



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 2-2008
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

6



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 2-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Direzione:

Cosenza - Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli - Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187
E-mail: mario.tedeschi@unina.it

Redazione:

Cosenza - Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadarienzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate quattro sentenze, tre dei T.A.R. ed una del Consiglio di Stato.

Le sentenze emesse dal T.A.R. Veneto e dal T.A.R. Campania (con commento di Beatrice Serra) hanno ad oggetto l'attestato di idoneità all'insegnamento della religione cattolica, che deve essere esclusivamente rilasciato dalle competenti autorità ecclesiastiche. Nelle due sentenze è posto in evidenza che l'Amministrazione statale deve solo prendere atto di tale attestazione e non può sostituirsi all'Ordinario diocesano ed attestare sulla base di altri elementi la presenza o l'assenza dell'idoneità. Il giudice amministrativo, da parte sua, non può sindacare nel merito il provvedimento canonico, ma è competente a sindacare il modo in cui l'autorità ecclesiastica ha esercitato il suo potere in ordine al rilascio o alla revoca dell'idoneità, al fine di verificare la corrispondenza di tale esercizio ai parametri costituzionali di ragionevolezza e non arbitrarietà.

Le sentenze del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia e del Consiglio di Stato (con commento di Giuseppe D'Angelo) hanno dichiarato legittimo il provvedimento prefettizio di annullamento di un'ordinanza sindacale che aveva interpretato il divieto di uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona come espressamente riferibile al "velo che copre il volto".

**Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto,
Sez. III, 14 maggio 2007, n. 1482**

Assenza dei requisiti richiesti per l'ammissione a concorso riservato per l'insegnamento della religione cattolica - Istruzione religiosa - Insegnanti di religione - Scuola - Religione cattolica - Idoneità all'insegnamento della religione cattolica - Certificato di idoneità - Ordinario diocesano

Il rilascio del certificato del riconoscimento d'idoneità, richiesto per l'ammissione al concorso riservato a posti d'insegnante di religione cattolica, è di competenza esclusiva dell'autorità ecclesiastica, in conformità con quanto stabilito al n. 5, lett. a del Protocollo addizionale all'Accordo del 18 febbraio 1984 (l. 25 marzo 1985, n. 121); agli artt. 2 e 4 dell'Intesa fra il M.P. I. e la CEI (d.p.r. 16 dicembre 1985 n. 751 e 23 giugno 1990 n. 202) e all'art. 3, comma 4 della l. 18 luglio 2003, n. 186.

Pertanto, a fronte della mancata produzione di tale certificato, l'Amministrazione statale deve solo prenderne atto, non potendo essa sostituirsi all'Ordinario diocesano e attestare sulla base di altri elementi la presenza o assenza dell'idoneità.

Parimenti, il giudice amministrativo non può superare i limiti della propria giurisdizione, sindacando il comportamento tenuto dall'autorità ecclesiastica o le valutazioni di quest'ultima in ordine al rilascio dell'idoneità.

Omissis (...)

DIRITTO

(...)

C. ...l'art. 1 della l. 18 luglio 2003, n. 186, ai fini dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali di ogni ordine e grado – come previsto dall'accordo che apporta modificazioni al Concordato lateranense e relativo protocollo addizionale, reso esecutivo ai sensi della legge 25 marzo 1985, n. 121, e dall'intesa tra il Ministro della pubblica istruzione e il presidente della Conferenza episcopale italiana, resa esecutiva con decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751 – istituisce così due distinti ruoli regionali, articolati per ambiti territoriali corrispondenti alle diocesi, del personale docente e corrispondenti ai cicli scolastici previsti dall'ordinamento.

Il successivo art. 3 stabilisce, al I comma, che l'accesso ai ruoli avviene previo superamento di concorsi per titoli ed esami; il seguente IV comma specifica che ciascun candidato “deve inoltre essere in possesso del riconoscimento di idoneità di cui al numero 5, lettera a), del Protocollo addizionale ... rilasciato dall'ordinario diocesano competente per territorio e può concorrere soltanto per i posti disponibili nel territorio di pertinenza della diocesi”.

Il citato n. 5, lett. a), dispone che l'insegnamento della religione cattolica nelle

scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado “è impartito – in conformità alla dottrina della Chiesa e nel rispetto della libertà di coscienza degli alunni – da insegnanti che siano riconosciuti idonei dall’ autorità ecclesiastica, nominati, d’ intesa con essa, dall’ autorità scolastica”.

A sua volta, il citato d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751, all’ art. 2, I comma, lett. d), conferma che l’ insegnamento della religione cattolica è impartito ai sensi del punto 5, lettera a), del protocollo addizionale da insegnanti riconosciuti idonei dalla competente autorità ecclesiastica; il seguente V comma ribadisce che “l’ insegnamento della religione cattolica è impartito da insegnanti in possesso di idoneità riconosciuta dall’ ordinario diocesano e da esso non revocata, nominati, d’ intesa con l’ ordinario diocesano, dalle competenti autorità scolastiche ai sensi della normativa statale”.

D. Considerato il tenore di tali disposizioni sull’ insegnamento della religione cattolica, non pare dubbio che, per partecipare al relativo concorso, fosse necessario l’ attuale possesso del riconoscimento d’ idoneità, valutazione spettante esclusivamente alla Chiesa cattolica, secondo le intese concordatarie raggiunte.

Pertanto, se il candidato non ne disponeva, l’ Autorità amministrativa italiana non poteva ammetterlo alla procedura concorsuale, né avrebbe potuto surrogarsi all’ Autorità ecclesiastica, anche qualora si fosse supposto che quest’ ultima avesse indebitamente opposto un rifiuto all’ interessato: la procedura di revoca è interna all’ ordine ecclesiastico, e l’ eventuale violazione delle norme canoniche non è sindacabile dall’ Amministrazione civile, che si deve soltanto limitare a prendere atto della mancanza del riconoscimento stesso.

Né, d’ altra parte – come invece sembra sostenere la ricorrente nell’ ultima memoria – il giudice italiano può annullare il provvedimento di esclusione, sul presupposto che l’ Amministrazione avrebbe dovuto autonomamente valutare il possesso del riconoscimento pur in mancanza di una dichiarazione espressa dell’ Autorità ecclesiastica: ove lo facesse, sindacherebbe a sua volta il comportamento tenuto da quest’ ultima, in un ambito che è evidentemente sottratto alla sua giurisdizione.

E. Ciò posto, nella fattispecie, dalla documentazione depositata risulta evidente che la T., almeno nel momento in cui presentò la sua domanda di partecipazione al concorso – pervenuta all’ Ufficio scolastico regionale il giorno 11 marzo 2004 – non disponeva più del prescritto riconoscimento.

In tal senso la nota 8 marzo 2004 dell’ ufficio scuola diocesano appare inequivocabile, (e la successiva nota del 4 agosto 2005 ne costituisce conferma) quando afferma come esso non avrebbe rilasciato alla T. l’ attestato d’ idoneità all’ insegnamento della religione cattolica, perché priva dei requisiti di legge; che, così operando, l’ Autorità ecclesiastica non abbia osservato le norme canoniche che disciplinano la revoca è ben possibile, ma resta il fatto che, per partecipare al concorso, l’ interessata doveva positivamente disporre del riconoscimento, che invece le era stato rifiutato. D’ altro canto, è da aggiungere che, nella domanda di partecipazione al concorso, la stessa T., consapevole della sua situazione, nel riquadro in cui avrebbe dovuto dichiarare il possesso della certificazione del riconoscimento d’ idoneità, non aveva barrato la relativa casella...

Così, in conclusione, la decisione di escludere la T. dalla procedura appare del tutto legittima, sia formalmente che sostanzialmente, con la conseguenza che il ricorso va senz’ altro respinto.

(...)

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania,
Sez. VIII di Napoli, 25 giugno 2007, n. 6842**

Concorso riservato, per esami e titoli, a posti di insegnante di religione cattolica-Istruzione religiosa - Insegnanti di religione - Scuola - Religione Cattolica - Idoneità all'insegnamento della religione cattolica-Ordinario diocesano - Certificato di idoneità

L'attestazione d'idoneità all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali, che la normativa pattizia ha attribuito al giudizio esclusivo dei competenti organi ecclesiastici, si configura come un atto endoprocedimentale, finalizzato al provvedimento statale di ammissione o esclusione dal concorso riservato a posti d'insegnante di religione cattolica.

Pertanto, per accertare la legittimità del provvedimento statale è necessario accertare la validità del presupposto sul quale tale atto si basa. Da ciò la competenza del giudice amministrativo a sindacare non il merito del provvedimento canonico, ma il modo in cui l'autorità ecclesiastica ha esercitato il suo potere in ordine al rilascio o alla revoca dell'idoneità, al fine di verificare la corrispondenza di tale esercizio ai parametri costituzionali di ragionevolezza e non arbitrarietà.

Omissis (...)

DIRITTO

La questione centrale, sottesa alla presente impugnazione, concerne la verifica in ordine al possesso, ai fini dell'ammissione al concorso riservato a posti di insegnamento di religione cattolica, del requisito del possesso dell'idoneità all'insegnamento di detta materia rilasciata dalla competente autorità ecclesiastica.

Sul punto, l'art. 3, comma 4, della legge 18 luglio 2003, n. 186 – recante norme sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica – in tema di accesso ai ruoli – prevede che “Ciascun candidato deve inoltre essere in possesso del riconoscimento di idoneità di cui al numero 5, lettera a), del protocollo addizionale di cui all'art. 1, comma 1, rilasciato dall'ordinario diocesano competente per territorio e può concorrere soltanto per i posti disponibili nel territorio di pertinenza della diocesi”. A sua volta il testo del numero 5, lettera a) del protocollo addizionale di cui alla legge 25 marzo 1985, n. 121, richiamato dalle norme sopra citate, così recita: “l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole indicate al n. 2 è impartito [...] da insegnanti che siano riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, nominati, d'intesa con essa, dall'autorità scolastica”.

Osserva il Collegio che dalla piana lettura della normativa sopra riportata si evince chiaramente che, in disparte il pacifico possesso del requisito relativo all'anzianità di servizio di almeno quattro anni continuativi nelle scuole statali e paritarie maturata

dall'a.s. 1993/94 all'a.s. 2002/03, non risulta sorretta da congrua e sufficiente motivazione l'impugnato provvedimento di esclusione del ricorrente dal concorso in esame in quanto ritenuto privo dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica.

Ed, invero, – premesso che in relazione al requisito de quo, per un verso, assume carattere dichiarativo e non costitutivo la produzione del relativo certificato di idoneità, venendo in rilievo il sostanziale possesso del medesimo titolo con riferimento al prescritto arco temporale, di tal che, unitamente alla riconosciuta facoltà di autocertificazione, assume rilievo ogni ulteriore forma di idonea comprovazione dello stesso; e, per altro verso, siffatta idoneità, ai fini dell'utile partecipazione al concorso in esame, viene in rilievo non come condizione per l'attuale svolgimento dell'attività di insegnamento, ma quale qualificazione personale storicamente connotata ed utile per l'ammissione alla sessione riservata, di tal che non rilevano in questa fase i profili relativi all'impossibilità di procedere allo stato al rilascio delle relativa certificazione per effetto del trasferimento del ricorrente a diversa Diocesi – dalla disposta istruttoria è emerso che, nei termini sopra descritti, risulta sussistere in capo all'odierno ricorrente il possesso del contestato requisito: sono, infatti, agli atti di causa, i certificati dell'Arcidiocesi di Napoli – Ufficio per la Pastorale Scolastica relativi agli aa.ss. da 1993/94 a 1996/1997 con cui, nel proporre l'attuale ricorrente come insegnante della religione cattolica, espressamente si precisa che lo stesso “è riconosciuto idoneo dall'Ordinario Diocesano” ovvero che “l'insegnamento, come già attestato presso codesta Scuola/Istituto, è riconosciuto idoneo dall'Ordinario Diocesano”. In tal senso rileva altresì il contestato attestato del 4 giugno 2004, alla domanda di partecipazione al concorso de quo, nel quale, sia pure incidentalmente si qualifica il ricorrente come “riconosciuto idoneo dall'Ordinario Diocesano di Napoli per l'IRC”, ancora una volta come necessario presupposto per l'espletato servizio di insegnamento dei citati anni scolastici. Al riguardo se pure può condividersi in termini di principio l'assunto difensivo per cui tale documento non può assumere valore di certificazione di idoneità, limitandosi ad attestare il pregresso servizio svolto, nondimeno tale indiretto ed implicito rilievo assume valenza sufficiente in ragione della precisata dimensione temporale cui è riferita la prescritta idoneità.

Né infine rilievo decisivo assumono le indicazioni fornite dall'Ufficio per la Pastorale Scolastica – sia in sede di iniziativa del procedimento di esclusione, sia in sede di ottemperanza al disposto incombente istruttorio – nella parte in cui, da un lato, precisano che “non è stata rilasciata, dall'Ordinario di Napoli, alcuna certificazione di idoneità ai fini della partecipazione al concorso per l'accesso ai ruoli degli insegnanti di religione né tale certificazione poteva essergli rilasciata tenuto conto che lo stesso si è trasferito, da anni, in altra diocesi, interrompendo così ogni tipo di rapporto sia scolastico che pastorale con la Diocesi Napoletana”; e, dall'altro, sul presupposto che “nessun rilascio di certificazione di idoneità è sopravvenuto”, concludono nel senso di deppennare lo stesso dagli IdR della Diocesi di Napoli in quanto privo della prescritta idoneità.

