



“A CHIARE LETTERE - CONFRONTI”

Giuseppe Casuscelli

(già professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”)

**Gli “effetti secondari” (ma non troppo) della pandemia
sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti ***

SOMMARIO: 1. Un contrasto “accademico” - 2. Sulla possibilità di porre restrizioni all’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione: condizioni e limiti - 3. La necessità del ricorso al principio e al test di proporzionalità - 4. L’occasione mancata di un proficuo confronto - 5. Gli effetti secondari (ma non troppo) della pandemia: “fratture” e “passaggi” - 6. Alla declinante bilateralità in senso stretto si affianca la concertazione in ascesa: prospettive e vuoti – 7. I rischi della bilateralità “diffusa” – 8. Un cenno finale.

1 - Un contrasto “accademico”

Qualcuno forse ricorderà che, in passato, nei miei scritti, ho prestato un’attenzione continua, non marginale all’argomento delle fonti del nostro diritto ecclesiastico. Eppure, potrà sembrare strano, il tema delle limitazioni alla libertà religiosa - ma sarebbe meglio precisare, al libero esercizio del culto in forma associata e in pubblico - apportate dalla normativa di carattere emergenziale adottata dallo Stato, preso a sé stante, disancorato da un quadro unitario dei diritti della persona, disconnesso dall’intreccio fitto, ricco di implicazioni, delle situazioni giuridiche soggettive che presiedono a un “effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”¹ e noncurante dalla

* Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce il testo di cui ho dato parziale lettura nella Tavola rotonda su *Libertà religiosa al tempo del covid.19: la bilateralità amministrativa e pattizia*, Il modulo del Corso di Alta Formazione su *Il pluralismo nelle emergenze del Covid-19 e dei radicalismi religiosi violenti*, organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell’impresa dell’Università LUM Giuseppe Degennaro e dall’Università del Piemonte Orientale.

¹ Così nel testo del terzo comma dell’art. 10 Cost.



valorizzazione del loro “rapporto di integrazione reciproca” che non consente di “individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”², questo tema non mi ha appassionato quando è venuto alla ribalta all’inizio dello scorso anno e continua a non appassionarmi ancora oggi.

Poiché sono stato invitato a intervenire proprio su questo tema all’odierna tavola rotonda, proverò a dare conto, in modo succinto, dei motivi del mio sentire.

Fratture e tensioni - in termini davvero inconsueti per la nostra disciplina - hanno animato il dibattito tra i sostenitori della centralità normativa e della diffusività del modello di bilateralità necessaria e i sostenitori del suo carattere sussidiario e del primato della normazione unilaterale dello Stato, tra i sostenitori della prevalenza della garanzia del diritto di libertà religiosa e i sostenitori del primato del fondamentale diritto alla salute (art. 32 Cost.). Un dibattito che mi è parso adombrare talvolta lo scenario conflittuale, ideologico, del contrassegno iperspecialistico della disciplina e della sua necessaria difesa.

La polarizzazione e l’affollamento di voci mi sono parsi, e mi paiono ancora, artificiosi, quanto meno per la semplificazione della problematica di fondo (bilateralità pattizia sì, bilateralità pattizia no) che ne ha rappresentato il prevedibile fulcro. L’interesse teorico rivolto alla messa a punto dei requisiti della legalità formale-positiva, della “qualità normativa” delle fonti prescelte per comporre il supposto conflitto tra diritto al libero esercizio del culto e diritto alla salute ha finito, forse, con il mettere in ombra il profilo primario della giustizia materiale, del diritto che si prende cura degli interessi sostanziali da proteggere e dei fini-valori costituzionali da preservare, da subito e senza incertezze, al fine di contrastare la diffusione della pandemia e i suoi cupi presagi.

2 - Sulla possibilità di porre restrizioni all’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione: condizioni e limiti

Per evitare questo esito, sarebbe stato, forse, più opportuno tenere nel debito conto che la preminente tutela della salute, diritto fondamentale degli individui e della collettività ai sensi del primo comma dell’art. 32 Cost., non può andare disgiunta da uno stretto coordinamento con i principi di precauzione e di azione preventiva, vincolanti nel diritto

² Corte cost., sent. n. 85 del 2013, punto 9 del *Considerato in diritto*.



dell'Unione Europea, nel quadro della politica in materia ambientale. Il nostro Paese è tenuto - al pari degli altri Stati membro, va da sé - all'osservanza di questi principi: su di esso grava l'obbligo di perseguire l'obiettivo della "protezione della salute umana" e di ricercarne "un elevato livello di tutela", ai sensi dei numeri 1 e 2 dell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea³. Sul piano poi del diritto internazionale, il punto 1 dell'art. 12 del Patto relativo ai diritti economici, sociali e culturali riconosce "il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire"; e il punto 3 pone a carico degli Stati firmatari del Patto, e dunque vincolati alla sua osservanza, l'obbligo di "assicurare la piena attuazione" e l'effettivo godimento di questo diritto, adottando tutte le misure necessarie ai fini de "la profilassi, la cura e il controllo delle malattie epidemiche".

