedeva appunto un assetto siffatto<sup>139</sup>: da ultimo si veda l'ampia proposta elaborata dal gruppo di lavoro promosso dalla Fondazione ASTRID nel 2017<sup>140</sup>, poi tradottasi nel d.d.l. A.C.-XVII leg. n. 4650 (primo firmatario on. Lacquaniti), invero assai meno ambizioso rispetto alla bozza di articolato del gruppo di lavoro<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Si veda però il caveat di P. CONSORTI, *Garanzie per i soggetti collettivi: le organizzazioni a carattere religioso e il loro riconoscimento*, in *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di V. Tozzi, G. Macrì e M. Parisi, Giappichelli, Torino, 2010, 169.

<sup>139</sup> Cfr. ad es. il ddl. n. 448 - XVI leg. a firma dell'On. Zaccaria ed altri, che prevedeva (art. 17 ss.) appunto l'istituzione di un “registro delle confessioni religiose”. Per un quadro sinottico tra le diverse proposte della XVI legislatura, si veda L. DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa*, cit., 57 ss.

Il sistema del registro è adottato in Spagna (sulla quale, diffusamente, M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Il principio di laicità in Spagna, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), gennaio 2011, in part. 17 ss.).

<sup>140</sup> Reperibile, assieme ad alcuni articoli a commento in *Astrid Rassegna*, n. 7/2017 (in part., per quanto qui rileva, si veda ivi P. FLORIS, *Libertà religiosa: proposte in tema di libertà religiosa collettiva*, 6 ss.).

<sup>141</sup> Non comprendendo, ad esempio e a differenza della bozza del gruppo di lavoro, le organizzazioni filosofiche e non confessionali.

Tale schema appare non solo compatibile, ma addirittura doveroso interpretando *a contrario* quanto affermato dalla Corte costituzionale in proposito: le intese «non sono e non possono essere [...] una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal primo e dal secondo comma dello stesso art. 8, né per usufruire di norme di favore riguardanti le confessioni religiose», proprio – il che rileva in particolare ai fini del presente scritto – «in una situazione normativa in cui la stipulazione delle intese è rimessa non solo alla iniziativa delle confessioni interessate [...] ma anche, per altro verso, al consenso prima del Governo – che non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa – e poi del Parlamento, cui spetta deliberare le leggi che, sulla base delle intese, regolano i rapporti delle confessioni religiose con lo Stato»<sup>142</sup>.

Dovrebbe quindi rimanere allo strumento delle intese solo l'eventuale componente differenziale propria di una confessione su aspetti specifici<sup>143</sup>, ad esempio per quanto concerne lo *status* dei ministri di culto la cui natura è soggetta a notevoli variazioni tra una confessione e l'altra<sup>144</sup>. Invero, lo stesso procedimento per la stipulazione di un'intesa è stato oggetto dei principali disegni di legge per la libertà religiosa che si sono susseguiti negli anni, mirando però, più che all'innovazione, alla “legificazione” di quanto contenuto in d.P.C.M. o nella prassi<sup>145</sup>.

Anche nel sistema spagnolo non è data per esse la possibilità di iscrizione nel *Registro de Entidades Religiosas* (cfr. I. ALDANONDO, *Nuevos movimientos religiosos y registro de entidades religiosas*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17/2013, 355 ss.), malgrado la revisione, in tempi non remoti, della sua disciplina (Real Decreto del 3 luglio 2015, n. 594, «por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas»).

<sup>142</sup> Corte cost., sent. 16 luglio 2002, n. 346, corsivo naturalmente aggiunto.

<sup>143</sup> P. CARETTI, *Art. 8*, cit., 76.

<sup>144</sup> Si veda sul punto, per un'ampia analisi, D. BILOTTI, *I ministri dei culti acattolici: incompiutezze definitorie e inderogabilità funzionali*, Giuffrè, Milano, 2013.

<sup>145</sup> L. DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa*, cit., 150 ss. Da notare peraltro, in tal sede, la persistenza nei disegni di legge esaminati del coinvolgimento del Ministero dell'interno, discutibile retaggio della legge sui culti ammessi: cfr. P. CONSORTI, *Garanzie per i soggetti collettivi*, cit., 173. A proposito della prassi, si segnala come già ad oggi il riconoscimento giuridico ex art. 2 della l.n. 1159/1929 possa essere concesso, per costante giurisprudenza amministrativa, non soltanto alle confessioni religiose come tali, ma anche «ad enti ed istituti che di quelle sono emanazione, caratterizzati da fini di culto ma non necessariamente, come invece le confessioni religiose, comunità di fedeli con riti e pratiche culturali» (Cons. di Stato, Sez. I, parere n. 457 del 16 marzo 1984), ben potendo esservi ricomprese anche associazioni laicali – sul modello delle confraternite – espressione delle confessioni diverse da quella cattolica (Cons. di Stato, Sez. IV, sent. 25 maggio 1979, n. 396). Più in generale, del resto, la circostanza che un'istituzione non svolga riti o li svolga in minima parte non vale a restringere il campo di applicabilità dell'art. 2 della l.n. 1159 (Cons. di Stato, parere n. 2158 del 29 novembre 1989). Del resto, le norme di cui alla l.n. 1159/1929 vanno applicate ogni volta che si verifichi, nell'or-

