

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 04/05/2017

AUTORE: Giuseppe Laneve*

CONFLITTI COSTITUZIONALI E CONFLITTI DI GIURISDIZIONE SUL PROCEDIMENTO RELATIVO ALLA STIPULA DELLE INTESA EX ART. 8, COMMA 3, COST: RIFLESSIONI A PARTIRE DA UN DELICATO (E INUSUALE) CONFLITTO FRA POTERI, TRA ATTO POLITICO E PRINCIPIO DI LAICITÀ

Sommario: Premessa; 1. Una rapida ricostruzione della vicenda; 2. Qualche osservazione sul profilo dell'interesse al conflitto tra poteri; 2.1. Le peculiarità di un conflitto tra poteri avente ad oggetto una pronuncia delle SS.UU. della Cassazione sulla giurisdizione; 2.2. Il delicato rapporto tra il sindacato della Corte costituzionale e il giudizio della Corte di cassazione; 2.3. Conflitti in tema di giurisdizione e conflitti costituzionali; 2.3.1. le posizioni della dottrina; 2.3.2. I precedenti giurisprudenziali poco indicativi e la (più) recente pronuncia n. 81 del 2012; 2.4. Prime (provvisorie) conclusioni sul punto; 3. Il merito del conflitto: la giuridicizzazione della procedura volta alla stipula delle intese con le confessioni acattoliche; 3.1. La natura confessionale o meno dell'associazione come questione (cruciale) a monte. Cenni sul rapporto fenomeno religioso – ateismo (anche in una prospettiva europea); 3.2. Il decisum e le argomentazioni della Corte costituzionale; 4. I non pochi problemi che pone la motivazione della Corte; 4.1. L'intesa come "forma di manifestazione" della libertà delle confessioni religiose; 4.2. Il divieto di pre-giudizi; 4.3. Il non marginale ruolo delle trattative; 5. Il peso del controllo parlamentare; Spunti conclusivi

1. Premessa

Due sono gli elementi di novità che motivano l'interesse scientifico all'approfondimento del conflitto tra poteri risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 52 del 2016: da un lato, è la prima volta che la Corte giudica, per di più annullandola, una sentenza della Corte di cassazione emessa ex art. 111, comma 8 Cost., e cioè per i soli motivi inerenti la giurisdizione; dall'altro, è (ancora) la prima volta in cui un conflitto tra poteri¹,

* Associato di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata.

¹ Sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato non può richiamarsi l'intera bibliografia. Oltre agli studi ormai tradizionali dedicati al tema, quindi G. AZZARITI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Riv. amm. della Rep. it.*, 1948, 333 ss; F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 670 ss.; M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I-II, Milano 1972; A. PISANESCHI, *I con-*

istituto notoriamente intriso di un alto tasso di politicità², proprio perché spesso rivolto alla delimitazione delle sfere di attribuzioni tra potere politico e potere giudiziario³, insiste su di un ambito, quello religioso, tradizionalmente lontano dalla “conflittualità” tra i poteri⁴, che invero si connota per una pregnante ricaduta sociale, nel momento in cui coinvolge da vicino la pienezza dei diritti di libertà⁵, tanto nella dimensione individuale che in quella collettiva⁶. Ed in-

flitti di attribuzione fra i poteri dello Stato. Presupposti e processo, Milano 1992, cfr. A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, (ad vocem), in *Enc. dir.*, Milano 1961; A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Garanzie costituzionali, Artt. 134-139*, Bologna-Roma 1981; ID., *Conflitto*, ad vocem, in *Noviss. Dig. It.*, App. II, Torino 1981; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, 2, La Corte costituzionale*, Padova 1984, 410 ss.; C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 110 ss.; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, ivi, 1986, 782 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Milano 1987; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, ad vocem, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1989; D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Trento 1994; R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996; A. CERRI, *Poteri dello Stato (conflitti tra i)*, ad vocem, *Enc. giur.*, Roma 1996; (ID., *Conflitti di attribuzione, I) Conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, ad vocem, ivi, 2005); S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Quad. cost.*, 1/1998, 5 ss.; P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999; L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino 2002; G. RIVOCSECCI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova 2003. Sempre fondamentali i volumi degli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, cfr. da ult., E. MALFATTI – M. NISTICÒ, *I conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino 2014, 285 ss., e le trattazioni specifiche in G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 424 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 401 ss.; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 273 ss.; G. AMOROSO – G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano 2015, 439 ss.; E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 234 ss.

² Già da tempo F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Milano 1961, 935, ha sottolineato come in questa sede la Corte operi “soprattutto nei confronti dell’attività politica, cioè dell’attività riguardante il modo di essere e il funzionamento dello Stato, considerato nell’unità della sua struttura, nell’armonia e nel reciproco coordinamento dei suoi elementi”. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 367, per il quale la Corte per risolvere i conflitti *de qua* compie operazioni che consistono “fondamentalmente nell’interpretazione di norme giuridiche a fattispecie concrete, anche se si tratta di un’attività dotata di ovvia rilevanza politica”. Sull’importanza dell’attività interpretativa (anche) nei giudizi sui conflitti, cfr. G. LANEVE, *La Giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari 2014, in part. 29 ss. Sull’impatto politico delle decisioni sui conflitti tra poteri, cfr. A. SAITTA, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra i poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 855 ss.

³ È fin troppo noto come il rapporto tra potere politico e potere giudiziario costituisca un asse portante dell’istituto dei conflitti tra poteri: cfr., *ex plurimis*, M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino 2005, 288 ss.; G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 93 ss., in part. 111 ss.

⁴ Cfr., sul punto, N. COLAIANNI, *La decadenza del “metodo della bilateralità” per mano (involontaria) degli infedeli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statochiese.it), n. 28/2016, 23. Una sorta di, quantomeno iniziale, distanza tra la giurisprudenza costituzionale *tout court* e il diritto ecclesiastico è stata evidenziata da G. DALLA TORRE, *Giurisprudenza costituzionale e dottrina ecclesiasticistica. Saggio di analisi*, in R. Botta, (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli 2006, 98-99, che ha rilevato come nonostante “il primo caso giudicato dalla Corte fu proprio relativo al diritto ecclesiastico”, configurando sin dall’inizio, una “sorta di straordinaria interdipendenza tra Corte costituzionale e diritto ecclesiastico” poi, nel primo quindicennio di lavori della Corte, il diritto ecclesiastico sia rimasto “abbastanza marginale”. Più incline a riconoscere, da subito, un ruolo centrale alla Corte nello sviluppo del diritto ecclesiastico è P. LILLO, *I rapporti fra Stato e confessioni religiose nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 231 ss.; cfr. anche M. CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell’evoluzione del diritto ecclesiastico*, Torino 2005.

⁵ D’altronde, sul rapporto non certo di separazione tra Costituzione dei diritti e Costituzione dei poteri, cfr., *ex multis*, M. LUCIANI, “Costituzione dei diritti” e “Costituzione dei poteri”. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

fatti la decisione della Corte - come vedremo - delimita confini di competenza, traccia linee e definisce spazi in un terreno che, soprattutto in un momento storico-politico di grande tensione tra *le diversità*⁷, pare avvertirne un significativo bisogno perché in esso confluiscono i concetti di libertà, uguaglianza e pluralismo, in una parola (anche) quel principio supremo di laicità che connota la nostra forma di Stato⁸.

⁶ Il nesso inscindibile tra libertà delle confessioni religiose e libertà dei singoli emerge chiaramente in F. MODUGNO – R. D’ALESSIO, *Prefazione*, in AA.Vv., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Atti del Convegno di studi, Roma 3 aprile 1990, Napoli 1991, 9, per i quali “la mancata o parziale attuazione dell’art. 8, mentre incide negativamente sulla libertà e autonomia costituzionalmente garantite alle confessioni religiose che non hanno ottenuto l’intesa con lo Stato, finisce per riflettersi indubitabilmente sulla stessa libertà religiosa dei singoli che ad esse partecipano e che ne costituiscono la dimensione soggettiva, libertà che è quella in fin dei conti che le disposizioni costituzionali sono rivolte più direttamente e intensamente a tutelare”. Più in generale sulla relazione strumentale tra libertà individuali e collettive cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 2003, 12 ss. Sulla libertà religiosa, cfr., *ex plurimis*, A. PIZZORUSSO, *Libertà religiosa e confessioni di minoranza*, in *Quad. dir. pol. eccles.*, 1/1997, 49 ss.; P.A. D’AVACK, *Libertà religiosa (dir. eccl.)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Milano 1974; C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa nell’ordinamento giuridico, nella scuola, nell’informazione, dall’Unità ai giorni nostri*, Bari 1973; F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna 1992; P. BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano 1973, 731 ss.; G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino 1995; Id., *Libertà religiosa, ad vocem*, in G. Campanini – E. Berti (a cura di), *Diz. delle idee pol.*, Roma 1993; S. FERRARI, *L’articolo 19 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1996, 98 ss. Più recent., vedi P. LILLO, *Libertà religiosa, ad vocem*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. di dir. pubbl.*, Milano 2006 e il Quaderno monotematico di *Perc. cost.*, *Costituzione e religione*, 2-3/2013.

⁷ Su tutti, i drammatici fatti di Parigi del novembre 2015 e quelli di Bruxelles e Nizza del 2016 hanno palesato nel modo più crudele il tema dei rapporti tra le diversità anche, ma non solo, di natura religiosa (in tema, cfr. C. SBAILÒ, *Oltre l'emergenza: lavorare al dialogo giuridico euro-mediterraneo*, in *federalismi.it*, 22/2015). Vedi recentissimo G. Macri – P. Annichino (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Soveria Mannelli, 2017. Il problema, peraltro, in una prospettiva più generale, è stato anche oggetto del Convegno annuale dei costituzionalisti del 2015: cfr., in particolare, la relazione di V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, ora in www.rivistaaic.it, 4/2015, dove l’A. afferma, 2, che “il problema che abbiamo di fronte non è dunque tanto quello della pluralità e delle differenze culturali in seno all’umanità come fatto storico che, in quanto tale, c’è ora come c’era ieri e, forse, è venuto scemando d’intensità, sebbene abbia maggiori occasioni di manifestarsi. Il problema (...) come giuristi e costituzionalisti, è se, in che modo e quanto la pluralità e le differenze culturali siano state e possano essere considerate importanti per il diritto costituzionale. Non pare utile attenersi al percorso sulla “terra” ed il “mare” di C. Schmitt (...) poiché quel percorso, con le sottese metafore, è tanto ricco di suggestione quanto azzardato, se non, per qualche aspetto, visionario. Ma pare che su una cosa almeno a Schmitt si possa dare ragione, laddove sottolineava che quel che conta non è la pluralità e la differenza delle culture in sé, bensì la concezione del loro venire a contatto che è stata mantenuta, che coltiviamo e che potremmo coltivare nel costruire il diritto e le Costituzioni”. Da ultimo, cfr. la Relazione di sintesi di G. CERRINA FERRONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, *ivi*, 1/2017.

⁸ A. SPADARO, *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla “meta-etica” pubblica (costituzionale)*, in AA.Vv., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*. Atti del XXII Convegno annuale dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007, Padova 2008, 119 ritiene che la “vera sfida” che ci attende è quella di “favorire un dialogo *interculturale* che estenda/allarghi l’originario processo di integrazione costituzionale” e, a tal fine, è necessario uno “Stato veramente laico, che (come tale) non può non essere anche inter-culturale e multi-religioso”, 120. L’A. insiste più volte sul fatto che lo Stato costituzionale o è *laico* o *non* è (cor-sivo nostro). Sul principio di laicità, così come ricostruito dalla storica pronuncia Corte cost., n. 203 del 1989 (v. anche nn. 259 del 1990, 195 del 1993, 440 del 1995, 329 del 1997; 508 del 2000), la dottrina è molto ampia e multidisciplinare. Tra i contributi più recenti, cfr. N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità: Stato e chiese nell’età dei diritti*, Bari 2017; E. TAWIL, *Justice et religions: la laïcité à l’épreuve des faits*, Paris 2016; D. BIFULCO, *Il disincanto costituzionale: profili teorici della laicità*, Milano 2015; F. RIMOLI, *Democrazia, pluralismo, laicità: di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli 2013; M. D’AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in www.rivistaaic.it, 2/2015; G. DALLA TORRE, *Ancora sulla laicità. Il contributo del diritto ecclesiastico e del diritto canonico*, in *Il Dir. eccl.*, 3-4/2013, 430 ss.; G. BRUNELLI, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, in www.rivistaaic.it, 1/2013; F. PASTORE, *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel «multilevel constitutionalism»*, Padova 2012; M. LUCIANI, *La problem-*

Ulteriore motivo di interesse lo si ritrova nel fatto che torna a far “sentire la sua voce”⁹ il tradizionale tema dell’ “atto politico” e dunque del se vi sia per esso spazio all’interno del quadro costituzionale, ed eventualmente *quale*¹⁰.

Per procedere riducendo al minimo il rischio di perdersi nei mille meandri di una decisione molto complessa e, come dimostrano i tempi abbastanza lunghi di pubblicazione nonché la sostituzione del giudice relatore¹¹, anche parecchio sofferta, occorre separare gli aspetti processuali della decisione da quelli di merito. Prima, tuttavia, è necessaria una rapida ricostruzione in fatto della vicenda che ha generato il conflitto costituzionale.

1. Una rapida ricostruzione della vicenda

Nel caso che ci occupa ha trovato realizzazione, seppur a “parti invertite”, l’idea avanzata in dottrina secondo cui il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato potrebbe essere lo strumento di tutela giuridica della procedura volta a stipulare l’intesa tra lo Stato e le

atica laicità italiana, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Napoli 2012, 1551 ss.; S. LARICCIA, *Laicità delle istituzioni e garanzie dei cittadini nella Repubblica italiana democratica*, *ivi*, 1525 ss.; S. SICARDI, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana*, *ivi*, 1765 ss.; P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent’anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2011, 761 ss.; L. D’ANDREA, *La laicità dello Stato nella società multiculturale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli 2011, 1165 ss.

⁹L’incipit di A. CERRI, *Note in tema di atto politico*, in A. Cerri – P. Häberle – I. M. Jarvad – P. Ridola – D. Schefold (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, I, Roma 2010, 439, recita: “la categoria dell’ «atto politico», benché più volte criticata e complessivamente erosa da una sempre più stretta osservanza, anche ai livelli più elevati, di principi di legalità e costituzionalità, continuamente riemerge sotto forme nuove ed impensate, quasi idra dalle molte teste, mai definitivamente doma”.

¹⁰L’importanza della collocazione ordinamentale dell’atto politico emerge già in E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1947, 455, che, commentando la sentenza della Cassazione, SS.UU. civili n. 256 del 1947, riconosceva come “gli atti politici non possono essere considerati ed analizzati al di fuori dell’ordinamento giuridico. Tale metodo d’analisi presupporrebbe infatti la loro agiuridicità, il che, mentre renderebbe irrilevante il problema (...) non potrebbe poi darci ragione della determinazione degli atti politici contenuta in testi di diritto positivo”. In tema, per gli studi tradizionali, cfr. E. GUICCIARDI, *Atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 271 ss.; E. AMARI, *Sul concetto di atto politico*, Empoli 1939; A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere* (1946), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Napoli 1990, 25 ss.; O. RANELLETTI – A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, *ad vocem*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1958; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1959; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961; G. GUGLIELMI, *Gli atti politici: l’art. 31 t.u. 26-6-1924, n. 1054 e la Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, IV, Padova 1970, 407 ss.; C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova 1990. Si vedano anche le voci enciclopediche, G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, *ad vocem*, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1987; G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Atto politico e atto di governo*, *ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma 1988 (e la *Postilla di aggiornamento* del 2007 di M. PERINI); più recent., A. CERRI, *Note in tema di atto politico*, *cit.*; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2009, 101 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. Amm.*, 3/2012, 329 ss.; D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, *ivi*, 4/2013, 717 ss.; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in www.rivistaaic.it, 1/2014; da ultimo M. RAVERAIRA, *Transitando per l’equilibrio di genere l’atto politico diventa sindacabile e dunque non è più “politico”*, in AA.VV., *Liber Amicorum di Piero Alberto Capotosti*, II, Bari 2016, 585 ss., che, proprio ragionando, sulla sentenza n. 52 del 2016, 598 si è chiesta: “l’atto politico è dunque ancora ‘in vita’. Ma fino a quando?”.

¹¹Dalla data dell’udienza pubblica (26 gennaio 2016) a quella di pubblicazione della sentenza sono trascorsi quasi due mesi e il Giudice relatore Giorgio Lattanzi è stato sostituito in sede di redazione dal Giudice Nicolò Zanon.

confessioni religiose¹². In quella ricostruzione dottrinarica il conflitto fu individuato come il rimedio che le stesse confessioni religiose, ritenute soggetto esterno allo Stato-apparato ma comunque qualificabili come potere¹³, avrebbero potuto attivare *contro* il Governo, proprio al fine di escludere che il procedimento volto alla stipula dell'intesa, colorato dalla sola "politicità", potesse rimanere confinato nell'arbitrio di quest'ultimo¹⁴; mentre, nell'ipotesi qui decisa dalla Corte, è stato il Governo a ricorrere al conflitto costituzionale allorché, sul presupposto per cui le intese con le confessioni religiose, e dunque i relativi atti procedurali, siano qualificabili come atti politici¹⁵, ha ritenuto di essere stato leso nelle sue attribuzioni costituzionali dall'intervenuto sindacato del potere giudiziario.

Ciò che preme evidenziare da subito, all'interno di un *iter* piuttosto complesso e lungo che ha schiuso le porte della Corte¹⁶, è che lo sviluppo della vicenda, prima della proposizione del conflitto, aveva già visto ben quattro pronunce diverse da parte del giudice che, di seguito, si andranno rapidamente a richiamare.

Il ricorso che l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (di seguito UAAR)¹⁷ ha proposto contro il Governo, una volta che questi si era espressamente rifiutato di avviare le trattative per la stipulazione di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost.¹⁸, è stato, in prima battuta,

¹² Il riferimento è a A. GUAZZAROTTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, in *Giur. cost.*, 6/1996, 3920 ss.

¹³ *IBIDEM*, 3934, che vede tale natura radicata nel fatto che, dalla Costituzione si evince "chiaramente che l'iniziativa per la procedura d'intesa ex art. 8, comma 3 Cost. non possa che giungere dalla confessione interessata, la sola «competente» a decidere se instaurare «rapporti» con lo Stato". Se, prosegue l'A., "il procedimento d'intesa è destinato a sfociare nell'iniziativa legislativa del Governo (per l'approvazione della «legge in base all'intesa»)", l'«iniziativa dell'iniziativa» viene dalla Costituzione stessa (per forza di cose) posta in capo alla confessione interessata, che non ha altri «canali» per raggiungere il procedimento legislativo e chiedere la disciplina dei «suoi rapporti» con lo Stato".

¹⁴ *IBIDEM*, 3928 e più avanti, 3933. Più recent. F. ALICINO, *Le intese con le confessioni religiose alla prova con le organizzazioni ateistiche*, in *Il Dir. eccl.*, 1-2/2013, 49 ss.

¹⁵ Si ricorda la nota tesi di F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in G. Branca (a cura di), *Commentario*, cit., 428.

¹⁶ Per una ricostruzione della vicenda, cfr. L. BARBIERI, *Una proposta a geometria variabile. Qualche riflessione sulla sentenza del Tar Lazio n. 7068 del 3 luglio 2014 e sul caso U.A.A.R.*, in *Il Dir. fam. pers.*, 1/2015, 75 ss.; L. BUSCEMA, *op. cit.*, 33 ss.; G. DI MUCCIO, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche: brevi note a Corte di Cassazione, sez. Unite civ.*, 28 giugno 2013, n. 16305, in *federalismi.it*, 20/2013; L. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Il caso dell'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti)*, in *Il Foro Amm. - C.d.S.*, 5/2012, 1204 ss. Vedi anche F. ALICINO, *La legislazione sulla base di Intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Bari 2013, in part. 218 ss.

