

**Principio pattizio o obbligo del Governo
di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?**

di Francesco Bertolini *
(12 aprile 2012)

1. — La questione delle forme di applicazione dell'art. 8, comma terzo, della Costituzione, riguardo alla stipula delle intese fra lo Stato e le Confessioni religiose diverse dalla cattolica, segna un passaggio significativo con la sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato 18 novembre 2011, n. 6083. La decisione ha un dispositivo limitato, essenzialmente di carattere processuale, poiché annulla la decisione del TAR per il Lazio che qualifica come atto politico e, quindi, come tale, insindacabile, il diniego del Governo di avviare trattative con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR). Il *thema decidendum* costringe però il Consiglio di Stato ad affrontare le implicazioni contenute nella stretta questione di diritto, ed a trarre una serie di conseguenze che si intendono esaminare con la presente annotazione.

Secondo la ricostruzione prescelta dal Consiglio di Stato, il diniego opposto dal Governo alla richiesta di trattative non potrebbe qualificarsi come "atto politico", come tale, quindi, insindacabile in sede giurisdizionale, poiché ci si troverebbe invece, nella specie, "in presenza di una scelta dell'Amministrazione ... presentante i tratti tipici della discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi". La decisione sull'apertura delle trattative implicherebbe infatti una ponderazione fra le esigenze fatte valere, da un lato, da parte della organizzazione interessata, e, dall'altro lato, dal Governo, e consistenti in primo luogo nell'interesse di concedere l'avvio delle trattative ai soli soggetti legittimati. Derivando da una ponderazione fra interesse pubblico e interessi privati contrastanti, la scelta non sarebbe qualificabile in termini giuridici di "libertà", bensì in termini giuridici di "ampia discrezionalità", discrezionalità che peraltro riguarda, secondo il Consiglio di Stato, sia la qualificazione del soggetto interessato come Confessione religiosa, sia la decisione sulla stipulazione dell'intesa all'esito delle trattative.

Ne discendono una serie di corollari.

Secondo la ricostruzione in esame, infatti, il Governo avrebbe in primo luogo il compito di valutare la natura del soggetto richiedente l'intesa, e questo perché l'avvio delle trattative potrebbe "addirittura considerarsi obbligatorio solo che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa". La decisione non fornisce alcun criterio identificativo, a tale riguardo il Consiglio di Stato lasciando intendere che il Governo posseda un rilevante potere discrezionale, il cui esercizio è sindacabile davanti al giudice.

Il Governo, poi, in secondo luogo, sarebbe ugualmente dotato di una "ampia discrezionalità" con riferimento all'*an* dell'intesa. Ciò significa che, una volta avviate le trattative sulla base della individuazione del soggetto richiedente come Confessione religiosa, il concreto svolgimento di esse potrà sfociare – per il difetto di un accordo significativo ovvero per un diverso ma ugualmente plausibile motivo – nella determinazione governativa di non giungere alla stipulazione dell'intesa. Peraltro, anche tale determinazione – essendo definita come "ampiamente

discrezionale” e pur tuttavia non “libera” – sarebbe sottoponibile a controllo giurisdizionale secondo i canoni consueti.

Da ultimo, a fronte dell’ipotesi di trattative avviate e concluse con la stipula dell’intesa, si pone il problema della qualificazione della scelta che, non più il Governo ma, a quel punto, il legislatore è chiamato a compiere in ordine alla legge di recepimento dell’intesa. A questo proposito la sentenza, con un *obiter dictum*, peraltro condiviso in letteratura¹, stabilisce che “resta salva naturalmente la libertà del legislatore di non attribuire forza normativa ai contenuti scaturenti dalle intese, evitando di emanare la legge attuativa delle stesse”, a tale scelta potendo “essere attribuita natura politica siccome afferente alle scelte dell’istituzione parlamentare sul se, come e quando legiferare”.

In conclusione il nucleo dell’apporto recato dalla decisione sembra consistere in ciò, nel riconoscere natura di scelta “politica”, e quindi “libera” e non sindacabile, soltanto alla decisione del legislatore di recepire o meno l’intesa, e nel definire discrezionali, e quindi sindacabili dal giudice, le diverse determinazioni che, nell’ambito dei propri compiti in materia, deve adottare il Governo. Quale che sia il grado di discrezionalità di tali scelte, essere darebbero comunque vita ad atti, sui quali il sindacato giurisdizionale deve dirsi ammissibile.