In conclusione, data la controversia dalla quale si è partiti e non essendo questo il *focus* del contributo, ci si limita ad accennare a come un'attenzione legislativa complessiva al fenomeno religioso, anche limitata agli aspetti economici per superare resistenze motivate, ad esempio, dagli aspetti penalistici, risulterebbe utile anche per le organizzazioni filosofiche non confessionali: pur se venisse confermata la loro esclusione dal sistema delle intese data la non

ganizzazione della associazione richiedente, la presenza anche di una finalità religiosa e/o di manifestazioni culturali, indipendentemente dal rilievo complessivo che queste possano assumere nel complesso dell'attività svolta dall'ente (Cons. Stato Sez. VI, sent. 17 aprile 2009, n. 2331).

menzione nell'art. 8 Cost.<sup>146</sup>, potrebbero comunque accedere a buona parte delle agevolazioni economiche previste per le confessioni religiose<sup>147</sup>.

Rendere quindi, in un contesto unico, le intese uno strumento non di “maggior” tutela ma semplicemente volto a regolare aspetti che – magari – non sono

<sup>146</sup> Il fenomeno della “non-religione”, o quantomeno della propaganda organizzata di quel che veniva chiamato “pensiero libero”, non fu – invero – del tutto assente dal dibattito in Assemblea Costituente: è tutt'ora interessante il breve dibattito suscitato da un emendamento proposto da Arturo Labriola all'art. 16 del progetto, il futuro art. 19. Infatti, l'esponente (già) socialista ma ormai indipendente (essendo stato eletto nelle liste dell'Unione Democratica Nazionale, eterogeneo raggruppamento di laici) propose di aggiungere un comma di questo tenore: «Sono pienamente libere le opinioni e le organizzazioni dirette a dichiarare il pensiero laico od estranee a credenze religiose» (seduta del 12 aprile 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, 2786). Nel motivare questa sua proposta, Labriola riconosceva che una simile tutela fosse, probabilmente, già ravvisabile nella tutela della libertà di pensiero; «tuttavia» – aggiungeva – «poiché così a lungo si è discusso intorno alle singole confessioni e si è parlato delle varie Chiese cristiane, io trovo naturale e giusto che proprio in questa sede di discussione il discorso cada su quelle organizzazioni le quali non possono considerarsi come professanti opinioni mistiche o trascendenti». E aggiungeva, preoccupandosi della possibilità «che domani un Governo, quale esso sia, possa interdire il diffondersi di un'opinione non confessionale», che «vi sono uomini, vi sono nuclei, vi sono organizzazioni, che non sanno collocarsi in una dottrina religiosa determinata, e io chiedo per essi il diritto di organizzarsi e far propaganda»; organizzazioni, quindi, che «si propongono una critica del pensiero religioso in quanto sia concretato nelle forme di una fede, di un catechismo, di una dottrina». La proposta fu poi respinta (ivi, 2799), data l'opposizione sia del gruppo democristiano che quella del gruppo comunista, dichiarata da Renzo Laconi non tanto nel merito quanto in base a questioni di metodo, o meglio di “topografia” costituzionale (ivi, 2797); essa non fu, comunque, più ripresa.

Oggi, alla luce dell'evoluzione del dibattito sui diritti e le libertà, oltreché degli apporti sovranazionali (sui quali in part. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001; B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008; D. BILOTTI, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2011), la libertà religiosa appare in certi casi «più opportunamente definibile come “libertà religiosa e di coscienza”», derivante «dalla lunga traiettoria che partendo dalle rivendicazioni delle confessioni religiose è andata verso la sempre più marcata finalizzazione alla dignità del singolo uomo e all'uguaglianza tra gli stessi» (S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, il Mulino, Bologna, 2001, 11; cfr. S. TROILO, *Le nuove frontiere della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale*, Aracne, Roma, 2013, 91 ss.). È pur vero tuttavia che dallo stesso disegno costituzionale emergono dei limiti alla «dissoluzione del concetto di libertà religiosa» (per usare l'espressione di M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa University press, Pisa, 2012, 106) negli altri ambiti dallo stesso tutelati: infatti, come è stato ricordato di recente, «se il costituente ha riconosciuto, con dovizia di previsioni, la dimensione religiosa come parte non secondaria dei diritti della persona, distinguendola dalla libertà di pensiero, di manifestazione del pensiero, di coscienza ed altro ancora, ciò significa – deve significare – che la “religione” ha un proprio ambito specifico, non assimilabile ad un generico sistema di pensiero» (E. ROSSI, *Le “confessioni religiose” possono essere atee?* cit., 9).