¹⁷ In generale sul tema, cfr. P. CAVANA, *Sullo stato giuridico delle organizzazioni agnostiche nell'ordinamento italiano. La legittimazione all'accesso dell'UAAR (Unione degli atei e degli agnostici)*, in *Il Dir. fam. pers.*, 2/2005, 501 ss.

¹⁸ Sull'istituto dell'intesa, la bibliografia è molto ampia. *Ex plurimis*, cfr. P.A. D'AVACK, *Intese. Il Diritto ecclesiastico: profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma 1989; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese: contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari 1990; ID., *Intese (diritto ecclesiastico), ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 2001; vedi anche P. RESCIGNO, *Sul "diritto all'intesa"*, in *AA.VV.*, *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, cit., 75 ss.; C. Mirabelli (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni religiose: problemi e prospettive*, Milano 1978; G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano 1974; G. LONG., *Concordati e intese tra "legge formale" e "tautologia legislativa"*, in *Quad. cost.*, 3/1985, 585 ss.; A. RUGGERI, *Intese "concordatarie" e intese "paraconcordatarie" nel sistema delle fonti*, in *Il Dir. eccl.*, 1-2/1988, 55 ss.; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose: il regime pattizio*, Bologna 1988; L. D'ANDREA, *Eguale libertà ed interesse alle intese delle confessioni religiose: brevi note a margine della sentenza costituzionale n. 346/2002*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2003, 667 ss.; J. PASQUALI CERIOLO, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in *Il Dir. eccl.*, 3/4/2009, 491 ss.; G. B.

respinto dal Tar Lazio, con sentenza n. 12539 del 2008, per difetto assoluto di giurisdizione derivante dalla riconosciuta natura politica dell'atto governativo, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale¹⁹. Tale pronuncia è stata poi ribaltata dal Consiglio di Stato che, contrariamente al giudice di prime cure, con sentenza n. 6083 del 2011, qualificando il diniego del Governo non già come atto politico bensì come "scelta dell'Amministrazione (...) presentante i tratti tipici della discrezionalità valutativa, come ponderazione di interessi", ha riconosciuto su di esso la piena sindacabilità giurisdizionale²⁰. Una volta soccombente, il Governo ha impugnato la decisione del Supremo Giudice amministrativo dinanzi alle SS.UU. della Corte di cassazione che, pronunciandosi ai sensi degli artt. 111, comma 8 Cost., e 362, comma 1, c.p.c., quindi sui motivi di giurisdizione, con la decisione n. 16305 del 2013, hanno confermato quanto statuito dal Consiglio di Stato in merito alla presenza della giurisdizione sull'atto del Governo²¹. Non si è trattato, tuttavia, di decisione con i connotati della "definitività"²², atteso

VARNIER, *Concordati e intese, diritto pattizio e diritto comune: le diverse possibili declinazioni dinanzi alla trasformazioni delle confessioni religiose e della società civile*, in *Il Dir. eccl.*, 3-4/2013, 467 ss.; P. CONSORTI, *1984-2014: le stagioni delle intese e la "terza età" dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2014, 91 ss.

¹⁹ Il Giudice amministrativo ha ritenuto, in prima battuta, che il Governo fosse "libero di assumere le più ampie determinazioni nella materia dei rapporti con le confessioni religiose, salva la responsabilità politica nei confronti del Parlamento e, in ultima analisi, del corpo elettorale, con la conseguenza che la confessione religiosa che aspiri alla stipula dell'intesa è titolare non già di una situazione soggettiva qualificata, e dunque di una pretesa "giustiziabile" alla conclusione dell'intesa, sibbene di un'aspirazione di mero fatto". Pertanto, la scelta di intraprendere, o meno, le trattative finalizzate ad una (eventuale) intesa, indipendentemente dai criteri impiegati allo scopo di ravvisare, o meno, il ricorrere del presupposto soggettivo di confessione religiosa, è una determinazione rientrante nella categoria degli "atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico", a fronte dei quali non insorge, in capo ad eventuali interessati, alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile. Da qui il difetto assoluto di giurisdizione, giacché "una decisione giurisdizionale impositiva (attraverso l'effetto conformativo del giudicato) dell'obbligo di intraprendere una trattativa finalizzata alla stipulazione di un'intesa ovvero, nel caso estremo, di stipulare l'intesa stessa, contrasterebbe con l'assetto dei poteri delineato dalla Costituzione"

²⁰ Secondo il Supremo Giudice amministrativo, qualificato l'art. 8 Cost. alla stregua di "norma sulle fonti, intesa a individuare lo strumento tecnico-giuridico da utilizzare obbligatoriamente per disciplinare la condizione giuridica delle confessioni acatoliche, ossia lo strumento pattizio", la discrezionalità che connota l'intero procedimento, sia per quel che riguarda l'an dell'intesa, sia – prima ancora – con riferimento alla stessa individuazione dell'interlocutore in quanto confessione religiosa, potrebbe ingenerare "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". Pertanto, "anche l'accertamento preliminare se l'organizzazione richiedente sia o meno riconducibile alla categoria delle 'confessioni religiose' 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".

²¹ Il percorso argomentativo delle SS.UU. muove dal presupposto per cui "stabilire la qualificazione di confessione religiosa è una premessa basilare per la salvaguardia dei valori di cui si discute. La Corte costituzionale ha già detto (v. ancora Cost. 346/02) che all'assenza, nell'ordinamento, di criteri legali precisi che definiscano le "confessioni religiose" si può sopperire con i "diversi criteri, non vincolati alla semplice autoqualificazione (cfr. sentenza n. 467 del 1992), che nell'esperienza giuridica vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali". E ancor prima (C. Cost. 195/93) aveva ritenuto che la natura di confessione può risultare "anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione". Ritengono, pertanto le SS.UU., che "è nel giusto (...) la sentenza impugnata quando sostiene che rientra tutt'al più nell'ambito della discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa", p. 6.1.

²² L. BARBIERI, *Una proposta*, cit., 77.

che, se per un verso è stata l'oggetto del presente conflitto tra poteri, per altro, riattraendo la vicenda nell'alveo della giurisdizione, ha fatto sì che essa potesse proseguire nel merito.

2. Qualche osservazione sul profilo dell'interesse al conflitto tra poteri

Proprio la prosecuzione da ultimo richiamata consente di svolgere una rapida considerazione relativa all'interesse fatto valere nel conflitto.

A seguito della sentenza sulla giurisdizione, l'UAAR riassumeva il giudizio innanzi al Tar²³, che si pronunciava, questa volta nel merito, con sentenza n. 7068 del 30 aprile 2014, ovvero con decisione ben nota sia al Governo ricorrente in Corte sia al Giudice costituzionale in sede di giudizio di delibazione.

Ebbene, è importante tenere a mente, anche nell'ottica del conflitto tra poteri, quanto stabilito dal Tar giacché questi, nel conservare il proprio ruolo di giudice di merito - che rimane *suo* anche dopo la pronuncia della Cassazione sulla giurisdizione, la quale "non spiega (...) un effetto vincolante quanto alla definizione del merito"²⁴ - ha sostanzialmente dato ragione al Governo resistente. Ribadita, sulla scorta di quanto detto dalla Cassazione²⁵, la centralità, per l'intera questione, della natura confessionale o meno dell'UAAR, e che una siffatta valutazione è connotata da discrezionalità tecnica, anche ampia²⁶, e non da una auspicata (dal Governo) "politicità" non assoggettabile al controllo giurisdizionale, il Giudice di merito ha svolto il suo sindacato il quale, laddove vi siano spazi connotati da margini obiettivi di opinabilità, non può comunque consistere in valutazioni che vadano a sostituirsi a quelle compiute dall'Amministrazione²⁷. Ebbene, il Tar, sulla base di tali premesse, ha riconosciuto come la negazione del carattere confessionale dell'UAAR operata dal Governo, che poi è il presupposto del diniego dell'avvio delle trattative volte alla stipula dell'intesa, sia risultata "non manifestamente inattendibile o implausibile, alla luce del 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"²⁸. Alla luce

²³ A dire il vero la prima riassunzione, avvenuta con atto notificato in data 27 settembre 2013, è intervenuta successivamente al decreto (12 aprile del 2013) con cui il Tribunale aveva dichiarato la perenzione del giudizio; tale decreto è stato, tuttavia revocato con ordinanza n. 10592 del 9 dicembre 2013. Ciò nonostante, l'UAAR, per scrupolo difensivo, ha provveduto, con atto notificato in data 22-23 gennaio 2014, a una nuova "riasunzione" del giudizio.

²⁴ Tar Lazio, n. 7068 del 2014, p. 3.2 del Diritto.

²⁵ Cass. SS.UU. civ., n. 16305 del 2013, punto. 6.1

²⁶ Vedi nota 20.

²⁷ Cfr. C.d.S., V, n. 533 del 2015, con il commento di A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 1211 ss. Sul tema, in generale, cfr. ID., *Contributo sullo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli 2007; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano 2005; recent., L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2014, 1372 ss.

²⁸ Tar Lazio, n. 7068 del 2014, p. 4.4 del Diritto.

di tali argomentazioni, pertanto, il Governo ha trovato, in concreto, soddisfazione nella pronuncia del Giudice amministrativo.

Non si tratta, tuttavia, di soddisfazione capace di minare l'interesse ad agire nel conflitto²⁹ giacché il piano su cui quest'ultimo si muove è quello del rispetto del quadro costituzionale delle sfere di attribuzioni tra i poteri dello Stato, se si vuole, il "tono costituzionale", essendo il conflitto tra poteri finalizzato "alla tutela dell'integrità degli ambiti di competenza assegnati dalla Costituzione ai diversi poteri dello Stato"³⁰. Fermo restando che la necessaria costruzione giurisprudenziale dell'istituto³¹ lo ha tenuto - sin dal lontano 1963³² - a debita distanza dall'idea di strumento volto ad operare in astratto, e dunque in via ipotetica, virtuale o consultiva, rimarcandone invero i necessari caratteri della "concretezza" ed "attualità"³³, è opportuno ribadire che solo fatti che insistono sul livello delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato sono capaci di incidere sull'interesse al conflitto determinando, a seconda del momento in cui si verificano, l'inammissibilità ovvero la cessata materia del contendere³⁴.

Nel caso di specie, la stessa determinazione alla sollevazione del conflitto da parte del Governo è successiva alla pronuncia di merito, a testimonianza di come quest'ultima non abbia assunto alcun rilievo sul piano del conflitto tra poteri. D'altronde, la casistica dei conflitti tra poteri dimostra che, laddove parte resistente sia il potere giudiziario, non è sufficiente, per far venir meno l'interesse al conflitto stesso, che successivamente all'atto ritenuto lesivo dal potere ricorrente intervenga una pronuncia favorevole a quest'ultimo, a meno che tale pro-

²⁹ Sul tema dell'interesse ad agire nei conflitti tra poteri, cfr. in part. G.L. CONTI, *L'interesse ad agire nei conflitti fra i poteri dello Stato*, in A. Pizzorusso - R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino 1997, 54 ss.; P. VERONESI, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 3219 ss.; A. SAITTA, *In tema di attualità dell'interesse al ricorso nei conflitti tra parlamento e magistratura*, in *Il Foro it.*, 2001, I, 1583 ss.

³⁰ Corte cost., sent. n. 139 del 2001.

³¹ Sul punto, *ex plurimis*, cfr. S. GRASSI, *Considerazioni sulle origini di una disciplina positiva incompleta*, in AA.VV., *Scritti in onore di E. Tosato*, III, Milano 1984, 541 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 449; P. VERONESI, *I poteri*, cit., 39; G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, cit., 1-3. Se si vuole, cfr. G. LANEVE, *Ulteriori precisazioni, a futura (si spera) memoria, della Corte costituzionale in tema di conflitti tra enti, dalla "manifestazione estrinseca della volontà di attribuirsi la titolarità del potere" al "tono costituzionale": nota a margine delle sentenze n. 86 e 87 del 2015*, in *federalismi.it.*, 17/2015, in part. 2.

³² Vedi Corte cost., sent. n. 164 del 1963, seppur emessa in sede di conflitto intersoggettivo.

³³ In argomento, *ex plurimis*, cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti*, cit., II, 74 ss.; A. PIZZORUSSO, *Conflitti*, cit., 387; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 302. Si veda Corte cost., sent. n. 420 del 1995, con il commento, interessante soprattutto per il profilo relativo all'interesse ad agire, P. VERONESI, *Conflitto tra poteri*, cit., e la celebre sentenza sui "pianisti", Corte cost., n. 379 del 1996, con le riflessioni di M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in parlamento e la rinascita degli «interna corporis»*, *ivi*, 1996, 3460 ss.

³⁴ *Ex multis*, cfr. A. CERRI, *Poteri dello Stato*, cit., 4. In altra occasione la Corte non ha ritenuto vi fossero gli estremi per ritenere cessata la materia del contendere se, successivamente alla proposizione del conflitto, il ricorrente avesse trovato una sua soddisfazione. Nel caso aperto con l'ord. 73 del 2006 (e poi "non deciso" con la sent. n. 241 del 2007 e, infine, risolto con sent. n. 26 del 2008), quello nel quale la Procura della Repubblica aveva proposto conflitto contro la Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Ilaria Alpi e Miran Hrovatin per avere questa negato la possibilità di svolgere accertamenti congiunti sulla vettura nella quale avevano trovato la morte i due giornalisti, la circostanza per cui sia intervenuta, in un momento successivo, la spontanea consegna della stessa vettura alla Procura ricorrente, "non fa venir meno l'attualità di un interesse all'accertamento della competenza, come interesse all'accertamento del rapporto oltre la semplice impugnativa dell'atto": così R. BORRELLO, *Il caso Alpi-Hrovatin ed il conflitto tra parlamento e magistratura: l'inchiesta di maggioranza diventa anche monocratica*, in *Giur. cost.*, 1/2006, 2559 ss., 2567.

nuncia non comporti anche una risoluzione (sempre in senso favorevole al ricorrente) della questione della spettanza delle attribuzioni³⁵.

Nel conflitto oggetto della decisione in commento, la questione della spettanza delle attribuzioni, che è stata la *ratio* del conflitto, è rimasta intatta, “congelata” al tempo della sentenza della Cassazione, non venendo per nulla scalfita dalla pronuncia del Giudice amministrativo.

Ragionando per ipotesi, l'unico caso in cui la pronuncia di merito del Tar avrebbe (probabilmente) potuto far venir meno l'interesse del Governo sarebbe stata quella di una decisione che avesse rimosso la lesione delle attribuzioni costituzionali (prodotta dalla sentenza della Cassazione) lamentata dal Governo e, dunque, una decisione che dichiarasse nuovamente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo “in favore” del Governo. Ipotesi, tuttavia, non configurabile, giacché la decisione della Cassazione, essendo stata *sulla* giurisdizione, è sul punto vincolante³⁶, secondo quanto riconosciuto dallo stesso Giudice amministrativo.

2.1. Le peculiarità di un conflitto tra poteri avente ad oggetto una pronuncia delle SS.UU. della Cassazione sulla giurisdizione

Non v'è dubbio che, sul piano processuale, l'aspetto più interessante risieda, come si anticipava all'inizio, nella straordinarietà di un conflitto che giudica ed annulla una sentenza della Corte di cassazione emessa per motivi di giurisdizione. Tale aspetto, a sua volta, può essere analizzato sotto due distinti profili, l'uno potremmo dire *interno*, che attiene al tipo di giudizio che la Corte è stata chiamata a svolgere; un secondo, *esterno*, dal gusto quasi *retrò*, che attiene al rapporto tra il conflitto tra poteri rimesso alla Corte costituzionale e i più risalenti conflitti di giurisdizione affidati alla Corte di cassazione. Entrambi i profili dicono qualcosa sull'istituto del conflitto tra poteri nel nostro assetto costituzionale.

³⁵ Può essere utile, in tal senso, guardare al caso deciso con la sentenza n. 469 del 1999 (sulla quale, in part., cfr. L. PESOLE, *Una discutibile scelta giurisdizionale determina la cessazione della materia del contendere*, in *Giur. cost.*, 6/1999, 3978 ss.). In tale occasione, il Giudice costituzionale, a fronte di un conflitto ex art. 68, comma 1, Cost., proposto però, contrariamente alla stragrande maggioranza dei conflitti appartenenti al tipo, dalla Camera di appartenenza del parlamentare contro il Giudice che aveva disposto proprio la prosecuzione del giudizio nonostante la delibera di insindacabilità emessa dal Senato, ha sì dichiarato la cessazione della materia del contendere, ma non in ragione del fatto che la pronuncia intanto intervenuta fosse stata (semplicemente) favorevole all'imputato, bensì perché questa, assolvendo il parlamentare con la formula “non punibile ai sensi dell'art. 68 della Costituzione” aveva deciso riconoscendo la spettanza del potere in contestazione in capo al soggetto ricorrente. Non c'è stata, quindi, la rimozione degli atti che avevano determinato il conflitto, ma “è, comunque, venuta meno la questione di spettanza delle attribuzioni, che costituiva l'oggetto del conflitto stesso, grazie all'inequivoco comportamento della parte resistente” (*IBIDEM*, 3982).

³⁶ Secondo quanto rilevato dallo stesso Governo ricorrente al punto 1.1. del Ricorso, allorché in riferimento alla pronuncia della Cassazione, parla della “c.d. “efficacia *pan processuale*” che assiste questo tipo di pronunce, in grado di vincolare tutti i giudici comuni anche in altro processo (cfr., *ex plurimis*, Cass. S.U. 13768/05), come, peraltro, oggi espressamente previsto dall'art. 59, comma primo, secondo periodo, della legge n. 69/2009”.

2.2. Il delicato rapporto tra il sindacato della Corte costituzionale e il giudizio della Corte di cassazione

Muovendo dal primo, può dirsi che il conflitto in esame, pur presentandosi *prima facie* in modo tale da evocare il modello originario dell'istituto, quello da *vindicatio*³⁷, in realtà si risolve, assecondando l'evoluzione giurisprudenziale e sistemica del conflitto fra poteri³⁸, in un conflitto da menomazione, cioè in una contestazione del *modus* di esercizio di un potere (nel caso, quello giurisdizionale) allorché questo determina una lesione nella sfera delle attribuzioni costituzionalmente garantite ad un altro potere (nel caso, il Governo)³⁹. Ci si ritrova, pertanto, su quanto messo in evidenza dalla dottrina più attenta ai temi qui in discussione, e cioè che l'importanza della distinzione concettuale tra *vindicatio* e *menomazione* tende a sfumare di fronte a quello che costituisce il *fulcro* attorno al quale ruota l'intero tema dei conflitti⁴⁰, ovvero il tipo di sindacato che la Corte deve svolgere, che è (sempre) sul *modo di esercizio del potere*.

Non pare dubitabile che quando tale sindacato si svolga sul potere giudiziario⁴¹, e a maggior ragione se coinvolge una decisione della Cassazione, il fronte della questione diventi più spinoso, quasi che in siffatte ipotesi l'esigenza di apporre un limite alla "forza espansiva"⁴² del sindacato sul "cattivo uso del potere"⁴³ si faccia più stringente stante il ruolo che il potere giurisdizionale è chiamato a ricoprire nell'assetto costituzionale.

³⁷ In tema, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 434; M. MAZZIOTTI, *I conflitti*, cit., 66; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto*, cit.; A. PISANESCHI, *I conflitti*, cit., 324 ss.

³⁸ La dottrina più attenta ha da tempo sottolineato come, ben presto, la Corte abbia dovuto constatare che l'ambito dei conflitti di attribuzione non poteva, in un'ottica schiacciata sulla netta separazione delle competenze, ridursi alla risoluzione di contrasti nascenti da usurpazione di potere, ma dovesse adattarsi a una realtà ben più complessa in cui il criterio informatore fosse quello della coordinazione e collaborazione tra gli enti. Su tutti, v. S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., 370. P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 7, evidenzia come "in un sistema politico-istituzionale caratterizzato dall'esistenza di rapporti e condizionamenti reciproci tra i vari poteri, le più probabili ipotesi di conflitto emergono proprio negli snodi delle rispettive attribuzioni, e quindi non già secondo il semplicistico schema della *vindicatio*". Secondo A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, 301 i conflitti da *vindicatio* sono visti come ipotesi "ormai molto improbabili", essendo quasi "sciocco e folle", da parte di un potere, rimettere in discussione le attribuzioni costituzionalmente previste.