È di palmare evidenza - nello stato di emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale (dichiarato dall'OMS il 30 gennaio della scorso anno) e di interesse nazionale (dichiarato dal Consiglio dei ministri il giorno successivo e prorogata, al momento, fino al 30 aprile 2021) - l'assoluta inderogabilità dei due principi appena ricordati, perché - come ha affermato il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite che vigila sulla implementazione del Patto - "la salute è un diritto fondamentale dell'uomo indispensabile per l'esercizio di ogni altro diritto dell'uomo, e perché ogni essere umano ha diritto a godere di un elevato standard che gli consenta di vivere la sua vita in dignità"⁴.

La nostra Costituzione, come è noto, non ha una norma generale sulla possibilità di porre limiti all'esercizio dei diritti di libertà - e sulle condizioni a tal fine richieste perché questo possa avvenire legittimamente - una norma che abbia il medesimo tenore dell'art. 4 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali⁵ (che consente limiti

³ "1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: (*omissis*) - protezione della salute umana (*omissis*)

2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, (*omissis*)".

⁴ Come si legge in apertura del CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000

⁵ "Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono che, nell'assicurare il godimento dei diritti in conformità dal presente Patto, lo Stato potrà assoggettarli esclusivamente a quei limiti che siano stabiliti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una



purché “stabiliti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica”), o dell’art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁶ (CDFUE) che consente limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà purché previste dalla legge e rispettose del **contenuto essenziale** di detti diritti e libertà e del principio di proporzionalità, sempre che siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui). Non di meno, la Corte costituzionale già nella sua prima sentenza aveva rilevato “che la norma la quale attribuisce un diritto non esclud[e] il regolamento dell’esercizio di esso”, e aveva anche ricordato “che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell’ambito dell’ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell’ordinata convivenza civile”⁷.

Alcuni articoli della nostra Carta prevedono che in casi specifici le libertà individuali, di singoli o di gruppi, possano subire restrizioni, solo in casi eccezionali di necessità e urgenza, per motivi di sanità e incolumità pubblica, per motivi di sanità o di sicurezza, per comprovati motivi di sicurezza o d’incolumità pubblica (come si legge rispettivamente negli artt. 13, 14, 16 e 17 Cost.). L’art. 19, invece, non fa espressa menzione della salute quale possibile limite all’esercizio del diritto di libertà religiosa e al libero esercizio del culto in specie; ma questo non può essere inteso come divieto assoluto, o come rigido vincolo ostativo a interventi restrittivi da parte dei soggetti titolari di potestà normativa. Le sue disposizioni, infatti, possono (o meglio, debbono) essere integrate sia da quelle dell’art. 9.2 CEDU, fonte interposta in forza del primo comma dell’art. 117 Cost., secondo cui i diritti da esso garantiti possono “essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione [...] della salute [...] o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”; sia dalle analoghe disposizioni dell’art. 18.3 della parte seconda del Patto internazionale relativo ai diritti

società democratica”

⁶ “Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

⁷ Corte cost., sent. n. 1 del 1956.



civili e politici (ratificato ed eseguito con la legge n. 881 del 1977); sia, infine, dal richiamato art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vincolante in ogni sua disposizione⁸ e "dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale", che enuncia principi e diritti che "intersecano in larga misura i principi e di ritti garantiti dalla Costituzione italiana"⁹.

3 - La necessità del ricorso al principio e al test di proporzionalità

Non è certo superfluo precisare che in un ordinamento democratico i principi di precauzione e di prevenzione prima ricordati non possono avere un'attuazione indiscriminata, rimessa alla discrezionalità politica del legislatore. La Commissione europea, infatti, è dell'avviso che essi possano operare solo nell'ipotesi di accertata sussistenza di rischio potenziale, e che ogni qualvolta essi sono invocati restino al contempo applicabili i principi generali della gestione dei rischi, vale a dire: la proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato; la non discriminazione nell'applicazione delle misure; la coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe o che fanno uso di approcci analoghi; l'esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione; il riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.

La giurisprudenza della Corte costituzionale non si discosta da questi indirizzi: proprio esaminando la possibilità di porre restrizioni al diritto di libertà religiosa, ha statuito che "limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale [sono ammissibili solo in presenza] di un rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti"¹⁰, e

⁸ La Carta, per la sua equiparazione ai Trattati, ha carattere giuridico vincolante ai sensi dell'art. 6.1 del Trattato sull'Unione Europea.

⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 267 del 2019, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 67 del 2017, punto 3.3 del *Considerato in diritto*. Per la prima volta nel 2010 la Corte aveva fatto menzione della "necessità di una giustificazione legittima e ragionevole, sottoposta a un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito" con riferimento alla legittimità di differenze di trattamento in base alla nazionalità dei destinatari della norma (Corte cost., sentenza n. 227 del 2010), e in seguito ha fatto più volte ricorso al test (vedi n. 270 del 2010; n. 1 del 2014 [secondo cui il test di proporzionalità "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati



che disposizioni restrittive possono essere ritenute costituzionalmente legittime solo se soddisfano - sottolinea la Corte - “il principio e il test di proporzionalità”. L’utilizzo di quest’ultimo prevede un’articolazione in più fasi intese ad accertare che siano pienamente assolte alcune condizioni prefissate, nessuna esclusa: il fondamento costituzionale del fine in funzione del quale è stata adottata la restrizione di un diritto fondamentale, la necessarietà della stessa, la sua idoneità a consentire il conseguimento di quel fine, la verifica rigorosa della insussistenza di misure meno severe ma parimenti idonee. Il principio e il test - ha affermato la Corte, proprio in riferimento a disposizioni di legge che dispongano restrizioni al diritto di tutti al libero esercizio del culto -

“impongono di valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti [anche diversi dalla tutela della salute, a dire il vero], in quanto, tra più misure appropriate, prescriva di applicare sempre quella meno restrittiva dei diritti individuali e imponga sacrifici non eccedenti quanto necessario per assicurare il perseguimento degli interessi ad essi contrapposti”¹¹.

4 - L’occasione mancata di un proficuo confronto

Ero e sono dell’avviso che fossero questi gli aspetti, più della controversia sulle pregevolezza formale delle fonti cui fare ricorso, che avrebbero offerto l’opportunità di un confronto ampio e approfondito tra gli ecclesiastici, vuoi alla luce di un approccio teorico ancorato a una prospettazione integrale della giuridicità, sintesi di materia e forma, di fatto e norma, vuoi, più semplicemente, alla luce di un approccio realistico e pragmatico, attento a cogliere con opportuno “senso dei tempi” i bisogni primari della collettività nazionale. Si tratta di due angoli visuali distinti, certo, ma ambedue intesi in primo luogo a porre in risalto gli interessi sostanziali che, alla luce delle accertate vicende del rischio pandemico e del suo prevedibile evolversi, reclamavano un’immediata, assorbente tutela, e di conseguenza avrebbero dovuto orientare la scelta, nel quadro

rispetto al perseguimento di detti obiettivi”]; n. 162 del 2014; n. 23 del 2015; n. 272 del 2015; n. 10 del 2016; n. 63 del 2016; n. 125 del 2018; n. 137 del 2018; n. 20 del 2019 [secondo cui “il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità”; n. 33 del 2019; n. 179 del 2019; n. 78 del 2020; n. 276 del 2020).

¹¹ Corte cost., sent. n. 63 del 2016, punto 6 del *Considerato in diritto*.



complessivo delle fonti, degli strumenti normativi idonei - per semplicità e duttilità delle procedure di formazione e di modifica - a fornire a essi la necessaria, tempestiva, adeguata disciplina e garanzia.

La necessità di comporre il conflitto tra la (salvaguardia della) salute, interesse ascrivibile a ogni individuo senza distinzione alcuna e all'intera collettività nazionale unitariamente considerata, e la (salvaguardia della) libertà di esercizio del culto, interesse ascrivibile invece a parte dei singoli individui e a plurime frazioni della collettività nazionale, si sarebbe giovata del confronto tra gli ecclesiastici sul tema del ricorso al principio e al test di proporzionalità.