2.— La ricostruzione sembra foriera di notevoli conseguenze applicative, che trascendono di molto la portata del caso a giudizio.

Per quanto attiene a quest’ultimo è solo da dire che alla richiesta dell’UAAR di avviare trattative per la stipula di un’intesa, il Governo ha opposto un diniego fondato sul difetto dei requisiti della confessione religiosa. Il Tribunale Amministrativo, che si era dichiarato privo di controllo giudiziale al riguardo, a seguito dell’annullamento in secondo grado si trova invece a dover ora stabilire se sia immune da vizi la qualificazione dell’UAAR come di un’organizzazione non confessionale.

Il punto è rimasto finora, nei due gradi di giudizio, del tutto impregiudicato, in quanto né il TAR – che si è dichiarato privo di giurisdizione – né il Consiglio di Stato – che si è limitato a dichiarare erroneo tale accertamento del TAR – hanno ancora in effetti potuto giudicare della legittimità della decisione del Governo di ritenere che “la professione dell’ateismo ... non possa essere regolata in modo analogo a quanto esplicitamente disposto dall’art. 8 per le sole confessioni religiose”. Non è dunque dalla sentenza del Consiglio di Stato che potrebbe derivare l’obbligo di avviare le trattative con l’UAAR, bensì, semmai, dall’esito della nuova fase di giudizio, apertasi a seguito del rinvio compiuto dal giudice di appello.

Tale giudizio è integralmente da svolgersi e rispetto ad esso le sentenze sinora emesse non contengono, neppure incidentalmente, alcuna valutazione anticipata del merito. La ricostruzione del Consiglio di Stato, pertanto, avendo un valore, per così dire, soltanto interlocutorio sul caso a giudizio, assume al contrario una portata più ampia rispetto alle questioni di fondo che ha dovuto evocare,

¹ Cfr., fra gli altri, nel senso dell’esistenza al riguardo di una “opzione costituzionalmente incondizionata”, M. RICCA, *Legge e intesa con le Confessioni religiose*, Torino 1996, 25, 26. Andando alla ricerca di rimedi all’inerzia del legislatore B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, 418 ss., parimenti esclude che il giudice costituzionale possa produrre “l’effetto intesa” soltanto nei confronti di una determinata confessione. Nello stesso senso cfr. N. COLAIANNI, *Stato e confessioni religiose*, *Enc. dir.*, vol. XLIII, *sub voce*, 993

relative in particolare ai requisiti identitari delle Confessioni religiose, e ai profili procedurali delle trattative per le intese ai sensi dell'art. 8 della Costituzione.

3. — Per quanto attiene alla prima questione, molteplici sono i criteri proposti per l'identificazione del "religioso", a conferma del fatto che la ricerca di un carattere puramente oggettivo della nozione sconta in partenza un forte rischio di improduttività².

L'ordinamento, mentre presuppone la nozione del "religioso", al contempo ne omette qualsiasi qualificazione di diritto positivo, facendo insorgere un conseguente problema di qualificazione che "si pone sia in sede di applicazione dell'art. 8, comma 3 della Costituzione, ai fini di identificare i soggetti che possono chiedere di stipulare le intese, sia in sede di applicazione, amministrativa o giurisprudenziale, di ogni altra norma che abbia come destinatarie le confessioni religiose"³.

Di fronte alle difficoltà di una ricerca imperniata sui caratteri presupposti del fenomeno, è scaturita la conclusione che unico criterio non discriminatorio sarebbe quello dell'autoqualificazione⁴, intendendosi con ciò conferire valore decisivo alla percezione che il gruppo organizzato coltiva di se medesimo come ente religiosamente determinato.