³⁹ Ancora S. GRASSI, *ult. cit.* e P. VERONESI, *ult. cit.* Torna ancora utile quanto affermato nel Ricorso introduttivo, p. 1.2: "le Sezioni Unite della S.C. - nello statuire, con la (...) pronuncia n. 16305/13, la sindacabilità, ad opera del giudice comune (...) del diniego, opposto dal Consiglio dei Ministri, all'avvio delle trattative per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, co. 3, Cost. - hanno illegittimamente esercitato il loro potere giurisdizionale, arrecando un grave *vulnus*, quantomeno sotto il profilo della sua menomazione, alla funzione di indirizzo politico, come tale assolutamente libera nel fine (...), che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa (cfr. artt. 7, 8, co. 3, 92 e 95 Cost.)".

⁴⁰ P. VERONESI, *I poteri*, cit., 8.

⁴¹ Per una ricostruzione dei percorsi che hanno portato ai conflitti da menomazione anche sugli atti giurisdizionali, cfr. M.R. MORELLI, *La Corte costituzionale sui limiti del sindacato esercitabile in sede di conflitto su provvedimenti giurisdizionali*, in *Giust. civ.*, 1982, 126 ss.; *Id.*, *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile su provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni (a proposito della sentenza n. 285 del 1990 della Corte costituzionale, che ha annullato una decisione della Corte di cassazione)*, *ivi*, 1991, 257 ss. In particolare, l'A. mette in evidenza come il problema dei limiti del controllo esercitabile dalla Corte costituzionale in sede di conflitto si sia posto in termini reali agli inizi degli anni Settanta, allorché l'indirizzo giurisprudenziale volto a sancire il carattere diffuso del potere giudiziario si incrociò con quello teso ad ampliare le ipotesi di conflitto anche alla menomazione delle competenze.

⁴² Così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 436.

⁴³ *Ex multis*, V. CRISAFULLI, *Cattivo uso del potere e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 1980, 220 ss.

Come ampiamente noto, la giurisprudenza costituzionale ha perimetrato lo spazio di ammissibilità dei conflitti aventi ad oggetto atti giurisdizionali a solo quelli volti a far valere i c.d. “limiti esterni” alla giurisdizione (quelli, cioè, attinenti la verifica della sussistenza dei presupposti, oggettivi e soggettivi della stessa), ritenendo al contrario inammissibili i conflitti proposti per far valere i “limiti interni”, ovvero gli *errores in procedendo* e *in iudicando*, giacché in tale ultima ipotesi i conflitti si trasformerebbero in un ulteriore (ed improprio) mezzo di impugnazione⁴⁴. A volte, tuttavia, i confini di tale spazio non sono stati rispettati con assoluto rigore. Le ipotesi in cui la Corte costituzionale ha proceduto all’annullamento di una decisione della Corte di cassazione ne sono una, anche se non l’unica, dimostrazione⁴⁵.

Non ci si riferisce tanto al caso storico della sentenza n. 285 del 1990⁴⁶, in cui per la prima volta il Giudice costituzionale ha annullato una pronuncia del Supremo Collegio, e non perché questo riguardava un conflitto intersoggettivo⁴⁷, quanto perché esso, al di là delle apparenze, può ricondursi, come messo in luce da autorevole dottrina⁴⁸, al tradizionale indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato, visto che l’atto giurisdizionale che disapplicò una legge regionale è stato ritenuto *abnorme* e, come tale, al di fuori della giurisdizione⁴⁹. Ci si riferisce, piuttosto, a quello ben più recente in cui la Corte costituzionale, tornando ancora una volta sul delicatissimo tema del segreto di Stato, con la sentenza n. 24 del 2014⁵⁰, per la prima

⁴⁴ *Ex multis*, e in maniera molto chiara, Corte cost, ord. n. 334 del 2008, nota pronuncia sulla vicenda “Englaro”, sulla quale, tra i tanti, soprattutto per i profili che qui interessano, v. R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49 ss. Fortemente critico nei confronti di un riesame delle interpretazioni del diritto compiute da un (qualunque) giudice da parte (persino) della Corte costituzionale è stato A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 214, nota 29, che ha parlato, qualora si ammettesse un’ipotesi simile, di riesumazioni di istituti medievali “superati dal progresso della civiltà”. Vedi in tema M. MANETTI, *Disapplicazione di legge regionale e conflitti su atti giurisdizionali*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano 2006, 451 ss.

⁴⁵ Cfr. G. AMOROSO, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2016, 1951 ss.

⁴⁶ A commento della quale, cfr. M. D’AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 6/1990, 1789 ss.; G. DEMURO, *Brevi note in tema di disapplicazione giudiziaria delle leggi*, in *Giur. cost.*, 3/1991, 2376 ss.; S. BARTOLE, *Conflitti di attribuzioni*, cit.; M.R. MORELLI, *Ancora sui limiti*, cit.; M. MANETTI, *ult. cit.*

⁴⁷ Vedi M. D’AMICO, *ult. cit.*

⁴⁸ M. R. MORELLI, *ult. cit.*, 262.

⁴⁹ *IBIDEM*, 263.

⁵⁰ Per i commenti, cfr. A. PACE, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, in *Giur. cost.*, 1/2014, 389 ss.; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, *ivi*, 394 ss.; A. ANZON, *Disarmonie tra Corte costituzionale e Corte di cassazione in tema di segreto di Stato*, *ivi*, 2/2014, 1927 ss. La conflittualità tra potere esecutivo e potere giudiziario in tema di segreto di Stato ha generato, nell’ultimo ventennio, numerose decisioni del Giudice costituzionale: ci si riferisce, in particolare alle sentt. nn. 110 e 410 del 1998; 487 del 2000; 124-5, 139 del 2007; 106 del 2009; 40 del 2012. Per la dottrina a commento, cfr., *ex plurimis*, T.F. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.*, 2/1998, 1226 ss.; ID., «A ciascuno il suo»: *il segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2012, 404 ss.; P. VERONESI, *Vecchi segreti (e sempre attuali ritardi) di Stato*, in www.forumcostituzionale.it, 2001; M. PERINI, *Segreto di Stato, avanti con leggerezza: due ordinanze, quattro ricorsi e un probabile assente, il conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 3/2007, 2311 ss.; A. ANZON, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, *ivi*, 2/2009, 1020 ss.; ID., *La Corte abbandona definitivamente all’esclusivo dominio dell’autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, *ivi*, 1/2012, 534 ss.; A. PACE, *Sull’asserita applicabilità all’imputato dell’obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull’insussistenza dei “fatti eversivi” come autonoma fattispecie di reato*, *ivi*, 1/2012, 526 ss.

volta in sede di conflitto tra poteri⁵¹, ha annullato una decisione della Cassazione attraverso un giudizio che, insistendo sull'interpretazione del quadro normativo proposta dal Giudice di legittimità⁵², ha di fatto rimesso in discussione quei confini sopra evidenziati e, in particolare, il rapporto *tra* Corte costituzionale e Corte di cassazione, che si traduce nel *tipo* di giudizio che la prima può compiere *sull'operato* della seconda⁵³. Si tratta di un rapporto in cui, come ha detto Adele Anzon, "il rischio di tensioni è fisiologico"⁵⁴ e che incide pesantemente sul ruolo delle due Corti nel sistema.

Anche nel caso in commento, nonostante le "rassicurazioni" espresse dalla motivazione della sentenza⁵⁵, il problema relativo all'individuazione dei rispettivi confini tra Corte costituzionale e Corte di cassazione pare porsi comunque, visto che si è dinanzi a un *giudizio* che ha ad oggetto un altro (precedente) *giudizio*, soprattutto allorché è evidente che la Corte costituzionale, come riconosciuto dai primi commenti, ha di fatto re-interpretato (cioè interpretato in maniera diversa rispetto a quanto fatto dalla Cassazione)⁵⁶ le disposizioni costituzionali in tema di intese e, in special modo, l'art. 8, comma 3, Cost.

2.3. Conflitti in tema di giurisdizione e conflitti costituzionali

Passando al profilo *esterno*, il fatto che la Corte costituzionale abbia giudicato una sentenza della Cassazione resa in sede di ricorso *ex artt.* 111, u.c., Cost. e 362 c.p.c., cioè per motivi inerenti la giurisdizione, rappresenta un *unicum* nel panorama della giurisprudenza costituzionale e merita di essere altresì sottolineato perché offre l'occasione per rinfrescare la memoria su questioni dibattute in tempi lontani e che, tuttavia, trovano proprio oggi nuovi motivi di interesse. Fu già Alfonso Tesauro, nella sua nota *Relazione* alla Camera dei Deputati del 1950, a evidenziare come l'identificazione dei conflitti *ex art.* 134 Cost. sarebbe stata "una tra le più elevate dispute" scaturenti dall'interpretazione della Costituzione⁵⁷.

La definizione dei conflitti inseriti in Costituzione era operazione che ricomprendeva inevitabilmente al suo interno il rapporto tra questi e i precedenti conflitti, anche di giurisdizione⁵⁸, spettanti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione a partire dal 1877⁵⁹, dopo la

⁵¹ Lo evidenzia A. ANZON, *Disarmonie*, cit., 1936.

⁵² Come rileva ancora *IBIDEM*, 1936-7, anche nel caso "Cossiga" la Corte costituzionale si addentrò nel merito delle valutazioni fatte dalla Corte di cassazione, giungendo tuttavia, con la sentenza n. 154 del 2004, a una dichiarazione di spettanza del potere in favore del Giudice di legittimità.

⁵³ In tema, cfr. C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova 1989.

⁵⁴ A. ANZON, *ult. cit.*, 1935.

⁵⁵ Si veda in particolare il punto 3.2 del Considerato in Diritto.

⁵⁶ Cfr. A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it.*, 6/2016, in partt. 9-10.

⁵⁷ A. TESAURO, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente*, A.C. n. 469-A, 13.

⁵⁸ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia*, cit., in part. 403. Sia consentito un rapido richiamo al concetto di giurisdizione: cfr., *ex multis*, S. Satta – C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, 14 dove si ricorda che "se è vero che l'ordinamento è giuridico, ciò significa che esso ha una esigenza assoluta di realizzazione, di essere nel concreto". La giurisdizione è "la risoluzione dell'ordinamento nel giudizio" tramite il giudice. Ciò evidenzia in maniera perfetta la sua etimologia di *jus dicere*. Ancora, in termini generali, valga sempre l'insegnamento di E. RE-

breve parentesi che, sulla scia della tradizione francese⁶⁰, aveva affidato al Consiglio di Stato la veste di “giudice” dei conflitti⁶¹.

La competenza riconosciuta alla Corte di cassazione ha rivestito un’indubbia valenza politico-istituzionale⁶² e, al di là delle critiche che le sono state mosse⁶³, ha rappresentato,

DENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione (1915)*, ora in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano 1962, 227 ss.

⁵⁹ E’ stata, come noto, la legge 31 marzo 1877, n. 3761 a trasferire la competenza sui conflitti originariamente affidata al Consiglio di Stato (prima dalla legge sarda 20 novembre 1859, n. 3780 e poi estesa a tutto il territorio nazionale dall’art. 13 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E) alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (a loro volta istituite nel frattempo con la legge 12 dicembre 1875, n. 2832). Sulle non poche contraddizioni della legge del 1865, cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1977, 15-16; L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli 1960. Sulle discussioni che portarono dalla legge del 1865 a quella del 1877, cfr. quanto affermato da I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano 2007, 143, che parla di “montagna” che però, “generò, purtroppo, un topolino”. F. AMIRANTE, *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in AA.VV., *La Cassazione civile*, A. PROTO PISANI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, I, Torino 1998, 681 ss., 682-3, ha rilevato che “in un sistema di giurisdizione unica, i rapporti tra organi giurisdizionali e P.A. non si sarebbero dovuti concepire in termini di conflitto, bensì di accertamento dell’esistenza o inesistenza del diritto. Ed è significativo che, pur recando il titolo «norme sui conflitti di attribuzione», tale espressione non si rinviene nel testo della legge”. C. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i «motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, u.c. Costituzione)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, I, Milano 1965, 297 ss., 300, nota come più esattamente la legge avrebbe dovuto intitolarsi “ai conflitti di giurisdizione e di attribuzione” visto che soprattutto dei primi si occupò prevalentemente. In tema, cfr. S. GRASSI, *Conflitti*, cit., 364-5.

⁶⁰ Fondamentale è il rinvio a F. CIPRIANI, *Il regolamento*, cit., 4-5, il quale spiega che “all’indomani della rivoluzione dell’89, ad onta della solenne proclamazione del principio della separazione dei poteri, l’Assemblea nazionale francese (...) adottò severe misure per indebolire l’autorità giudiziaria e per evitare che i giudici ordinari, temuti paladini dell’ancien regime, vanificassero la portata innovativa delle nuove leggi e imbrigliassero l’attività dell’esecutivo”. In questo disegno, la legge 7-14 ottobre 1790 adeguò ai tempi l’antico istituto dell’avocazione reale: i conflitti fra i tribunali e i corpi amministrativi furono riemessi alla decisione del re, quale “superiore comune delle due attività”. Nacque così “l’istituto dei conflitti, destinato ad essere in breve torno di tempo perfezionato con l’istituzione del tribunale del contenzioso. La separazione dei poteri, si spiegava, non consentiva che il giudiziario giudicasse l’esecutivo e “il conflitto è il mezzo accordato al potere amovibile e responsabile per difendersi contro il potere inamovibile e irresponsabile” (qui l’Autore cita le parole di Couvier). Cfr. V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, III, Milano 1897, 801. Sulla natura di rimedio “a senso unico” a favore dell’esecutivo, e non già di istituto tra “pari”, cfr. A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte*, cit. 197. Cfr. G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziarie e amministrative in Italia*, I, Firenze 1871, che spiega come bisognerebbe attendere l’Ordonnance du 1 juin 1828 relative aux conflits d’attribution entre les tribunaux et l’autorité administrative perché si ponga in qualche modo il problema di arginare la pubblica amministrazione. In tema cfr. H. COLLIGON, *Des conflits d’attribution*, Paris 1882, 28, per il quale ciò che contava non era il fondamento del conflitto, bensì il “semplice” fatto che lo si sollevava. Sulle differenze con l’esperienza francese, cfr. A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, Milano 2000, 3239 ss.; G. PALEOLOGO, *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, Milano 1998. Vedi L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, ad vocem, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1989, 388 ss.

⁶¹ Vedi, *ex multis*, F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna 2011, 93 ss. Tra chi contestava il riconoscimento di tale funzione al Consiglio di Stato, in quanto organo non giurisdizionale, ma amministrativo, cfr. G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Conflitti di attribuzione. Trattato teorico-pratico*, Firenze 1873, in part. 103 ss.

⁶² Così recent. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2013, 353 il quale spiega che tale rilevanza è dovuta al fatto che “al centro vi sta la questione della separazione amministrazione – giurisdizione, e dei limiti alla materia giurisdizionale”. L’Autore ricorda anche quanto sostenuto da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1976, 177, e cioè che nella regolazione data dalla legge del 1877 particolare rilievo ebbe la “ragion di Stato” e la devoluzione alle SS.UU. scaturì da un misto tra “ragioni garantistiche (...) e la maggiore tranquillità che all’esecutivo veniva dal fatto che (...) fosse chiamato a pronunciare (...) un solo giudice più vicino al governo, per sede e ideologia”. Secondo C. CERETI, *op. cit.*, 300, il merito della legge del 1877 fu quello di “aver costituito un inizio di attuazione

come sostenuto da autorevole dottrina processualcivilistica, “una grande tappa della lenta e graduale evoluzione dei travagliati rapporti tra autorità giudiziaria e potere esecutivo, tra un’autorità che aspirava legittimamente a diventare un vero e proprio (autonomo e indipendente) potere dello Stato, e un potere che, per l’incalzare dei tempi, era costretto a ricorrere a strumenti sempre più sottili e inevitabilmente più subdoli per toglierle con una mano quello che pur sentiva di doverle dare con l’altra”⁶⁴. Come noto, la disciplina del 1877 è stata poi, in qualche modo, e quindi non senza discussioni⁶⁵, trasfusa nel Codice di procedura civile del 1942.

Occorre ricordare come tra la legge del 1877 e il Codice di procedura civile del 1942, l’art. 48 del t.u. Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054) aveva previsto il ricorso per cassazione, seppur solo per difetto assoluto di giurisdizione, contro le decisioni del Consiglio di Stato⁶⁶. Disposizione in qualche modo ripresa oggi nel nuovo codice del processo amministrativo ex d.lgs n. 2010 (art. 110), ma con una portata più ampia, visto che il rimedio del ricorso per cassazione contro le sentenze del Supremo Giudice amministrativo (al pari della Corte dei conti) è previsto per i soli motivi inerenti la giurisdizione⁶⁷, come peraltro già stabilito nell’art. 111, ultimo comma, Cost.⁶⁸, e ribadito nell’art. 362, comma 1, c.p.c.

pratica del principio, teoricamente già accolto con la legge del 1865, di una disciplina unitaria di tutta la funzione giurisdizionale posta sotto il controllo dell’organo supremo dell’ordine giudiziario”.

⁶³ Cfr. A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, 453 che parla di correzione formale e non sostanziale; S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato*, cit., III, 1192-3. Recent., cfr. I. ZINGALES, *op cit.*, 147, per il quale “ci si trovava, dunque, di fronte a una riforma che, nella sostanza, nulla riformava e ad un cambiamento operato affinché nulla cambiasse. La volontà politica che prevalse fu quella di attribuire alla Corte di cassazione romana il potere di giudicare sulla proponibilità della domanda nei confronti della pubblica amministrazione e, se del caso, di dichiarare, insindacabilmente ed al di fuori del sistema dei gradi, l’ ‘incompetenza’ dell’autorità giudiziaria. Quello stesso potere, quindi, attribuito fino al 1877 al Consiglio di Stato”. F. CAMMEO, *Il regolamento dei conflitti fra le giurisdizioni speciali*, in *Giur. it.*, 1906, 373 ss.; L. MORTARA, *Sui rapporti tra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali a norma delle Leggi 31 marzo 1877 e 17 agosto 1907*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, 50 ss.; A. MANCA, *Conflitti di attribuzione e conflitti di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, 100 ss.

⁶⁴ F. CIPRIANI, *Il regolamento*, cit., 67. Si veda anche C. CERETI, *Impugnabilità*, cit., 303, il quale mette in evidenza come una, o addirittura la principale innovazione della legge del 1877, consisteva nel fatto che “contro le decisioni delle autorità giurisdizionali speciali l’impugnativa non fu più riservata ai rappresentanti dei poteri che avessero sofferto usurpazione di attribuzione (...), bensì fu consentita a qualsiasi parte in causa, estendendosi così la proponibilità del giudizio da un campo meramente formale di rapporti tra poteri a quello sostanziale e più vasto della retta risoluzione delle questioni sulla giurisdizione dell’organo speciale che aveva pronunciato la decisione”.

⁶⁵ Solo per completezza si riportano le due tesi, la prima secondo la quale la disciplina codicistica ha abrogato la legge del 1877 (cfr. G. GUGLIELMI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in AA.VV., *La Corte costituzionale: raccolta di studi*, Roma 1957, 405; M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, 171; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954, 463); la seconda, in base alla quale si sarebbe trattato di semplice conferma senza abrogazione (cfr. L. RAGGI, *I conflitti di attribuzione e la Corte costituzionale*, in *Nuova Rass. leg. dottr. giur.*, 1948, 741-2).