Uno sguardo collettivo proiettato anche al di là del caso specifico avrebbe consentito di porre al centro dell'attenzione almeno tre temi che mi sembrano di sicuro interesse per novità e potenzialità di sviluppo. Da ecclesiastici, avremmo potuto contribuire a discernere, per un verso, quale sia il **contenuto essenziale** della libertà di religione, e della libertà di culto in specie, da rispettare 'sempre e comunque' perché costituisce il nocciolo duro delle garanzie apprestate dalla nostra Carta e dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea. Avremmo potuto dibattere, poi, se nel caso che ci occupa le normative emergenziali restringevano in via immediata e diretta il libero esercizio del culto, ovvero se le limitazioni dovevano ritenersi indirette in quanto conseguenza necessaria delle concomitanti e concorrenti restrizioni alla libertà di circolazione e alla libertà di riunione, di per sé idonee a conseguire in via autonoma il medesimo fine. E avremmo potuto, ancora, contribuire ad affinare il test di proporzionalità, che rimane poco frequentato dalla nostra dottrina, sebbene il giudice delle leggi vi faccia da dieci anni non infrequente ricorso, al pari di altre corti costituzionali europee, della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Quest'ultima, ad esempio, ha ricordato di recente, in materia di utilizzo di strumenti di video sorveglianza che interferiscono con la privacy degli impiegati, che è diffuso a ogni livello della giurisprudenza di molti Stati membro il convincimento secondo cui una misura restrittiva, per essere ritenuta legittima, deve superare nell'ordine l'*appropriateness test*, il *necessity test* e lo *strict proportionality test*¹². Esplorando le tappe di un

¹² «Lastly, there was case-law of the ordinary courts and the Constitutional Court requiring that any measures interfering with the privacy of employees had to pursue a legitimate aim ("appropriateness test"), and had to be necessary for the fulfilment of the aim pursued ("necessity test") and proportionate to the circumstances of each case ("strict proportionality test")»: Corte EDU, Grand Chamber, *Case López Ribalda and Others v. Spain*, 17 October 2019 (Applications nos. 1874/13 and 8567/13).



analogo itinerario da percorrere nelle vicende restrittive in cui è in gioco il fattore religioso (non dissimile da quello percorso fin dal 1971, nel contesto nord-americano, dal Lemon test), sarebbe stato di rilevante interesse teorico e di sicura utilità pratica ricercarne e fissarne i parametri necessari e costanti, come pure gli eventuali margini di variabilità, e l'ordine progressivo da seguire nell'applicazione del principio di proporzionalità tutte le volte in cui le libertà garantite per la tutela e la promozione del fattore religioso, individuale o collettivo, si trovino in conflitto con altri diritti fondamentali. Per questa via, avremmo potuto contribuire a un approfondimento specifico, in quanto proprio dell'ambito materiale in cui assume diretta rilevanza il fattore religioso, del generale criterio di ragionevolezza che solo consente legittime differenziazioni di trattamento tra credenti e non credenti, tra diversamente credenti, tra confessioni religiose e organizzazioni filosofiche e non confessionali, tra l'una e l'altra confessione religiosa.

Un confronto siffatto avrebbe consentito di verificare se, nel caso di conflitti che rendono critiche le relazioni fra Stato e confessioni religiose e necessitano dell'accurata ricerca di ragionevoli accomodamenti - come si è asserito essere avvenuto nel caso della pandemia di cui oggi parliamo - il risolutivo principio di proporzionalità tanto più debba trovare un'applicazione rigorosa quanto più la previsione statale comporti una significativa compressione dell'autonomia o indipendenza di una o più confessioni, assistite da una specifica guarentigia costituzionale, in modo analogo a quanto si verifica nelle vicende conflittuali, sottoposte al vaglio del giudice delle leggi, tra lo Stato e le regioni, la cui autonomia è anch'essa garantita dalla nostra Carta¹³.

In altre parole, il confronto avrebbe consentito di valutare la tenuta del principio di laicità nei casi estremi di conflitti con altri principi costituzionali in astratto pari ordinati. Avrebbe consentito, vale a dire, di

¹³ "La verifica della ragionevolezza delle misure assunte e della proporzionalità degli obblighi imposti a tali fini va condotta alla stregua dei criteri indicati nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui in particolare il principio di proporzionalità tanto più deve trovare rigorosa applicazione nel contesto delle relazioni fra Stato e regioni [*nel nostro caso, confessioni religiose*], quanto più, come nel caso in esame, la previsione statale comporti una significativa compressione dell'autonomia regionale [*delle confessioni*], precisando che il test di proporzionalità richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (Corte cost. n. 56 del 2020, punto 5.6 del *Considerato in diritto*).