<sup>147</sup> Un'altra possibile via per ovviare a diversi dei problemi prospettati potrebbe essere, invece, quella di prevedere accordi con associazioni quale l'UAAR che prescindano dallo schema dell'intesa; per così dire, malgrado gli artt. 19 e 20 “coprano” anche la libertà di non credere fino alla tutela delle associazioni di propaganda atea (o agnostica, o quant'altro) non “trascineranno” anche l'art 8, che potrebbe essere legittimamente limitato alle sole confessioni religiose propriamente dette (cfr. N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., 112 s.).

neppure d'interesse per organizzazioni filosofiche non confessionali (si pensi di nuovo alla presenza, e quindi allo *status*, dei ministri di culto) potrebbe risultare una via di attuazione della Costituzione anche alla luce dell'apporto sovranazionale, con particolare riguardo all'art. 17 TFUE interpretandolo però – appunto – sulla base della distinzione che l'art. 8 Cost. svolge per le “confessioni religiose”.

Un'inclusione quindi pluralista ma non lasciata a sé stessa, secondo quella che è stata felicemente definita «la logica dell'*et...et*, piuttosto che dell'*aut...aut*», in grado di «favori[re] l'aspirazione alla necessaria convivenza dei principi, che nella loro apparente inconciliabilità sono positivizzati nelle stesse Costituzioni, superando la concezione arcaica ed autoritaria della sovranità che legittima la prevalenza di uno ad esclusione degli altri»<sup>148</sup>.

### 7. Un processo d'intesa?

Nell'avviarsi a qualche considerazione conclusiva, vale la pena di riprendere quanto detto inizialmente a proposito della scansione procedimentale *in sé*, con particolare riguardo ad un aspetto: il rapporto fra (almeno, il termine) *procedimento* e (almeno, il termine) *processo*. Un tema affrontato da diversi Autori con approcci assai diversi tra loro ma, ai fini che qui rilevano, secondo due direttrici predominanti, entrambe interessanti per le riflessioni qui svolte: l'una volta a sottolineare somiglianze ed influenze tra i due “poli” concettuali e l'altra volta ad ampliare il concetto di *procedimento* in relazione alla molteplicità degli apporti ad esso, anche attingendo alle altre scienze sociali.

Quanto alla prima di tali direttrici, su diversi aspetti delle analogie tra processo e razionalizzazione del potere s'intrattiene in particolare Piero Calamandrei all'inizio degli anni Cinquanta, con argomentazioni sintetiche quanto stringenti (oltre che dichiaratamente debitorie del suo peculiare percorso umano e intellettuale), considerando come – all'epoca – solo di recente i costituzionalisti l'avessero potuto osservare nel proprio campo ma che è in realtà «fenomeno antico nel campo del potere giurisdizionale»<sup>149</sup>, potendosi ritrovare quella «pressione della realtà sociale che si avverte ad ogni passo sotto le forme della procedura giudiziaria [...] in forme simili in qualsiasi 'procedimento' preordinato all'esercizio di una qualunque delle funzioni dello Stato», in primo

<sup>148</sup> N. COLAIANNI, *Religioni e ateismi: una complexio oppositorum alla base del neo-separatismo europeo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18/2011, 12.

<sup>149</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 25 ss.

luogo quella legislativa<sup>150</sup>. Tant'è che le degenerazioni “procedimentali” somigliano a quelle “processuali”<sup>151</sup>, e risulta perfino «agevole cogliere un certo parallelismo tra la disciplina del processo e il regime costituzionale in cui il processo si svolge»<sup>152</sup>.

Nello stesso torno di tempo, *procedimento* e *processo* sono giudicati da altri quali tipi di “procedimento in senso ampio”, come forma di estrinsecazione della funzione<sup>153</sup>; nel primo però – procedimento “in senso stretto” – cooperano atti «per direzione omogenei»<sup>154</sup>, mentre nel secondo «non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari»<sup>155</sup>, cosicché «gli stessi destinatari dell'atto hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica»<sup>156</sup>: ebbene, pur essendo l'uno tipica espressione della funzione amministrativa e il secondo di quella giurisdizionale, per l'Autore qui citato ben potrebbero questi termini scambiarsi e, mentre nel caso di una funzione giurisdizionale “procedimentale” sarebbe lecito dubitare della conformità democratica, l'utilizzo di forme *processuali* per la funzione amministrativa ben può portare ad un incremento della tutela stessa del cittadino<sup>157</sup>. In termini simili sull'avvicinamento tra procedimento e processo si era espresso in precedenza lo stesso Sandulli<sup>158</sup>,

<sup>150</sup> Ivi, 36.