Ed, invero, – ribadito che ai fini del presente giudizio rileva il possesso storico e comunque documentato di tale idoneità, di tal che le vicende successive relative allo status dell'insegnamento ed involgenti profili connessi alla sussistenza del relativo vincolo fiduciario possono refluire univocamente sul conferimento degli incarichi didattici nell'attualità – deve concludersi nel senso dell'inidoneità di siffatte indicazioni a sorreggere l'impugnato provvedimento di esclusione, dovendosi sul punto ribadire l'orientamento del giudice costituzionale ed amministrativo (Corte Cost., sent. 22 ottobre 1999, n. 390; Cons Stato, sez. VI, decisione 16 novembre 2000, n. 6133) per

cui, se è vero che le norme concordatarie hanno affidato in via esclusiva al giudizio dei competenti organi ecclesiastici la dichiarazione di idoneità all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali (di tal che il giudice italiano non può censurare "ex se" l'atto dichiarativo relativo, che deve essere qualificato come atto endoprocedimentale finalizzato all'emissione dell'atto di nomina che resta di competenza dell'autorità scolastica italiana), è altresì vero che l'esercizio del potere di emettere il giudizio d'idoneità e del correlativo potere di revoca da parte dell'ordinario diocesano non può essere sottratto (non formalmente né espressamente esercitato nel caso di specie) – affinché possa costituire valido presupposto per la legittimità dell'atto di ammissione od esclusione da una procedura concorsuale – ad un riscontro del corretto esercizio del potere secondo criteri di ragionevolezza e di non arbitrarietà.

Ne consegue che nel caso di specie la complessiva valutazione dei rapporti intercorsi tra il ricorrente e la Diocesi di riferimento, ove condotta secondo i parametri propri del giudizio amministrativo con riguardo al *modus agendi* dell'amministrazione e degli altri soggetti coinvolti nell'azione amministrativa, depone nel senso che, ai fini della partecipazione al concorso de quo, deve ritenersi sussistente il possesso dei requisiti normativamente richiesti, con conseguente accoglimento del presente ricorso ed annullamento del contestato provvedimento di esclusione.

(...)

Sui rapporti fra giurisdizione canonica e giurisdizione statale in tema di idoneità degli insegnanti di religione

BEATRICE SERRA

1. *Rilevanza delle pronunce in esame ai fini della definizione dei problemi giurisdizionali posti dall'idoneità all'insegnamento della religione cattolica quale requisito per la partecipazione ad un pubblico concorso*

Il potere esclusivo dell'autorità ecclesiastica di riconoscere e revocare l'idoneità agli insegnanti di religione cattolica è una costante della normativa pattizia sull'istruzione religiosa nella scuola pubblica.

Già l'art. 36 del Concordato lateranense (l. n. 810/1929) sanciva che l'insegnamento religioso – inteso quale fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica – poteva essere impartito, primariamente, solo da sacerdoti e religiosi approvati dall'autorità ecclesiastica e, sussidiariamente, da laici che l'Ordinario diocesano muniva del certificato d'idoneità, la cui revoca comportava la perdita della capacità di insegnare¹.

Attualmente, dal combinato disposto dell'art. 9 n. 2 dell'Accordo del 1984 e del n. 5 *lett. a* del relativo Protocollo addizionale (l. n. 121/1985) emerge che l'insegnamento della religione cattolica – inserito nel quadro delle finalità della scuola, in virtù del valore della cultura religiosa e per l'appartenenza dei principi del cattolicesimo al patrimonio storico del popolo italiano –, è impartito, in conformità alla dottrina della Chiesa e nel rispetto della libertà di coscienza degli alunni, da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica.

Il diverso significato attribuito all'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica – estraneo alla scuola e finalizzato a rafforzare l'unità spirituale della nazione nel regime confessionale del 1929; inerente alla scuola, a causa della sua valenza culturale e storica, nel regime liberale e pluralista del 1984² – non ha,

¹ Sulla disciplina relativa all'istruzione religiosa delineata dal Concordato lateranense si veda ANNA TALAMANCA, *Libertà della scuola e libertà nella scuola*, Padova, Cedam, 1975, pp. 215-268; FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Lo stato degli insegnanti di religione nell'ordinamento statale. Contributo all'interpretazione dell'art. 36 del Concordato*, in *Rivista giuridica della scuola*, (1963), pp. 770-797; FRANCO EDOARDO ADAMI, *Brevi note sullo status giuridico degli insegnanti di religione*, in *Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento*, a cura di SANDRO GHERRO, Padova, Cedam, 1987, pp. 79-99.

² Sul nuovo modo di intendere l'insegnamento religioso nella scuola pubblica nell'Accordo del 1984 e sulla compatibilità fra tale insegnamento ed il principio supremo della laicità dello Stato cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, in *Il Foro italiano*, (1989), I, coll. 1333-1345, con nota di NICOLA COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*.

quindi, inciso in modo sostanziale sulla scelta dello Stato italiano di limitare la propria competenza in materia, riconoscendo agli organi ecclesiastici il compito di designare i soggetti idonei all'insegnamento.

La *ratio* di tale scelta appare anzi evidente dalla stessa disciplina concordataria: dovendo lo Stato assicurare un'istruzione religiosa conforme alla dottrina della Chiesa, occorre che la gerarchia cattolica possa costantemente verificare la presenza di un rapporto di comunione e fiducia tra la comunità ecclesiale ed il docente affinché l'azione di quest'ultimo sia, effettivamente, azione della Chiesa³. Ancora, la necessità di una garanzia dell'autenticità dell'insegnamento trova conferma in una visione dell'organizzazione pubblica dell'insegnamento della religione cattolica quale risposta all'esigenza di chi vuole formarsi secondo i principi di questa religione e, dunque, quale realizzazione pratica del diritto di libertà religiosa⁴.

In dottrina, sulla differente funzione svolta dall'insegnamento religioso nel Concordato del 1929 e nell'Accordo di Villa Madama si veda OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *L'istruzione religiosa nella scuola pubblica: principi generali e prospettive di attuazione*, in *Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento*, cit., pp. 109-121; SERGIO LARICCIA, *L'insegnamento della religione tra Concordato e legislazione unilaterale dello Stato*, in *Il diritto ecclesiastico* (1983), II, pp. 3-37; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, II. ed. compatta, a cura di GAETANO LO CASTRO e ANDREA BETTETINI, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 303-305; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, Bologna, Patron, 1988, pp. 87-107; RINALDO BERTOLINO, *Laicità della scuola e insegnamento della religione nella società civile italiana dopo gli Accordi di Villa Madama*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (1984), pp. 3-27; VALERIO TOZZI, *L'insegnamento della religione nella scuola pubblica*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 711-740; SALVATORE BORDONALI, *L'insegnamento della religione nella scuola oggi*, in *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, a cura di GAETANO DAMMACCO, Bari, Cacucci, 1995, pp. 9-21; RAFFAELE COPPOLA, *Le modifiche apportate all'insegnamento della religione cattolica dalla giurisprudenza costituzionale*, *ibid.*, pp. 47-62; RENATO BACCARI, *La religione cattolica da religione dello Stato a patrimonio del popolo*, in *Id., Scritti minori, tomo II, Diritto ecclesiastico*, a cura di RAFFAELE COPPOLA, Bari, Cacucci, 1997, pp. 519-529; ANTONIO FUCILLO, *Brevi considerazioni sull'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica italiana*, in *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, a cura di VALERIO TOZZI, Salerno, Edisud, 1990, pp. 575-583; GIOVANNI CIMBALO, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il Concordato tradito*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (2004), pp. 143-164.

³ Su questa funzione dell'istituto dell'idoneità cfr. la Nota pastorale della CEI, *Insegnare religione cattolica oggi*, del 19 maggio 1991, n. 22, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, n. 4, (1991), p. 87.

Sull'insegnante di religione quale portavoce della Chiesa-istituzione cfr. altresì Cons. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 1992, n. 343, in *Il Consiglio di Stato*, (1992), I,2, pp. 1738-1739.

⁴ Per e su questa visione cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 304-305; MARIO RICCA, *Le religioni*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 125-126; ANDREA GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, (2004), pp. 383-384; 393-394; SARA DOMIANELLO, *Gli insegnamenti religiosi nella scuola pubblica: una pluralità di scelte legislative irriducibili a sistema*, in *Il diritto ecclesiastico*, (1993), I, pp. 264-289.

Sulla garanzia di fedeltà ai dati della rivelazione e all'ortodossia dell'insegnamento religioso quale condizione per una risposta reale dello Stato alle istanze religiose dei cittadini si veda anche Cass. 4 febbraio 2005, n. 2243, in *Rivista italiana del Diritto del lavoro*, (2006), II, pp. 59-74, con nota di LUIGI NANNIPIERI, *Insegnanti di religione cattolica e poteri dell'Ordinario diocesano* e in *Corriere Giuridico*, n. 7, (2005), pp. 981-987, con nota di PASQUALE COLELLA, *Notazioni critiche in tema di tutelabilità dei diritti spettanti agli insegnanti di religione cattolica nelle scuole pubbliche*.

Potendo solo la Chiesa farsi garante di ciò che corrisponde a se stessa, il decreto sull'idoneità è un provvedimento prettamente canonico, estraneo all'ordinamento italiano⁵. Tale provvedimento, però, ha effetti ai fini della costituzione o estinzione di una situazione civilmente rilevante.

Da ciò, il problema della presenza di uno spazio di cognizione dell'autorità statale sul riconoscimento e sulla revoca dell'idoneità.

Trattasi di problema delicatissimo, nel quale entra in gioco l'equilibrio fra la distinzione e sovranità dei due ordini e la reciproca collaborazione tra Stato e Chiesa (art. 7, 1° comma Cost; art. 1, l. 121/1985). Trattasi, ancora, di problema intrinseco alle relazioni fra Stato e confessioni religiose che, oltre l'aspetto specifico qui considerato, è sovente sotteso a vicende giudiziali e si propone costantemente all'attenzione della dottrina⁶.

In relazione a tale problema assumono rilievo le due sentenze in epigrafe.

Segnatamente, i ricorsi esaminati dal TAR Veneto e dal TAR Campania s'inseriscono fra le numerose impugnazioni conseguenti allo svolgimento del concorso riservato per titoli ed esami ai fini dell'immissione in ruolo dei docenti di religione, indetto dal MIUR con D.D.G. del 2 febbraio 2004⁷.

Si tratta del primo concorso bandito in applicazione della l. 18 luglio 2003, n. 186, che ha modificato lo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica nelle scuole statali attraverso l'istituzione di due distinti ruoli regionali, corrispondenti ai cicli scolastici e articolati per ambiti territoriali corrispondenti alle diocesi⁸. Tale legge

Sulla scelta dell'insegnamento religioso cfr. SANDRO GHERRO, *Sul diritto di scegliere l'insegnamento della religione cattolica*, in *Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento*, cit., pp. 125-143.

⁵ Sulla figura dell'insegnante di religione *ex parte Ecclesiae* e per una ricostruzione della normativa canonica relativa al riconoscimento e alla revoca dell'idoneità si veda GAETANO DAMMACCO, *Stato giuridico dell'insegnante di religione e ordinamento italiano*, in *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, cit., pp. 32-39; MANLIO ASTA, *Idoneità e titoli di qualificazione dell'insegnante di religione*, *ibid.*, pp. 63-75; GIORGIO FELICIANI, *L'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche. Profili canonistici*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 5, (1989), pp. 357-372; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, cit., pp. 27-46.

⁶ In giurisprudenza cfr. da ultimo: Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1762, in *Guida al diritto*, n. 20, (2005), pp. 77-82, con nota di SALVATORE MAZZACAPPO, *Un atto estraneo all'ordinamento italiano non è sindacabile in sede giurisdizionale*; Trib. Bari, 1 giugno 2004 e Trib. Bari, 14 dicembre 2004, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, (2006), pp. 1114-1167, con nota di PIETRO LO IACONO, *La giurisdizione statale fra tutela dei diritti individuali e rispetto dell'autonomia confessionale: a proposito di un provvedimento di espulsione dai Testimoni di Geova*.

Fra i numerosi contributi dottrinali in ordine ai rapporti tra giurisdizione statale e autonomia delle confessioni religiose si veda a titolo indicativo: FRANCESCO ONIDA, *Giurisdizione dello Stato e rapporti con la Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1964; ORIO GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, II ed., Milano, Giuffrè, 1970; PIERANGELA FLORIS, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, Jovene, 1992; CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 61-117.

⁷ Per una panoramica sulle decisioni concernenti il concorso sull'immissione in ruolo degli insegnanti di religione si veda la voce *Insegnanti di religione* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, (2006), pp. 785-816, con nota di rinvio di MARTA TIGANO. Il D.D.G. del 2 febbraio 2004 può essere consultato in www.pubblicaistruzione.it/normativa/2004.

⁸ Cfr. in Gazz. Uff., 24 luglio 2003, n. 170, pp. 5-11.

se, per un verso, ha configurato i docenti di religione come pubblici dipendenti a tempo indeterminato (nella misura del 70 per cento dei posti d'insegnamento complessivamente funzionanti nel territorio di pertinenza di ciascuna diocesi); per l'altro verso, ha delineato il possesso dell'idoneità attestata dall'Ordinario diocesano come requisito per partecipare ai concorsi per l'accesso ai ruoli (cfr. art. 3, comma 4)⁹.

Attraverso le pronunce in epigrafe è pertanto possibile cogliere alcuni profili del concreto atteggiarsi dei rapporti fra giurisdizione canonica e giurisdizione statale in tema di idoneità degli insegnanti di religione nel contesto di applicazione della nuova normativa¹⁰.