valutare se e in quali ipotesi il principio di laicità (e il suo corollario della distinzione degli ordini) possa o debba orientarsi sulla rigorosa e rigida garanzia della neutralità dello Stato rispetto alle credenze e alle convinzioni, e ai loro patrimoni valoriali, perché l'obbiettivo tendenziale di conseguire una **piena uguaglianza** (nelle situazioni di svantaggio in genere, nelle limitazioni per così dire ordinarie come nei divieti dovuti a criticità di carattere eccezionale per ampiezza e durata) comporta legittimi (significativi, ma pur sempre proporzionati) sacrifici delle appartenenze identitarie degli individui e legittime interferenze nell'autonomia delle organizzazioni cui essi appartengono, declinando così verso una forma che altri ha definito di laicità "militante". Ovvero, avrebbe consentito di valutare se nelle situazioni di bilanciamento quel principio supremo, pietra angolare della disciplina nella sua genuina declinazione pluralistica, possa o debba orientarsi sul peculiare risalto da accordare ai suoi aspetti promozionali (la "non indifferenza" sottolineata dalla Corte costituzionale¹⁴) e sulla **valorizzazione delle differenze**, quali che esse siano. Un risalto che, in ogni ragionevole accomodamento - vuoi a opera del giudice chiamato a risolvere un conflitto già in essere, vuoi a opera del legislatore inteso a prevenirlo - privilegi tendenzialmente quella duplice autonomia (dell'individuo e del gruppo), sebbene la sua salvaguardia comporti il ragionevole e proporzionato sacrificio di altri fini-valori costituzionali, declinando così, nella concreto farsi dell'esperienza, verso quella forma di laicità in versione italiana, usualmente detta, per brevità, "positiva".

5 - Gli effetti secondari (ma non troppo) della pandemia: "fratture" e "passaggi"

La pandemia ha anche prodotto conseguenze di non immediata percezione, il cui impatto sulla nostra disciplina e sulle sue fonti potrà essere analizzato e valutato nel medio-lungo periodo. Sono state e sono

¹⁴ Da ultimo Corte cost., sent. n. 254 del 2019, ha ribadito che «il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è "da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze n. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità" (sentenza n. 67 del 2017)» (punto 6 del *Considerato in diritto*).



queste, che chiamerei gli effetti secondari della pandemia, ad attrarre la mia attenzione.

Per cominciare, è possibile presagire una frattura sempre più approfondita rispetto ad alcuni impianti teorici del passato. La “retorica” della libertà religiosa, vale a dire della sua primazia su ogni altra libertà, ha dovuto marcare, infatti, qualcosa di più che una battuta d’arresto nella straordinaria circostanza in cui la pandemia ha imposto simultanee e pesanti restrizioni all’esercizio dei diritti fondamentali: è probabile che questa pagina della nostra dottrina sia stata voltata una volta per tutte, nel pensiero dei giuristi come nel sentire comune. È lo stesso può dirsi sia avvenuto per quella impostazione teorica che a lungo si è soffermata sulla specialità della nostra disciplina. L’esperienza che ancora stiamo vivendo ha dimostrato come nel nostro sistema democratico, che annovera tra i suoi pilastri la centralità della persona e della sua dignità senza distinzione di religione o di convinzione, non residuino spazi per la ricerca di primati assoluti e per la velleitaria qualificazione di un intero settore dell’ordinamento come ‘speciale’, mirata al fine, come pure un tempo si asseriva, di situarlo in “una zona, per così dire, riservata, posta al di fuori delle influenze d’ogni altra norma, costituzionale o no”¹⁵. In prospettiva, ritengo che la collocazione pari ordinata, dal punto di vista teorico, di tutte le libertà democratiche - salva sempre la possibilità che in specifici casi di conflitto tra due o più di esse l’una possa prevalere sull’altra, alle condizioni e nei limiti di cui già ho detto - e il sicuro stampo costituzionalistico dell’intera nostra disciplina possano ben dirsi dati saldamente acquisiti.

La necessità di affrontare con immediatezza i molti problemi emersi con il diffondersi della pandemia e, in particolare, l’esigenza di dare risposte normative di carattere generale in tempi brevi, nel formularle come nel rivederle, hanno reso ancora più manifesta la condizione di “sofferenza” in cui versa da tempo il modello democratico della bilateralità pattizia “tipizzata”. Le criticità appaiono determinate dal concorso di molteplici fattori, funzionali e strutturali. Mi limito a ricordarne due tra le tante: la protratta inadeguatezza (o ritrosia) delle forze politiche di volta in volta maggioritarie nel proporre un chiaro indirizzo politico in materia ecclesiastica da realizzare nell’attività di governo del Paese, e la complessità dell’*iter* di formazione delle leggi di

¹⁵ Così, con riferimento al richiamo ai Patti lateranensi fatto dal secondo comma dell’art. 7 Cost., V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1959, p. 132.



approvazione degli accordi Stato-confessioni religiose, che rimane affidato alla prassi per l'incuria, l'incapacità o per il rifiuto di normarlo in modo congruo.