<sup>151</sup> *Ibidem* notando che negli «interstizi delle giunture» procedimentali profitta infatti «il costume per insinuarsi nello schema giuridico del procedimento, ad accelerarne o a ritardarne il ritmo: attraverso queste scelte la pratica riesce a trasformarne o a deformarne la figura, fino a ridurla del tutto diversa da quella che la legge aveva previsto. *Queste sono le finestre aperte nel Palazzo della Ragione, attraverso le quali penetra, a sconvolgere tutte le previsioni, il vento dell'irrazionale*». Similmente, le «regole della correttezza parlamentare elaborate dalla prassi inglese, sono state ricopiate e messe a pulito nelle più recenti costituzioni europee: eppure se si considera il modo con cui le sedute si svolgono alla Camera dei Comuni e si confronta con quello che avviene nell'aula della Camera francese o di quella italiana, non si può non accorgersi di una profonda diversità di stile, derivante non tanto da diversità di leggi, quanto da diversità di costume e di educazione politica. Lo stesso confronto si può fare per il processo».

<sup>152</sup> P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 126 ss. Cfr. il contributo, di poco posteriore, di T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 844 ss.

<sup>153</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 130 s.

<sup>154</sup> Ivi, 133.

<sup>155</sup> Ivi, 135.

<sup>156</sup> Ivi, 136.

<sup>157</sup> Ivi, 137 ss.

<sup>158</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 15 s. Cfr. S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., 86 s. che riconnette la «spinta dei principî democratici» all'avvicinamento tra procedimento e processo.

anche ripercorrendo le vicende per le quali, particolarmente in Austria, si era tentato fra le due guerre di avvicinare i due istituti<sup>159</sup>

Riprendendo però, in particolare, il contributo di Carlo Lavagna citato *supra*, è interessante rileggere quanto detto proprio alla luce delle «suggestive analogie tra procedure democratiche ed attività processuali in genere» ivi considerate<sup>160</sup>. In primo luogo, la *strumentalità*, ovvero la «precisa finalità» dell'«adeguamento delle attività supreme alle molteplici e spesso contrastanti esigenze sostanziali», laddove però le attività processuali si rivolgono all'attuazione del diritto, mentre quelle «democratiche» alla sua formazione, per quanto comunque anche a livello di ordinamento nel suo complesso vi siano particolari interessi cui tendere anche in fase, appunto, di *formazione stessa* del diritto<sup>161</sup>. In qualche modo, per quanto qui rileva, il combinato disposto tra gli articoli 8 e 19 Cost.<sup>162</sup> indica appunto aspetti teleologici e comunque, con chia-

<sup>159</sup> Ivi, 21 ss. Cfr. E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 820. Peraltro, l'attenzione per la dottrina austriaca per il procedimento amministrativo è ben precedente, come del resto testimonia F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1085, che già nel 1914 ricorda come in tale Paese essa abbia «avuto il suo più completo svolgimento»; si noti, incidentalmente, che tale Autore giudica la «analogia» ivi compiuta «fra procedimento amministrativo e procedimento giudiziale» concepita «in modo, che, almeno per il nostro diritto, deve considerarsi esagerato». Cfr. U. FORTI, *'Atto' e 'procedimento' amministrativo*, cit., 456, che fa risalire l'attenzione austriaca a questi aspetti almeno all'opera di Friedrich TEZNER *Handbuch des osterreichischen Administrativverfahrens* (Manz, Vienna, 1896). Per una ricostruzione critica di questo filone si veda S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nell'ordinamento ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1974, 78 ss.; più di recente F. MERUSI, *Il procedimento irrealizzato... Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Jovene, Napoli, 2007, 11 ss.

<sup>160</sup> C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, cit., 413 s.

<sup>161</sup> *Ibidem*. Si veda però, per un'opinione contraria, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 137.