⁶⁶ Sul ricorso in Cassazione avverso le pronunzie del Consiglio di Stato, cfr., *ex plurimis*, M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova 2005; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino 2005; F. MAZZARELLA, *Cassazione. Diritto processuale civile, ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma 1993.

⁶⁷ Cfr. F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma 2012, 1012-1013. Vedi anche V. CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1994, 299.

⁶⁸ Parte della dottrina ritiene che il Costituente non ha inteso prendere esplicita posizione sulla

2.3.1 Le posizioni della dottrina

Le dispute - dall'indubbio "sapore accademico"⁶⁹ - attorno al rapporto tra *quei* conflitti (rimessi alla Cassazione) e *questi* (riconosciuti alla Corte costituzionale)⁷⁰, sorte sin dai tempi dell'introduzione della Corte nel sistema⁷¹, e alimentatesi grazie alle elaborazioni della dottrina costituzionalistica e processualcivilistica⁷², fecero fatica a sopirsi, nonostante il punto "fermo" posto dall'art. 37, comma 2, della legge n. 87 del 1953, a norma del quale venivano espressamente fatte salve le (precedenti) norme sulle questioni di giurisdizione⁷³.

La diffidenza verso l'organo di nuova istituzione, unita al timore di non depotenziare in partenza un organo al quale si voleva affidare un ruolo fondamentale nel nuovo assetto ordi-

definizione della giurisdizione, preferendo individuarne taluni aspetti o sintomi, così G. SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano 1993, 198-99. A ciò si collega anche un'assenza di totale chiarezza ed omogeneità attorno alla natura delle funzioni esercitate dalla Cassazione: "è un luogo comune quello che intravede della Cassazione una concezione semplice ed univoca", *Id.*, 200-01. Vedi anche G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica*, cit., in part. 108, laddove conclude (una prima parte del lavoro) affermando che dalla giurisprudenza costituzionale emerge una nozione di potere giudiziario "diviso nella giurisdizione" e "diviso tra le giurisdizioni".

⁶⁹ Così V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile, II, Processo di cognizione*, Napoli 1956, 526. L'Autore si schierava a favore della tesi "estrema" per cui i conflitti sarebbero divenuti tutti di competenza della Corte costituzionale.

⁷⁰ Si veda, in punto, la distinzione operata da F. MODUGNO, *Eccesso di potere, I) Profili generali, ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, 4.

⁷¹ Sia consentito, sul punto, il rinvio al mio G. LANEVE, *La Giustizia costituzionale*, cit., in part. 208 ss.

⁷² Cfr. G. AZZARITI, *I limiti della giurisdizione nel nuovo Codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1941, IV., 33 ss.; G. ZANOBINI, *I conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo Codice di procedura civile*, in *Foro amm.*, 1942, IV., 1 ss.; S. LESSONA, *Lacune in tema di regolamento preventivo di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 228 ss.; P. GASPARRI, *Corte costituzionale e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. it.*, 1949, IV, 17 ss.; M. RUINI, *La Corte costituzionale nella Costituzione italiana*, in *Riv. amm.*, 1949, 227 ss.; M. LA TORRE, *I conflitti di attribuzione*, in *Amm. it.*, 1949, 556 ss.; F. BENVENUTI, *Conflitto di attribuzione e regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss.; E. REDENTI, *Il «conflitto di attribuzioni» nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, (1948), ora in *Id.*, *Scritti e discorsi giuridici*, cit., I, 279 ss.; S. POMODORO, *Per una più esatta definizione del conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 474 ss.; E. CANNADA BORTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Milano 1970; A. MANCA - A. BERRUTI, *Conflitto, ad vocem*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1959. Più recent., A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione*, cit., 199 ss.; L. PESOLE, *I giudici*, cit., in part. 9-29; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino 2009, 4 ss.

⁷³ L. PESOLE, *I giudici*, cit., 38, fa notare come la dottrina si concentrò sulla questione soprattutto a cavallo dell'entrata in vigore della legge n. 87 del 1953. La stessa A. evidenzia anche la differenza terminologica usata in sede di legge n. 87 - che parla appunto di "questioni" di giurisdizione - rispetto a quella codicistica che parla, invece, in maniera forse impropria, di "conflitti", differenza che probabilmente racchiude in sé la diversità degli istituti (*IBIDEM*, 32). E' opportuno evidenziare che la "astrattezza" e la genericità delle soluzioni proposte dal legislatore del 1953 furono in un certo modo un esito costretto "in una fase in cui il nuovo ordinamento costituzionale aveva avuto solo parzialmente attuazione e la definizione dei «conflitti» poteva influire in modo determinante (ma non facilmente prevedibile) sul ruolo che nel sistema avrebbe assunto il nuovo giudice costituzionale", così S. GRASSI, *Conflitti*, cit., 367. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 372, parla di un disegno abbozzato nell'art. 134, comma 2, e "malamente ed incompiutamente svolto dalla legge n. 87". Per i dubbi che permangono tutt'oggi, cfr. E. CASERTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed., Milano 2014, 688, per il quale "va ribadita la difficoltà di operare una netta distinzione tra conflitti di attribuzione risolti dalla Corte costituzionale e conflitti di giurisdizione risolti dalla Corte di cassazione: si pensi al conflitto tra potere amministrativo e potere giurisdizionale che involga anche questioni di giurisdizione, come nell'ipotesi in cui l'amministrazione, evocata in giudizio, affermi di essere, nel caso, immune da qualsiasi sindacato giurisdizionale (...) La linea distintiva andrebbe ricercata nel fatto che, nel caso di conflitto di attribuzione, il conflitto tra poteri non si esaurisce all'interno del singolo processo, ma si riferisce alla contestata possibilità per uno dei poteri di esercitare attribuzioni costituzionalmente riconosciute".

namentale⁷⁴, hanno certamente contribuito a delineare una prima fase in cui regnava una certa confusione. Il nodo critico, in particolare, fu proprio quello relativo al riconoscere o meno la competenza della Corte costituzionale sui conflitti tra potere giudiziario e potere esecutivo⁷⁵. A ben vedere, infatti, proprio attorno a queste ipotesi, che davano luogo alla fattispecie dell'eccesso di potere inteso come "straripamento" di potere⁷⁶, si poneva in termini più realistici il problema della duplice competenza tra Corte di cassazione e Corte costituzionale: invero le altre, il difetto del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali o addirittura del giudice italiano rispetto a quello straniero, ugualmente previste dall'art. 37 c.p.c., non davano luogo a situazioni configurabili come veri e propri "conflitti"⁷⁷.

La dottrina più sensibile al tema dei conflitti costituzionali ha parlato di "riesumazione" dell'istituto dei conflitti in occasione della Costituente, seppur sotto una luce diversa rispetto a quella che illuminava i conflitti di derivazione francese: non si voleva più garantire all'esecutivo una sfera di libertà da controlli giurisdizionali, quanto, al contrario, "assoggettare tutti i poteri ad un tipo di controllo che venisse a perfezionare e completare l'idea dello "Stato di diritto" fino a quel momento incompletamente realizzata mediante l'opera della giustizia amministrativa"⁷⁸.

Con il passare del tempo, e soprattutto con l'effettivo inserimento della Corte nel tessuto dei poteri, è via via prevalsa l'idea, supportata con intensità diverse da autorevole dottrina⁷⁹, per cui i conflitti costituzionali affidati alla Corte fossero qualcosa di ben diverso dai precedenti conflitti rimessi alla Cassazione, stante i piani distinti sui quali i due Giudici andavano ad insistere: quello limitato all'ambito del processo nel caso della Cassazione (quale giudice della giurisdizione) e quello del sistema degli equilibri derivante dal rispetto delle sfere costituzionali di attribuzioni nel caso della Corte costituzionale (quale giudice dei conflitti tra i poteri)⁸⁰. Una soluzione che, pur presentando contorni non sempre nitidi⁸¹, ha di fatto

⁷⁴ Sempre opportune sul punto le ricostruzioni di S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano 1985, 51 ss.

⁷⁵ Per una ricostruzione delle diverse tesi sul punto, cfr. L. PESOLE, *I giudici*, cit., 36.

⁷⁶ In tema, doveroso è il rinvio a F. MODUGNO, *Eccesso di potere*, cit., 3 il quale ricorda che "nel rapporto tra «potere giurisdizionale» e «potere amministrativo» il solo «straripamento» oggi positivamente riconoscibile (...) è quello del primo nei confronti del secondo e non viceversa, risolvendosi quest'ultimo, secondo la maggiore o minore gravità dei casi, in carenza di potestà, oppure in vizio di illegittimità (...) del provvedimento amministrativo".

⁷⁷ Ancora L. PESOLE, *ult. op. cit.*, 38. Si veda anche l'art. 41 c.p.c. il quale prevede due competenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione rispetto alla pubblica amministrazione: 1) l'amministrazione che sia parte in causa può (finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado) chiedere alla Cassazione di risolvere le questioni di giurisdizione ex art. 37 c.p.c. e 2) l'amministrazione che non sia parte in causa può, tramite decreto del Prefetto (in ogni stato e grado del processo) chiedere di dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

⁷⁸ A. PIZZORUSSO, *La magistratura*, cit., 199. Già F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., 700. La stretta connessione tra l'introduzione nel nostro sistema costituzionale dell'istituto del conflitto tra poteri e l'estensione del principio di legalità proprio dello Stato di diritto emerge altresì in F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Il disegno originale e la realtà attuale*, Milano 1980, 202 e ripreso da R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 119. V. anche E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1999, 60 ss.

⁷⁹ *Ex multis*, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 375.

⁸⁰ *IBIDEM*, secondo il quale "la differenza tra i conflitti di attribuzione introdotti dall'art. 134 Cost. ed i conflitti già noti nella nostra esperienza legislativa e giurisprudenziale (...) balza in piena luce se si considera che, in

consentito sul piano soprattutto teorico, stante il ritardo con cui il conflitto tra poteri si è affacciato nel panorama della giurisprudenza costituzionale⁸², la coesistenza dei due istituti nell'ordinamento senza che si creassero pericolose interferenze⁸³. La competenza della Corte costituzionale, in altri termini, si poneva come *aggiuntiva* e non già *sostitutiva* di quella della Cassazione⁸⁴.

Lo stesso Mortati si è chiesto se fra i conflitti devoluti alla Corte costituzionale rientrassero proprio quelli, prima demandati alle Sezioni Unite della Cassazione, insorgenti fra l'autorità giudiziaria, cui veniva sottoposto l'esame di legittimità di un atto dell'amministrazione, e l'amministrazione stessa, allorché questa affermasse l'assoluta incompetenza del giudice a sindacare l'atto in ragione proprio del fatto che fosse espressione di un'attività del tutto discrezionale⁸⁵. Dopo aver ricordato le due tesi estreme, la prima che non vedeva per nulla innovato il quadro precedente, e la seconda che, al contrario, teorizzava uno spoglio totale della Cassazione⁸⁶, Mortati espresse il suo favore per una tesi "in certo modo intermedia": la decisione spettava, in prima battuta, alla Cassazione, divenendo la Corte costituzionale "competente solo quando, avutasi la pronuncia della cassazione, il governo creda di adire la corte, in appello contro la medesima"⁸⁷.

questi ultimi, le autorità giurisdizionali confliggenti non sono parti davanti alla Cassazione (parti rimangono quelle del processo o dei processi in cui la questione era insorta), laddove nel caso dei conflitti di attribuzione ex art. 134 Cost., dinanzi alla Corte costituzionale parti sono proprio e soltanto gli organi che tra loro controbattono sui limiti delle rispettive sfere di attribuzioni". Si veda anche L. VERRIENTI, *Conflitti*, cit., 395, per il quale "la determinazione dei criteri di discriminazione tra i conflitti processuali di attribuzione e di giurisdizione e i conflitti costituzionali tra i poteri dello Stato, compresi quelli tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione, è in funzione della qualità «costituzionale» del conflitto, cioè della natura o del livello costituzionale delle questioni di giurisdizione intercorrenti tra potere giudiziario e potere amministrativo".

⁸¹ Vedi ancora la stessa L. PESOLE, *ult. cit.*, 35.

⁸² *Ex multis*, ancora V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 372.

⁸³ L. PESOLE, *ult. cit.*, 35. "il mantenimento in vigore delle norme relative alle questioni di giurisdizione (...) trova (...) la sua principale giustificazione nel fatto che i conflitti introdotti dalla Costituzione rappresentano uno strumento radicalmente nuovo rispetto al passato e, proprio per questo, capace di convivere con quegli istituti che sono scaturiti dall'evoluzione legislativa svoltasi nell'ordinamento italiano, in materia di rapporti tra poteri, dalla metà del secolo scorso in poi. Le due sfere di competenza possono coesistere perché l'ambito di applicazione e le finalità degli istituti disciplinati dal codice di procedura civile non sono gli stessi dei conflitti costituzionali".

⁸⁴ In termini di complementarità e non di alternatività si è espresso G. ZAGREBELSKY, *Processo*, cit., 700, secondo il quale la competenza della Corte di Cassazione, fatta salva dall'art. 37 cpv. della legge n. 87 del 1953 e riconosciuta dall'art. 111 Cost., anche nel caso possibile di "strumento concesso alla pubblica amministrazione per difendere l'ambito dei suoi poteri dalle intromissioni della giurisdizione", non dà luogo a un vero e proprio "conflitto", bensì a una "richiesta speciale di accertamento della carenza di giurisdizione dell'autorità procedente. Si tratta quindi di una verifica sul presupposto primo del giudizio, l'esistenza della giurisdizione, eccezionalmente attribuita, fuori dell'ordine temporale delle fasi successive del giudizio, alla Corte di cassazione". V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 375. Anche F. MODUGNO, *Eccesso di potere*, cit., 4 parla di assunto difficilmente contestabile quello per cui una volta che l'amministrazione sia risultata soccombente in un conflitto di giurisdizione, il Governo possa poi sollevare conflitto di attribuzioni contro il potere giudiziario innanzi alla Corte costituzionale.

⁸⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Padova 1955, 654-55.

⁸⁶ *Ex multis*, cfr. V. ANDRIOLI, *ult. cit.*, 526.

⁸⁷ C. MORTATI, *ult. cit.*, 655. E' anche la tesi di R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitti di)*, ad *vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, 295-6. Per una critica a tale posizione, cfr. L. PESOLE, *I giudici*, 39 ss.

2.3.2. I precedenti giurisprudenziali poco indicativi e la (più) recente pronuncia n. 81 del 2012

Occorre chiarire che un conto è il verificarsi di questa situazione, cioè una pronuncia sulla giurisdizione della Cassazione, poi passibile di conflitto tra poteri dinanzi la Corte costituzionale, che per altro è esattamente la fattispecie realizzatasi nel caso in esame per la prima volta; altro è dedurre da ciò che affinché vi possa essere un conflitto tra poteri su questioni di giurisdizione sia necessario attendere la pronuncia della Cassazione ex art. 111, u.c., Cost. e 362 c.p.c. Una siffatta ipotesi è stata di fatto smentita dalla giurisprudenza costituzionale. Lo dimostra non tanto il fatto che la tesi che ha visto il potere giudiziario legittimato a stare in conflitto solo attraverso l'organo di vertice è stata superata dalla concezione del potere giudiziario come potere diffuso, visto che, come è stato fatto notare⁸⁸, nella decisione sulla giurisdizione, la Cassazione potrebbe anche non essere intesa in senso proprio quale giudice di ultima istanza, ma come giudice titolare di una "sua" competenza peculiare; quanto, piuttosto, il fatto che la stessa Corte, in alcune "storiche" pronunce⁸⁹, ormai non più recentissime, abbia deciso conflitti tra potere esecutivo e potere giudiziario, che potevano anche essere risolti ex artt. 41 e 368 c.p.c., senza ritenere necessario attendere la pronuncia della Cassazione⁹⁰. Per di più, in tali casi, il Giudice costituzionale è andato a fondo nell'indagine del processo logico seguito dall'autorità giurisdizionale, al punto che per alcuni si è comportato quale giudice dell'impugnazione⁹¹.

Qualche, a dire il vero timida, indicazione potrebbe essere rintracciata nella sentenza n. 99 del 1991, non a caso segnalata da attenta dottrina come primo caso in cui si pone il problema del rapporto tra conflitti di attribuzione e questione di giurisdizione⁹², emessa in sede di conflitto tra enti avente ad oggetto un atto giurisdizionale⁹³. La Corte, dopo aver ribadito

⁸⁸ *IBIDEM*, 39-40.

⁸⁹ F. CIPRIANI, *Sui conflitti di attribuzione*, cit., 370, ha detto che si è di fronte ad una sentenza "destinata (...) se non a passare alla storia delle nostre istituzioni giudiziarie e/o a fare giurisprudenza, per lo meno a rappresentare per qualche tempo un inevitabile punto di riferimento".

⁹⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 150 del 1981, sulla quale cfr. *IBIDEM*, 369 ss. Vedi anche S. GRASSI, *Conflitti*, cit., 383; A. CERRI, *Sui conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario*, cit., 371 ss.; per l'importanza della pronuncia legata ai profili soggettivi, cfr. S. NICCOLAI, *Fluidità delle relazioni intergovernative e legittimazione del ministro al conflitto tra i poteri*, in *Giur. cost.*, 1987, 1887 ss. e A. RUGGERI, *Un conflitto di attribuzioni «deciso» ma non ancora definitivamente «risolto»*, *ivi*, 1986, 275-9; C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere*, cit., 113. Si vedano anche l'ord. n. 132 del 1981, la sent. n. 283 del 1986 (su cui P. VERONESI, *I poteri davanti*, cit., 110-11), nonché la sentenza n. 121 del 1999 sul c.d. "caso di Bella".

⁹¹ A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte*, cit., 213, nota 26

⁹² A. PISANESCHI, *Conflitti di attribuzione e questioni di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1991, 1096 ss., 1099-1100.

⁹³ Per i commenti della pronuncia, cfr. *IBIDEM*, 1097, il quale evidenzia proprio il fatto che in questa sentenza per la prima volta la Corte affronta il tema del rapporto tra conflitti di attribuzione e questioni di giurisdizione; S. BARTOLE, *Conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni a proposito di atti di autorità giurisdizionali*, in *Le Regioni*, 2/1992, 413 ss.; G. SILVESTRI, *Conflitto tra poteri e conflitto tra Stato e Regioni: incontri obbligati e necessarie innovazioni teoriche*, in *Foro it.*, I, 2/1992, 333 ss. Sul tema specifico dei conflitti tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali, oltre al lavoro monografico G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, Milano 2001, si vedano anche R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto "partito" tra enti ed "arrivato" tra poteri (il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in A. Anzon – B. Caravita – M. Luciani – M. Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 203 ss.; V. CASAMASSIMA, *Gli atti giurisdizionali*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un*

il principio per cui nel conflitto costituzionale contro atti del potere giudiziario si possono far valere “le sole esorbitanze degli organi del potere giurisdizionale che siano obiettivamente e sostanzialmente non riconducibili all'esercizio delle attribuzioni di esso” e giammai semplici *errores in iudicando* del giudice, né tantomeno “le invasioni da parte del giudice stesso della competenza o della giurisdizione di altro giudice”, aggiunge espressamente che “è significativa in tal senso, per i conflitti di attribuzione fra poteri, la disciplina che ne detta l'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nel punto (secondo comma) in cui dispone che “restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione”. Forse, anzi molto probabilmente, ancora (troppo) poco⁹⁴ per sciogliere un nodo che, infatti, è rimasto irrisolto anche nelle ricostruzioni più recenti. C'è chi è rimasto scettico rispetto ad una possibilità di concorrenza tra le competenze e, partendo da un dato difficilmente contestabile - ovvero quello per cui l'espressa riserva delle questioni di giurisdizione ex art. 37 deve riferirsi a qualcosa di diverso dalle sole questioni concernenti i rapporti tra diverse autorità giurisdizionali, non foss'altro perché queste, risolvendosi in controversie riguardanti organi appartenenti allo stesso potere giurisdizionale unitariamente inteso, sono escluse ex se dalla competenza attribuita alla Corte costituzionale - ha ritenuto preferibile devolvere alla competenza esclusiva delle Sezioni Unite quelle questioni di giurisdizione che diano luogo a conflitti di attribuzione⁹⁵. Chi, insistendo invece sul dato letterale della disposizione ex art. 37 della legge n. 87, non ha mancato di evidenziare come ciò che il legislatore del 1953 ha fatto salvo sono le “norme” sulle questioni di giurisdizione e non già la competenza della Cassazione, con la conseguenza che sarebbe possibile l'intervento della Corte costituzionale su queste ultime laddove configurassero un conflitto tra poteri⁹⁶. E chi, infine, aderendo maggiormente a quest'ultimo orientamento, e ribadendo il diverso ambito d'azione del Giudice costituzionale, ha segnalato come, in fin dei conti, il vero nocciolo della questione è proprio quello relativo ad una eventuale sovrapposizione dei giudizi tra Corte di cassazione e Corte costituzionale⁹⁷.