Alla non agevole praticabilità degli strumenti previsti per la concretizzazione di quel modello di relazioni si è aggiunto il dato del progressivo affievolimento delle sue potenzialità, in qualche misura necessitato. Da un lato, infatti, l'Accordo con la Chiesa cattolica del 1984 e le intese con le altre confessioni stipulate da allora in avanti hanno aperto la strada a differenti tipologie di accordi "di secondo livello" - non contemplati (e non protetti) dal secondo comma dell'art. 7 Cost. e dal terzo comma dell'art. 8 Cost. - voluti al dichiarato fine "di garantire la tutela di idonei spazi di libertà a tutte le confessioni religiose e di regolare i rapporti con esse [...] attraverso soluzioni nuove che, nel rispetto dell'autonomia e della libertà, risultino maggiormente agili e flessibili"¹⁶. Dall'altro lato, perché il novero delle confessioni diverse della cattolica interessate alla stipula di un'intesa ai sensi del terzo comma dell'art. 8 Cost. si è molto man mano ristretto, dopo che ben 12 tra esse vi hanno avuto accesso. E, ancora, perché difficoltà di vario ordine (interno ed esterno, politico e istituzionale) ostacolano la conclusione di accordi di portata generale con le comunità islamiche presenti in Italia (dalle quali si pretende l'unitarietà organizzativa, vera e propria finzione giuridica) o rinviano all'infinito il perfezionamento dell'intesa conclusa, e rivista a più riprese, con la Congregazione dei Testimoni di Geova.

Di pari passo, e in parallelo (almeno in parte) al menzionato declino degli strumenti pattizi "classici", si è aperta una fase di "apertura" a nuovi strumenti. Anche il diritto ecclesiastico, infatti, è stato interessato dal diffondersi del fenomeno della cosiddetta amministrazione consensuale e concertata, realizzata con il passare del tempo in forme e con strumenti molto diversificati, che ha accompagnato il graduale distacco dall'esercizio autoritativo del potere in capo alla pubblica amministrazione. Il primo esempio di questo sommovimento nella geometria delle fonti, se non ricordo male, può essere fatto risalire alle "piccole intese" ossia agli accordi previsti, nella materia previdenziale, dal secondo comma dell'art. 5 della legge n. 903 del 1973¹⁷, in forza del quale si provvede

¹⁶ Sono affermazioni dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Bettino Craxi, nell'intervento al Senato della Repubblica del 3 aprile 1984 (cfr. Senato della Repubblica, IX Legislatura, 157^a seduta pubblica, Resoconto stenografico, venerdì 3 agosto 1984, p. 74).

¹⁷ Si tratta della legge che ha istituito il Fondo di previdenza per il clero secolare e per i ministri di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Il secondo comma



all'applicazione della legge con "decreto del Ministro per l'interno, previa intese con le rappresentanze delle singole confessioni religiose diverse dalla cattolica che ne facciano richiesta" e con le appropriate, specifiche modalità in esse convenute.

In linea di massima, può dirsi che la sostituzione dei consueti provvedimenti unilaterali, espressione del principio di autorità, con provvedimenti adottati, nel quadro più ampio del pluralismo democratico, con la partecipazione (variamente articolata) degli stessi destinatari del provvedimento, quali enti esponenziali di soggetti collettivi o istituzioni religiose in senso stretto, caratterizza questo fenomeno ormai consolidato. I sei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri emanati il 15 maggio del 2020 - volti a contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19 regolamentando l'esercizio in forma associata del culto negli edifici a ciò dedicati - hanno confermato da ultimo la validità dell'impianto di massima di questa procedura partecipativa, finalizzata a promuovere forme di cooperazione in vista del bene comune (in questo caso la tutela della salute pubblica), e hanno segnato il superamento del *tabù* che impediva allo Stato di interloquire con "aggregazioni" diverse dalle confessioni che già avessero stipulato un'intesa *ex art. 8 Cost.* o da quelle almeno riconosciute ai sensi della legge n. 1159 del 1929.

Sembra dunque, a un primo esame, che un nuovo modello si presti a essere utilizzato con maggiore frequenza per il governo prossimo futuro delle relazioni Stato-confessioni religiose: in linea con i principi costituzionali di settore, semplificato nell'*iter* di formazione e duttile nell'applicazione, potrebbe essere definito della "bilateralità concertata".

6 - Alla declinante bilateralità in senso stretto si affianca la concertazione in ascesa: prospettive e vuoti

L'ipotesi appena prospettata sottende un tema complesso sul piano teorico come su quello meramente ricostruttivo. La frammentazione del tutto casuale della tipologia corrente dei provvedimenti concertati ascrivibili alle fonti secondarie della nostra disciplina, infatti, non consente di ricostruirne una configurazione giuridica unitaria quanto ai contenuti, ai requisiti, alla forma, alla "forza normativa"¹⁸.

dell'art. 5 dispone: "Con decreto del Ministro per l'interno, previa intese con le rappresentanze delle singole confessioni religiose diverse dalla cattolica che ne facciano richiesta, si provvede all'applicazione della presente legge con le modalità del caso".