<sup>162</sup> La stessa Corte costituzionale ha peraltro avuto modo di pronunciarsi sul rapporto tra art. 8 e art. 19 Cost. a partire dai suoi primissimi anni di attività (per un'analisi sintetica ma di ampio respiro, cfr. G. CASUSCELLI, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. Botta (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte*, ESI, Napoli, 2006, 39 ss.). Fondamentale ancora oggi, a questo proposito, l'impostazione data, infatti, da Corte cost., sent. 24 novembre 1958, n. 59. In essa, infatti si afferma con chiarezza che «se nell'art. 19 [vi] è una così netta e ampia dichiarazione della libertà di esercizio del culto in quanto tale, il legislatore costituente non ha mancato di considerare le confessioni religiose anche dal punto di vista, che è del tutto diverso, della loro organizzazione secondo propri statuti e della disciplina dei loro rapporti giuridici con lo Stato: il che ha fatto nell'art. 8. [...] Ma la istituzione di tali rapporti, essendo diretta ad assicurare effetti civili agli atti dei ministri del culto, oltre che agevolazioni di vario genere, riveste, per ciò stesso, carattere di facoltà e non di obbligo. A tal proposito non si può escludere che si abbia il caso di una confessione religiosa che tali rapporti con lo Stato non intenda promuovere, rinunciando a tutto ciò che a suo favore ne conseguirebbe, e limitandosi al libero esercizio del culto quale è garantito dalla Costituzione; mentre è da considerare, più concretamente, il caso di rapporti che si intenda ma che, per una ragione qualsiasi, non si riesca a regolare; il che, del pari, non può escludere che, al di fuori e prima di quella concreta disciplina di rapporti, l'esercizio della fede religiosa possa aver luogo liberamente, secondo i dettami della Costituzione [...]». Successivamente, nel dichiarare illegittima una disposizione che dettava i requisiti

rezza, l'interesse – pur a sua volta, forse, con venature strumentali – della libertà religiosa, ma quel che non è esplicitato è proprio il versante (adottando l'analogia di Lavagna) *processuale*, come si avverte del resto con riguardo al secondo aspetto sottolineato dall'Autore: l'*autonomia*, malgrado la strumentalità, delle norme “processuali” rispetto a quelle sostanziali, segnatamente dato che «gli operatori assumono una posizione formale autonoma rispetto alla loro posizione sostanziale»<sup>163</sup>. Proprio di questo aspetto si occupa, in fondo, l'art. 8, comma 3 Cost., allorché evoca, per Stato e confessioni, «le relative rappresentanze»; e, come si è visto, proprio il momento dell'individuazione della “parte”, in fondo quasi coincidente con il riconoscimento dell'interlocutore (giuridico), rappresenta il primo, ineludibile ma rischioso passaggio per ogni operazione di “negoziatura legislativa” nei termini anzidetti, e le confessioni a-cattoliche non fanno eccezione. Così come non fanno eccezione per il terzo ed il quarto aspetto sottolineati da Lavagna, ovvero «l'accoglimento, in entrambi i sistemi, di un principio generale sul contraddittorio, in base al quale nessuna decisione può essere presa se non in seguito ad un'adeguata formulazione e motivazione dei diversi punti di vista» e la necessità di una «insopprimibile funzione di *arbitramento formale*»<sup>164</sup>; è di tutta evidenza, per quanto qui rileva, la presenza – anch'essa “insopprimibile”! – di un momento di *contraddittorio* così definito, forse insito nel termine stesso di *intesa*.

La ricerca di un arbitro è invece, in fondo, l'*occasione* di questo contributo: l'“assalto al cielo” da parte di Consiglio di Stato e Cassazione voleva proprio

per l'eleggibilità dei componenti dei consigli delle Comunità israelitiche ai sensi del R.D. 30 ottobre 1930, n. 1731, (“Norme sulle comunità israelitiche e sulla unione delle comunità medesime”), la Corte ha ribadito che «come è stato rilevato in dottrina, al riconoscimento da parte dell'art. 8, secondo comma, Cost., della capacità delle confessioni religiose, diverse dalla cattolica, di dotarsi di propri statuti, corrisponde l'abbandono da parte dello Stato della pretesa di fissarne direttamente per legge i contenuti» (Corte cost., sent. 21 gennaio 1988, n. 43). La sentenza Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195, ha quindi enunciato con chiarezza i criteri che possono essere utilizzati per assegnare la qualifica di “confessione religiosa”: stipulazione di un'intesa, precedenti riconoscimenti pubblici, uno statuto che esprima i caratteri dell'organizzazione, la comune considerazione. Criteri, peraltro, «da usare separatamente l'uno dall'altro e procedendo dal primo [...] all'ultimo» (per un approfondimento sui quali si rimanda a F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 77). Più di recente, la Corte ha giudicato costituzionalmente illegittima *in parte qua* una legge della Regione Lombardia che subordinava benefici per la realizzazione di edifici di culto al fatto che si trattasse di confessioni religiose che avessero previamente stabilito un'intesa con lo Stato, riprendendo quasi *verbatim* la sentenza del '58 e chiarendo che «le intese di cui all'art. 8, terzo comma, sono [...] lo strumento previsto dalla Costituzione per la regolazione dei rapporti delle confessioni religiose con lo Stato per gli aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni o che richiedono deroghe al diritto comune: non sono e non possono essere, invece, una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal primo e dal secondo comma dello stesso art. 8, né per usufruire di norme di favore riguardanti le confessioni religiose» (Corte cost., sent. 16 luglio 2002, n. 346).