In una occasione piuttosto recente, nella quale si è trovata a discutere di un difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti del potere esecutivo, la Corte è sembrata aver auspicato il previo intervento della Corte di cassazione. Il riferimento è alla nota sentenza n. 81 del 2012 dove la Corte, in quello che è stato, secondo tradizione, un conflitto tra poteri “mascherato” da un conflitto tra enti⁹⁸, è stata chiamata in causa da una

modello, Napoli 2006, 507 ss.; F. BIONDI, *Quando è originato da un atto giudiziario, il conflitto Stato e Regione non può mai essere preordinato a garantire le competenze tra gli enti*, in *Giur. cost.*, 1/2007, 30 ss.; M. NISTICÒ, *Cronaca di giurisprudenza costituzionale: il conflitto tra Stato e regioni avente ad oggetto un atto giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2011.

⁹⁴ Critico sulla sentenza, nel senso che la Corte avrebbe dovuto fare di più, e dunque andare oltre l'inammissibilità, seppur non tanto in riferimento al profilo qui in discussione, è S. BARTOLE, *Conflitti di attribuzioni*, cit., 418.

⁹⁵ Così A. PISANESCHI, *ult. cit.*, 1100.

⁹⁶ Si veda D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 47 ss.

⁹⁷ L. PESOLE, *I giudici*, cit., 43-44.

⁹⁸ R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto*, cit., 208, per il quale “gli interessi fatti valere dalla Regione nei confronti dell'autorità giurisdizionale sono infatti il più delle volte assai omogenei a quelli che potrebbe vantare in analoga situazione l'amministrazione statale”. In tema, cfr. S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, cit. 98 ss.; G. GROTT-

Regione perché dichiarasse che non spettava al giudice, nel caso il Consiglio di Stato, sindacare l'atto con il quale il Presidente della Regione aveva nominato gli assessori⁹⁹, e dunque annullasse la relativa pronuncia del Supremo Giudice amministrativo¹⁰⁰.

Allora, come oggi, il nodo della questione era (ed è) la natura politica o meno dell'atto emanato dall'organo di governo (in questo ultimo caso, regionale) che, laddove riscontrata, avrebbe sottratto lo stesso al sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 7 del c.p.a. Solo che allora, a differenza di oggi, pur facendo valere la presunta natura di atto politico del decreto presidenziale sin dal primo grado di giudizio, la ricorrente si era rivolta al Giudice costituzionale senza – come non manca di rilevare la stessa motivazione della Corte - quel passaggio, si potrebbe dire ordinario, che l'ordinamento prevede per contestare il difetto assoluto di giurisdizione, ovvero il ricorso innanzi la Corte di cassazione ex art. 111, comma 8. Cost., nelle forme previste dall'art. 362, comma 1, del c.p.c.¹⁰¹.

Non è, a dire il vero, del tutto chiaro il valore che la stessa Corte costituzionale ha voluto, allora, attribuire al ricorso per cassazione: se per un verso, infatti, nel dire che tali rimedi “avrebbero consentito di verificare che l'atto oggetto del giudizio fosse effettivamente sindacabile in sede giurisdizionale”, sembrerebbe riconoscere alla stessa Cassazione la capacità di definire la questione, dall'altro non è tale mancato ricorso a costituire il motivo della inammissibilità¹⁰² che è stata dichiarata con la sentenza n. 81 del 2012 e che, invece, ha trovato ragione nel fatto che la Regione abbia utilizzato lo strumento del conflitto costituzionale in modo improprio, facendo valere non già l'assenza dei presupposti per l'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁰³, bensì quei semplici *errores in iudicando* (relativi all'interpretazione di

TANELLI DE' SANTI, *Differenziazione tra Assemblea regionale e Camera di indirizzo politico regionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 692 ss.; M. D'AMICO, *Alcune riflessioni*, cit., 1799.

⁹⁹ All'interno della dottrina americana, uno studio ricostruttivo del tema delle *political questions*, argomenta che, al di là delle questioni di principio su cui si può discutere attorno alla discrezionalità politica, la dottrina prevalente ritiene che le nomine del Governo ricadono nell'ambito della discrezionalità completa del Presidente; e, quasi anticipando la discussione italiana, si pone il problema se si possa avanzare una qualche pretesa giurisdizionale, in base al principio di uguaglianza, contro una eventuale decisione del Presidente di nominare un Governo di soli uomini, affermando altresì che molti autori riterrebbero che non vi sia spazio per siffatta iniziativa giudiziaria (cfr. A. L. TYLER, *Is Suspension a Political Question?*, in *Stanford Law Review*, 59, n. 2, 2006, 333 ss., 379).

¹⁰⁰ Sulla sentenza n. 81 del 2012, cfr. R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti alla discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 1158 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto*, *ivi*, 1163 ss.; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *federalismi.it*, 13/2012; T. CERRUTI, *La nomina dell'assessore regionale e i limiti dell'atto politico*, in *Giur. it.*, 2/2013, 286 ss.; M. BELLETTI, *“Torniamo allo Statuto”...regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali, tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Le Regioni*, 5-6/2012, 1016 ss.; C. SALAZAR, *Norme statutarie in materia di apri opportunità e il conflitto tra Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, 1/2012, 118 ss.

¹⁰¹ Vedi Corte cost., sent. n. 81 del 2012, punto 3 del Considerato in Diritto.

¹⁰² In senso probabilmente contrario F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico»*, cit., 1164.

¹⁰³ Utile, in proposito, può essere ancora il rinvio a Corte cost., sent. n. 99 del 1991, allorché si è detto che la Corte “decidendo su conflitti sollevati contro provvedimenti del giudice ordinario sia dal Presidente del Consiglio dei ministri (nn. 150 del 1981 e 283 del 1986) che dalle Regioni (n. 70 del 1985), ha avuto cura di sottolineare come con i conflitti si assumesse, e fondatamente, che il giudice aveva preteso, di volta in volta, esercitare un potere regolamentare del Governo o di un Ministro (n. 150 del 1981), o una funzione di indirizzo della legislazione o dell'amministrazione regionale (n. 70 del 1985), o un potere di ordinanza di necessità (n. 283 del

alcune disposizioni dello Statuto regionale) che, per quanto già detto, trasformano il conflitto tra poteri in un mezzo ulteriore di impugnazione, snaturandone la funzione.

2.4. Prime (provvisorie) conclusioni sul punto

Certo è che con la sentenza n. 52 del 2016, proprio come avvenne in occasione del noto caso deciso con la sentenza n. 285 del 1990, la Corte ribadisce l'autonomia del conflitto tra poteri rispetto agli altri eventuali rimedi endogiudiziari¹⁰⁴ mostrandosi altresì consapevole del fatto che non deve "farsi trattenere da preoccupazioni di non interferenza, quando siano in gioco violazioni di norme costituzionali"¹⁰⁵.

Ma, con altrettanta certezza, una decisione dell'organo di giustizia costituzionale su una sentenza della Cassazione in materia di giurisdizione tra potere politico e potere giudiziario, rinviando al tema del raccordo tra conflitti di giurisdizione e conflitti costituzionali, apre una questione di assoluta delicatezza che, come già avvertito tempo addietro da Roberto Romboli, "si viene a connettere e svolge influenza anche più in generale sul ruolo della Corte nel nostro sistema costituzionale"¹⁰⁶.

3. Il merito del conflitto: la giuridicizzazione della procedura volta alla stipula delle intese con le confessioni acattoliche

Venendo ora al merito del conflitto, si tratta di stabilire se il procedimento volto alla stipula di un'intesa tra Governo e confessioni religiose diverse dalla cattolica sia o meno suscettibile di giuridicizzazione, posto che, come evidenziato dalla dottrina ecclesiasticistica, né a livello costituzionale né a quello legislativo è dato rintracciare regole procedurali¹⁰⁷. Proprio

1986), vale a dire un potere o una funzione non riconducibile all'esercizio della giurisdizione come funzione di tutela giurisdizionale".

¹⁰⁴ S. BARTOLE, *Conflitti di attribuzioni*, cit., 423.

¹⁰⁵ *IBIDEM*.

¹⁰⁶ R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto*, cit., 207.

¹⁰⁷ C. CARDIA, *Il sistema pattizio alla prova: riforma dei Patti lateranensi e stipulazione delle prime "Intese"*, in *Pol. dir.*, 1/1996, 69, pur sottolineando la "capacità profetica notevolissima" dell'art. 8 comma 3, dal momento che ha tratteggiato un'architettura normativa in grado di delineare in anticipo di mezzo secolo un quadro di pluralismo confessionale, ha tuttavia individuato proprio in questa carenza procedurale un difetto che non ha permesso di anticipare nei dettagli questo pluralismo strutturale "e praticamente senza confini". Vedi anche N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, cit., 194, per il quale la mancanza di una procedura chiara lascia spazio ad arbitrii ed è causa "di una libertà diseguale delle confessioni in contrasto con l'art. 8, comma 1 Cost.". G. CASUSCELLI, *Pluralismo confessionale, separazione degli ordini e disciplina pattizia dei rapporti: dall'equilibrio del "microsistema" (art. 8 Cost.) alle incognite di una revisione "per trascinarsi"*, in *Pol. dir.*, 1/1996, 89, ha rilevato che "è davanti agli occhi di tutti che l'attenzione alle regole procedurali non è espressione di 'tecnicismo', poiché esse sono decisive per il corretto svolgimento del sistema democratico in ugual misura dei principi sostanziali che reggono l'ordinamento". G. LONG, *Concordati e intese*, cit., 595, commentando le legge di approvazione della prima Intesa (Tavola valdese 1984) ebbe a rilevare che se è vero che tutte le diverse ipotesi di legge dal contenuto "preformato" sono state storicamente accomunate da una ritardata attuazione, "è difficile sottrarsi alla considerazione che forse proprio la mancanza di procedure definite e sicure ha contribuito al permanere di vecchie normative o all'instaurarsi di situazioni di fatto diverse dal dettato costituzionale. In uno Stato di diritto, la mancata "procedimentalizzazione" di principi che pure godono di un vasto consenso ne allontana la realizzazione, poiché il

da questa mancanza, alcuni autori hanno dedotto la assoluta discrezionalità, ovvero un potere quasi illimitato, in capo al Governo nelle varie fasi, che vanno dall'avvio delle trattative all'iniziativa legislativa riservata¹⁰⁸.

In particolare, essendo pacifica, come si vedrà più avanti, la non configurabilità in capo al soggetto richiedente di un diritto all'intesa, cioè alla conclusione dell'accordo, è attorno alla fase anteriore, quella cioè dell'avvio delle trattative, che si addensano alcuni problemi, sintetizzabili nel seguente interrogativo: a fronte di una richiesta di "sedersi al tavolo", le scelte del Governo ricadono nella dimensione della stretta politicizia, come tali non sindacabili, ovvero, pur dotate di ampia discrezionalità, possono formare oggetto del controllo giurisdizionale? In altri termini, esiste un diritto, o quantomeno un interesse legittimo, all'avvio delle trattative, ovvero il diniego opposto dal Governo non è sindacabile dal giudice?

Si ripropone, ad un livello altissimo, quel conflitto tra politica e giurisdizione, *gubernaculum e iurisdictio*¹⁰⁹, *voluntas e ratio*, quindi tra libertà della sfera decisionale politica e controllo giurisdizionale che, se ha radici molto risalenti nel tempo, si scopre come un elemento quasi "consustanziale" dello Stato costituzionale di diritto, imperniato sulla superiorità della costituzione, e dei suoi principi¹¹⁰, che si pone come limite rispetto anche al potere democraticamente legittimato¹¹¹.

funzionamento delle istituzioni in generale e del Parlamento in particolare è fatto di procedure. Se allo sforzo di stabilire contenuti normativi inediti (...) si deve unire pure quello di "inventare" le relative procedure, la tentazione della paralisi sarà tanto più accentuata".

¹⁰⁸ G. CASUSCELLI, *ult. cit.*, 89.

¹⁰⁹ Per il quale non si può non rinviare a C. MCLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947, tr. it., Bologna 1990.

¹¹⁰ T. GROPPI, *La Corte e i poteri*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 924, per la quale "è acquisizione ormai compiuta che occorra dar vita a forme di difesa giurisdizionale della Costituzione, in modo che nessun tipo di atto (...) e nessun comportamento politico sia sprovvisto di un proprio giudice: soltanto in questo modo può essere affermata la supremazia della Costituzione che della democrazia costituzionale pare oggi requisito imprescindibile".

¹¹¹ C.J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, tr. it., Venezia 1963, 163, per il quale "l'era del moderno governo costituzionale comincia con l'istituzione di limitazioni giudiziarie al ramo esecutivo del governo". Impossibile richiamare la bibliografia sul tema. *Ex plurimis*, tra i più recenti, cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione, ad vocem*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano 2016, in part. 392 ss. (vedi anche ID., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1990, 873 ss.; ID., *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nella democrazia contemporanea*, in *Teoria pol., Annali V*, 2015, 113 ss.); i diversi interventi nel dibattito *Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2016, 483 ss.; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 919 ss.; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari 2013; V. ANGIOLINI, *La difficile convivenza tra responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in N. Zanone – F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 1 ss.; ID., *Noterelle su giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 29 ss.; A. DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce 2002.

3.1. La natura confessionale o meno dell'associazione come questione (cruciale) a monte. Cenni sul rapporto fenomeno religioso – ateismo (anche in una prospettiva europea)

Se già posta in questi termini la questione si presenta tutt'altro che semplice, a ben guardare, essa trova ulteriori motivi di complessità.

Non è un caso, infatti, che a fronte di una disposizione costituzionale ex art. 8, comma 3, che individua letteralmente le confessioni religiose diverse dalla cattolica quali soggetti che possono aspirare a concludere un'intesa con lo Stato, negli interrogativi poc'anzi posti si sia fatto riferimento alla posizione del "soggetto richiedente". La vicenda muove, infatti, è bene a questo punto ribadirlo, da una richiesta di avvio delle trattative avanzata da un'associazione che, per prima, già nel suo Statuto, disconosce la propria natura confessionale. E il diniego opposto dal Governo, come visto in precedenza, si fonda proprio su questa circostanza.

Ecco che, a monte di ogni considerazione relativa al "gioco delle parti" nella fase delle trattative, il conflitto, proprio per la specificità del caso da cui trae origine, ripropone un tema classico del diritto ecclesiastico che, tuttavia, oltre a inevitabili ricadute sul piano costituzionale e ordinamentale, coinvolgendo da vicino la dimensione culturale e sociologica¹¹², assurge a vero e proprio *punctum dolens* delle scienze umane: quando si è in presenza di una confessione religiosa?

La linea di confine tra i gruppi "religiosi" che appartengono alla categoria più ampia delle associazioni e quelli che invece rientrano in quella più ristretta delle confessioni religiose¹¹³, seppur deve esistere, perché solo le seconde sono destinatarie di un regime giuridico particolare, nel quale la possibilità di contrattare in via bilaterale con lo Stato una disciplina speciale costituisce uno (ma non il solo) degli aspetti caratterizzanti¹¹⁴, appare storicamente poco nitida e piena di porosità.

¹¹² Lo mette, da subito in evidenza nell'*incipit* del suo lavoro, L. BARBIERI, *Stato laico e pluralismo confessionale. Per una definizione giuridica del concetto di confessione religiosa*, Soveria Mannelli 2012, 7 ss.

¹¹³ Pur rientrando entrambe nella ampia categoria delle formazioni sociali ex art. 2 Cost., le associazioni e le confessioni religiose si collocano su piani diversi. In tema, cfr. C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale. Contributo allo studio delle persone fisiche nel diritto ecclesiastico italiano*, Padova 1975, 140-41, che riconduce la distinzione direttamente alla diversa collocazione costituzionale (art. 18 e art. 8) quale indice di una diversità di interesse tutelato, pur se comune è il bene protetto. Cfr. S. FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in V. Parlato – G.B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino 1995, 19 ss., in part. 36 ss.; R. BOTTA, *Confessioni religiose. I) Profili generali, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1994, 2 che richiama, sul punto, G. LONG, *Le confessioni religiose «diverse dalla cattolica»*. *Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Bologna 1991, 66 e F. BOLOGNINI, *I rapporti tra Stato e confessioni religiose nell'art. 8 della Costituzione*, Milano 1981, 42; più in generale, sulle associazioni, cfr. P. RIDOLA, *Associazione I) Libertà di associazione, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988. Vedi recent., N. COLAIANNI, *La decadenza del "metodo della bilateralità"*, cit., in part. 2; S. LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), 20/2016, passim.

¹¹⁴ Tra i più recenti, cfr. G. D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, Torino 2012, 161. 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*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), 27/2014, 3. Il punto è ben spiegato da P. FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 1/2011, 87 ss., in part. 100-

Eppure, lungo questa linea, corrono rischi di non poco conto. Silvio Ferrari, in un Convegno urbinato dei primi anni Novanta, richiamando una curiosa ed istruttiva vicenda del 1977 relativa agli abitanti di una cittadina statunitense - che, per evitare di pagare le tasse, chiesero e ottennero di essere riconosciuti come "confessione religiosa"¹¹⁵-, ha osservato come, da un lato, esista una effettiva difficoltà nel definire giuridicamente i concetti tanto di religione quanto di confessione religiosa¹¹⁶ e, dall'altro, come sussista "la tentazione di sfruttare queste difficoltà per estendere il trattamento di favore previsto per ciò che è religioso anche a ciò che religioso non è"¹¹⁷.

La fattispecie che ha portato al conflitto in esame, trovando origine in una richiesta proveniente da un'Associazione che rappresenta gli Atei e gli Agnostici Razionalisti, non pare sfuggire completamente a questa tentazione¹¹⁸, e ripropone con forza il tema del rapporto

101.

¹¹⁵ La vicenda riguarda gli abitanti di Harrisburg che si affiliarono ad una Chiesa californiana ed ottennero di essere ordinati in blocco ministri di culto ottenendo perciò la esenzione per questi prevista. Cfr. R.L. BEEBE, *Tax Problems Posed by Pseudo-Religious Movements*, in *The Annals of the American Academy of Political and Science*, 1979, 101 ss. Per uno studio del fenomeno religioso negli Stati Uniti, cfr. M. S. ARIENS – R. A. DESTRO, *Religious Liberty in a Pluralistic Society*, Durham 1996.