¹⁸ Per una ricostruzione più articolata rinvio a quanto ho scritto nel paragrafo 23 ("I



Quanto a quest'ultima, per esempio, ricordo che la normativa in vigore consente di distinguere ipotesi di vera e propria negoziazione di accordi con carattere innovativo, il cui il contenuto vincola l'operato della pubblica amministrazione e incide sulla validità del successivo atto in caso di difformità (**concertazione "forte"**), da altre ipotesi in cui il ricorso, per esempio, alla formula "sentito il" sta a indicare che è sufficiente la mera audizione del soggetto religioso interessato, il cui parere non è vincolante per l'amministrazione, che può non adeguarvisi senza che sia compromessa la validità o l'efficacia del successivo atto (**concertazione "debole"**).

Sotto altro profilo, poi, la concertazione può svolgere un duplice ruolo. Assolve una funzione normativa vincolata, in quanto complementare ai modelli tipici di regolamentazione dei reciproci rapporti di cui al secondo comma dell'art. 7 Cost. e al terzo comma dell'art. 8 Cost., integrando il contenuto di specifiche disposizioni pattizie "di principio" o specificandolo nel dettaglio. Ovvero, assolve una funzione complementare, potrei dire "generica" e insieme "libera", di mera collaborazione. Questa seconda ipotesi riguarda, di regola, i casi nei quali (manchino specifiche disposizioni di legge di derivazione pattizia o unilaterali che la prevedano e ne rendano obbligatoria la pratica e) non sussistano le condizioni che renderebbero obbligato il ricorso a un nuovo accordo in senso stretto, ossia la riconducibilità contestuale e diretta degli interessi da normare e proteggere all'ordine proprio di ambedue le parti. Ciò nonostante, l'amministrazione, ritenendo che gli effetti del provvedimento da emanare possano interferire nella sfera propria delle confessioni e/o comprometterne aspettative di fatto, si orienta a favore dell'opportunità/utilità di un previo confronto con le autorità ecclesiastiche. Il contraddittorio in questi casi servirebbe ad assicurare quanto più possibile il pieno rispetto del principio della distinzione degli ordini, e ad applicare nel modo più ampio ed efficace il principio di leale collaborazione, ma senza che gli accordi raggiunti arrechino pregiudizio alcuno alla reciproca sovranità/indipendenza.

Quanto ai requisiti soggettivi delle parti "private", è indiscussa la "legittimazione" degli enti esponenziali (apicali e non) di confessioni che hanno già stipulato accordi in senso stretto. Tuttavia, non mancano nella legislazione esempi di provvedimenti concertati con confessioni prive di

molteplici strumenti della concertazione") del capitolo 2 ("Le fonti del diritto ecclesiastico italiano: intersezioni e interpretazioni") del volume di S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 83-87.



intesa ma riconosciute ai sensi della legge sui “culti ammessi” (il cui ordine proprio lo Stato riconosce pur sempre essere “distinto”), e persino non riconosciute (che operano in una condizione di indeterminatezza delle loro specificità costitutive); provvedimenti non previsti da alcuna fonte primaria ma adottati per ragioni di opportunità/necessità e formalizzati al seguito di procedure negoziali e in conformità a esse¹⁹.

Il ricorso diffuso e crescente agli strumenti di partecipazione evidenzia che la concertazione nella nostra materia è caratterizzata, al momento, da un approccio disordinato e casuale; ed evidenzia l’esigenza che il legislatore statale ne disciplini i molteplici aspetti non normati. L’intervento appare necessario al fine di colmare i vuoti per evitare il ripetersi degli inconvenienti connessi alla mancanza di “fonti sulle fonti” che ha caratterizzato l’istituto delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica, presiedute da principi costituzionali ma sprovviste di regole attuative direttamente applicabili, affidate alla prassi (talvolta di dubbia legittimità, come nel caso del requisito del previo riconoscimento della personalità giuridica) ed esposte alla sua instabilità (ben esemplificata dal veloce tramonto della “parlamentarizzazione” del processo di formazione, e della co-gestione dell’indirizzo politico).

Per fare qualche esempio, sarebbe utile conoscere e definire una volta per tutte, a mio avviso, quali soggetti pubblici e quali soggetti religiosi possano esserne “parti”; a chi competa il potere di iniziativa del concerto; quali materie possano costituirne l’oggetto; quale sia la procedura da osservare; quali siano i provvedimenti da assumere per definire e formalizzare gli accordi raggiunti; quale sia il regime di pubblicità degli accordi e di accesso agli atti a garanzia della trasparenza; quali rimedi siano esperibili per rendere giustiziabile il provvedimento nei casi di inadempimenti, di violazioni o di omissioni.