2. Elementi di fatto e di diritto alla base dei ricorsi

Al riguardo è utile prendere le mosse da un'analisi parallela dei due ricorsi.

In entrambi i casi si trattava di verificare la legittimità dei decreti con i quali i ricorrenti erano stati esclusi dalla partecipazione al concorso, poiché ritenuti privi di uno specifico requisito d'ammissione richiesto dal bando a pena d'esclusione: il possesso del riconoscimento d'idoneità rilasciato dall'autorità ecclesiastica (cfr. art. 2, comma 1 e art. 5, comma 6 del D.D.G. del 2 febbraio 2004).

Nel ricorso proposto innanzi al TAR Veneto, l'Amministrazione resistente evidenziava che, nel presentare la domanda di partecipazione, la stessa ricorrente aveva dichiarato di non possedere la certificazione del riconoscimento d'idoneità, chiesta alla Curia inutilmente pochi giorni prima. La ricorrente ribatteva che, pur in assenza di un attestato formale, il possesso dell'idoneità al momento della domanda era sostanzialmente comprovato dal fatto di aver insegnato religione cattolica sin dal 1995, giacché riconosciuta idonea dall'autorità ecclesiastica, e dal fatto che tale idoneità non era mai stata formalmente revocata.

⁹ Per un'analisi puntuale della legge 186/2003 si veda PAOLO CAVANA, *La riforma dello stato giuridico dei docenti di religione (L. N. 186/ 2003)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, (2005), pp. 1314-1348; ANDREA GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, cit., pp. 381-397; ALBERTO PISCI, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica tra vecchia e nuova normativa*, in *www.olir.it-aree tematiche-2004*; STEFANO EMANUELE PIZZORNO, *Il nuovo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, (2004) II, pp. 196-200. Sullo stato giuridico di docenti incaricati annuali, proprio degli insegnanti di religione prima della legge 186/ 2003 cfr. GAETANO DAMMACCO, *Stato giuridico dell'insegnante di religione e ordinamento italiano*, cit., pp. 29-46; ALFONSO ROSSINI, *Lo stato giuridico degli insegnanti RC tra tutela normativa e tutela sindacale*, in *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, cit., pp. 77-84; PAOLO PICOZZA, *Osservazioni sullo stato giuridico degli insegnanti di religione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza in onore di Attilio Moroni*, vol. IV,1, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 429-446; ANNA TALAMANCA, *IRC: strascichi di temi tradizionali e centralità del dibattito sullo status degli insegnanti di religione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, (1999), pp. 669-682; MICHELE SALAZAR, *Insegnanti e insegnamento della religione cattolica nella giurisprudenza di fine millennio*, in *Rivista giuridica della scuola*, (2001), pp. 395-402; GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *L'insegnamento della scienze religiose in Italia: una proposta*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (2001), pp. 159-161; PIETRO GRASSANO, *Gli insegnanti di religione e il loro status giuridico*, in *Lo stato civile italiano*, (2005), pp. 394-396.

¹⁰ In questa sede parlando dei rapporti fra giurisdizione canonica e giurisdizione statale ci si riferisce non solo agli atti prodotti nei due ordinamenti nell'esercizio del potere giudiziario ma, complessivamente, agli atti espressione delle tre funzioni nelle quali si distingue il potere di governo.

Anche nel caso presentato innanzi al TAR Campania il ricorrente non esibiva la certificazione del riconoscimento d'idoneità, ma un attestato dell'Arcidiocesi di Napoli, dal quale risultava che egli, in quanto riconosciuto idoneo dall'Ordinario diocesano, aveva insegnato religione cattolica dal 1993 al 1997.

La pretesa sottesa alle due impugnazioni era, quindi, essenzialmente la stessa: i ricorrenti, in mancanza della specifica certificazione rilasciata dall'Ordinario diocesano, chiedevano all'autorità statale di dedurre il possesso dell'idoneità dalla documentazione presentata, dalla quale risultava che, in passato, tale idoneità era stata ad essi riconosciuta.

A fronte di simile istanza ed in presenza di elementi di incerta qualificazione, il Tribunale Veneto e il Tribunale Campano riconoscevano, rispettivamente, nella Curia episcopale di Padova e nell'Arcidiocesi di Napoli, il soggetto idoneo a fornire informazioni utili ai fini del decidere, e con ordinanza istruttoria invitavano tali autorità a depositare la documentazione necessaria.

Da questa documentazione emergeva lo stesso dato per entrambi i ricorsi: sia l'Ordinario diocesano di Padova, sia l'Ordinario diocesano di Napoli dichiaravano di non aver rilasciato il certificato di idoneità ai fini della partecipazione al concorso.

Diverse, tuttavia, le ragioni e le circostanze poste alla base del diniego del certificato.

Nel ricorso esaminato dal TAR Veneto, il diniego era motivato dal fatto che la richiedente risultava priva di uno dei requisiti previsti dall'art. 2, comma 1, del D.D.G. del 2 febbraio 2004: i quattro anni di servizio continuativo prestato con il possesso dei prescritti titoli dall'anno scolastico 1993/1994 all'anno scolastico 2002/2003. Evidentemente la Curia di Padova, applicando il § 1 della Delibera n. 41 del 21 settembre 1990 della CEI che, nel disciplinare il riconoscimento dell'idoneità, richiede di accertare il possesso dei requisiti stabiliti dal diritto¹¹, aveva inteso per tali requisiti anche quelli previsti dal bando del concorso. In ogni caso la stessa Curia dichiarava che già nel 2002 si era deciso di non riconfermare la ricorrente nell'insegnamento della religione cattolica per l'anno scolastico successivo, essendosi palesata la sua inidoneità all'insegnamento stesso. Tuttavia, alla mancata conferma nell'insegnamento non era seguito un formale decreto di revoca dell'idoneità, per non privare la ricorrente della possibilità di impartire altre discipline nelle scuole paritarie cattoliche.

Nel caso esaminato dal TAR Campania, alla richiesta del Tribunale di depositare la certificazione dell'idoneità menzionata nell'attestato presentato dal ricorrente¹², l'Arcidiocesi di Napoli rispondeva ripetendo quanto già dichiarato in sede d'iniziativa del procedimento d'esclusione: l'Ordinario di Napoli non aveva rilasciato la certificazione d'idoneità ai fini della partecipazione al concorso, giacché l'insegnante si era trasferito da anni in altra diocesi. Pertanto, l'attestato presentato dal ricorrente provava solo che questi possedeva un altro requisito d'ammissione parimenti

¹¹ Cfr. in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, n. 8, (1990), p. 207. Sui criteri per il riconoscimento dell'idoneità si veda anche la Delibera non vincolante della CEI adottata a maggioranza assoluta dalla XXXIV Assemblea Generale del 6-10 maggio 1991, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, n. 4, (1991), pp. 96-97.

¹² Si veda l'ordinanza del TAR Campania, sez. VIII, 3 aprile 2006, n. 899/06 in *www.giustizia-amministrativa.it*

richiesto dal bando: l'anzianità di servizio di almeno quattro anni continuativi nelle scuole statali o paritarie dall'anno scolastico 1993/94 all'anno scolastico 2002/03 con i prescritti titoli.

3. *Le due sentenze a confronto. Contrapposte chiavi di lettura: a) sull'idoneità. Requisito attuale o storico? Valutazioni critiche*

Nell'affrontare la medesima questione (verificare la legittimità del provvedimento di esclusione) e a fronte dello stesso articolato normativo (cfr. n. 5 lett. a Protocollo Addizionale all'Accordo del 18 febbraio 1984; artt. 2 e 4 D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751; artt. 3 e 5 l. 18 luglio 2003, n. 186) e d'uguali risultanze istruttorie (diniego da parte dell'autorità ecclesiastica della certificazione del riconoscimento di idoneità), i due tribunali amministrativi adottano logiche argomentative contrastanti, di particolare interesse, poiché basate su premesse e finalizzate a conclusioni che esprimono ed affermano una diversa percezione dell'incidenza dei provvedimenti canonici nell'ordinamento italiano e dei margini di sindacabilità su tali provvedimenti da parte dell'autorità statale.

Si guardi, anzitutto, alla differente interpretazione del requisito dell'idoneità accolta dai due tribunali.

Per il TAR Veneto, il possesso dell'idoneità richiesto dal bando e dall'art. 3, comma 4 della l. 18 luglio 2003, n. 186, doveva essere *attuale* e *positivo*, e consistere in una dichiarazione espressa dell'Ordinario diocesano competente per territorio, nella quale si certificava l'idoneità della ricorrente ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale.

Il TAR Campania, invece, interpretava il possesso dell'idoneità come un possesso *storico*, comunque documentabile, da riferire ai quattro anni continuativi di insegnamento necessari per essere ammessi al concorso.

Già sotto questo profilo, appare più corretta l'interpretazione assunta dal TAR Veneto.

Difatti, anche se il concorso era riservato a chi aveva una determinata anzianità di servizio, dal testo dell'art. 2, comma 1 del D.D.G. del 2 febbraio 2004¹³, dell'art. 3, comma 4 della l. 186/2003¹⁴ e dell'art. 5, comma 1 della stessa legge¹⁵ risulta palese che, in adesione alla normativa di riferimento, l'idoneità richiesta dal bando era una idoneità *attuale*, svincolata dal requisito dei quattro anni continuativi di insegnamento. Il bando, cioè, esprimeva pienamente la volontà del legislatore di valorizzare l'anzianità lavorativa dei docenti¹⁶ senza, però, per questo, porre in ombra il costante potere di

¹³ «L'ammissione ai concorsi è riservata agli insegnanti in possesso del riconoscimento d'idoneità, ... e che abbiano prestato continuamente servizio d'insegnamento della religione cattolica, per almeno quattro anni scolastici...».

¹⁴ «Ciascun candidato deve *inoltre* essere in possesso del riconoscimento di idoneità... rilasciato dall'ordinario diocesano competente per territorio».

¹⁵ «Il primo concorso... è riservato agli insegnanti di religione che abbiano prestato continuamente servizio per almeno quattro anni nel corso degli ultimi dieci anni... e che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 3, comma 3 e 4».

¹⁶ Si veda quanto dichiarato a commento della legge 186 dall'allora sottosegretario al MIUR, On.

verifica dell'Ordinario diocesano, omettendo di chiedere espressamente il possesso dell'idoneità ai fini della procedura concorsuale¹⁷. Non a caso, il modello unico per la domanda d'ammissione al concorso prevedeva una duplice dichiarazione: una relativa al possesso della certificazione del riconoscimento d'idoneità e una relativa alla prestazione del servizio, sull'evidente presupposto che la presenza di un requisito non poteva essere dedotta o documentata, implicitamente o esplicitamente, dalla presenza dell'altro¹⁸. Che sia questo il significato delle norme in esame è parimenti comprovato dalla giurisprudenza amministrativa ove, da una lato, si afferma che l'art. 2, comma 1 del D.D.G. del 2 febbraio 2004 richiede, inequivocabilmente, l'attuale possesso dell'idoneità¹⁹ e, dall'altro, soffermandosi sul servizio pregresso, si ribadisce

VALENTINA APREA, *Una legge giusta ed equa*, in *www.snadir.it/Archivio*, secondo la quale l'art. 5 della legge delinea una modalità concorsuale prevalentemente finalizzata alla promozione dell'esperienza di servizio e al conseguimento della stabilizzazione del posto in virtù della stessa. L'art. 5, comma 1 della legge 186/2003, è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, che ne ha riconosciuto la legittimità, in quanto norma eccezionale e transitoria che il legislatore – esercitando la sua discrezionalità in modo non palesemente irragionevole ed arbitrario e, pertanto, non censurabile sotto il profilo della parità di trattamento ex art. 3 Cost. – ha predisposto per valorizzare, nel primo concorso, la professionalità attestata dagli anni di servizio: cfr. Corte. cost. 20 luglio 2006, n. 297, in *Diritto e Religioni*, n. 1, (2007), pp. 616-618 e in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, (2006), pp. 799-803, con nota di MATTEO GATTAPONI, *Insegnanti di religione: dalla precarietà all'immissione in ruolo. Primi nodi al vaglio della Corte Costituzionale*, pp. 785-799.

¹⁷ A favore dell'omissione dell'idoneità quale specifico requisito di partecipazione, soprattutto nel caso del primo concorso, riservato a soggetti dotati d'anzianità di servizio, essendo tale anzianità di per sé sufficiente ad attestare il permanente possesso dell'idoneità si veda PAOLO CAVANA, *La riforma dello stato giuridico dei docenti di religione (L. N. 186/ 2003)*, cit., pp. 1131-1332. In ogni caso, il binomio idoneità/anzianità di servizio – peraltro ricorrente in quasi tutti i precedenti progetti di legge elaborati sul tema (cfr. al riguardo GIOVANNA GIOVETTI, *Lo stato giuridico degli insegnanti di religione. Alcuni appunti sulle iniziative legislative della XIII legislatura*, in *Il diritto ecclesiastico*, [1997], IV, pp. 997-1022; ANDREA GIANNI, *Una recente proposta di legge sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica. Note sommarie sui profili concordatari*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, [1998], pp. 429-435; VINCENZO CASAMASSIMA, *Recenti sviluppi in materia di stato giuridico degli insegnanti: in particolare un disegno di legge approvato dal Senato*, in *Il diritto ecclesiastico* [2002], I, pp. 209-244) – risponde senza dubbio all'esigenza dell'Ordinario diocesano di esercitare il suo potere di filtro. Al riguardo è indicativa la lettera circolare del 4 febbraio 2004 inviata dalla CEI - Servizio nazionale per l'insegnamento della Religione cattolica – ai responsabili diocesani per il Servizio IRC (cfr. in *www.Chiesacattolica.it/IRC/documenti*). Con tale lettera la CEI, commentando il testo del bando del concorso, si soffermava sul rilascio del certificato d'idoneità, specificando che esso richiedeva *un'attenta valutazione delle possibili conseguenze del concorso sul corpo docente già in servizio*. Ancora si raccomandava a chi intendeva partecipare al concorso di possedere il certificato *sin dall'atto dell'iscrizione*, mentre le precisazioni sul certificato d'idoneità da rilasciare *a chi aveva già ricevuto una duplice idoneità*, avendo insegnato sia nella scuola secondaria, sia nella scuola elementare e dell'infanzia, fanno comprendere chiaramente che, almeno per l'autorità ecclesiastica, il servizio prestato non esonerava dalla richiesta e dal rilascio di un certificato *attuale*.