¹¹⁶ Lo stesso A. ha parlato, più avanti di "impossibilità di pervenire" a una definizione di religione, S. FERRARI, *ult. op. cit.*, 30. In tema, cfr. Id. (a cura di) *Routledge handbook of Law and Religion*, London – New York 2015. W.C. SMITH, *The Meaning and End of Religion*, Chicago 1962, 12 ha affermato che "Neither religion in general nor any one of the religions (...) is in itself an intelligible entity, a valid object of inquiry or of concern either for the scholar or for the man of faith"; C. CROCKETT, *On the Disorientation of the Study of Religion*, in T. A. Idinopulos – B.C. Wilson (edited by), *What is Religion? Origins, Definitions, and Explanations*, Leiden – Boston – Köln 1998, per il quale "Religion does not have a home or a place in any one of the commonly demarcated spheres of human activity, which is why the attempt to locate a determinative space of religion has become impossible"; P. BEYER, *Religion in the Context of Globalization. Essay on concept, form, and political implication*, London – New York 2013; C. Cianitto – W. Cole Durham Jr. – S. Ferrari – D. Thayer (edited by), *Law, Religion, Constitution. Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*, London 2013. Sul piano del diritto internazionale, cfr. T. JEREMY GUNN, *The Complexity of Religion and The Definition of "Religion" in International Law*, in N. Ghanea (edited by), *Religion and Human Rights. Critical Concepts in Religious Studies*, IV, London-New York 2010, 159 ss., dove è interessante quanto affermato dall'A.: "the absence of a definition of a critical term does not differentiate religion from most other rights identified in human rights instruments and constitutions. However, because religion is much more complex than other guaranteed rights, the difficulty of understanding what is and is not protected is significantly greater", 160.

¹¹⁷ S. FERRARI, *La nozione*, cit., 19. Il problema se lo pose già a suo tempo H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia* (1952), ora ed. it. Macerata 2015, per il quale, 148 "la religione, nel solo senso proprio di questo termine, è la credenza nell'esistenza di un potere trascendente e sovranaturale che, se viene concepito come un essere personale, viene chiamato Dio". "È vero" – prosegue l'A. – "che nella recente letteratura v'è la tendenza ad estendere le definizioni di religione anche al di là del concetto della «credenza in un Dio», e a designare con il termine 'religione' qualsiasi concezione universale del mondo, persino una concezione che non implichi la credenza in un Dio, o che abbia addirittura un carattere dichiaratamente ateo ed anti-religioso (...) Va ora di moda parlare di «religioni secolari», (...) o di «teologia senza Dio». Questa terminologia è strettamente fuorviante. Essa rende necessaria una distinzione tra una religione secolare, ossia una religione non-religiosa, e una religione vera e propria, ossia una religione religiosa. Ma la prima è una contraddizione in termini, la seconda un pleonismo privo di significato. La vera religione, ossia la credenza in Dio, è un atto di fede; e la fede è essenzialmente differente dalla conoscenza", 149.

¹¹⁸ N. COLAIANNI, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *Il Dir. eccl.*, 1/2013, 19 ss., afferma che "gli atei non stanno più ciascuno al proprio posto, appagati dalle garanzie costituzionali di libertà (negativa), si associano tra di loro e, constatando di non avere un'influenza pubblica commisurata alla loro ormai ragguardevole numerosità, si organizzano per entrare nel discorso pubblico (...) e pretendono riconoscimento pubblico e azioni positive da parte dei pubblici poteri, pari a quello delle confessioni religiose", 19-20. E. ROSSI, *ult. cit.*, 29, parla dell'UAAR non già come organizzazione religiosa, quanto, in realtà, anti-religiosa.

tra il fenomeno religioso e l'ateismo, e dunque delle garanzie che possono, o meno, estendersi dal primo al secondo¹¹⁹.

Allargando lo sguardo sulla prospettiva europea, ci si accorge agevolmente di come si tratti di tematica connotata da una sempre maggiore attualità. Su un piano più generale, non può tacersi la rilevanza di quanto stabilito dall'art. 17 del TFUE che – pur confermando la competenza esclusiva degli Stati membri nella disciplina dello *status* delle chiese, delle associazioni confessionali e non¹²⁰, con la innovativa disposizione ex paragrafo 3, tramite la quale l'Unione si impegna a un dialogo “aperto, trasparente e regolare” tanto con le confessioni religiose quanto con le organizzazioni filosofiche e non confessionali, riconoscendone “l'identità e il contributo specifico”¹²¹ – mette sullo stesso piano fenomeni religiosi e areligiosi, secondo un'ottica pluralista e antidiscriminatoria che non si traduce, tuttavia, in un obbligo di equiparazione¹²².

Scendendo nel particolare dei singoli ordinamenti, invece, si va anche oltre: in alcuni Stati membri, si vedano il Belgio, la Spagna, la Germania, la Norvegia - si sono praticate e portate avanti forme di più concreta assimilazione tra organizzazioni religiose e filosofiche-

¹¹⁹ Tra i più autorevoli sostenitori di una considerazione unitaria del fenomeno religioso e dell'ateismo cfr. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa*, Bari 1973; più recent., ID., *Conclusioni. Evoluzione sociale, ateismo e libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2011, 217-218; P. FLORIS, *op. cit.*; N. FIORITA – F. ONIDA, *Anche gli atei credono*, *ivi*, 15 ss., i quali, pur riconoscendo che “c'è un'intuitiva, immediata contrapposizione concettuale fra il termine religione e il termine ateismo (sostanziata dall'alfa privativa del secondo)”, 26, attraverso una sistematica ricostruzione degli artt. 3, 19 e 21 Cost., e della metamorfosi sociale del fenomeno ateistico, concludono che “sembra allora del tutto convincente che gli atei godano delle stesse garanzie costituzionali che competono ai credenti, sia quando agiscono in forma individuale e sia quando agiscono in forma associata”, 32. Vedi anche S. LARICCIA, *Un passo indietro*, cit., 7-8, per il quale l'espresso riferimento contenuto nell'art. 19 Cost. alla libertà di professare e propagandare la “fede religiosa”, “non deve però indurre a ritenere (...) che la disposizione costituzionale in tema di libertà di religione sia formulata in modo tale da escludere una garanzia costituzionale nei confronti dell'ateismo e che, pertanto, nella costituzione non sia riconosciuta la libertà dell'ateo di esprimere e divulgare i propri convincimenti in materia religiosa”. Sul tema in generale, cfr. anche cfr. P. BELLINI, *Ateismo, ad vocem*, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1987. Più recent., cfr. P. ZUCKERMANN, *Atheism and Secularity – I. Issues, Concept and Definitions*; II. *Global Perspectives*, Santa Barbara 2009-2010.

¹²⁰ *Ex plurimis*, F. MARGIOTTA BROGLIO – M. ORLANDI, *Art. 17 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati istitutivi dell'Unione Europea*, Milano 2013, 454 ss.; M. LUGATO, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in AA.VV., *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, II, Torino 2014, 1075 ss.; C. CARDIA, *Conclusioni*, cit., 216. R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 3/2014. Per una lettura critica dell'art. 17 TFUE, cfr. M. VENTURA, *L'art. 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2014, 293 ss.

¹²¹ Cfr. M. LUGATO, *ult. cit.*, 1079, secondo la quale si stabilisce così una “reciproca autolimitazione: l'Unione rispetta e non pregiudica lo *status* nazionale delle Chiese e delle associazioni o comunità religiose, preordinato ad assicurare l'esplicazione dell'identità e del contributo specifico loro proprio; lo Stato membro rispetta la normativa comune anche qualora possa divenire rilevante per settori che permangono nel proprio potere decisionale, rivendicando in materia di Chiese, associazioni o comunità religiose solo quelle deroghe, ammissibili, che sono effettivamente necessarie per garantirne l'identità e per consentire ad esse di svolgere la loro specifica missione”.

¹²² C. CARDIA, *ult. cit.*, 220; F. MARGIOTTA BROGLIO – M. ORLANDI, *op. cit.*, 460; P. FLORIS, *op. cit.*, 99. Recent., cfr. A. LICASTRO, *L'influenza della Carta di Nizza sui sistemi nazionali ed europei di disciplina del fenomeno religioso: verso un diritto ecclesiastico dell'Unione?*, in L. D'Andrea – G. Moschella – A. Ruggeri – A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino 2016, 325 ss. Più in generale, cfr. M. PARISI, *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, Napoli 2005.

non confessionali, sia per quel che riguarda il personale di tali organizzazioni, che per gli accessi ai finanziamenti pubblici¹²³. L'esperienza tedesca è di particolare rilievo: qui, infatti, a fronte di una vera e propria equiparazione di matrice costituzionale tra confessioni religiose e associazioni filosofiche non confessionali, si è arrivati persino alla stipula di accordi tra singoli *Länder* e alcune di queste associazioni. Il caso del trattato tra la Bassa Sassonia e la federazione ateaistica locale (*Freireligiösen Landesgemeinschaft Niedersachsen*) è emblematico¹²⁴.

Proprio questo campo, quello degli accordi con gli Stati – ciò che in questa sede principalmente interessa – è tuttavia visto, persino da quella dottrina più incline ad una considerazione unitaria del fenomeno religioso e dell'ateismo, come un esito *paradossale*, che si poggia non già sulla necessaria comune riconducibilità dei due fenomeni, quanto su una totale assimilazione dell'uno all'altro che, invero, pone nel nulla le esigenze proprie, specifiche e diverse di ciascuno¹²⁵.

È bene fermarsi qui per ora, visto che tanto il rapporto religione-ateismo, quanto la natura confessionale o meno di un'associazione, strettamente collegata al primo, sono questioni irrisolte (o persino irrisolvibili)¹²⁶ sulle quali la più attenta dottrina invita a ulteriori discussioni¹²⁷. Ma il quadro più articolato appena illustrato, che la prospettiva europea e com-

¹²³ *Ex plurimis*, P. FLORIS, *op. cit.*, 88-89; cfr. S. COGLIEVINA, *Il trattamento giuridico dell'ateismo nell'Unione europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2011, 51 ss.; D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa: Cedu e Ue tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Napoli 2016.

¹²⁴ Ancora C. CARDIA, *ult. cit.*, 221; S. COGLIEVINA, *ult. cit.*, 79 ss.; G. ROBBERS, *Stato e Chiesa in Germania*, in *Id.*, *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, tr. it. Milano 1996, 59 ss.; J. Listl (a cura di), *Konkordate und Kirkeverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, I-II, 1987.

¹²⁵ C. CARDIA, *ult. cit.*, 221: "a me sembra che resti valido il principio di estendere all'ateismo tutte quelle prerogative che riguardano esigenze proprie dei non credenti, e delle loro organizzazioni, ma che non sia corretto ammantare di spirito o afflato religioso eventi, azioni, o strutture, che per definizione non sono religiose e non vogliono esserlo". P. FLORIS, *op. cit.*, 100, chiaramente afferma che "difettano basi e ragioni giuridiche per motivare la piena omologazione delle organizzazioni areligiose a quelle religiose; o (...) più specificatamente, per giustificare l'estensione alle entità ateeistiche dei riferimenti costituzionali 'mirati' alle confessioni religiose, e racchiusi negli ultimi commi dell'art. 8. Non sembra trattarsi, semplicemente, di una questione di formule costituzionali (...) Piuttosto si tratta di considerare il senso degli istituti o garanzie previste per le confessioni religiose; un senso che rinvia alle identità di tali soggetti: quali soggetti che esprimono concezioni esistenziali costruite e proiettate oltre i «limiti della stretta ragione», ed in tal senso afferenti ad un ordine distinto" rispetto a quello dello Stato.

¹²⁶ Varie, come noto, e non del tutto soddisfacenti, sono state le teorie proposte in dottrina: da quella della "autoreferenziazione" (*ex multis*, N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, cit., 82), a quella del "riconoscimento sociale", fondato su un dato "quantitativo", "sociologico" (*ex multis*, D. BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Milano 1968, 125; C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale. Contributo allo studio delle persone fisiche nel diritto ecclesiastico italiano*, Padova 1975, 140), o "storico" (P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Stato e confessioni religiose*, Milano 1975, 98). Vi sono poi quelle teorie che guardano alla capacità di organizzazione della stessa, incentrando l'elemento caratteristico della confessione religiosa nella presenza di un'organizzazione statutaria e di un assetto istituzionale (P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1978, 335; *contra*, nel senso di ritenere che tale teoria rischia di lasciar fuori quelle confessioni che non vogliono darsi norme giuridiche cogenti, preferendo il tratto della spontaneità, cfr. C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, cit., 395). Vedi poi F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 1990, 54 ss.; G. PEYROT, *Confessioni religiose diverse dalla cattolica, ad vocem*, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1989; S. FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa*, cit. Vedi, tra i più recenti, in tema, E. ROSSI, *ult. cit.*, *passim*.

¹²⁷ C. CARDIA, *Conclusioni*, cit., 221-222.

parata aiuta a delineare, consente una più ampia e corretta contestualizzazione della vicenda che ha originato il conflitto in questione.

Anche se, come emerge dal copioso materiale predisposto dall'UAAR nei vari procedimenti giudiziari, l'intento dell'Associazione, piuttosto che diretto ad ottenere i "vantaggi" connessi alla qualifica di confessione religiosa, potrebbe persino sembrare quello, strumentale e financo provocatorio, volto a contestare *in toto* il sistema pattizio¹²⁸, non pare dubitabile che la questione circa la natura confessionale o meno di un'associazione rivesta un'importanza cruciale nell'intera vicenda.

Non a caso, come peraltro chiarito dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹²⁹, si tratta di un *prius* rispetto alla possibilità di stipulare un'intesa con lo Stato¹³⁰. Il riconoscere un'associazione come confessione religiosa è pertanto presupposto perché possa trovare applicazione il disposto ex art. 8, comma 3 Cost. Ora, in assenza di una definizione normativa del concetto di confessione¹³¹, ad esso deve giungersi necessariamente per altre vie, guardando a (e attingendo da) diversi campi – non tutti propriamente giuridici – dell'esperienza sociale¹³².

In un quadro così fluido, come messo in evidenza da Costantino Mortati¹³³, non pare dubitabile il ruolo del potere politico nel definire ciò che è confessione religiosa, soprattutto laddove questa definizione "serva" ad intavolare una trattativa per una disciplina bilaterale con lo Stato.

Il problema, dunque, non è quello dell'*an* del potere politico in questo ambito, quanto piuttosto, quello del *quomodo*¹³⁴: la valutazione compiuta dal potere politico è solo *sua*, ovvero può essere oggetto di un controllo da parte del giudice?

3.2. Il *decisum* e le argomentazioni della Corte costituzionale

Questo quadro problematico a monte della questione non può essere trascurato sia per cogliere appieno la portata della vicenda sia perché, proprio ai fini specifici del conflitto costituzionale, avrebbe potuto comunque offrire alla Corte costituzionale una via d'uscita meno impegnativa: quella, ad esempio, di una pronuncia di inammissibilità per carenza del profilo oggettivo del conflitto, atteso che, a ben vedere, il potere giudiziario non ha sindacato un diniego del Governo all'avvio delle trattative rispetto ad una *confessione religiosa* diversa

¹²⁸ Si veda F. ALICINO, *La legislazione sulla base delle Intese*, cit., 234.

¹²⁹ Corte cost., sent. n. 346 del 2002, dove si distingue tra il "problema qualificatorio" della confessione e il requisito della stipulazione delle intese, "che presuppone bensì la qualità di confessione religiosa, ma non si identifica con essa". Vedi, sul punto, E. ROSSI, *ult. cit.*, 10.

¹³⁰ G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso*, cit., 88, secondo il quale "il vincolo del ricorso alla trattativa ed all'accordo non si estende a tutto il fenomeno religioso giuridicamente rilevante, ma solo alle sue manifestazioni che hanno (...) un carattere di 'ecclesiasticità', nel senso che sono rapportabili ad una confessione religiosa".

¹³¹ Vedi ancora Corte cost., sentt. nn. 467 del 1992, 195 del 1993 e 346 del 2002.

¹³² E. ROSSI, *ult. cit.*, 11.

¹³³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., II, Padova 1976, 1177-8.

¹³⁴ E. ROSSI, *ult. cit.*, 32-33.

dalla cattolica (ex art. 8, comma 3)¹³⁵, bensì un rifiuto conseguente proprio al mancato riconoscimento in capo al soggetto richiedente, peraltro conformemente alla autoqualificazione di quest'ultimo, della natura di confessione religiosa¹³⁶.

La Corte, invece, è entrata nel merito del conflitto e proprio la questione della mancata qualifica come confessione religiosa pare essere elemento sì *presente*, ma tuttavia non (particolarmente) *pesante* ai fini della decisione. Leggendo le argomentazioni che sorreggono il *decisum*, infatti, si avverte una sensazione di non poco momento: la Corte, che *apertis verbis* né afferma né nega la qualifica di confessione religiosa in capo all'UAAR, avrebbe risolto in favore del Governo, e dunque della piena politicità del diniego dell'avvio delle trattative, anche qualora l'associazione richiedente fosse stata, diciamo così, senza dubbio, catalogabile nella categoria delle confessioni religiose¹³⁷. Vediamo perché.

Il ragionamento del Giudice costituzionale si snoda lungo le seguenti direttrici: parte dalla ricostruzione della natura e del significato dell'intesa; passa dalla negazione dell'esistenza di una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative fondata su diverse ragioni istituzionali e costituzionali; si conclude con il relegare *in toto* le scelte in tale ambito nell'alveo della politicità.

La Corte, pur sottolineando, con l'ausilio della sua precedente giurisprudenza, il carattere strumentale dell'intesa quale mezzo per far valere le "esigenze specifiche" di ciascuna delle confessioni religiose, individua come tratto tipico dell'intesa il fatto che tramite essa si è voluto estendere il "metodo della bilateralità" anche ai rapporti con le confessioni diverse dalla cattolica, in modo tale da evitare l'introduzione unilaterale di discipline speciali, derogatorie e potenzialmente discriminatorie. Questo serve alla Corte per ribadire due principi ormai pacifici. Primo, l'uguale libertà di tutte le confessioni religiose¹³⁸, consacrata nel primo comma dell'art. 8 Cost. - che costituisce il precetto-chiave in materia di libertà confessionale, regola fondamentale e canone assiologico del diritto ecclesiastico italiano¹³⁹, nonché il perno

¹³⁵ Nell'ord. Corte cost. n. 40 del 2015, con la quale il conflitto in oggetto è stato ritenuto ammissibile, si legge che "quanto al profilo oggettivo del conflitto, il ricorso è finalizzato a tutelare la sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite del Governo che, secondo la prospettazione del ricorrente, ad esso sarebbero attribuite dagli artt. 8, terzo comma, 92 e 95 Cost. i quali assegnano a detto organo la funzione di indirizzo politico in materia religiosa, e che la sentenza della Corte di cassazione, esorbitando dalle proprie competenze, avrebbe menomato".

¹³⁶ Si vedano in proposito le osservazioni di A. TRAVI, *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, in *Il Foro it.*, I, 2016, 1958.

¹³⁷ Colgono questo aspetto S. LARICCIA, *Un passo indietro*, cit., 10 e A. POGGI, *Una sentenza "preventiva"*, cit., 10.

¹³⁸ È noto il dibattito in sede costituente tra chi propose la dicitura "tutte le confessioni religiose sono eguali davanti alla legge", che avrebbe parificato nella sostanza le altre alla cattolica (soluzione ritenuta auspicabile da A. SPADARO, *Laicità e confessioni religiose*, cit., 81) e l'emendamento Cappi-Gronchi, secondo il quale "tutte le confessioni religiose sono egualmente libere di fronte alla legge". Sul punto V. ONIDA, *Profili costituzionali delle intese*, in C. Mirabelli (a cura di), *Le intese*, cit., 33. Secondo A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano 1979, 106-7, qui si ha "quella che per i canonisti è la *communicatio privilegiorum*; di tanta libertà gode la confessione cattolica, di altrettanta devono godere gli altri culti".

¹³⁹ P. LILLO, *I rapporti fra Stato e confessioni religiose*, cit., 244; S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico, ad vocem*, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1991. R. BOTTA, *Confessioni*, cit., 2, attribuisce ad esso il ruolo di "stella polare che orienta la difficile navigazione della dottrina ecclesiasticistica contemporanea verso la soglia del terzo millennio".

attorno al quale ruota la complessa ricostruzione del principio di laicità¹⁴⁰ - non necessita dell'intesa per affermarsi, trovando invero fondamento già negli artt. 3, 19 e 20 Cost. L'uguale libertà non può essere condizionata dalla stipula di un'intesa che, pertanto, non può assurgere a fattore discriminante delle confessioni religiose¹⁴¹. In siffatta ipotesi, infatti, ci si troverebbe di fronte ad una patologia del disegno costituzionale, con confessioni religiose prive di intesa che verserebbero in condizioni di "ineguale libertà" rispetto a quelle dotate di intesa¹⁴².