<sup>163</sup> C. LAVAGNA, *op. ult. cit.*, 415.

<sup>164</sup> Ivi, 416 s.

accreditare la presenza di un “potere neutro” in grado di sovrintendere alla delicata fase di riconoscimento della rappresentanza e di trattativa preordinata all’intesa.

Per concludere utilizzando sempre gli spunti di Lavagna, se processo e procedure democratiche regolano gli atti intermedi per «adeguare il più possibile le attività procedurali all’effettivo fine ultimo, sostanziale, cioè alla *decisione secondo giustizia* (negli ordinamenti processuali) ed alla *deliberazione secondo compromesso* (negli ordinamenti democratici)»<sup>165</sup>, nel caso del presente assetto e – più ancora – di quello futuro del “sistema” che ruota attorno all’art. 8 Cost. occorre(rebbe) proprio la decisione su quale di questi due versanti adottare, abbandonando però l’attuale “terza via” che rischia di abdicare alle garanzie di entrambi<sup>166</sup>.

Particolarmente interessante ai fini della riflessione sul tema oggetto di questo scritto è anche l’altra prospettiva che si indicava, volta cioè a svolgere un paragone tra *procedimento* e *processo* intendendo tale secondo “polo” come «un fenomeno dinamico della realtà sociale, il susseguirsi di atti, di fatti, collegati ma scomponibili ad una indagine, *non disposti in una sequenza regolata dall’ordinamento*»<sup>167</sup>, laddove il procedimento è “classicamente” «la successione preordinata e causativa di atti di soggetti o di uffici, la cui sequenza è predisposta da atti normativi, allo scopo di esercitare un potere attribuito, ottenendo la formazione di una decisione o atto finale»<sup>168</sup>. La distinzione, che attinge – come si accennava – all’elaborazione di studiosi di scienza politica e sociologia<sup>169</sup>, è del tutto indipendente da quella della quale si è detto, tra procedimento e processo *giurisdizionale*<sup>170</sup>; essa risulta, piuttosto, utile nello studio del *procedimento legislativo* per allargare lo sguardo fino ad abbracciare quel che vi sta «prima ed accanto», un «ben più ricco processo» che «si svolge fuori dal parlamento, nella società civile [...] e nell’apparato dello Stato»<sup>171</sup>.

<sup>165</sup> Ivi, 419.

<sup>166</sup> In altro ambito, i rischi derivanti da incomprensioni e ambiguità circa i poli concettuali del procedimento (amministrativo) e del processo sono sottolineati di recente da S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018, in part. 3 ss.

<sup>167</sup> A. PREDIERI, *Aspetti del processo legislativo in Italia*, cit., 2459, corsivo aggiunto. Già in precedenza, *passim*, ID., *Pianificazione e Costituzione*, cit., 430 ss.

<sup>168</sup> A. PREDIERI, *Aspetti del processo legislativo in Italia*, cit., 2458.

<sup>169</sup> *Ibidem* per ulteriori riferimenti.

<sup>170</sup> Ripercorsa infatti separatamente ivi, 2460, nota n. 13.

<sup>171</sup> Ivi, 2461. Concetto peraltro già colto, a detta dello stesso Predieri, da C. ESPOSITO, voce *Legge*, in *Nuovo Dig.it.*, VII, UTET, Torino, 1938, 721 allorché distingue tra attività legislativa «in senso tecnico» ed «in senso ampio ed empirico».

A cosa serve, nell'ottica di Predieri, una simile ricostruzione? Proprio a dare particolare risalto a quell'amplissimo *sistema*<sup>172</sup> di relazioni, quella «lotta» tra persone o gruppi per «la trasmissione dei bisogni sociali o della domanda politica» che porta all'emissione dell'atto legislativo (o al suo rifiuto), sulla base di decisioni – ed è un punto cruciale – «che sono emissioni di un segmento del processo» che «diventano immissioni rispetto ad un altro»<sup>173</sup>. Lo scopo era, all'epoca, far rientrare in un'analisi giuridica, pur ad ampio spettro, anche tutte quelle fasi – appunto – di negoziazione legislativa preventiva, con particolare riferimento al ruolo delle parti sociali. Ciò però in un quadro costituzionale nel quale i partiti risultano centrali proprio per la loro capacità di individuare, selezionare, mediare ed incanalare le esigenze della società, trasferendole nell'apparato dello Stato<sup>174</sup>. Già all'epoca, tuttavia, proprio l'incapacità dei partiti di svolgere efficacemente questa attività era inserita dallo stesso Predieri fra le cause di quella sorta di “tradimento” del complessivo assetto costituzionale che portava invece alla frammentazione – segnatamente – dell'attività legislativa, con le note conseguenze.