¹⁸ Si veda il modello unico per la domanda di ammissione in *www.pubblica.istruzione.it/normativa/2004*.

¹⁹ Cfr. TAR Campania, sez. II, 15 dicembre 2005, n. 20660/05 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tale pronuncia affronta un ricorso originato da fatti analoghi a quelli delle sentenze in commento: la ricorrente, non potendo esibire il certificato d'idoneità inutilmente chiesto alla Curia, impugnava

che tale servizio non condiziona né il requisito dell' idoneità, né l' ambito territoriale per il quale si concorre ⁽²⁰⁾.

4. *b) sul valore probatorio delle dichiarazioni dell' autorità ecclesiastica. Decisivo o ininfluyente? Valutazioni critiche*

In ogni caso, nelle pronunce in esame la diversa interpretazione dell' idoneità si configura come il coerente presupposto della diversa rilevanza che, ai fini del decidere, i due tribunali attribuiscono alle indicazioni fornite dalle Curie.

Mentre il TAR Campania considerava tali indicazioni non determinanti – e ciò anche se, nel rigettare la domanda incidentale di sospensione, aveva stimato le censure del ricorso non sorrette da comprovate motivazioni²¹ –, il TAR Veneto – pur avendo accolto la domanda cautelare della ricorrente, ritenendo che questa sembrava possedere il requisito sostanziale richiestosi²² – nel verificare la legittimità del provvedimento di esclusione dava rilievo decisivo alla volontà espressa dall' Ordinario diocesano.

Alle iniziali incertezze dei due tribunali sulla presenza dell' idoneità contribuiva l' oggettiva difficoltà di coordinamento tra la legge 186/2003, che subordina la partecipazione ai concorsi per l' accesso ai ruoli al possesso del riconoscimento d' idoneità di cui al n. 5 *lett. a* del Protocollo addizionale all' Accordo del 1984, e l' art. 2.6 bis dell' Intesa fra il M.P.I. e la CEI (D.P.R. 16/12/1985 n. 751, successivamente modificato dal D.P.R. 23/6/1990 n. 202), ai sensi del quale il riconoscimento dell' idoneità ha effetto permanente, salvo revoca da parte dell' Ordinario diocesano. Dati questi due riferimenti normativi, si poneva, infatti, il problema di stabilire se l' idoneità attuale,

il provvedimento d' esclusione dal concorso per violazione di legge ed eccesso di potere, giacché l' idoneità ad essa conferita in passato non era mai stata formalmente revocata. Il tribunale, nel respingere il ricorso, precisava che il riconoscimento di idoneità ottenuto in passato dalla ricorrente non aveva alcun rilievo ai fini della procedura concorsuale in esame. Sull' esclusione dalla partecipazione al concorso per mancanza dell' idoneità si veda anche TAR Campania, sez. II, 20 aprile 2006, n. 41315 in www.giustizia-amministrativa.it. In quest' ultimo caso, l' assenza del requisito di ammissione derivava dal fatto che la ricorrente aveva presentato domanda per l' insegnamento della religione cattolica nelle scuole secondarie ma esibiva un certificato, rilasciato dal Vescovo, nel quale era dichiarata idonea all' insegnamento della religione cattolica nelle scuole primarie. Anche tale pronuncia, pertanto, conformemente a quanto stabilito nel bando del concorso, distingue fra il requisito dell' idoneità ed il requisito del servizio pregresso. Mentre, infatti, ai sensi dall' art. 2, comma 1 del bando del concorso il servizio pregresso era utile ai fini della partecipazione concorsuale *anche se prestato in ordini e gradi scolastici diversi*, secondo l' art. 5, comma 6 dello stesso bando il riconoscimento di idoneità, per valere come requisito di ammissione, doveva *essere specifico per il tipo di scuola per il quale si domandava di concorrere*.

²⁰ Cfr. TAR Campania, sez. II, 9 novembre 2006, n. 10351/06 in www.giustizia-amministrativa.it. Sul requisito dell' anzianità di servizio si veda anche TAR Lazio, sez. III quater, 19 luglio 2006, n. 8602; TAR Lazio, sez. III quater, 19 luglio 2006, n. 8603; TAR Lazio, sez. III quater, 19 luglio 2006, n. 8604; TAR Campania, sez. II, 5 dicembre 2005, n. 20534/05 in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Si veda l' ordinanza del TAR Campania, sez. VIII, 29 maggio 2006, n. 1561/06 in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Si veda l' ordinanza del TAR Veneto, sez. III, 27 luglio 2004, n. 782/04 in www.giustizia-amministrativa.it.

richiesta da una legge unilaterale che opera in un ambito d'esclusiva competenza statale quale l'organizzazione del pubblico impiego, potesse coincidere con un'idoneità in passato riconosciuta e non revocata cui il decreto di esecuzione di un atto bilaterale – peraltro richiamato dallo stesso art. 1 della legge 186/2003 – attribuisce effetti permanenti²³. In altre parole, non era chiaro se la mancata produzione del certificato d'idoneità doveva essere interpretata come effetto di un'implicita revoca dell'idoneità precedentemente concessa²⁴.

Oltre questo problema, il diverso rilievo che, nel verificare l'operato dell'Amministrazione, il TAR Veneto ed il TAR Campania attribuiscono alle dichiarazioni dell'autorità ecclesiastica, va considerato alla luce di altri elementi.

L'esclusione da un pubblico concorso per mancanza dei requisiti prescritti è un atto vincolato, che discende da una mera attività di accertamento nella quale l'Amministrazione non gode di alcun potere discrezionale e valutativo²⁵. Ciò premesso, nei casi di specie, se è vero che quanto dichiarato dai candidati nella domanda di ammissione in ordine al possesso dei requisiti assumeva il valore di dichiarazione sostitutiva di certificazione ex art. 46 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445²⁶ – recante norme in materia di documentazione amministrativa²⁷ – è anche vero che l'art. 3, punto 4. del bando del concorso specificava che tutti i candidati erano ammessi alla procedura concorsuale con riserva di accertamento del possesso dei requisiti medesimi. Rispetto alle modalità di tale accertamento l'art. 71, comma 2, del citato D.P.R. n. 445/2000 stabilisce che i controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'Amministrazione procedente consultando gli archivi dell'Amministrazione certificante o richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi. Era pertanto indubbio che, per verificare se i candidati possedevano la certificazione del riconoscimento di idoneità, occorreva rivolgersi all'Ordinario diocesano competente per territorio, quale unica autorità cui la normativa concordataria ed unilaterale riconosce in materia una potestà certificatrice produttiva di certezza legale²⁸. Non avendo i ricorrenti fornito il certificato di idoneità che, come si è prima dimostrato,

²³ Sulla natura dell'Intesa fra la CEI e il M.P.I. e sul regolamento quale fonte di esecuzione delle Intesa stessa cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 306; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 422-430; VALERIO TOZZI, *L'insegnamento della religione nella scuola pubblica*, cit., pp. 725-729; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova disciplina giuridica dell'insegnamento della religione cattolica*, in *Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento*, cit., pp. 10-16.

²⁴ Nel senso che il venir meno dell'idoneità dovrebbe risultare da un espresso atto di revoca cfr. TAR Piemonte, sez. I, 28 dicembre 1993, n. 598, in *Il Foro Amministrativo*, (1994), I, p. 853.

²⁵ Sul punto cfr. TAR Lombardia, sez. II, 4 maggio 1987, n. 245, in *Il Foro amministrativo*, (1988), I, pp. 180-182; Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 1992, n. 713, in *Il Foro amministrativo*, (1992), II, p. 2303; Cons. St., sez. V, 20 maggio 1992, n. 437, in *Il Consiglio di Stato*, (1992), I, 1, p. 766; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5850; TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 251; TAR Campania, sez. II, 15 dicembre 2005, n. 115/05; TAR Lazio, sez. I, 4 agosto 2006, n. 6963; Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 1780; Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3664, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Si veda quanto specificato al riguardo nell'avvertenza del modello unico di ammissione al concorso in www.pubblica.istruzione.it/normativa/2004.

²⁷ Cfr. in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 20 febbraio, n. 42.

²⁸ Sul potere di certificazione delle confessioni religiose si veda PIETRO GISMONDI, *Il potere di certificazione della Chiesa nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1943; ANTONINO CONSOLI, *L'attività*

doveva essere attuale, e dichiarando l'Ordinario diocesano che tale certificato non era stato rilasciato, non si vede dunque come l'Amministrazione statale, priva al riguardo di qualsiasi autonomo potere valutativo, potesse concludere per la presenza dell'idoneità, in difetto del documento ed in contrapposizione con quanto sostenuto dall'Amministrazione certificante. E ciò non solo in virtù del rispetto dell'autonomia dell'ordinamento canonico – nella quale parte della dottrina ha rinvenuto il fondamento dell'efficacia civile dell'attività certificativa della Chiesa²⁹ – ma, ancor prima, in virtù di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, per la quale non è consentito all'Amministrazione operare una valutazione in contrasto o in assenza delle necessarie risultanze certificative con valore costitutivo³⁰. Si aggiunga a ciò un'altra considerazione: poiché le procedure d'ammissione ad un pubblico concorso presuppongono il rispetto della *par condicio* dei concorrenti³¹, tale rispetto sarebbe venuto meno se l'Amministrazione, interpretando il bando in senso favorevole ai ricorrenti, avesse ammesso questi al pari degli altri candidati i quali, oltre a documentare il pregresso servizio, documentavano l'idoneità con il regolare certificato attuale richiesto dalla normativa concorsuale.

Alla luce di questi elementi appare dunque convincente la logica seguita dal TAR Veneto che, attribuendo un peso oggettivo alle notizie provenienti dall'autorità ecclesiastica, considera corretto l'operato dell'Amministrazione. Meno convincente, invece, l'ordine argomentativo seguito dal TAR Campania ove, nel definire l'idoneità come un requisito storico e nel considerare pertanto irrilevanti le indicazioni della

amministrativa della Chiesa nel diritto italiano, Milano, Giuffrè, 1961, spec. pp. 197-207; PASQUALE COLELLA, *Potere di certificazione (diritto ecclesiastico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV (1985), pp. 769-774; FRANCESCO ONIDA, *Le certificazioni ecclesiastiche nell'ordinamento italiano. La certificazione della qualità di fedele*, in *La rilevanza di alcuni aspetti delle potestà confessionali nel sistema giuridico civile: contesti e scopi*, Salerno, Edisud, 1993, pp. 167-183; RAFFAELE BOTTA, *Il potere di certificazione delle autorità confessionali nella nuova disciplina di derivazione pattizia*, in *Il diritto ecclesiastico*, (1992), I, pp. 34-64; ANTONIO G. CHIZZONITI, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Vita e Pensiero, 2000.

In particolare, sul decreto d'idoneità quale atto certificativo cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Lo stato degli insegnanti di religione nell'ordinamento statale*, cit., pp. 791-794; GAETANO DAMMACCO, *Stato giuridico dell'insegnante di religione e ordinamento italiano*, cit., p. 39; ANNA TALAMANCA, *Libertà della scuola e libertà nella scuola*, cit., pp. 259-260; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le competenze ecclesiastiche nella disciplina dell'insegnamento scolastico della religione: profili canonistici*, in *La rilevanza di alcuni aspetti delle potestà confessionali nel sistema giuridico civile: contesti e scopi*, cit., pp. 136-137.

²⁹ Cfr. PIETRO GISMONDI, *op. cit.*, pp. 31-33, 59, 78. Su quest'interpretazione si veda anche PASQUALE COLELLA, *Potere di certificazione (diritto ecclesiastico)*, cit., pp. 773-774; RAFFAELE BOTTA, *op. cit.*, pp. 34-38; ANTONIO G. CHIZZONITI, *op. cit.*, pp. 10-41; CLAUDIA CIOTOLA, *Note in tema di individuazione dei ministri di culto*, in *Diritto e Religioni*, n. 1, (2007), pp. 173-183.

³⁰ Cfr. TAR Lazio, sez. III bis, 21 giugno 2006, n. 5034; Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2000, n. 632, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 1780, *cit.*

Per l'applicazione di quest'orientamento all'amministrazione scolastica rispetto all'attestazione d'idoneità degli insegnanti di religione cfr. TAR Lazio, sez. III, 17 novembre 1994, n. 1971, in *Rivista giuridica della scuola*, (1996), pp. 110-111.

³¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 1 giugno 1992, n. 472, in *Il Consiglio di Stato* (1992), I, 1, p. 774; TAR Valle d'Aosta, 19 luglio 2001, sez. I, n. 95; TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 251; Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6895, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Curia, sembra piuttosto mosso dall'intento di ridimensionare comunque l'incidenza delle decisioni dell'autorità confessionale. Ciò, forse, nella convinzione di far così prevalere l'interesse dello Stato sotteso ad un bando di concorso destinato a stabilizzare la posizione di chi aveva già insegnato religione, quasi ad evidenziare una sorta di aspettativa o interesse legittimo del ricorrente a partecipare alla procedura concorsuale in virtù del servizio prestato.

5. *c) sulla sindacabilità del modus agendi dell'Ordinario diocesano. Valutazioni critiche*

È infine su un altro aspetto fondamentale, strettamente connesso ai precedenti, che le due sentenze divergono.

Specificatamente, il TAR Veneto reputava il riconoscimento dell'idoneità come un mero fatto di competenza esclusiva di un'autorità estranea all'ordinamento italiano. Pertanto, non era solo l'Amministrazione che doveva limitarsi a prendere atto della presenza o assenza di tale fatto, ma anche il giudice amministrativo non poteva sindacare le ragioni sottese alla negazione dell'idoneità, né il comportamento tenuto al riguardo dall'Ordinario diocesano.

Opposta la posizione del TAR Campania, che qualificava la dichiarazione d'idoneità come un atto endoprocedimentale, finalizzato al provvedimento statale d'ammissione o esclusione dal concorso. Di conseguenza, per valutare la legittimità del suddetto provvedimento statale, il giudice amministrativo doveva necessariamente verificare la conformità dell'atto endo-procedimentale ai criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà, sindacando alla luce di tali criteri il *modo* in cui l'autorità ecclesiastica aveva esercitato il suo potere.

Nell'assumere tale posizione, il tribunale campano si richiamava apertamente a quanto stabilito in una pronuncia del Consiglio di Stato³² che, a sua volta, prendeva le mosse dalla decisione con la quale la Corte Costituzionale individuava la ragionevolezza e la non arbitrarietà quali limiti di conformità all'art. 97, comma 1 Cost. della disciplina sulla nomina annuale degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche³³.

Senonché, l'applicazione di tale orientamento al caso esaminato dal TAR Campania, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, appare piuttosto una forzatura.

Difatti, nella citata pronuncia del Consiglio di Stato il decreto canonico di revoca

³² Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6133, in *Il Foro amministrativo*, (2000), III, pp. 3643-3645, con nota di RAFFAELE IANNOTTA e in *Guida al diritto*, n. 45, (2000), pp. 109-112, con nota di SALVATORE MEZZACAPO, *La natura endoprocedurale della verifica statale non intacca il potere dell'autorità ecclesiastica*.

³³ Cfr. Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 390, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, (2000), pp. 534-568 con nota di PAOLO CAVANA, *Osservazioni sullo stato giuridico dei docenti di religione*. Si vedano altresì i commenti di LIDIA CIABATTINI, *Insegnamento della religione cattolica e durata annuale dell'incarico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (2000), I, pp. 535-547; FABIO FRANCESCHI, *Gli insegnanti di religione tra presente e futuro: brevi note a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Il diritto ecclesiastico*, (2000), II, pp. 191-210; VALERIA PALOMBO, *L'insegnante di religione, il principio di uguaglianza e il diritto al lavoro*, *ibid.*, pp. 210-217.

dell' idoneità era stato considerato inadatto a supportare la decisione dell' autorità scolastica di non confermare l' insegnante nell' incarico per la particolarità della fattispecie, data dalla palese contraddittorietà con la quale l' Ordinario, senza fornire nessuna motivazione, nello stesso giorno aveva dapprima revocato l' idoneità e poi dichiarato lo stesso docente idoneo all' insegnamento in un' altra scuola del medesimo grado diversamente ubicata.

Premesso questo, nel caso affrontato dal TAR Campania la dichiarazione dell' Ordinario di Napoli, il quale chiariva di non aver emesso il certificato d' idoneità poiché privo della relativa competenza *ex can.* 107 del CIC, essendo il ricorrente domiciliato da tempo in altra diocesi, sembrava invece motivare sufficientemente il non rilascio del certificato. In effetti, ai sensi dell' art. 2.1 d) dell' Intesa fra la CEI ed il M.P.I., l' insegnante deve essere riconosciuto idoneo dalla *competente* autorità ecclesiastica, mentre la stessa natura dei requisiti soggettivi cui la normativa canonica subordina il riconoscimento dell' idoneità (retta dottrina; testimonianza di vita cristiana, abilità pedagogica: can. 804 § 2), non irragionevolmente poteva indurre il Vescovo a ritenere necessaria la persistenza di un effettivo rapporto fra il docente e la comunità diocesana per accertare la reale presenza dei requisiti stessi. La posizione assunta dall' Ordinario di Napoli nei confronti del ricorrente non si mostrava, quindi, in sé, né così contraddittoria ed illogica da precludere all' autorità statale l' identificazione della mancata attestazione dell' idoneità; né così palesemente arbitraria da non poter essere recepita dall' ordinamento italiano e supportare validamente il provvedimento amministrativo d' esclusione.

Sotto questo specifico aspetto, analoghe considerazioni possono del resto trarsi anche per il caso esaminato dal TAR Veneto. Tale tribunale aveva ritenuto la materia dell' idoneità del tutto estranea alla propria giurisdizione. Tuttavia, anche se il tribunale veneto avesse sindacato l' agire dell' autorità ecclesiastica sotto il profilo dell' eccesso di potere, ne avrebbe verosimilmente constatato la non palese irragionevolezza. Il rifiuto del certificato d' idoneità era, infatti, motivato, e motivato dalla mancanza in capo alla richiedente dell' anzianità d' insegnamento con i prescritti titoli, richiesta dal bando del concorso. L' accettabilità di tale motivazione avrebbe trovato quindi riscontro nell' importanza che una qualificazione professionale adeguata dei docenti assume per uno Stato che inserisce l' insegnamento religioso nel contesto delle finalità della scuola (cfr. D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751, art. 4)³⁴.

Ritornando alla decisione del TAR Campania, essa appare discutibile almeno sotto altri due profili. Un primo profilo riguarda un' ulteriore, sottile differenza fra il citato orientamento del Consiglio di Stato e l' applicazione che ne è stata fatta dal tribunale campano. La decisione del Consiglio di Stato presuppone l' esistenza di un

³⁴ Sui titoli di studio ai fini della qualificazione professionale degli insegnanti di religione quale requisito preliminare all' idoneità ed elemento nuovo della disciplina sull' insegnamento religioso delineata dall' Accordo del 1984 cfr. ROMEO ASTORRI, *La qualificazione professionale degli insegnanti di religione cattolica tra riforme della scuola e riforma dell' Università*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (2001), pp. 127-139; ALBERTO PISCI, *op. cit.*, p. 2; MANLIO ASTA, *op. cit.*, pp. 63-64; VINCENZO CASAMASSIMA, *op. cit.*, pp. 217, 220-221. Sul requisito del servizio pregresso con i prescritti titoli richiesto dall' art. 2 comma 1 del bando del concorso, si veda però Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2006, n. 7011, in *Il Foro amministrativo* (2006), p. 3142, ove si afferma una distinzione fra i titoli per l' ammissione al concorso, corrispondenti a quelli indicati dall' art. 4 del D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751, ed i titoli con i quali, di fatto, è stato prestato il servizio didattico pregresso.

provvedimento canonico da qualificare come presupposto del provvedimento statale e, dunque, quale atto endoprocedimentale. Nel caso affrontato dal TAR Campania, però, l'atto canonico presupposto, e cioè il certificato di idoneità, manca, ed è il tribunale che ovvia a tale mancanza deducendo la persistenza dell'idoneità anche da una valutazione dei rapporti intercorsi fra il ricorrente e la diocesi. Tale valutazione non è compiuta alla luce delle norme canoniche, come sarebbe al limite ammissibile se il collegamento fra i due ordinamenti si realizzasse nella forma del rinvio formale, ma alla luce dei parametri del giudizio amministrativo statale. Sennonché – anche a prescindere da un problema di confini fra le due giurisdizioni – è proprio applicando gli schemi statali che ci si può chiedere se il giudice di legittimità poteva spingersi fino a tal punto nella valutazione dei fatti, giacché: a) il tribunale era chiamato ad un giudizio di impugnazione, e cioè ad un giudizio sull'atto e non ad un giudizio su comportamenti e rapporti; b) nelle sue argomentazioni il TAR campano non solo sindacava il mancato rilascio del certificato da parte della Curia³⁵, ma, difatti, nel dichiarare sussistente il requisito richiesto dal bando del concorso, dà vita ad una decisione che tiene il luogo del certificato non esibito, sostituendosi all'Amministrazione certificante. Ammesso dunque che nelle valutazioni giudiziali l'agire dell'Ordinario diocesano possa essere parificato, pur in una materia peculiare quale l'idoneità all'insegnamento della religione cattolica, all'agire di un organo amministrativo statale, sono i classici limiti fissati al sindacato del giudice che non dovrebbero consentire a questi di sostituire la valutazione dell'organo amministrativo con la propria.

Con specifico riferimento al rapporto fra autorità canonica ed autorità statale rispetto all'idoneità, l'inammissibilità di tale attività sostitutiva può apparire più chiara se si guarda al potere di certificazione del parroco in materia di matrimonio concordatario. Il matrimonio canonico produce effetti civili in virtù di un procedimento amministrativo, che prende il via dall'atto di scelta dei *nubendi* i quali, una volta che il matrimonio è celebrato, hanno il diritto di pretendere dagli organi competenti tutti gli adempimenti necessari previsti dalla normativa concordataria. Tale diritto è azionabile davanti all'autorità giudiziaria italiana, cosicché se il parroco non redige o non trasmette l'atto di matrimonio, il giudice ai fini della trascrizione può – come è accaduto³⁶ – sostituire l'atto di matrimonio con un proprio provvedimento di accertamento costitutivo. È infatti vero che la normativa concordataria attribuisce al parroco il compito di compilare e trasmettere l'atto di matrimonio ma, una volta che il procedimento è avviato con la richiesta delle pubblicazioni ed il rilascio del nulla osta da parte dell'ufficiale dello stato civile, l'attività del parroco – a prescindere dalla sua qualificazione quale pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio³⁷ – è un'attività dovuta. L'autonomia del ministro di culto si esaurisce cioè nel momento in cui decide di ammettere i *nubendi* alla celebrazione di un matrimonio canonico

³⁵ Sul fatto che il giudice amministrativo, investito della controversia inerente il mancato riconoscimento di un requisito concorsuale, non può sindacare il diniego della certificazione del requisito da parte dell'organo competente cfr. Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2000, n. 632, cit., Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 1780, cit..

³⁶ Cfr. Trib. Udine, 22 gennaio 1970, in *Il diritto ecclesiastico*, (1970), II, pp. 95-121, con nota di PAOLO MONETA, *Sulla sentenza sostitutiva dell'atto di matrimonio canonico*.

³⁷ Per queste due diverse qualificazioni si veda FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 323; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 447-448.

destinato ad acquisire effetti civili³⁸. Non così nel caso degli insegnanti di religione, nel quale è sempre all'autorità ecclesiastica che spetta di certificare l'idoneità, ma tale certificazione non è, però, un atto dovuto, bensì rientra nella piena discrezionalità dell'Ordinario diocesano, non configurando la normativa pattizia e statale né un diritto soggettivo (del quale peraltro il giudice amministrativo non può conoscere in via principale), né tanto meno un interesse legittimo dell'insegnante ad ottenere l'attestato di idoneità, che solo se presente assume a eventuale presupposto di un procedimento amministrativo statale³⁹.

Il secondo profilo sotto il quale la decisione del TAR Campania suscita perplessità è lo stesso il vizio posto alla base della dichiarazione di illegittimità del provvedimento impugnato: l'incongrua e insufficiente motivazione. Il difetto di motivazione può essere ricondotto o alla violazione di legge, ex. art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 o all'eccesso di potere quale sua figura sintomatica⁴⁰. L'art. 3 della legge 241/1990 stabilisce che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato le decisioni dell'Amministrazione in relazione alle risultanze istruttorie. Date tali indicazioni esse appaiono però presenti in maniera sufficiente nel provvedimento impugnato dinanzi al tribunale campano. Se, invece, per il tribunale l'incongrua e insufficiente motivazione rivelava l'eccesso di potere e cioè un vizio della valutazione discrezionale, ciò che sembra discutibile è proprio il fatto che un provvedimento di esclusione da un pubblico concorso seguito al riscontro dell'assenza dei requisiti prescritti sia viziato da eccesso di potere. Si è già detto al riguardo che la verifica del possesso dei requisiti per l'ammissione ad una procedura concorsuale è un'attività vincolata e non discrezionale dell'Amministrazione, così come è espressione di attività vincolata il relativo atto di esclusione. Tale atto pertanto non richiede una particolare motivazione, ma, come sancito da consolidato orientamento giurisprudenziale, la semplice indicazione del requisito mancante⁴¹.

³⁸ In questo senso si veda GAETANO LO CASTRO, *Rilevanza giuridica del matrimonio canonico non trascritto nell'ordinamento dello Stato*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 919-955.

³⁹ Sulla non sovrapposibilità *in linea di principio* delle valutazioni degli organi statali al potere di certificazione dell'autorità ecclesiastica cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, IV. ed., Milano, Giuffrè, 1975, pp. 80-85. Ampiamente, sull'impossibilità del giudice statale di sostituire una propria valutazione alla decisione dall'autorità ecclesiastica quando, per decidere della controversia a lui sottoposta, deve accertare un rapporto lasciato all'autonoma valutazione della Chiesa si veda ORIO GIACCHI, *op. cit.*, pp. 379-397.