Pertanto, e siamo al secondo principio, strettamente connesso al primo, non può esistere nell'ordinamento costituzionale un diritto alla stipula dell'intesa e, dunque, alla legge che ne recepisca il contenuto¹⁴³. Ammettere l'esistenza di questo diritto significherebbe, di fatto, svuotare di senso la bilateralità che anima l'istituto dell'intesa.

La lettura dell'art. 8 proposta dalla Corte ricalca la posizione espressa già da Mortati¹⁴⁴, più incline a separare i primi due commi, in cui sono sanciti i principi di eguaglianza e pluralismo, dal terzo, dove invece si ritrova "l'autonomo significato" di permettere l'estensione del metodo bilaterale ai rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica¹⁴⁵.

Poste queste premesse di base, alla domanda cruciale attorno alla quale nasce e si sviluppa il conflitto - è configurabile o meno una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative - il Giudice costituzionale risponde in senso negativo per ragioni, come già anticipato, "istituzionali e costituzionali", riconducibili a due diverse categorie: una prima che rimane sullo specifico del metodo della bilateralità, che quindi si conferma cifra distintiva del comma 3 dell'art. 8 Cost.¹⁴⁶ e criterio direttivo con il quale la Corte affronta e risolve il conflitto; una seconda che, invece, guarda al raccordo tra Governo e Parlamento e dunque, in definitiva, alla forma di governo.

¹⁴⁰ B. RANDAZZO, *Diversi e eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano 2008, 73. In senso contrario, cfr. G. CASUSCELLI, *Concordati, intese*, cit., 144 ss.

¹⁴¹ Vedi Corte cost., sent. n. 346 del 2002, con i commenti di L. D'ANDREA, *Eguale libertà*, cit.; G. GUZZETTA, *Non è l'«eguale libertà» a legittimare l'accesso ai contributi regionali delle confessioni senza intesa*, in *Giur. cost.*, 4/2002, 2624 ss.

¹⁴² L. D'ANDREA, *ult. cit.*, 673.

¹⁴³ Vero è che parte della dottrina ha parlato di diritto all'intesa una volta che lo strumento trova effettiva realizzazione con una confessione. Cfr., *ex multis*, G. FERRARI, *Introduzione*, in AA.VV., *La questione della tolleranza*, cit., 22, secondo il quale "se può suscitare qualche perplessità l'affermazione che, ove lo Stato stipuli un concordato con la Chiesa, in quel momento nasce per esso l'obbligo di stipulare intese con altre confessioni che ne facciano richiesta, sfugge a qualsiasi dubbio, viceversa, l'affermazione che lo Stato, ove stipuli anche una sola intesa (...) è obbligato a stipularle con le altre. Risulterebbe altrimenti, non solo vulnerato il principio d'eguaglianza, ma anche squilibrato il sistema. Accogliere alcune domande di intese e rifiutarne altre implica approvazione di una confessione e riprovazione di un'altra, significa esprimere giudizi di valore in una materia preclusa allo Stato, che conseguentemente non si saprebbe più come definire".

¹⁴⁴ Secondo C. MORTATI, *Istituzioni*, *ult. cit.*, 1177, l'interpretazione dell'art. 8 deve tenere distinti i primi due commi, in cui si riconosce l'eguale libertà e la capacità di autorganizzarsi (al pari di qualunque altra associazione), dal terzo che, evidentemente con lo scopo di dare "un contentino agli oppositori del regime concordatario", conferiva ad alcune associazioni "una posizione costituzionale in qualche modo ariegiante quella assegnata alla chiesa cattolica".

¹⁴⁵ Pertanto, secondo la Corte, "non è corretto sostenere che l'art. 8, terzo comma, Cost. sia 'disposizione procedurale meramente servente' dei primi due commi".

¹⁴⁶ La Corte parla di "metodo della bilateralità" come "immanente alla *ratio* del terzo comma dell'art. 8 Cost.", Considerato in Diritto, punto 5.2.

Quanto alla prima, la Corte ritiene che osti alla configurabilità di una pretesa all'avvio delle trattative tanto, potremmo dire, il concetto in sé di bilateralità, che consistendo nella "concorde volontà delle parti" richiesta lungo l'intera procedura, subirebbe un effetto "dissonante" se si introducesse la sindacabilità in sede giudiziaria della decisione del Governo relativa all'avvio o meno delle trattative, quanto una sorta di "logicità" interna della procedura, laddove mancando un diritto "alla fine", cioè alla conclusione e alla stipula dell'intesa, sarebbe "contraddittorio" affermarne uno "all'inizio", e dunque all'apertura delle trattative.

Passando alla seconda categoria di ragioni, sempre "istituzionali e costituzionali", la Corte le riconduce a diversi profili che tuttavia sono accomunati da una forte considerazione del contesto internazionale, caratterizzato da una "varietà di situazioni", da una pluralità di "motivi e vicende" che disegnano una "realtà mutevole ed imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali". Le valutazioni relative al concedere o meno l'avvio delle trattative sono riconosciute come atti di pura discrezionalità politica, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali, compresi quelli eventualmente diretti a non concedere "nemmeno quell'implicito effetto di 'legittimazione' in fatto" che un'associazione religiosa potrebbe conseguire dal solo avvio delle trattative con il Governo. Ciò tuttavia non comporta, secondo la Corte, l'assenza di responsabilità del Governo per le scelte espresse in questo campo, bensì il fatto che l'unico terreno nel quale tale responsabilità opera, e dunque può farsi valere, è quello politico derivante dal controllo del Parlamento, "con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare".

Soltanto nell'ultimo punto della motivazione la Corte fa riferimento diretto alla circostanza per cui il diniego opposto dal Governo si fonda sul mancato riconoscimento della qualifica di confessione religiosa nei confronti dell'UAAR e si premura, in un certo senso, di cautelarsi¹⁴⁷, confinando in modo chiaro la rilevanza di tale diniego nell'esclusivo ambito del procedimento ex art. 8, comma 3. Ogni eventuale lesione che l'associazione dovesse subire in altre sedi, dunque al di fuori del negoziato con lo Stato ai fini di un'intesa, in ragione del mancato riconoscimento della qualifica di confessione religiosa, riacquisterà ciò che qui perde, ovvero la tutela in sede giudiziaria.

Un ulteriore motivo di interesse lo offre proprio il passaggio finale, quello in cui la Corte chiaramente afferma che un conto è l'individuazione in astratto dei tratti che fanno di un gruppo sociale una confessione religiosa, un altro, quindi *diverso* e *distinto*, quello in cui il Governo valuta se un soggetto può essere suo interlocutore ai fini di un'intesa, avviando con esso delle trattative. È una precisazione pregena di significato e rappresentativa dell'idea complessiva della Corte sul punto: considerando che mancano criteri oggettivi cui fare riferimento, l'individuazione di un'associazione come confessione religiosa ai fini dell'avvio delle trattative per stipulare un'intesa è decisione *tout court* politica. Ma lascia aperta, anche, la strada per ritenere plausibile che il Governo possa scegliere di avviare o meno le trattative

¹⁴⁷ Vedi sul punto A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost., n. 52 del 2016)*, in *federalismi.it.*, n. 7/2016, 3.

con un soggetto richiedente, anche se questo dovesse ritenersi, senza alcun dubbio, una confessione religiosa¹⁴⁸.

4. I non pochi problemi che pone la motivazione della Corte

La sentenza della Corte, ritenendo che la decisione del Governo di non avviare le trattative con l'associazione richiedente in quanto non riconosciuta come confessione religiosa sia espressione di attività propriamente politica, e dunque non sindacabile dal giudice, risolve il caso, contraddistinto da una eccezionale specificità, ma, come detto, afferma principi che vanno al di là di esso.

E così, dal risolvere un caso (molto) *particolare*, la Corte arriva a dettare una disciplina (più) *generale*. Proviamo a spiegare meglio: la Corte, nel *particolare*, realizza un *continuum* tra riconoscimento (o meno) della natura di confessione religiosa e avvio (o diniego) delle trattative per la procedura *ex art. 8, comma 3, Cost.* e tale decisione, sostanzialmente unitaria, è tutta politica, non sindacabile dal giudice. Grazie alle precisazioni finali fatte dalla Corte, per le quali l'insindacabilità del non riconoscimento quale confessione religiosa vale solo ai fini delle trattative per l'intesa, e non in altre sedi, fa sì che un'associazione disconosciuta come confessione dal Governo, e perciò non ammessa alle trattative, possa essere poi riconosciuta come confessione da un giudice, ma ad altri fini. Quindi è possibile che un gruppo sia confessione religiosa, tranne che per il Governo ai fini delle trattative per la stipula di un'intesa.

Questo stato di incertezza attorno al riconoscimento della natura di confessione religiosa non pare, invero, uno degli scenari migliori soprattutto tenendo in considerazione il fatto che questo riconoscimento costituisce la chiave di accesso a una disciplina e ad alcune prerogative che, al contrario, per i semplici gruppi religiosi non confessionari non sono previste.

Una decisione in questo ambito contempla certamente spazi di discrezionalità, come si è detto, ma non può altresì prescindere da una serie di valutazioni tecnico-giuridiche, relative in particolare agli aspetti organizzativi del soggetto richiedente, in assenza delle quali essa rischierebbe di sconfinare in terreni molto prossimi a quelli dell'arbitrio, lasciando aperti spiragli a "politiche discriminatorie", censurate di recente anche dalla Corte di Strasburgo¹⁴⁹.

Pertanto, il diniego opposto dal Governo, quant'anche solo rilevante ai fini del mancato avvio delle trattative, è decisione che non può essere esclusiva del potere politico ma che deve essere soggetta al controllo da parte del giudice, onde evitare, come evidenziato dalla

¹⁴⁸ Chiaramente in questo senso A. POGGI, *Una sentenza*, cit., 10.

¹⁴⁹ CEDU, Grand Chamber, case *Izzetin Dogan and Others vs Turkey*, 26 aprile 2016: "It is true that freedom of religion does not require the Contracting States to create a particular legal framework in order to grant religious communities a special status entailing specific privileges. Nevertheless, a State which has created such a status must not only comply with its duty of neutrality and impartiality but must also ensure that religious groups have a fair opportunity to apply for this status and that the criteria established are applied in a non-discriminatory manner", p. 164.

dottrina, che a un atto politico sia assegnato il compito di interpretazione autentica di un disposto costituzionale¹⁵⁰.

Certo, la ricostruzione di ciò che è confessione religiosa affidata anche alla via interpretativa del giudice si espone a tutte le tradizionali problematiche della funzione giudiziaria, e dunque, ai vantaggi in termini di flessibilità semantica dello stesso concetto, e agli svantaggi, legati, invece, ad una disciplina *case by case*¹⁵¹.

Risolta in senso positivo l'incertezza sulla natura confessionale o meno del richiedente, a quel punto si ritiene che il Governo sia obbligato, a differenza di quanto pare desumersi dal *decisum* della Corte in *generale*, quantomeno, a riconoscere il diritto a "sedersi al tavolo"¹⁵² per ragioni che saranno, si spera, più chiare riconsiderando in senso critico alcuni passaggi della sentenza.

4.1. L'intesa come "forma di manifestazione" della libertà delle confessioni religiose

In primo luogo occorre soffermarsi su di un profilo concernente la natura dell'intesa, a dire il vero non ignorato dalla Corte, ma che probabilmente avrebbe meritato una maggiore attenzione e, in definitiva, un peso specifico maggiore nella costruzione della decisione.

Senza indugiare troppo sul carattere interno o esterno dell'atto, che pure è stato affrontato in dottrina¹⁵³, è vero che l'intesa estende al piano delle confessioni acattoliche il metodo della bilateralità, ma è altresì vero che essa, al di là dell'esperienza della prassi - che ha consegnato spesso accordi fotocopia - costituisce lo strumento precipuo per venire incontro alle specifiche esigenze che ogni singola confessione religiosa può avvertire nel corso del suo consolidamento nel tessuto sociale. Rimane in tal senso illuminante la definizione data da Giorgio Peyrot, che ha parlato dell'intesa come un "abito su misura", e non un "pret-a-

¹⁵⁰ Così A. RUGGERI, *ult. cit.*, 4. Contra, e dunque per una totale politicità della scelta, cfr. A. PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *federalismi.it.*, 7/2016.

¹⁵¹ Cfr. E. ROSSI, *ult. cit.*, 11. Sul tema dei conflitti tra potere politico e potere giurisprudenziale in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. *ex multis*, M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano 2013.

¹⁵² Così anche G. DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2/2017, 8.

¹⁵³ P.A. D'AVACK, *Intese*, cit., 2 ha ritenuto le intese quali tipici atti bilaterali ma interni, a differenza del Concordato, giacché intervengono non già tra ordinamenti indipendenti e sovrani quanto tra Stato e società intermedie sottoposte alla sua sovranità, come le confessioni religiose. Paolo Barile associava le intese al Concordato, ma tra i costituzionalisti è nota l'avversione alla parificazione avanzata da Mortati. È nota la tesi opposta formulata da F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, cit., 409-412, secondo la quale la diversità non starebbe nella natura primaria degli ordinamenti quanto nella consapevolezza ed esistenza di uno (quello della Chiesa cattolica) e nella genericità degli altri. L'Autore sostiene poi che le intese "sono atti bilaterali che, per garantire in modo perfetto la libertà e l'indipendenza delle confessioni acattoliche, la Costituzione mostra di collocare in una sfera giuridica che non è quella dell'ordinamento statale, ma è quello di un ordinamento che viene creato, di volta in volta, dall'incontro delle volontà dello Stato e delle comunità acattoliche", *Id.*, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 2000, 428. G. PEYROT, *Significato e portata delle intese*, in C. Mirabelli (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni*, cit., 53 ritiene che l'intesa sia esterna tanto all'ordinamento dello Stato quanto a quello della confessione.

porter”, che rompe il “coacervo anonimo degli indistinti”¹⁵⁴. Da qui emerge quella condizione “evidentemente deteriore” in cui versa la confessione senza intesa e che rimane soggetta alla legge sui culti ammessi, una condizione giustificabile solo con la transitorietà¹⁵⁵. D'altronde, la stessa prima giurisprudenza costituzionale, peraltro ripresa nella decisione qui in commento, non ha mancato di sottolineare come l'intesa rappresenti potenzialmente, visto che la sua conclusione è condizionata all'accordo con l'altra parte, una condizione di *favor* per la confessione che dovesse ottenerla¹⁵⁶.

Questo significa che l'intesa non può, in virtù di una lettura “formalistica”¹⁵⁷, caricarsi del solo (o preponderante) profilo procedurale, quello volto ad assicurare la bilateralità, bensì in essa si deve anche tenere in forte considerazione il profilo sostanziale, la sua “portata assiologica”¹⁵⁸, che consente di ritagliare i contorni del rapporto tra Stato e confessione in maniera più consona alla precisa ed unica specificità di quest'ultima¹⁵⁹. Se questo è il terreno sul quale opera l'intesa, esso non pare così indifferente, o addirittura estraneo, a quello della libertà delle confessioni religiose che, ai sensi del comma 1 dell'art. 8 Cost., deve essere eguale. In altri termini l'intesa, proprio perché idonea a confezionare una disciplina, anche derogatoria rispetto a quella comune¹⁶⁰, su misura della confessione, offre a quest'ultima l'opportunità di esprimere al meglio le sue potenzialità all'interno del tessuto sociale. Se non

¹⁵⁴ *IBIDEM*, 66-67. Più recentemente B. RANDAZZO, *Diversi e eguali*, cit., 214, ha ribadito che le intese sono uno strumento di emancipazione dalla legge sui culti ammessi.

¹⁵⁵ P. A. D'AVACK, *ult. cit.*, 3-4.

¹⁵⁶ Il riferimento è alla nota sentenza Corte cost., n. 59 del 1958, in cui la Corte afferma che “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”.

¹⁵⁷ G. DI COSIMO, *Carta bianca*, cit., 4.

¹⁵⁸ J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 26/2016, 5 ss.

¹⁵⁹ G. CASUSCELLI, *Intese, pluralismo confessionale e partecipazione*, cit., 150, rileva che l'art. 8, comma 1 come non legittima discipline appiattite così “consente (...) solo quelle diversità di trattamento che siano razionalmente giustificabili”. Sulla opportunità di discipline specifiche nelle intese cfr. F. MODUGNO – R. D'ALESSIO, *Prefazione*, cit., 11-12. Da ultimo, cfr. V. COCOZZA, *La garanzia dell'«intesa» nell'art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 11/2017, 8.

¹⁶⁰ Insiste molto su questo aspetto V. ONIDA, *Profili costituzionali*, cit., 36 ss., per il quale “così come una corretta interpretazione dell'art. 7 deve indurre a ritenere che la bilateralità (...) vale solo laddove si ritenga opportuno regolamentare il rapporto tra Stato e Chiesa cattolica con norme speciali, derogatorie del diritto comune, allo stesso modo, sulla base dell'art. 8, terzo comma, il principio di bilateralità e quindi l'obbligo di stipulare le intese valga solo nella misura in cui si intendano regolare i rapporti tra lo Stato e le Confessioni religiose con norme speciali, derogatorie del diritto comune, cioè si intendano dettare norme speciali sulle Confessioni religiose o su una o più Confessioni religiose determinate”. In altri termini, “un procedimento bilaterale, insomma, è necessario solo per una disciplina speciale”, che si ha “solo quando si intendono disporre particolari vantaggi o eventualmente particolari limiti (costituzionalmente non vietati) rispetto all'azione delle Confessioni religiose nella comunità civile”. Recent., sul punto, G. DI COSIMO, *ult. cit.*, 3.

è, come evidenziato da Antonio Ruggeri, *condizione dell'uguale libertà*, certamente ne *innalza* il livello di garanzia e di effettività¹⁶¹.

4.2. Il divieto di pre-giudizi

Come riconosciuto da autorevole dottrina, il principio della eguale libertà e il conclamato pluralismo confessionale “presuppongono l'eguaglianza delle opportunità”¹⁶², che non si traduce in una eguaglianza *in uscita*, cioè sul risultato, quanto piuttosto *in entrata*, ovvero garanzia che l'ordinamento consenta, senza discriminazione, in modo eguale appunto, la possibilità di aspirare a raggiungere quel risultato.

Ecco che, in soccorso del caso, preso e inteso nella sua vasta complessità fin qui emersa, non può che giungere il principio supremo di laicità nel quale, come noto, convivono due anime, una “negativa”, che si traduce nella necessità di “garantire la neutralità dello Stato (e di tutte le istituzioni pubbliche) nei confronti dei diversi credi religiosi” favorendo il libero dispiegarsi del pluralismo confessionale; l'altra “positiva” che, a completamento e integrazione della prima, risponde all'esigenza di “plasmare la legislazione in relazione alle peculiari caratteristiche delle singole comunità religiose, l'autonomia delle quali peraltro resta garantita dalla matrice ‘negoziale’ di tale normativa”¹⁶³. Questo significa che rispetto alla procedura volta alla stipula delle intese le due parti non muovono da uno stesso punto di partenza, non potendosi invero ritenere, come nel caso di un semplice accordo tra privati, equiparata la posizione dello Stato a quella della confessione religiosa¹⁶⁴. Infatti, solo il primo è tenuto ad in-

¹⁶¹ A. RUGGERI, *Confessioni religiose*, cit., 8. *Contra*, ancora A. PIN, cit., 3-4. Opportunamente L. D'ANDREA, *Eguale libertà*, cit., 679 osserva che “se effettiva deve configurarsi la tutela dell'uguale libertà dei soggetti confessionali apprestata dall'ordinamento giuridico, allo stesso modo effettiva non può che essere la garanzia che le specifiche, peculiari caratteristiche che connotano ogni singola confessione trovino accoglienza e rilevanza all'interno del sistema normativo. Al diritto all'uguale libertà ed al diritto alla differenza deve essere riconosciuta la stessa «cifra»: se l'ordinamento richiede che seria e reale (cioè effettiva) sia la protezione offerta agli interessi religiosamente qualificati riconducibili al regime comune delle confessioni, deve assicurare analoga tutela all'istanza di positivo riconoscimento delle differenziate espressioni del fenomeno religioso in forma comunitaria”.