La giurisprudenza, sia della Corte costituzionale, sia della Corte Suprema, non accoglie la tesi, sul presupposto che la "qualificazione dell'ente non è sottratta alla valutazione della sua reale natura, secondo i criteri desumibili dall'insieme delle norme dell'ordinamento". "I fini di religione e di culto", di conseguenza, debbono essere dedotti "alla stregua della reale natura dell'ente e dell'attività in concreto esercitata"⁵. Gli stessi giudici, peraltro, quando sono andati alla ricerca dei conseguenti criteri identificativi, in difetto di una scelta determinata fatta espressamente propria dal diritto obiettivo e, in particolare, in difetto di una definizione legislativa dal fattore religioso, hanno finito per riferirsi prevalentemente alla prassi, attribuendo valore decisivo, in primo luogo, all'esplicito riconoscimento della organizzazione come confessionale da parte dello Stato⁶; e, in secondo luogo, a "precedenti riconoscimenti pubblici", fra i quali, in particolare, precedenti decisioni giudiziarie di riconoscimento della natura confessionale dell'ente⁷. Solo in via residuale, e cioè in mancanza di questi indici oggettivi di riconoscimento, la giurisprudenza ha indicato criteri ulteriori, fra i quali la possibilità di desumere il carattere religioso dell'ente "dallo statuto che ne esprima chiaramente il carattere", o comunque di far ricorso alla "comune considerazione"⁸.

In ragione delle evidenti difficoltà implicate da questi ultimi criteri⁹, non stupisce che queste indicazioni giurisprudenziali si siano tradotte, in pratica, nella

² Si confrontino al riguardo le ricognizioni di B. RANDAZZO, *Diversi e uguali ... cit.*, 29 ss., e di N. COLAIANNI, *Confessioni religiose, Enc. dir.*, Aggiornamento vol. IV, *sub voce*, 368 ss.

³ Corte Costituzionale, sentenza 16 luglio 2002, n. 346.

⁴ Indicazioni in N. COLAIANNI, *Confessioni religiose, Enc. dir.*, Aggiornamento vol. IV, *sub voce*, 371 ss., anche per i limiti della relativa impostazione.

⁵ Corte costituzionale, sentenza 19 novembre 1992, n. 467.

⁶ Per il tramite procedimento di intesa o il ricorso alla disciplina della legge sui culti ammessi 24 giugno 1929, n. 1159: così la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 467 del 1992.

⁷ Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 1993, n. 195; Corte di Cassazione, Sez. VI pen. sentenza 22 ottobre 1997, n. 9476.

⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 195 del 1993, citata

tendenza a dedurre la nozione essenzialmente dalla prassi amministrativa, e, in particolare dalla prassi in materia di intesa, nonché dalla casistica giurisprudenziale, la quale, peraltro, come detto, per primo criterio identificativo utilizza, a sua volta, in primo luogo, proprio quello del riconoscimento amministrativo.

Il risultato è costituito dalle recenti ed accurate ricostruzioni che argomentano la necessità di ricavare la nozione del “religioso” in via induttiva, considerando essenzialmente la natura propria e singolare delle organizzazioni che i giudici hanno riconosciuto come religiose ovvero che hanno ottenuto accesso allo strumento dell’intesa. E così, dalla dottrina propria di Scientology – in quanto organizzazione riconosciuta dalla giurisprudenza come confessione religiosa – si ricava il fatto che “religiosa” è, nell’ordinamento italiano, anche una dottrina di mero auto-perfezionamento dell’uomo; dal contenuto del pensiero Buddhista – in forza dell’intesa stipulata con le relative rappresentanze – si deduce che la fede in un essere trascendente non è requisito necessario; dalla rappresentazione di sé come “confessione” da parte delle Unioni delle Comunità ebraiche in sede di stipula dell’intesa con il Governo, si argomenta la validità del criterio dell’autoqualificazione¹⁰.