Segnalare l’utilità di disciplinare per legge gli aspetti anzidetti non è frutto di esigenze astratte, del tutto teoriche, al più classificatorie, ma vorrebbe evitare i possibili rischi di un ricorso “abnorme” a una concertazione sprovvista di regole e rimessa alla discrezionalità politica dei soggetti regolatori nazionali e locali, non immune da profili di arbitrarietà, e di complessa, lenta giustiziabilità (come consente di presagire l’esame della giurisprudenza amministrativa, ordinaria e

¹⁹ Penso alla Circolare 2 dicembre 2015 del Ministero della giustizia per il contrasto al radicalismo islamico negli istituti di detenzione e di pena, che ha dato attuazione al Protocollo d’intesa tra il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria e l’Unione delle Comunità e Organizzazioni islamiche in Italia, esempio di cooperazione a tutela del bene comune della sicurezza.



costituzionale in materia di edilizia di culto, per la parte di competenza esclusiva delle Regioni).

7 - I rischi della bilateralità “diffusa”

Il ricorso al modello di bilateralità concertata, in mancanza di un’adeguata disciplina attuativa, comporta non pochi rischi. Vengono con immediatezza alla mente:

- quello della dilatazione delle materie per le quali può essere utilizzato il concerto, considerato che esse appartengono all’ordine proprio dello Stato ma presentano interferenze con la disciplina del fattore religioso, pur senza attingerlo in via diretta e immediata; un fattore che, come noto, colora di sé una vasta gamma di ambiti materiali e di interessi dell’uomo, perché per sua natura (o per sua evoluzione storica) assume uno spiccato carattere di trasversalità;

- quello dell’utilizzo a fini strumentali - diversi dalla promozione della libertà religiosa individuale e collettiva - vale a dire per ottenere il sostegno alle forze di governo, nazionale o locale, delle organizzazioni religiose che operano nel territorio, nel contesto di un indirizzo politico di stampo neo-confessionista (in senso cattolico o anche pluri-confessionista) che non disdegna l’elargizione di vantaggi finalizzati al consolidamento del consenso popolare;

- quello, poi, della possibile, incontrollata moltiplicazione dei soggetti confessionali coinvolti nel concerto, diversi dagli enti esponenziali “centrali” delle confessioni religiose, come può fare intendere la nuova terminologia di “rappresentanti di comunità di fede” adoperata nel comunicato del Ministero dell’interno che annuncia la sottoscrizione dei protocolli per la ripresa delle celebrazioni religiose nel rispetto delle misure di sicurezza²⁰, che può aprire la porta ad accordi (oltre che con i rappresentanti di confessioni non riconosciute, come già è avvenuto) con associazioni locali di fedeli “private”, frutto di “spontaneismi” di ogni natura;

- quello, infine, di un’ancora più accentuata frammentazione territoriale delle discipline nelle materie in cui le Regioni hanno potestà legislativa esclusiva, come pure nelle materie di legislazione concorrente

²⁰ Il comunicato del 15 maggio 2020 può leggersi sul sito ufficiale del Ministero (all’url <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/comunicati-stampa/ripresa-funzioni-religiose-alla-presenza-popolo-sottoscritti-i-protocolli-comunita-fede-anche-non-firmatarie-intese-stato>).



per le quali lo Stato non abbia provveduto alla determinazione dei principi fondamentali, in ragione del “colore” politico delle forze locali di governo, che aggraverebbe le criticità già appurate dalla Corte costituzionale (proprio in materia di libero esercizio del culto, e di legislazione regionale in materia di edilizia di culto) e le incognite della così detta territorializzazione del diritto di libertà religiosa.

8 - Un cenno finale

Tutti i rischi accennati rimandano alla necessità - una vera sfida - che si ponga fine al protrarsi non più tollerabile dell'inerzia legislativa²¹, al continuato differimento di una legge generale di attuazione degli artt. 19 e 8 Cost. che ne detti la disciplina organica, alla cui mancanza non può porre rimedio in molti casi nemmeno l'intervento della Corte costituzionale, vincolata al rispetto del campo rimesso alla discrezionalità del Parlamento. Una legge che detti in modo compiuto sia le regole sostanziali sia quelle procedurali - parimenti indispensabili, ma, ahimè, spesso neglette - che assistono e conformano in modo compiuto il modello delle relazioni Stato-confessioni religiose e rendono praticabile, e insieme effettivo ed efficace, il principio di laicità positiva e i suoi corollari.

²¹ Questa forte espressione è della Corte costituzionale, con riferimento alla gravità del “vuoto di tutela del preminente interesse del minore” nei casi di minori nati a seguito di PMA eterologa praticata in altro paese e poi inseriti in una famiglia formata da coppie omosessuali (sentenza n. 32 del 2021).