¹⁶² F. MODUGNO – R. D'ALESSIO, *ult. cit.*, 12.

¹⁶³ Così L. D'ANDREA, *Eguale libertà ed interesse alle intese*, cit., 671. Sul principio di laicità, oltre alla bibliografia richiamata alla nota 9, cfr. C. CARDIA, *Laicità e relativismo culturale*, in *Iustitia*, 1/2010, 89 ss. Vedi anche A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna 2009, 33 ss.; S. PRISCO, *Laicità: un percorso di riflessione*, Torino 2009; ID., *Politica, Religione, Laicità dello Stato. Luci ed ombre del caso italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli 2008, 1915 ss.; G. DI COSIMO, *Laicità e democrazia*, *ivi*, II, 949 ss.; P. CAVANA, *Laicità dello Stato: da concetto ideologico a principio giuridico*, in *Iustitia*, 4/2008, 411 ss.; M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, in *Rass. parlam.*, 1/2008, 15 ss.; F.P. CASAVOLA, *La laicità come distinzione di ambiti e come difesa della libertà umana*, in *costituzionalismo.it.*, 1/2007; ID., *Lo Stato tra confessione e laicità*, in C.A. Ciampi, *La libertà delle minoranze religiose*, a cura di F.P. Casavola – G. Long – F. Margiotta Broglio, Bologna 2009, 167 ss.; C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezione di “relativismo”*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2006, 821 ss.; O. CHESSA, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 27 ss.

¹⁶⁴ Vi è chi, come P. BELLINI, *Realtà sociale religiosa e ordine proprio dello Stato*, in V. Parlato – G.B. Varnier, *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Torino 1992, 305, differenzia anche le relazioni tra lo Stato e le confessioni religiose da quelle tra lo Stato e gli altri Stati della comunità internazionale: in queste ultime, infatti, “è un fatto che (...) lo Stato si può determinare secondo un calcolo di pura ‘convenienza politica’, o secondo i condizionamenti derivantigli da concreti ‘rapporti di forza’ (...) Tutta diversa – invece – la

formare la sua attività al principio di laicità che vieta, proprio per quella combinazione tra *equidistanza*¹⁶⁵ (dalle confessioni) e *promozione* (delle loro specificità), l'assunzione di pregiudizi circa l'opportunità o meno di addivenire ad un'intesa.

Leggere allora l'intera vicenda con la lente della laicità, intesa quale "metodo", secondo l'insegnamento di Augusto Barbera¹⁶⁶, suggerisce un esito diverso rispetto a quello di ricondurre il diniego all'avvio delle trattative alla sola politicità, *tout court* insindacabile, del Governo. Il principio di laicità "riavvicina" sensibilmente i commi 1 e 3 dell'art. 8 Cost.¹⁶⁷, e tiene insieme, legati tra loro, il principio *unitario* espresso dalla eguale libertà e quello del *pluralismo*, che trova invece manifestazione nella legislazione speciale negoziata¹⁶⁸. L'unione tra i principi del pluralismo confessionale e di eguale libertà, che trova la sua perfetta sintesi nella laicità, definisce l'*humus* nel quale deve muoversi il Governo e che, inevitabilmente, laddove il soggetto richiedente l'avvio delle trattative sia una confessione religiosa, vede lo stesso in una posizione neutrale e non preconcetta rispetto all'identità religiosa di qualsiasi confessione¹⁶⁹.

logica ('costituzionalmente suffragata') chiamata a sovrintendere ai rapporti convenzionali dello Stato con le Confessioni religiose" dove non possono non agire i parametri costituzionali generali e, quindi, innanzitutto quel principio di uguaglianza che trova anche una specifica declinazione nell'art. 8, comma 1 Cost. "Diverso discorso s'ha da fare (...) in ordine all'avvio di un negoziato e al suo amichevole perseguimento. Se sta al libero apprezzamento di ciascuna Confessione di promuovere un'intesa, o di starsene contenta della legge comune – la cosa cambia aspetto quanto alle autorità governative. A queste - in materia - non compete di procedere "*more privatorem*". Non gli può essere concesso di rifiutarsi a proprio arbitrio (pregiudizialmente) di intavolare negoziati, e di portarli avanti con animo aperto", 309.

¹⁶⁵ Cfr. quanto affermato da ID., *Riflessioni sull'idea di laicità*, in AA.VV., *La questione della tolleranza*, cit., 62, secondo il quale "dinanzi alla insondabilità dell'esperienza religiosa, non altro può competere allo Stato che di assumere un atteggiamento di scrupolosa non interferenza nella vicenda fideistica di ognuno. Non altro può competergli (...) che di assumere un atteggiamento di riguardosa imparzialità: di attenta «equidistanza». Non gli è dato di formulare giudizi di valore sulle credenze religiose: né un qualsivoglia apprezzamento sulle motivazioni spirituali che di volta in volta si accompagnano all'impegno che è messo da ciascuno nello spiegamento della propria personalità etica e civile". L'A. ricorda, poi, che "l'idea di «equivalenza» (di «pari meritorietà») di tutte le opzioni fideistiche non rappresenta – agli occhi della legge – se non un riflesso della «uguaglianza» e della «pari dignità» delle singole persone umane che le compiono nella intimità del loro essere".

¹⁶⁶ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit. ID., *Le nuove dimensioni delle libertà e il «metodo laico»*, in S. Zamagni – A. Guarnieri (a cura di), *Laicità e relativismo nella società post-secolare*, Bologna 2009, 47 ss., dove l'A. ribadisce che il metodo laico "è regola per fare coesistere e dialogare fra loro tutte le fedi e tutte le dottrine, presupposto per la stessa coesistenza in una società democratica", 51.

¹⁶⁷ In tal senso, cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *ult. cit.*, 8, che mette in evidenza la "fragilità teorica di semplificare la portata dell'art. 8, terzo comma, Cost., degradandolo a disposizione meramente estensiva di un supposto 'metodo'. La bilateralità non è riducibile a un 'metodo' di produzione del diritto, ma integra un principio di sistema, la cui valenza assiologica indica percorsi di attuazione dei canoni supremi di laicità e pluralismo segnati dalla funzione e dalla natura delle fonti pattizie". Pertanto, prosegue l'A., "diversamente da quanto sostengono i giudici costituzionali, il terzo comma è indissolubilmente legato al primo comma dell'art. 8 Cost., disposizione che guida ogni processo normativo, unilaterale o bilaterale, al rispetto dell'attitudine pluralistica della nostra forma di Stato", 9.

¹⁶⁸ Ancora L. D'ANDREA, *ult. cit.*, 680. Lo stesso A., nella parte introduttiva del suo lavoro, 667-8, aveva sottolineato lo strettissimo connubio che anima lo Stato costituzionale contemporaneo, e in special modo quello prefigurato dalla nostra Carta costituzionale, tra *unità* e *pluralismo*, al punto che "negli ordinamenti costituzionali l'unità del sistema non può che configurarsi fisiologicamente, ordinariamente, quale sintesi equilibrata (vale a dire ragionevole) delle pluralistiche istanze nelle diverse fattispecie coinvolte: in linea di principio l'unità non può darsi *contro* (e neppure *malgrado*), ma attraverso le manifestazioni del pluralismo", 668.

¹⁶⁹ E infatti, "il principio di laicità concorre non poco a limitare i margini di manovra costituzionalmente concessi al Governo (...) Più specificatamente, il principio di laicità si traduce per il Governo nel divieto di discri-

4.3. Il non marginale ruolo delle trattative

Riconoscere alle confessioni richiedenti un diritto all'avvio delle trattative non si traduce in un diritto all'intesa, tutt'altro: certamente il Governo riacquista la sua piena discrezionalità nel valutare l'opportunità o meno di addivenire all'intesa con la specifica confessione, ma questo lo farà solo nel corso delle trattative, e non già per una valutazione fatta *a priori*¹⁷⁰.

Certo non sfugge che, riconoscere la libertà al Governo di non voler concludere un'intesa con una confessione, e obbligarlo comunque a sedersi al tavolo – per, quindi, rialzarsi poco dopo – possa apparire una sterile messa in scena¹⁷¹, come emerge anche tra le righe della decisione della Corte: ma tale argomento, oltre ad essere una possibilità sulla quale non è opportuno costruire un principio generale, appare superabile proprio puntando sul principio di laicità e sul ruolo, tutt'altro che marginale, da riconoscere alla fase delle trattative e che, invece, sembra essere un ulteriore punto di debolezza della sentenza n. 52 del 2016. Per quanto visto, un argomento portato dalla Corte a sostegno della inesistenza di un diritto all'avvio delle trattative è quello del “parallelismo” con l'assenza del diritto alla conclusione dell'intesa: se, come pacifico, non vi è quest'ultimo, non può esservi neanche il primo, giacché, come dice la Corte, “non si comprende a che scopo imponere l'illusoria apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione”. Pertanto, prosegue la Corte, è proprio la non configurabilità di una pretesa alla conclusione positiva del negoziato “a svuotare di significato l'affermazione di una pretesa al suo avvio”¹⁷². Da questa ricostruzione, ciò che pare “svuotarsi” di significato è, invero, proprio la fase delle trattative: piuttosto che processo aperto e *dinamico* nel quale il Governo, in posizione neutrale perché sorretto dal principio di laicità, ascolta le richieste della confessione religiosa, ne verifica la compatibilità con i principi costituzionali (prima) e la opportunità anche politica (dopo), ponendo anche le sue condizioni, per giungere eventualmente a confezionare una disciplina *ad hoc*, essa sembra ridursi quasi a un passaggio formale, statico, soprattutto incapace di modificare la realtà dei fatti, o meglio le intenzioni del Governo. Ma questo significa, ancora, ammettere che il Governo possa assumere e mantenere inalterate posizioni pre-costituite rispetto ad una confessione, *prima* e *a prescindere* dalla fase di ascolto delle esigenze e del negoziato e ciò pare, per quanto detto, collidere con il principio di laicità.

5. Il peso del controllo parlamentare

Ribadito che – a parere di chi scrive – una lettura dell'intera questione maggiormente incentrata attorno al principio di laicità avrebbe potuto condurre il conflitto ad un esito diver-

minare le diverse confessioni, assumendo posizioni differenziate in relazione alle differenze identità degli interlocutori”, così in modo più che condivisibile, *IBIDEM*, 680-1.

¹⁷⁰ Da ultimo, le riflessioni di V. COCOZZA, *op. cit.*, 8-9.

¹⁷¹ Così M. CANONICO, *Libertà di scelta del Governo nell'avvio di trattative finalizzate alla stipulazione di intesa con confessione religiosa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statochiese.it), n. 30/2016, 17.

¹⁷² Corte cost., sent. n. 52 del 2016, p. 5.2 del Considerato in Diritto.

so, la soluzione proposta dalla Corte – cioè quella per cui la responsabilità del Governo in merito alla decisione di concedere o meno l'avvio delle trattative ai fini della stipula dell'intesa non è *giudiziarica* bensì (solo) *politica*, e dunque affidata al controllo parlamentare¹⁷³ – può essere l'occasione per tornare a discutere del ruolo effettivo, e dunque del peso, che può svolgere il Parlamento nell'intera procedura e, dunque, ben prima del suo intervento costituzionalmente necessario, “a cose fatte”, per approvare la legge sulla base dell'intesa già raggiunta.

Si dice questo perché se è vero che le forme di tale controllo parlamentare potrebbero, potenzialmente, anche arrivare al grado massimo di effettività e, dunque, secondo quanto detto già da Paolo Barile, alla mozione di sfiducia nei confronti del Governo¹⁷⁴, è altresì vero che tale rimedio, che assicurerebbe una piena garanzia alle confessioni religiose nel caso ad esempio di diniego all'avvio delle trattative, pare tuttavia configurarsi come un'ipotesi “assai astrattamente esercitabile”¹⁷⁵, e forse ancora di più in questa fase storico-politica particolarmente delicata¹⁷⁶. Così come è altrettanto vero che la prassi delle trattative, a partire da quelle volte a perfezionare e revisionare gli accordi con la Chiesa cattolica, hanno visto un ruolo sempre piuttosto marginale dell'organo parlamentare¹⁷⁷.

Ciò che forse è, dunque, auspicabile è un coinvolgimento in termini di effettività da parte del Parlamento, che operi sin dalla fase della negoziazione¹⁷⁸. Già tempo addietro Valerio Onida, ragionando attorno agli organi statali competenti a trattare e a stipulare le intese, optando nettamente per la sede politica in luogo di quella burocratica, pur riconoscendo il ruolo importante del Governo, propose anche la creazione di organi di tipo diverso: ad

¹⁷³ Cfr. A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1927, in part. 366 ss.; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1945; S. GALEOTTI, *Profilo giuridico dei controlli costituzionali*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, cit., III, 317 ss.; per una trattazione in tempi più recenti, cfr. M. CARDUCCI, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova 1996.

¹⁷⁴ P. BARILE, *Intervento*, in AA.VV., *La questione della tolleranza*, cit., 94-5.

¹⁷⁵ S. LABRIOLA, *Della intolleranza religiosa: le intese secondo l'articolo 8 della Costituzione tra ostruzionismi del governo e rimedi possibili*, in AA.VV., *La questione della tolleranza*, cit., 85. Secondo l'A. è molto difficile, “se non praticamente priva di possibilità di verificarsi, l'ipotesi di una crisi di gabinetto determinata da una simile causa politica”.

¹⁷⁶ Vedi ancora G. DI COSIMO, *ult. cit.*, 5.

¹⁷⁷ Lo evidenzia S. LARICCIA, *Un passo indietro*, cit., per il quale, 23-24, “enfaticamente l'importanza del controllo parlamentare, nei confronti del governo, nella materia della disciplina normativa riguardante la materia religiosa, significa dimenticare che, quando si sono assunte le decisioni più importanti per la disciplina pattizia di tale materia, le procedure adottate nel 1929 e nel 1984 (...) hanno rivelato la precisa volontà del governo di concludere rapidamente le trattative, senza consentire un reale dibattito in parlamento sulle disposizioni contenute nei due accordi. Chi è consapevole di quanto evanescente sia stato il controllo esercitato in passato nei confronti del potere esecutivo è indotto ad affermare: meglio un giudice a garanzia dei diritti di libertà ed eguaglianza riconosciuti e protetti dalla Costituzione!”.

¹⁷⁸ Secondo A. CERRI, *Critica del criterio di ragionevolezza come limite alla libertà religiosa. Limite dell'ordinamento giuridico come norma di rinvio ai valori costituzionali. Iniziativa parlamentare in tema di disciplina dei culti acattolici*, in AA.VV., *La questione della tolleranza*, cit., 182, non è questa “materia in cui il governo possa godere di una competenza esclusiva e riservata” ed, infatti, l'A. auspicava un sempre più pieno coinvolgimento delle Camere nel procedimento, 183. S. BERLINGÒ, *Autonomia e pluralismo confessionali, eguale libertà e sistema normativo*, in AA.VV., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno 1993, 55 ss., avverte del rischio di neocorporativismo che si corre “quando le procedure di negoziazione e di intesa rimangono a livello informale o vengono praticate a livello sommerso senza essere fatte affiorare alla luce del sole o senza essere sottoposte alle regole del controllo democratico”.

esempio, delle commissioni miste nelle quali vi fossero una rappresentanza eletta dal Parlamento e una rappresentanza della o delle confessioni, con il vantaggio di spostare la trattativa dall'ambito governativo a quello parlamentare, assicurando, in tal modo, un ruolo forte alla sede del pluralismo, esigenza tanto più avvertita se si tiene conto che "i rapporti fra Stato e confessione religiosa toccano da vicino il tessuto costituzionale, sul quale è bene che tutte le forze politiche presenti in Parlamento abbiano la possibilità di partecipare all'elaborazione della disciplina"¹⁷⁹.

In lavori più recenti, il richiamato coinvolgimento del Parlamento sin dalla fase di negoziazione è stato suggerito anche per evitare un altro rischio, non di rado verificatosi, ovvero quello, da limbo dantesco¹⁸⁰, di un'intesa conclusa senza che, tuttavia, il Parlamento ne abbia recepito i contenuti con la legge¹⁸¹.

Spunti conclusivi

La diversità, la complessità, ma altresì la rilevanza nel tessuto costituzionale, delle questioni poste dal conflitto risolto con la sentenza n. 52 del 2016 sono molteplici e provare a tirar le fila appare operazione più problematica rispetto al solito.

I bilanciamenti operati dalla Corte e i suoi continui richiami a ragioni istituzionali e costituzionali – che operano come "filtro" inevitabile¹⁸² - in base ai quali il *tutto* (*decisione* e *controllo*) va ricondotto alla esclusiva sfera politica, si possono comprendere soprattutto in un periodo storico, come quello in corso, nel quale i rapporti tra l'ordinamento statale e le confessioni diverse dalla cattolica si elevano a dimensione cruciale anche per una primaria esigenza di sicurezza nazionale e internazionale.

Tuttavia, non si può, meglio non si deve, trascurare il rischio, tutt'altro che puramente astratto, che si paventa sul terreno dell'uguaglianza delle confessioni religiose e, in ultima istanza, su quello della pienezza della libertà religiosa.

¹⁷⁹ V. ONIDA, *Profili costituzionali delle intese*, cit., 43. Cfr. anche G. CASUSCELLI, *Pluralismo confessionale*, cit., 91, per il quale "non solo i credenti hanno motivo di dolersi se il dibattito sui temi inerenti alle credenze di religione in tutto o in parte diviene estraneo alle aule del Parlamento". Ancora è il caso di ricordare come sempre V. ONIDA, *ult. cit.*, per limitare la discrezionalità del Governo, ha poi proposto lo strumento della delega e dunque tre fasi: legge delega con oggetto della disciplina speciale e criteri generali (valevoli per una pluralità di intese); quindi intesa in commissione mista; legge delegata in conformità alla legge delega. C. MIRABELLI, *Osservazioni conclusive*, in ID. (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni*, cit., 156, apprezza lo sforzo e il pregio della proposta, ma ne mette in rilievo il difetto che starebbe nel fatto di continuare una visione "statualistica" delle esigenze delle confessioni, con uno Stato che "sceglierebbe il gioco e imporrebbe le regole" sarebbe una visione ammodernata ma conservatrice.

¹⁸⁰ B. RANDAZZO, *Diversi e eguali*, cit., 401.

¹⁸¹ Secondo A. RUGGERI, *Confessioni religiose*, cit., 6, non sarebbe rispettoso del canone della lealtà istituzionale, nonché del principio di affidamento, il comportamento del Governo che, dopo aver raggiunto l'intesa con la rappresentanza della confessione, non si attivi sollecitamente per la traduzione in legge e, anzi, non si spenda nella sede parlamentare con ogni mezzo (tra cui, dunque, l'eventuale posizione di una questione di fiducia) affinché la traduzione stessa abbia luogo in tempi ragionevolmente contenuti.

¹⁸² Così acutamente A. POGGI, *op. cit.*, 10.

Le parole dette, oltre trent'anni fa, da Cesare Mirabelli, secondo le quali “se la libertà religiosa è stata capofila di tutte le libertà, probabilmente oggi il reale spessore del pluralismo e dell'autonomia, gli stessi rapporti tra Stato e società (uno Stato che riassume in sé tutte le articolazioni della società) mi pare si giochino anche e in primo luogo sul terreno dell'esperienza religiosa”¹⁸³, è bene che rimangano di strettissima attualità.

¹⁸³ C. MIRABELLI, *ult. cit.*, 161.