Il difetto della elaborazione di soddisfacenti criteri predeterminati per l’identificazione del fattore religioso ed il valore decisivo attribuito, di conseguenza, al criterio del riconoscimento pubblico, nelle varie forme possibili, sembrano però confermare che il rilievo del carattere “religioso” per l’applicazione di diverse discipline normative non può prescindere, per propria natura, da una scelta consapevole e deliberata operata in tal senso dai soggetti operanti nell’ordinamento, secondo l’ordine determinato dal valore intrinseco delle rispettive determinazioni. Ciò significa che in difetto della scelta definitoria che, nel silenzio della Costituzione, sarebbe di competenza, in primo luogo, del legislatore, proprio il procedimento logico-induttivo prescelto dalla dottrina e dalla giurisprudenza è sintomatico del valore attribuito agli atti singolari di riconoscimento del potere esecutivo ed a quelli di accertamento del potere giudiziario, in quanto rivelatori, appunto, di una opzione compiuta dagli organi di governo – in senso lato – della comunità, pur se in difetto di una previa determinazione generale ed astratta da parte del legislatore.

Trovandosi nella necessità di individuare i criteri costitutivi della nozione di confessione religiosa, dottrina e giurisprudenza ritengono concordemente insufficiente il ricorso alle concezioni dominanti all’epoca della Costituente – le quali condurrebbero difatti ad un esito estremamente selettivo – ma non trovano alcun riferimento significativo nella disciplina legislativa. Esse sono dunque quasi naturalmente condotte, per così dire, a rifarsi in primo luogo alle stesse determinazioni dell’Amministrazione, a partire da quelle adottate in materia di accesso alle intese.

Questo quadro di riferimento significa, peraltro, che proprio la decisione del Governo di aprire una trattativa con l’organizzazione richiedente finisce per valere

⁹ Posto che la “comune considerazione” rischia di condizionare una tutela costituzionale alla verifica di un sentimento puramente maggioritario ed il ricorso allo Statuto, come nota B. RANDAZZO, *Diversi e uguali* ... cit., 45, rischia di reintrodurre il criterio dell’autoqualificazione.

¹⁰ Cfr. N. COLAIANNI, *Confessioni religiose* ... cit., 370 ss.

come il primo e rilevante elemento sintomatico della natura confessionale dell'organizzazione medesima, mentre, per converso, il rifiuto del Governo di concedere l'avvio delle trattative costituisce un indice altrettanto rilevante del difetto, nell'ordinamento, della "comune considerazione" sulla natura confessionale dell'ente considerato.

4. — Volendosi applicare queste conclusioni alla richiesta di intesa che ha occasionato la decisione del Consiglio di Stato, ne deriverebbe che la convinzione espressa dal Consiglio dei Ministri, peraltro suffragata dalla dottrina¹¹, che non possa attribuirsi valore confessionale alla professione dell'ateismo, è convinzione che assume, in difetto di precedenti specifici, un valore particolarmente pregnante per la costituzione stessa dell'elemento di un "credo" o di una "fede", quale carattere necessario per la identificazione della natura confessionale dell'associazione. E difatti, proprio una tale posizione espressa autorevolmente dal Governo a fronte della richiesta di trattative per l'intesa, e successivamente difesa in sede di controllo giudiziario, vale quale elemento particolarmente qualificato, anche se giuridicamente ancora non risolutivo, per evidenziare la concezione della confessione religiosa che risulta coltivata nell'ordinamento, concezione attuale la cui ricostruzione costituisce un passaggio logico necessario per farsi corretta applicazione dell'art. 8 della Costituzione, e questo anche da parte degli organi giurisdizionali cui venga chiesto di sindacare la decisione del Governo di non aprire, nel caso, le trattative.

La circostanza che, nell'attuale assetto che ha assunto in materia l'ordinamento italiano, una tale decisione del Governo non tanto si presenti come dichiarativa di una nozione presupposta per l'applicazione della norma costituzionale, quanto piuttosto partecipi essa stessa, in primo luogo, alla costituzione di tale nozione, solo in apparenza rappresenta un esito paradossale e contraddittorio con la natura del Governo quale organo esecutivo. Si tratta, in realtà, al contrario, di un esito coerente con la natura propria dell'interpretazione costituzionale, la quale, per propria natura, non può prescindere dal complesso dei convincimenti istituzionali e sociali e dalle concezioni in senso lato politiche coltivate in ciascun momento dato nell'ordinamento, alla cui composizione partecipano variamente, nei vicendevoli rapporti, i diversi attori istituzionali e politici, e le diverse componenti del corpo sociale, ciascuno secondo la rispettiva posizione, cosicché non può affatto stupire, alla luce di queste considerazioni, il rilievo specifico ed indefettibile che finiscono per assumere – specie in difetto di una apposita disciplina legislativa – le determinazioni adottate a questo riguardo dal Governo nel procedimento qualificato per il raggiungimento di un'intesa.