⁴⁰ Al riguardo si veda per tutti in dottrina PIERA MARIA VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, pp. 160-179, 330-336.

⁴¹ Cfr. TAR Lombardia, 4 maggio 1987, n. 245, cit., Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 1992, n. 713, cit., Cons. St., sez. V, 20 maggio 1992, n. 437, cit., Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5850, cit., TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 251, cit., Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 1780, cit., Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3664, cit.

6. *L'attuazione parziale del principio di reciproca collaborazione fra Stato e Chiesa sancito dall'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama*

L'analisi fin qui condotta, esplicitando la coerenza argomentativa intrinseca che caratterizza ognuna delle due pronunce, ha messo in luce una maggiore corrispondenza fra la decisione assunta dal TAR Veneto, nel suo complesso considerata, ed il dato normativo e fattuale.

In riferimento alla condizione ambivalente di chi fa parte e dello Stato e della Chiesa non è peraltro privo di rilievo l'atteggiamento dei due ricorrenti, i quali, almeno a quel che risulta dagli atti, apparivano più interessati a far valere davanti allo Stato le prerogative conseguenti alla precedente attività di insegnamento che non a chiarire preliminarmente il proprio rapporto con la comunità ecclesiale, con una prevalenza delle istanze del cittadino su quelle del fedele⁴².

Posto ciò, i casi esaminati offrono lo spunto per almeno altre tre considerazioni.

Una prima considerazione riguarda l'attuazione del principio di reciproca collaborazione sancito dall'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama quale chiave di lettura dei rapporti fra Stato e Chiesa⁴³.

Per il vero, nell'elaborazione della legge 186/2003, la Conferenza Episcopale Italiana è stata uno degli interlocutori del legislatore statale⁴⁴. A tali audizioni non è però seguito un compiuto ed esplicito coordinamento fra la nuova legge e quanto stabilito dalle precedenti Intese fra CEI e M.P.I., che disegnano un'organizzazione dell'insegnamento religioso esclusivamente basata sull'incarico annuale⁴⁵.

Parimenti, anche se la nuova normativa conferma ed amplia il rilievo civile di atti propri dell'ordinamento canonico – si pensi, per restare ai casi analizzati, all'idoneità quale requisito per la partecipazione ad un concorso pubblico – rispetto a tali atti non si è avvertita l'esigenza di procedere bilateralmente ad un'ulteriore specificazione delle competenze e delle modalità concrete di cooperazione fra autorità canonica ed autorità statale⁴⁶. Da ciò il possibile costituirsi di situazioni ambigue e potenzialmente strumentabili, come quelle oggetto delle due sentenze in epigrafe.

⁴² Per considerazioni che evidenziano il disagio del cittadino/fedele quale conseguenza dell'irrisolta tensione fra ordine dello Stato e ordine della Chiesa cfr. GAETANO LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 219-264.

⁴³ Sull'art. 1 dell'Accordo del 1984 si veda GAETANO LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 271-331.

⁴⁴ Cfr. ANDREA GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, cit., pp. 381-382.

⁴⁵ Per l'opportunità di armonizzare la possibilità di un pubblico concorso per l'accesso ai ruoli degli insegnanti di religione con quanto previsto dall'Intesa del 1985 cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, II. ed., Torino, Giappichelli, 2002, pp. 232-237.

Sulla previa consultazione della Chiesa cattolica nell'elaborazione della l. 186/2003, quale applicazione a *res mixtae* del metodo della concertazione a discapito del metodo della bilateralità cfr. ROMEO ASTORRI, *Stato e Chiesa in Italia: dalla revisione concordataria alla «seconda repubblica»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (2004), pp. 35-45.

⁴⁶ Per analoghe considerazioni sulle ipotesi di collegamento fra ordinamento canonico ed ordinamento italiano previste dalla legge 186/2003 e non accompagnate dalla previsione di conseguenti forme di più intensa collaborazione fra le autorità dei due ordinamenti cfr. PAOLO CAVANA, *La riforma dello stato giuridico dei docenti di religione (L. N. 186/2003)*, cit., pp. 1339-1342; 1347-1348.

Tali sentenze evidenziano, peraltro, un diverso profilo di un'attuazione difatti parziale del principio di collaborazione: i comportamenti sovente informali ed equivoci della gerarchia ecclesiastica, suscettibili di creare tensione nei rapporti interordinamentali. Si guardi, in proposito, al *modus agendi* della Curia di Padova nella fattispecie affrontata dal TAR Veneto. Posto che il citato art. 2.6 bis dell'Intesa fra il M.P.I. e la CEI attribuisce effetto permanente all'idoneità non revocata, già nel 2002 la Curia, una volta stabilita l'inidoneità della ricorrente all'insegnamento della religione cattolica, ai fini della certezza giuridica avrebbe dovuto iniziare il relativo procedimento formale di revoca, previsto dai cann. 804, § 2 e 805 del CIC e dalla menzionata Delibera n. 41 del 21 settembre 1990 della CEI. La scelta di limitarsi a non confermare la docente nell'insegnamento della religione cattolica per l'anno successivo, senza però revocarle formalmente l'idoneità, per non pregiudicarne le possibilità lavorative nelle scuole paritarie cattoliche, se può trovare giustificazione nell'ordine ecclesiale e in una prospettiva pastorale, mal si concilia con le esigenze di certezza connesse all'esercizio di un potere che, nel caso, incideva nella sfera giuridica dell'interessata con effetti sia nell'ordinamento canonico, sia nell'ordinamento civile⁴⁷.

7. *L'eccesso di potere quale strumento che consente al giudice amministrativo italiano di filtrare il provvedimento canonico sull'idoneità. Ratio e limiti di tale opzione interpretativa*

Una seconda considerazione concerne il problema di stabilire se, dato il rilievo attribuito dalla formulazione concordataria alle valutazioni dell'autorità ecclesiastica in tema di idoneità, tali valutazioni sono assolutamente insindacabili e comunque efficaci nell'ordinamento italiano.

La tesi dell'insindacabilità – accolta dal TAR Veneto – è certamente quella più ricorrente nella giurisprudenza.

Premessa la natura di *res mixta* dell'insegnamento religioso⁴⁸ e l'impossibilità per l'autorità statale di decidere unilateralmente sull'insegnante di religione⁴⁹, si afferma, infatti, che il giudizio di competenza esclusiva dell'Ordinario diocesano vincola l'autorità scolastica italiana, la quale, a prescindere dalle motivazioni che sorreggono tale giudizio o dalla presenza di motivazioni stesse, è tenuta sia a conferire l'incarico d'in-

⁴⁷ Per un richiamo all'osservanza responsabile e scrupolosa delle norme canoniche in materia di concessione e revoca dell'idoneità si veda l'intervento di S.E. Mons. ATTILIO NICORA, *Le problematiche relative allo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica, dei nuovi programmi di religione cattolica, dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica, del riconoscimento dei titoli ecclesiastici e della revisione dell'intesa tra C.E.I. e M. P. I.*, in *Le riforme scolastiche e l'insegnamento della religione cattolica*. Incontro Nazionale dei Responsabili diocesani per l'Insegnamento della religione cattolica e dei direttori degli uffici diocesani per la pastorale della scuola (Cattolica [RN], 19-22 febbraio 2001), in *Notiziario dell'Ufficio Catechistico Nazionale*, n. 2, (2001), pp. 96-109.

⁴⁸ Si veda il parere del Consiglio di Stato, sez. II, 15 gennaio 1997, n. 2561/95, in *Il Consiglio di Stato*, (1998), I,2, pp. 1859-1860.

⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 6 agosto 1992, n. 598, in *Il Consiglio di Stato*, (1992), I, 2, pp. 955-957; TAR Puglia, Bari, sez. I, 8 luglio 1999, n. 795, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, (2000), pp. 769-773.

segnamento a chi ha l'idoneità, sia a revocare tale incarico se l'idoneità viene meno⁵⁰. Pertanto, il provvedimento canonico legittima di per sé l'atto statale di nomina o di revoca, al punto che quest'atto è sufficientemente motivato con il richiamo al provvedimento ecclesiale, mentre il giudice civile può solo appurare la concreta sussistenza del presupposto confessionale, operando un sindacato di legalità formale⁵¹.

Si tratta, evidentemente, di un'interpretazione che sottintende una qualificazione dell'idoneità quale fatto di un ordinamento diverso da quello interno che l'autorità giudiziale italiana si limita ad accertare. E ciò sia che si voglia far derivare tale qualificazione dall'autonomia della Chiesa, nella cui sfera, in quanto materia estranea all'ordine dello Stato, rientrerebbe l'idoneità; sia che la si voglia invece far derivare dalla natura di soggetto di diritto internazionale della Santa Sede, guardando all'idoneità quale atto proveniente da un'autorità di un paese estero⁵². In ogni caso, tale interpretazione rischia di collidere con l'esigenza dello Stato di salvaguardare i principi supremi del suo ordinamento e i diritti costituzionalmente garantiti⁵³. Significativa, al riguardo,

⁵⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 1985, n. 78, in *Il Consiglio di Stato*, (1985), I, 1, pp. 317-319; Cons. Giust. Amm. Sic., 16 settembre 1991, n. 365, in *Il Consiglio di Stato*, (1991), I, 2, pp. 1384-1386 e in *Rivista giuridica della scuola* (1995), pp. 562-563; Cons. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 1992, n. 343, cit., p. 1738; TAR Emilia Romagna, 20 ottobre 1977, n. 450, in *Il diritto ecclesiastico* (1978), II, p. 359-368; TAR Basilicata, 26 marzo 1981, n. 42, in *Il diritto ecclesiastico*, (1984), II, pp. 119-130 con nota di PASQUALE LILLO, *Ritiro del nulla osta e provvedimento di revoca dall'insegnamento della religione*; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 5 marzo 1991, n. 55, in *TAR*, (1991), I, p. 2062 e in *Rivista giuridica della scuola* (1992), p. 1036; TAR Abruzzo, Pescara, 4 aprile 1978, n. 60, in *Rivista giuridica della scuola* (1981), p. 90; TAR Liguria, 29 dicembre 1978, n. 559, in *Rivista giuridica della scuola*, (1981), p. 622; TAR Piemonte, sez. I, 28 dicembre 1993, n. 598, cit., pp. 852-854.

In questo contesto, ma nel senso di una più netta ripartizione di competenze si veda però anche: TAR Piemonte, 22 luglio 1980, n. 653, in *Il diritto ecclesiastico*, (1981), II, pp. 654-657; TAR Abruzzo, Pescara, 30 marzo 1991, n. 237, in *Il Foro Amministrativo*, (1992), II, p. 2066; TAR Abruzzo, Pescara, 13 maggio 1994, n. 287, in *Rivista giuridica della scuola*, (1995), p. 313; TAR Piemonte, sez. I, 19 ottobre 1994, n. 482, in *Rivista giuridica della scuola*, (1996), pp. 118-119, dalle quali emerge che, salva la necessità dell'intesa fra autorità canonica ed autorità scolastica per la nomina degli insegnanti – intesa che per l'interesse pubblico statale deve avvenire prima dell'inizio dell'anno scolastico – la determinazione concreta degli orari da assegnare a ciascun docente spetta solo all'autorità scolastica.

⁵¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 1985, n. 78, cit., Cons. St., sez. VI, 6 agosto 1992, n. 598, cit., TAR Basilicata, 26 marzo 1981, n. 42, cit., TAR Emilia Romagna, 20 ottobre 1977, n. 150, cit., TAR Abruzzo, Pescara, 4 aprile 1978, n. 60, cit.

⁵² È questa ad esempio la chiave di lettura che si rinviene nella sentenza del TAR Lombardia, sez. II, 26 ottobre 2001, n. 7027, in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, n. 12, (2001), pp. 4059-4063, a proposito del caso analogo costituito dal gradimento della competente autorità ecclesiastica necessario per la nomina dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Occorre comunque notare che sia nell'ipotesi dell'idoneità degli insegnanti di religione, sia nell'ipotesi del gradimento dei docenti della Cattolica, l'impostazione in senso internazionalistico dei rapporti fra Stato e Chiesa ha l'effetto di limitare la competenza del giudice civile. E ciò a differenza di quanto accade per altre materie, quali ad esempio le controversie riguardanti la Santa Sede e gli organi con essa funzionalmente collegati, ove l'equiparazione fra Santa Sede e Stati stranieri ha comportato un'estensione della competenza giurisdizionale dei giudici italiani. Su questa estensione si veda GAETANO LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, cit., pp. 221-236.

⁵³ Sulla costituzione di situazioni giuridiche compatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale quale criterio di legittimità della normativa pattizia che attribuisce rilevanza civile

la nota vicenda giudiziale determinata dalla decisione dell'autorità scolastica di non riconfermare nell'incarico un insegnante cui l'Ordinario diocesano aveva revocato l'idoneità poiché donna nubile in stato di gravidanza⁵⁴.

Il ricorso alla figura dell'eccesso di potere quale strumento tecnico - giuridico che consente di filtrare il provvedimento canonico senza sindacarne il merito, risponde, dunque, al bisogno di contemperare l'autonomia della Chiesa con l'assetto fondamentale dell'ordinamento statale. L'eccesso di potere – già suggerito da autorevole dottrina per fattispecie analoga all'idoneità⁵⁵ – incentrandosi sulle motivazioni dell'atto

agli atti promananti dall'ordinamento canonico cfr. Corte cost. 29 dicembre 1972, n. 195 in *Il Foro italiano*, (1973), I, coll. 6-15, con nota di ARTURO CARLO JEMOLO, *Perplexità su una sentenza*.