Ci si chiede dunque, ai fini che qui rilevano, se ed in che termini possano rientrare in questo schema concettuale le trattative volte a stipulare un'intesa con una confessione non cattolica, ed in particolare quanto detto a proposito del caso UAAR.

La risposta appare, in qualche modo, *in re ipsa* alla luce di quanto detto in precedenza: è connaturato all'idea di “intesa” la sua capacità di portare all'interno del processo decisionale anche l'apporto di elementi estranei rispetto agli organi istituzionali, coinvolgendoli al massimo grado – per così dire – quanto all'*output*, che non può esserci se non con la concorrente volontà di tali elementi. L'aspetto problematico è dato dal fatto che, come si è sottolineato e si riprenderà tra breve in conclusione, lasciare completamente sguarnita di garanzie procedurali questa fase negoziale in presenza di un insoddisfacente “diritto comune” dei culti può generare un vuoto di tutela nell'effettiva esplicazione della libertà religiosa.

## 8. Considerazioni conclusive

In conclusione, dunque, il fatto che l'art. 8 parli di “intesa”, e quindi spinga al massimo l'idea del *consenso* delle parti sull'atto finale, non implica necessariamente la completa irrilevanza costituzionale degli aspetti relativi alle modalità della decisione (e relative garanzie), le quali invece hanno visto negli anni una

<sup>172</sup> Da intendersi quale «insieme di elementi connessi da relazioni, da interazioni e retroazioni, in modo tale da poter essere considerati un tutto unico, caratterizzato da leggi specifiche» (A. PREDIERI, *op. ult. cit.*, 2464, cui si rimanda – in part. alla nota n. 26 – per i necessari riferimenti bibliografici).

<sup>173</sup> Ivi, 2463.

<sup>174</sup> Ivi, 2468.

loro espansione anche con riferimento a diverse categorie di atti governativi, precedentemente ad essi sottratti<sup>175</sup>.

Tale irrilevanza, almeno, risulta problematica in presenza di un “diritto comune” dei culti ancora pesantemente influenzato dalla legge del 1929, e ancor più dalla prassi – improntata al controllo – su di essa pervicacemente innestata.

La dialettica quindi fra le tesi di Consiglio di Stato e Corte di Cassazione da un lato e Corte costituzionale dall’altro va necessariamente inserita in un contesto più ampio, che permette di considerare le ragioni di entrambe. Segnatamente, da una parte la necessità di non sguarnire (completamente!) di tutele un ambito – di fatto – assai rilevante di esplicazione della libertà religiosa, dall’altra il richiamo alla natura dell’intesa *ex art. 8 Cost.*, anche a prescindere dall’uso – e abuso – concretamente verificatosi<sup>176</sup>.

Allo stesso tempo, come si è cercato di argomentare, appaiono i punti deboli di entrambi gli approcci, e dunque in primo luogo la sottovalutazione delle conseguenze ulteriori di una procedimentalizzazione (e in questo caso, a corollario, giurisdizionalizzazione<sup>177</sup>) di quella che è comunque solo una fase di un più ampio processo decisionale; ma anche, sul versante opposto, l’arroccarsi nella (recessiva) area dell’atto politico senza spendere alcuna parola sulle lacune del quadro attuale, che appare però frutto di prassi e circostanze contingenti anziché d’indirizzi meditati e decisi per il lungo periodo.

Riassumendo in poche parole, l’idea di lasciare la trattativa sull’intesa alle rotte nebbiose e imprevedibili dell’atto politico<sup>178</sup>, anche dato – non rimanga in ombra – il successivo intervento parlamentare, convincerebbe assai di più se l’intesa fosse un qualcosa di eccezionale, da negoziare con culti così peculiari da necessitare una deroga rispetto al “diritto comune”. Un “diritto comune” che – tecnicamente – risulterebbe di necessità condizionato da una sorta di

<sup>175</sup> Cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 97.