Occorre appena aggiungere che la nozione della confessione religiosa ha carattere sostanzialmente complesso, costituito non soltanto dall'aspetto "ideale" del fattore "religioso", ma anche da quello "materiale" consistente nella capacità di operare quale ente esponenziale dei soggetti accomunati dal relativo credo o concezione di vita, nonché consistente, secondo una parte della dottrina, nella

¹¹ Così infatti B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali: le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano 2006, 37; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose ... cit.*, 368, nt., nonché, per l'intrinseca politicità delle valutazioni governative in questo ambito, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1177

capacità di costituire un vero e proprio ordinamento distinto da quello statale¹². Da qui, quindi, la conseguente complessità della valutazione da parte del Governo, che logicamente presuppone una considerazione preliminare della consistenza non solo del carattere religioso, ma anche del carattere associativo, organizzativo ed esponenziale del soggetto richiedente.

Ciò significa che l'effetto "obbligatorio" che si vuole gravante a carico del Governo, a fronte della qualificazione come confessionale del soggetto richiedente l'intesa, presuppone una valutazione, da parte dell'amministrazione, che consideri tutti i diversi elementi costitutivi dell'ente interlocutore.

Questo effetto particolarmente gravoso va dunque connesso, anche a volersi porre nella logica relativa, ad una valutazione del Governo, che, pur se adottata *in limine* del procedimento, si riferisca nondimeno esaustivamente a tutti gli elementi ora sintetizzati come costitutivi della nozione di confessione religiosa, idonei, in quanto tali, a connotare tanto l'elemento ideale, quanto quello materiale dell'organizzazione da cui deriva l'effettiva attitudine della stessa ad unificare nonché a rappresentare coloro che attribuiscono valore alle concezioni di vita dichiarate dall'organizzazione medesima. E anche a questi fini, le scelte definitorie fatte proprie dal Governo non possono non assumere, dato l'attuale quadro normativo di riferimento, un peso rilevante per la configurazione della nozione della confessione religiosa.

5. — Secondo la ricostruzione che si esamina, il carattere confessionale del soggetto richiedente, mentre costituisce un elemento *necessario* per l'avvio delle trattative – cosicché in difetto di quello il Governo è di certo esonerato dal relativo obbligo – allo stesso tempo costituisce anche un elemento *sufficiente* – cosicché la sua ricorrenza sarebbe da sola sufficiente a costituire in capo al Governo l'obbligo di aprire il relativo procedimento.

Il principio che "l'avvio delle trattative può addirittura presentarsi obbligatorio", sembra costituire una sorta di corollario necessario del carattere sindacabile del preliminare accertamento sul punto "se l'organizzazione richiedente sia o meno riconducibile alla categoria delle confessioni religiose". Nella logica che informa la ricostruzione in esame, infatti, il sindacato su tale accertamento, per acquisire significato, non può non presupporre o comunque implicare una posizione di obbligo del Governo, condizionata dall'esatta qualificazione del soggetto richiedente.

Confinando in questi termini la valutazione del Governo nella fase liminare del procedimento – e rinviando ogni successiva determinazione al prosieguo delle trattative – la ricostruzione farebbe all'evidenza applicazione dell'orientamento giurisprudenziale, che tende a circoscrivere essenzialmente la nozione dell'atto politico ai soli atti di indirizzo governativo insuscettibili di arrecare in concreto un immediato pregiudizio a soggetti determinati¹³. Il rigore si spiega con la necessità di non esporre a contrasto con la costituzione la previsione legislativa¹⁴, che prevede come insindacabile l'atto politico, e questo perché tale nozione, sorta in era

¹² In tal senso, ad es., F. FINOCCHIARIO, *Diritto Ecclesiastico*, Bologna 2007, 46 ss.; *contra* N. COLAIANNI, *Confessioni religiose ... cit.*, 366 ss.

¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza 6 ottobre 2009, n. 6094.

¹⁴ Oggi, art. 7 del Codice del processo amministrativo.

statutaria, si deve ora confrontare con l'art. 113 Costituzione, e con il relativo divieto di limitazione del controllo giurisdizionale per categorie determinate di atti.

La conclusione, però, sembra suscettibile di una considerazione critica, specie a volersi considerare la circostanza che il legislatore non ha dettato sinora alcuna disciplina attuativa dall'art. 8, comma terzo, Costituzione, idonea a circoscrivere la portata delle determinazioni del Governo, ed a configurare puntualmente in capo ad esso una serie di vincoli discrezionali di valutazione, a partire da quelli relativi alla stessa individuazione delle confessioni religiose in quanto tali.

Unica fonte regolatrice della materia rimane, dunque, l'articolo 8, il cui terzo comma pone il principio, di per se derogatorio dell'uguaglianza, che una apposita regolazione dei rapporti fra lo Stato e ciascuna singola confessione è consentita, ma la stessa deve avvenire per legge e sulla base di un'intesa con la Confessione interessata. Nell'unica disciplina esistente, e cioè in quella costituzionale, il fattore della "intesa" vale, dunque, essenzialmente, come elemento preordinato alla deliberazione di una legge apposita, contraddistinta dalla necessità del compimento di una previa fase amministrativa condotta in termini puramente negoziali, donde deriva la definizione della legge ora come "rinforzata" ora come "atipica"¹⁵. Così dicendo si intende sottolineare la circostanza del vincolo insorgente a carico non solo degli apparati di governo ma anche dello stesso legislatore a seguito della deliberazione della legge fondata sull'intesa, trattandosi infatti della forma con cui introdursi il principio pattizio anche all'interno dei rapporti con le "altre" confessioni religiose".

La conclusione del carattere obbligatorio delle trattative sembra però incidere su questo assetto intrinsecamente paritario dei rapporti, e lascia assumere un significato diverso al principio "pattizio", quale base dei rapporti fra lo Stato e le altre confessioni. Per lo Stato, difatti, vincoli nei confronti delle confessioni in ordine alla regolazione dei reciproci rapporti nascerebbero non solo all'esito dell'emanazione della legge, ma a partire già da una fase di molto anteriore, sotto la forma, in giurisprudenza del tutto inedita, dell'obbligo di trattativa con la controparte, purché qualificabile come confessione religiosa¹⁶.

Il carattere obbligatorio della condotta del Governo – che potrebbe aprire la strada all'ipotesi paradossale di trattative avviate e finanche concluse da commissari *ad acta* nominati in sede di ottemperanza – ben lungi dall'essere qui collegato, in funzione di contrappeso, all'esercizio di una potestà¹⁷, viene invece riferito ad una attività dell'esecutivo di carattere intimamente negoziale, consapevolmente ideata e perseguita dal Costituente per la posizione di parità delle due parti del rapporto, secondo il principio che il "nocciolo" dell'art. 8, terzo

¹⁵ Sulla linea di discriminare fra le due figure, in quanto applicata al procedimento legislativo in questione, cfr. l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1987, 197

¹⁶ Per il diverso orientamento sinora prevalente ed avallato dalla giurisprudenza costituzionale, in relazione al punto che "lo stesso avviamento delle trattative ... rientra nel potere discrezionale del governo, il cui mancato esercizio è sanzionabile solo politicamente dal Parlamento, cfr. N. COLAIANNI, *Confessioni religiose ... cit.*, 277, 378, cui si rinvia anche per l'indicazioni delle contrarie tesi formulate in letteratura.

¹⁷ Secondo l'insegnamento tradizionale, che "l'interesse legittimo è la trasformazione della soggezione correlativa alla potestà del pubblico potere", essendo "quindi sempre collegato necessariamente ad una potestà" (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 510).

comma, consiste nel fatto che “per *accordarsi* bisogno per forza di cosa essere in due”¹⁸.