In particolare, i diritti costituzionalmente garantiti si confermano quale criterio interpretativo dei rapporti fra giurisdizione canonica e giurisdizione statale in virtù del n. 2, *lett. c* del Protocollo addizionale all'Accordo del 1984. È, infatti, ragionevole supporre che tale disposizione, che pone l'armonia con i diritti costituzionali quale condizione della rilevanza civile dei provvedimenti canonici di cui all'art. 23 cpv. del Trattato del Laterano, abbia portata generale o si estende almeno ai casi analoghi. Sul punto cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Libertà d'istruzione e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 45, 66; PIERANGELA FLORIS, *op. cit.*, pp. 76-88.

Sull'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale che pone l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali della persona al centro dei rapporti fra giurisdizione statale e giurisdizione confessionale si veda anche CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, cit., pp. 61-72; ANNA TALAMANCA, *IRC: strascichi di temi tradizionali e centralità del dibattito sullo status degli insegnanti di religione*, cit., pp. 677-679; PIETRO LO IACONO, *op. cit.*, pp. 1139-1154.

⁵⁴ La controversia, iniziata davanti al Pretore di Firenze in funzione di giudice del lavoro con ricorso nel quale l'insegnante di religione censurava la circostanza di aver subito l'interruzione del rapporto di servizio nonostante il divieto di licenziamento delle lavoratrici in stato di gravidanza ex art. 2 della l. 30 dicembre 1971, n. 1204, si è conclusa con tre gradi di giudizio sfavorevoli alla ricorrente, sul presupposto che ciò che ha rilievo per il giudice italiano non è la legittimità della revoca, di competenza esclusiva dell'ordinamento canonico, ma la sua esistenza quale condizione legale per l'estinzione del rapporto di lavoro: cfr. Trib. Firenze, 3 dicembre 1999, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (2000), I, pp. 182-188 con nota di STEFANO EMANUELE PIZZORNO, *Revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica e tutela della maternità*; App. Firenze, 29 novembre 2000, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (2001), I, pp. 288-295, con nota di STEFANO EMANUELE PIZZORNO, *In tema di revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica*; Cass. 24 febbraio 2003, n. 2803, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (2003), I, pp. 556-562, con nota di STEFANO EMANUELE PIZZORNO, *Revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica e tutela della maternità*. Si vedano altresì le note alla pronuncia della Cassazione di VINCENZO BAVARO, «Libero Stato in libera Chiesa» ovvero sulla libertà e sul contratto degli insegnanti di religione, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, (2003), pp. 527-539; ROBERTA NUNIN, *Effetti della revoca alla lavoratrice madre nubile dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 12, (2003), pp. 1119-1120; PIERO BELLINI, *Considerazioni poco liete sulle garanzie degli insegnanti di religione nelle Scuole pubbliche*, in *Diritti, lavoro, mercati*, n. 3, (2003), pp. 478-484; PASQUALE COLELLA, *Diritti dei cittadini e Concordato. Osservazioni sulla legittimità della revoca dell'idoneità all'insegnamento di religione nelle scuole pubbliche*, in *Corriere giuridico*, n. 2, (2004), pp. 194-197.

⁵⁵ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Perplexità su una sentenza*, cit., col. 11, in riferimento alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo del provvedimento canonico di ritiro del nulla osta necessario per la nomina dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore ex art. 38 del Concordato Lateranense. Tale soluzione, riferita ad un provvedimento confessionale che ha effetti civili, è speculare alla tesi, proposta dallo stesso autore, secondo la quale è comunque ammissibile un sindacato del giudice italiano su un atto espressione dei poteri propri della gerarchia canonica quale sindacato

canonico quale presupposto del provvedimento statale, oltre ad esigere tali motivazioni, consente, infatti, di verificare che il riconoscimento o la revoca dell'idoneità siano effettivamente cagionate da ragioni direttamente attinenti alla funzione di docente di religione del soggetto interessato dal provvedimento o, anche, guardando all'insegnamento religioso come mansione di tendenza, che l'atto canonico sia realmente causato dalla tutela dell'interesse istituzionale e collettivo della Chiesa⁵⁶. Ancora, permettendo di valutare il modo in cui l'Ordinario diocesano ha esercitato la sua discrezionalità, un sindacato di legittimità sostanziale dà spazio ad eventuali censure volte a contestare la mancata conformità di tale esercizio ai principi generali dell'azione amministrativa, comprese le garanzie procedurali in attuazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale⁵⁷.

Eppure, come dimostra l'applicazione che ne è stata fatta dal TAR Campania, l'idea che l'autorità statale possa verificare il corretto esercizio del potere dell'autorità canonica in ordine all'idoneità va accolta con cautela. E ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, perché l'eccesso di potere è sovente lo strumento attraverso il quale il giudice amministrativo supera di fatto la linea di demarcazione fra giudizio di legittimità e giudizio di merito⁵⁸. Pertanto non è escluso che da un sindacato sul modo in cui il provvedimento canonico è stato posto in essere si passi ad un sindacato sul merito di tale provvedimento.

In secondo luogo, perché il mero richiamo ai principi supremi (di difficile definizione) o ai diritti inviolabili rischia di risolversi in un generale rigetto del presupposto dell'idoneità.

Premesso che nell'ordine ecclesiale il decreto sull'idoneità è circondato da garanzie procedurali, giacché frutto di un iter che, in caso di revoca, prevede l'audizione dell'interessato, la motivazione del decreto e la sua comunicazione all'autorità statale quando è divenuto definitivamente esecutivo⁵⁹, e premesso che non è ancora sopravvenuta una dichiarazione d'illegittimità costituzionale sull'idoneità quale requisito dell'insegnante di religione⁶⁰, è la diversa *ratio* dei due ordinamenti, con i relativi riflessi

incentrato non sull'esercizio, ma sul *modo di esercizio* dei poteri medesimi: ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 91-104.

⁵⁶ In questo senso cfr. CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, cit., pp. 79-81.

⁵⁷ Cfr. Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Il Foro Italiano*, (1982), I, coll. 934-955, con nota di SERGIO LARICCIA, *Qualcosa di nuovo, anzi d'antico nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio concordatario*.

⁵⁸ Per questa constatazione si veda ANTONIO AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 98; ALDO PIRAS, *Invaldità (dir amm)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXII (1972), pp. 611-612; FILIPPO SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1997, pp. 132-134, 250-277; ALDO SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, pp. 399-407.

⁵⁹ Si vedano i §§ 2-3 della Delibera n. 41 del 21 settembre 1990 della CEI, in *Notiziario CEI*, n. 8, (1990), p. 207.

⁶⁰ Pronunciandosi sullo stato giuridico dei docenti di religione la Corte costituzionale ha costantemente affermato che, in ragione della sua peculiarità, l'insegnamento religioso è impartito da docenti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica: Corte cost., 22 luglio 1999, n. 343, in *Il Consiglio di Stato*, (1999), II, 2, pp. 1053-1055; Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 390, cit.

La questione di legittimità costituzionale delle norme pattizie che subordinano al presupposto canonico dell'idoneità il provvedimento statale di affidamento dell'incarico di insegnamento, sollevata in

sulla percezione della figura del docente, che può condurre ad una moltiplicazione dei limiti opponibili all'efficacia applicativa dell'atto canonico.

Si riconsideri il caso dell'insegnante nubile in stato di gravidanza. Certamente il mancato rinnovo di un contratto di lavoro quale conseguenza della revoca di idoneità motivata da una gravidanza *sine coniugio* è alieno alla tutela della maternità sancita dall'art. 37 Cost. Certamente, l'apertura alla vita e la misericordia cristiana possono rendere discutibile siffatta motivazione anche all'interno dell'ordinamento canonico. Resta però che l'atto di revoca è di competenza esclusiva del Vescovo diocesano, il quale, nell'esercizio della potestà ordinaria, propria ed immediata che per diritto divino ha sulla diocesi, può considerare la gravidanza fuori del matrimonio come un comportamento pubblico e notorio contrastante con la morale cattolica, e stimare che la migliore tutela dell'interesse della Chiesa particolare – danneggiato da un docente che con la (mancata) testimonianza sminuisce la credibilità dell'insegnamento religioso – richieda la rimozione del docente stesso.

In altri termini, intendere la normativa concordataria nel senso che il presupposto dell'idoneità ha effetti civili solo se la logica che lo muove e il modo in cui è stato posto in essere sono ritenuti dall'interprete *perfettamente corrispondenti* all'assetto costituzionale (compreso il sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa) o, meglio, all'interpretazione storicamente e ideologicamente condizionata di quell'assetto, significa svuotare di contenuto la scelta politica e giuridica di attribuire alla gerarchia canonica il compito di designare i docenti. Deve, infatti, ritenersi che tale scelta sia il frutto della volontà del legislatore concordatario di pervenire ad una ponderata e conveniente composizione degli interessi dello Stato e della Chiesa, avendo ben presente la ratio di un insegnamento confessionale e le limitazioni necessarie al raggiungimento della composizione stessa.

Una dichiarazione d'inefficacia del presupposto canonico da parte del giudice statale è, dunque, possibile, ma solo se rigorosamente circoscritta ad ipotesi di palese *incompatibilità* di tale presupposto con *ogni* regola fondamentale dell'ordinamento italiano, come del resto è accaduto nel caso della sentenza del Consiglio di Stato cui si riferisce il TAR Campania⁶¹.

Che se poi dovesse emergere che tale abnorme incompatibilità è una costante, il

relazione agli artt. 3, 7, 19, 21, 33, 113 Cost., è stata più volte considerata manifestamente infondata dal giudice amministrativo: TAR Abruzzo, Pescara, 4 aprile 1978, n. 60, cit; TAR Basilicata, 26 marzo 1981, n. 42, cit; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 14 febbraio 1989, n. 133, in *Rivista giuridica della scuola*, (1990), p. 302.

⁶¹ Nella giurisprudenza ordinaria il richiamo ai criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà quali parametri in base ai quali valutare i provvedimenti ecclesiastici sugli insegnanti di religione è stato utilizzato per motivare il ricorso in Cassazione avverso la decisione del giudice di appello, che aveva ritenuto rientrare nella competenza dell'Ordinario diocesano il potere di scegliere le concrete modalità di svolgimento dell'attività didattica, proponendo, nel caso specifico, il trasferimento del docente di poi eseguito dall'autorità scolastica.

La Corte, pur ritenendo in astratto possibile – in considerazione della natura bilaterale del rapporto lavorativo – un intervento del giudice ordinario su comportamenti frutto di un esercizio scorretto della discrezionalità che ledono valori o principi costituzionali, ha però respinto il ricorso, accogliendo l'interpretazione del giudice di appello, e considerando inammissibile una rivalutazione giudiziale dell'intesa raggiunta dall'autorità religiosa e dall'autorità statale nell'esercizio della loro esclusiva competenza: Cass. 4 febbraio 2005, n. 2243, cit.

problema non si risolve attraverso singoli interventi giudiziari che lasciano intatto il sistema normativo sull'insegnamento religioso.

Così, annullare per eccesso di potere il provvedimento d'esclusione dal concorso fondato su un "irragionevole" diniego dell'idoneità (irragionevolezza al limite anche dedotta dal mancato rispetto da parte dell'autorità ecclesiastica delle garanzie procedurali previste dalla normativa canonistica), può essere un momento nel quale lo Stato riafferma la propria giurisdizione ridefinendo i confini della stessa. Resta però il fatto che il destinatario del provvedimento annullato non accede all'insegnamento, visto che anche l'assunzione con il contratto di lavoro a tempo indeterminato è disposta d'intesa con l'Ordinario diocesano competente per territorio (cfr. art. 3, comma 8 l. 186/2003), né potrebbe essere diversamente, sia per gli specifici impegni pattizi, sia perché una scelta diversa violerebbe la libertà della Chiesa e di coloro che scelgono di avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica.

In conclusione: le norme concordatarie ed unilaterali disegnano un regime preciso e coerente dell'insegnamento religioso, la cui specialità – richiamata dai giudici quale criterio giustificativo o presupposto delle proprie decisioni⁶² – più che altalenanti opzioni interpretative su un aspetto particolare, richiede o una accettazione o una revisione del sistema nel suo complesso.

8. *Ulteriori momenti di tensione fra ordinamento statale ed ordinamento confessionale conseguenti alla funzione centrale dell'idoneità nel nuovo stato giuridico degli insegnanti di religione*

Una terza considerazione concerne, infine, l'interazione fra i problemi appena delineati posti dall'idoneità e la legge 186/2003.

Tale legge ha in parte stemperato ed in parte acuito le questioni esaminate. Stabilito che il docente di religione cui è stata revocata l'idoneità può fruire della mobilità professionale o della diversa utilizzazione o mobilità collettiva ex art. 33 del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. art. 4, comma 3, l. 186/2003), si è infatti parzialmente risposto alle esigenze di tutela della persona del docente, ricadendo così sullo Stato il compito di ovviare agli effetti negativi di una revoca "irragionevole".

Nello stesso tempo però, subordinando l'ammissione ad un pubblico concorso al possesso di un attestato di origine confessionale, e l'accesso alla mobilità professionale al venir meno di tale requisito, con eventuale pregiudizio della posizione di altri insegnanti, si amplia il rilievo civile della valutazione dell'Ordinario diocesano⁶³.