<sup>176</sup> Tant’è che, com’è stato anche di recente sintetizzato da P. CARETTI, *Art. 8*, cit., 72, «il sistema delle intese tende a trasformarsi da elemento di parificazione (nella tutela delle diverse specificità) in elemento di discriminazione», tendendo perfino a riprodurre, tra confessioni con intesa e senza intesa, «la stessa ingiustificata diversità di *status* che per decenni ha caratterizzato i rapporti tra Chiesa cattolica e altri culti».

<sup>177</sup> Un corollario, in realtà, più nei fatti che nella *ratio* se si ritiene che la diffusione delle leggi di disciplina del procedimento amministrativo sia stata dovuta proprio ad un più largo «convincimento che sia meglio regolare in modo preventivo conflitti di interessi pubblici e privati con strumenti il più possibile accurati, anziché rimettersi al gioco, spesso perfin casuale, delle misure di controllo o giudiziali successive» (così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 816).

<sup>178</sup> In aggiunta a quanto detto in precedenza, quindi, in definitiva impedendo che «il processo in cui si attua la trasformazione del potere [*sia*] già conoscibile e controllabile, a differenza, ad esempio, della volontà umana, che è inconoscibile sino a che non è esternata, mediante una manifestazione formale (in senso lato)», nelle parole di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 295.

“religione modello” ad esso immanente, per quanto labilmente intesa<sup>179</sup>: basti pensare, in caso di forme di registrazione, alle forme di tale stessa registrazione, che postulerebbero verosimilmente l’esistenza di almeno alcune caratteristiche. Cosicché, l’intesa sarebbe lo strumento – per così dire, e in accezione positiva – “di chiusura” del sistema, da attivare anche nei casi talmente esorbitanti rispetto alla “religione modello” da non rientrare nella griglia concettuale del diritto comune: casi limite dunque, nei quali l’aspetto strettamente giuridico risulterebbe del tutto recessivo e che sarebbe dunque coerente lasciare alle (pur concettualmente diverse) determinazioni *politiche* del Governo prima e del Parlamento poi<sup>180</sup>, evitando in questo caso il ricorso al “giudice antropologo”<sup>181</sup>.

Tuttavia, il contesto non è questo, e lo si è sinteticamente ripercorso: l’intesa è l’ancora di salvezza “standard” per i culti (meglio...) organizzati, rispetto ad una condizione altrimenti problematica, a partire dai controlli sugli statuti che inseriscono surrettiziamente elementi di dubbia compatibilità con lo stesso quadro costituzionale.

Dunque, la chiusura della Corte costituzionale alle istanze del caso in oggetto – invero, come si è detto, alquanto scomposte e a tratti velleitarie – non deve indurre a giustificare il quadro attuale, quanto piuttosto ad auspicarne il cambiamento non solo quanto al diritto positivo, ma più ancora quanto alla «vigile e operosa presenza del costume democratico che voglia e sappia tradur[re], giorno per giorno, in concreta ragionata e ragionevole realtà» la «ragione codificata nelle norme di una costituzione democratica», il che – solo – rappresenta «il segreto per la salvezza dei regimi democratici»<sup>182</sup>.

<sup>179</sup> A questo proposito, tornano in mente le parole di Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 ottobre 1997, n. 1329 (a proposito di Scientology), per la quale «l’elaborazione di una definizione di religione non può essere fondata – senza violare norme di diritto costituzionale – esclusivamente sulle concezioni religiose ebraiche, cristiane e musulmane, che finirebbero per escludere le religioni politeiste, quelle sciamaniche o animiste e quelle che, come il Taoismo o il Buddhismo nelle sue varie articolazioni, non promettono al credente la vita eterna col corredo di percorsi di salvezza privilegiati dal rapporto o addirittura dalla particolare grazia di un Dio unico».

<sup>180</sup> Di un certo interesse, a proposito della “politicità” della libertà religiosa, quanto rilevava U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, cit., 66., notando che «il potere politico [*non*] si è mai realmente preoccupato delle libertà di circolazione, riunione, associazione ecc. quando queste riguardavano interessi ricreativi, culturali che appunto non mettevano in pericolo il potere, né la società ha sentito il bisogno di codificare alcune libertà contro il potere se non quando, avendo conquistato le libertà politiche, ha voluto garantire anche gli strumenti pratici per usare di tali libertà politiche. *La secolare lotta che si è combattuta in Europa per la libertà religiosa, che storicamente è stata la libertà più agognata e maggiormente combattuta, conferma questa tesi, perché la forma religiosa nascondeva una sostanza politica, le lotte di religione erano la forma storicamente determinata attraverso cui si combattevano le lotte politiche ed economiche del tempo*» (corsivo aggiunto).

<sup>181</sup> Prendendo ovviamente in prestito la nota espressione di I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

<sup>182</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 41.