Se si considera a questo punto che la ricostruzione viene compiuta in difetto di una legge che sviluppi in un senso corrispondente la previsione costituzionale, e quindi in via di applicazione giudiziale diretta dell’art. 8 della Costituzione, il quale peraltro a sua volta prevede l’intesa come articolazione procedimentale propedeutica ad un apposito *iter legis*, si comprende perché la conclusione sull’obbligo delle trattative sembra dar luogo, sul punto specifico, ad una sorta di aporia. Essa infatti, mentre da un lato ricostruisce l’avvio delle trattative come frutto di una scelta discrezionale e quindi obbligata da parte del Governo, dall’altro lato non può non riconoscere il carattere del tutto libero della deliberazione dell’atto legislativo. Nella logica dell’impianto regolatorio dell’art. 8, però, l’intesa vale, come si è detto, come elemento preordinato al procedimento legislativo, cosicché non si comprende perché la relativa articolazione procedimentale non debba anch’essa partecipare della medesima natura di atto libero, che connota ogni fase del conseguente procedimento di formazione della legge. Una tale differenziazione di regime giuridico, rispetto alle fasi ulteriori del procedimento, si mostra non soltanto di difficile esplicazione sul piano logico e formale, ma anche, come è naturale, foriera di evidenti disarmonie ed incertezze sul piano pratico, non comprendendosi quale debba essere il valore dell’intesa governativa che il Governo si sia trovato obbligato a stipulare, a fronte di un indirizzo politico-parlamentare rivolto ad escludere in partenza l’emanazione della legge di regolazione dei corrispondenti rapporti.

Fino a quando il legislatore non abbia dato un assetto determinato alla materia, con ciò sviluppando la disciplina costituzionale con una regolazione consapevolmente indirizzata nel senso di circoscrivere in modo puntuale la discrezionalità dell’amministrazione, sembra quindi da dire che la sola previsione di cui all’art. 8 della Costituzione non si presta realmente a qualificare come discrezionale in senso proprio la valutazione del Governo sull’apertura delle trattative, e ciò quantomeno sotto un duplice punto di vista.

In primo luogo, perché l’intesa altro non rappresenta, in quella disciplina, che un elemento preordinato al procedimento per l’emanazione della legge di regolazione dei rapporti con la Confessione religiosa¹⁹: lo stesso sub-procedimento di intesa, di conseguenza, non potrebbe non partecipare della stessa natura libera dell’atto legislativo che esso vale a connotare in modo giuridicamente pregnante.

In secondo luogo, perché trattasi di un sub-procedimento negoziale direttamente previsto ed integralmente regolato, ad oggi, dalla Costituzione, con la conseguenza che l’espresso divieto dell’art. 113 di esclusione della tutela giurisdizionale per determinati atti amministrativi, non potrebbe operare, rispetto all’intesa, con la medesima coerenza con cui esso opera, appunto, nei confronti della tipologia degli atti amministrativi che trovano fonte nella legge. Anche a voler seguire la logica di un abbandono senza remore del tradizionale ancoraggio dell’interesse legittimo costituito dall’esercizio di un potere, si tratterebbe pur

¹⁸ M. RICCA, *Legge e intesa ... cit.*, 25

¹⁹ “Riduzione dell’intesa da atto autonomo, in sé compiuto, ad atto preparatorio della legge”: questa in definitiva, secondo N. COLAIANNI, *Stato e confessioni religiose ... cit.*, 931, sarebbe la configurazione dell’atto, come rivelata dall’analisi delle forme di compimento in punto di fatto dei relativi procedimenti di approvazione in sede parlamentare.

sempre, infatti, di una specifica limitazione al sindacato giurisdizionale posta direttamente, per quanto implicitamente, dalla Costituzione, e avente contenuto speciale rispetto al principio generale di sindacabilità di cui all'art. 113.

In questa lettura del procedimento d'intesa costituzionalmente informata al dettato dell'art. 8 della Costituzione, il diniego di avvio delle trattative risulterebbe infatti insindacabile dal giudice amministrativo non già perché atto politico nel senso consolidato del termine, quanto piuttosto perché elemento procedimentale di una specifica funzione costituzionale attribuita congiuntamente a Governo e Parlamento, disciplinata in termini di un'attività negoziale, e destinata a manifestarsi nella forma ultima dell'atto legislativo.

* Ordinario di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Teramo