Contemporaneamente, l'assunzione dei docenti a tempo indeterminato priva la gerarchia canonica di uno strumento intermedio di controllo sui docenti stessi: la mancata conferma dell'incarico all'inizio dell'anno scolastico. Da ciò, una maggiore apprensione ed attenzione dell'autorità ecclesiastica rispetto al riconoscimento e alla

⁶² Si veda a titolo indicativo Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit., Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 390, cit., Corte cost., 20 luglio 2006, n. 297, cit., Cass. 4 febbraio 2005, n. 2243, cit., Cons. St., sez. VI, 27 settembre 2006, n. 5658, in *Diritto e Religioni*, n. 3, (2007), pp. 586-589.

⁶³ Sui molteplici aspetti della legge 186/2003 che accentuano il peso dell'idoneità si veda analiticamente ANDREA GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, cit., pp. 388-390; PAOLO CAVANA, *La riforma dello stato giuridico dei docenti di religione (L. N. 186/2003)*, cit., pp. 1329-1335; 1339-1342.

revoca dell' idoneità, quali unici mezzi di selezione costante degli insegnanti.

La nuova centralità attribuita dalla legge 186 all' idoneità lascia dunque intravedere uno scenario nel quale i momenti di tensione fra giurisdizione civile e giurisdizione confessionale non possono che aumentare, alimentati dagli inevitabili compromessi sui quali è costruito il sistema e dall' insofferenza di parte della società civile verso il sistema stesso⁶⁴.

Di tali tensioni le sentenze in epigrafe costituiscono il sintomo e, forse, ad oggi, anche i due soli possibili paradigmi di soluzione.

⁶⁴ Il condizionamento all' idoneità dell' immissione in ruolo e, ancor più, il meccanismo della mobilità – peraltro costantemente previsto da precedenti disegni di legge (cfr. al riguardo GIOVANNA GIOVATTI, *op. cit.*, pp. 1007, 1010, 1014, 1015, 1019) – sono stati senza dubbio gli aspetti maggiormente contestati della legge 186, sia in sede di discussione parlamentare, sia da parte delle forze sindacali. Consentire l' accesso ad un ruolo dello Stato a soggetti muniti di un requisito confessionale e ammettere questi al ricollocamento in altri insegnamenti a seguito della perdita di tale requisito, è apparso, infatti, incompatibile con l' art. 3 Cost. e palesemente iniquo, risolvendosi il tutto in una sottrazione di risorse e di posti di lavoro a carico di chi per accedere ai medesimi insegnamenti ha a disposizione solo le vie ordinarie. Al riguardo cfr. ALBERTO PISCI, *op. cit.*, pp. 1, 5-6; MATTEO GATTAPONI, *op. cit.*, p. 792, nt. 18; LUIGI NANNIPIERI, *op. cit.*, p. 7.

Per considerazioni critiche sulla scelta di immettere in ruolo i docenti di religione si veda anche CARLO CARDIA, *Concordato, intese, laicità dello Stato. Bilancio di una riforma*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, (2004), pp. 27-28; FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, *ibid.*, p. 8; ANDREA ZANOTTI, *Riforma del Concordato e diritto canonico*, *ibid.*, p. 264; MARIO TEDESCHI, *Attualità e caducità del Concordato*, *ibid.*, pp. 77-78; Id., *Manuale di diritto ecclesiastico*, IV ed., Torino, 2007, pp. 191-201.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia, 26 luglio 2006, n. 645

Ordine pubblico - Art. 5, primo comma, legge n. 152/1975 - Divieto di fare uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona - Ordinanza sindacale - Interpretazione del divieto come riferibile al velo che copre il volto - Annullamento prefettizio - È legittimo

È legittimo il provvedimento prefettizio di annullamento dell'ordinanza sindacale che interpreti il divieto di uso di caschi protettivi o di "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona", di cui all'art. 5, primo comma della l. 152/1975, come espressamente riferibile al "velo che copre il volto". Essa non può essere infatti ricondotta a mera diffida al rispetto di una norma già esistente nell'ordinamento, con la conseguenza per cui, per questa fondamentale parte, la disposizione di legge richiamata viene ad essere indiscutibilmente novata, in quanto all'ordine (di legge) di non usare mezzi atti a rendere difficile il riconoscimento della persona si sovrappone l'ordine (sindacale) di considerare tali – a prescindere da ogni altra interpretazione – anche i tradizionali veli tipici delle donne musulmane comprensivi di burqua e chador. Diversamente, un generale divieto di circolare in pubblico indossando tali tipi di coperture può derivare solo da una norma di legge che lo specifichi

Omissis (...)

FATTO

Il Comune impugna il decreto prefettizio che, sulla base di un parere del Ministero dell'Interno (anch'esso impugnato), ha annullato il provvedimento adottato dal Sindaco in qualità di ufficiale di governo che ordinava di adeguarsi alle norme che fanno divieto di comparire mascherati in luogo pubblico, espressamente includendo tra i "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" anche "il velo che copre il volto".

Vengono dedotti i seguenti motivi:

1) Incompetenza del Prefetto; nell'assunto che non esisterebbe il rapporto gerarchico che legittimi un atto di annullamento.

2) Violazione dell'art. 7 della l. 241/90; nell'assunto che sarebbe mancato l'avviso di procedimento.

3) Violazione dell'art. 3 della l. 241/90. Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà; nell'assunto che irragionevolmente e immotivatamente è stato disposto l'annullamento di un atto che, in data 16.8.2004, lo stesso Prefetto aveva invece ritenuto legittimo. Il Prefetto si sarebbe evidentemente adeguato al parere del Ministero che peraltro nemmeno viene citato.

Si ipotizza inoltre che, essendo il testo dell'ordinanza prefettizia identico a quello

di analoga ordinanza del Prefetto della Provincia di Como relativo ad atto del Sindaco di Drezzo, vi sarebbe stato un ulteriore presupposto a supporto non menzionato in atto, e cioè o un accordo tra i due Prefetti o una disposizione ministeriale.

4) Sviamento ed eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e/o difetto ed erroneità dei presupposti, essendo stato ritenuto che l'ordinanza sindacale abbia natura provvedimentale; nell'assunto che, contrariamente a quanto ritenuto dal Prefetto, l'ordinanza sindacale non avrebbe natura provvedimentale, in quanto non farebbe sorgere nuovi obblighi giuridici a carico dei destinatari, ma sarebbe un mero richiamo al rispetto della normativa, da cui già deriva direttamente il divieto di usare il "burqa".

5) Sviamento ed eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e/o difetto ed erroneità dei presupposti, essendo stato ritenuto che l'ordinanza sindacale si fondi sull'art. 2 del T.U.L.P.S. R.D. n. 773/1931 e non rientri pertanto nella sfera di competenza del Sindaco. Violazione e/o erronea e falsa applicazione degli artt. 1 e 2 del T.U.L.P.S. oltre che degli art. 50 e 54 del T.U.E.L. d. lgs n. 267/2000. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà della motivazione;

Sarebbe stato erroneamente ritenuto che l'atto sindacale sia stato adottato nell'esercizio del potere di ordinanza riservato al Prefetto ex art. 2 TULPS per casi di urgenza e gravi necessità, mentre tale atto si fonda sulla competenza del Sindaco all'emanazione di un'ordinanza generale ex art. 1 del TULPS, rientrando nel compito di curare l'osservanza delle leggi anche il far sì che esse siano rispettate ed il precisare come alcuni divieti di legge – già vigenti ancorché poco conosciuti – verranno interpretati.

L'art. 54 del TUEL sarebbe stato travisato poiché, ancorché non direttamente rilevante nella fattispecie, la lett. d) della norma non prevede comunque che il potere del Sindaco si espleti al fine di informare il Prefetto per l'adozione dei conseguenti provvedimenti ma che agisca direttamente "informandone il Prefetto". Anche l'art. 50 del TUEL sarebbe stato travisato perché esso rinvia all'art. 1 del TULPS, confermando che il Sindaco deve ritenersi "l'autorità locale di pubblica sicurezza", per cui se ne potrebbe dedurre, come fa invece il Prefetto, che il sindaco "non ha competenze in materia di pubblica sicurezza".

6) Violazione dell'art. 3 u.c. della l. 7.8.90 n. 241 ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti; nell'assunto che, non essendovi rapporto gerarchico, l'ordinanza sindacale non doveva essere comunicata al Prefetto e che la mancata menzione di autorità e termine per ricorrere non sarebbe viziante.

7) Violazione di legge e sviamento ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, non essendo stato valutato l'interesse pubblico alla conservazione dell'ordinanza. Violazione dell'art. 97 Cost. e/o sviamento ed eccesso di potere per manifesta ingiustizia e parzialità. Violazione dell'art. 3 della l. 241/90. Sviamento ed eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e/o difetto ed erroneità dei presupposti, essendo stato ritenuto sussistente l'interesse pubblico alla rimozione dell'ordinanza;

Non sarebbe stato valutato l'interesse pubblico sacrificato dall'annullamento, che era quello di prevenire la violazione di legge, specie di natura penale.

Non viene spiegato perché l'ordinanza sindacale creerebbe "disorientamento e confusione", si richiama una sentenza del T.A.R. Lombardia che non sarebbe pertinente, nulla si dice sulla concretezza ed attualità dell'interesse alla rimozione dell'atto.

Si travisa il contenuto dell'atto dal quale ben si comprende che la fonte del divieto

è la legge e non l'ordinanza.

Si afferma che il quadro ordinamentale sarebbe particolarmente complesso, con espressione mutuata dalla già citata sentenza, che però si sarebbe riferita alla normativa sull'immigrazione clandestina, mentre le norme dall'ordinanza sindacale sono di chiaro contenuto.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata controdeducendo per il rigetto ed eccependone l'inammissibilità per difetto di legittimazione attiva da parte del Comune, nell'assunto che questo non avrebbe interesse a contrastare l'annullamento di un atto adottato dal Sindaco quale organo dello Stato.

DIRITTO

Il Collegio preferisce prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dal momento che il ricorso è comunque da respingere perché infondato.

Va chiarito anzitutto che il Sindaco, in quanto organo del Comune, non aveva nella specie competenza ordinaria e generale. Avendo emesso un atto generale in materia di pubblica sicurezza si deve quindi ritenere che egli abbia agito in funzione di Ufficiale di Governo e, quindi, nell'ambito di un rapporto gerarchico rispetto al Prefetto che pacificamente ammette in capo a quest'ultimo il potere di annullamento (TAR Lombardia, I^a sez, n. 10/2001).

A ciò va aggiunta anche la considerazione che l'atto prefettizio impugnato espressamente richiama anche l'art. 2 del R.D. n. 773/1931, nel cui generale potere di assumere ordinanze d'urgenza ben può rientrare anche un atto di annullamento di altre ordinanze d'urgenza assunte da soggetti incompetenti.

Il succitato richiamo ai poteri di agire in via d'urgenza dimostra anche l'inapplicabilità, nel caso di specie, della normativa concernente l'invio di avviso di avvio di procedimento.

Nessuna illegittimità deriva poi dal fatto che l'atto prefettizio si sia adeguato al parere ministeriale. È ben vero che, proprio nel trasmettere al Ministero l'ordinanza sindacale il Prefetto si era pronunciato per l'infondatezza dei rilievi sollevati in relazione alla suddetta da parte di un consigliere comunale, ma ciò non toglie che già allora il Prefetto faceva salvo il "contrario avviso" del Ministero. In ogni caso il motivo della ritenuta illegittimità dell'ordinanza comunale, come da segnalazione ministeriale e successivo approfondimento nell'atto prefettizio impugnato, risulta essere diverso dai profili di illegittimità adombrati nella già citata lettera del consigliere comunale di Azzano Decimo.

Con riferimento al quarto motivo ed all'asserita mancanza di carattere provvedimentale ed innovativo da parte dell'ordinanza sindacale va chiarito che, essendosi il Sindaco espresso con lo strumento dell'ordinanza, il carattere innovativo o meno del contenuto della stessa diventa irrilevante, in quanto è la stessa forma di atto che è stata prescelta a denotarne il carattere provvedimentale. Si deve poi rimarcare che l'ordinanza sindacale in questione pretendeva, in pratica, di effettuare una sorta di interpretazione autentica delle norme di legge e cioè un'operazione che, anche quando viene effettuata dal legislatore – che è l'unico soggetto a ciò competente –, nessun dubita avvenga con atto avente lo stesso valore di quello interpretato. Pretendere che invece il Sindaco di un Comune possa farlo con atto addirittura privo di carattere provvedimentale sembra attuare un ulteriore ed inammissibile svilimento della funzione di fatto usurpata.

Risulta poi indiscutibile l'assenza di una competenza generale del Sindaco in materia di pubblica sicurezza oltre alla rilevata impossibilità di ridurre l'ordinanza

sindacale, che interpreta il divieto di uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona ex art. 5 primo comma della l. 152/1975 come espressamente riferibile al “velo che copre il volto”, a mera diffida al rispetto di una norma già esistente nell’ordinamento. È infatti evidente che, per questa fondamentale parte, la disposizione di legge richiamata viene ad essere indiscutibilmente novata: infatti all’ordine (di legge) di non usare mezzi atti a rendere difficile il riconoscimento della persona si sovrappone l’ordine (sindacale) di considerare tali – a prescindere da ogni altra interpretazione – anche i tradizionali veli tipici delle donne musulmane comprensivi di burqua e chador. È invece evidente, come già accennato, che a prescindere dai singoli casi concreti in cui ogni ufficiale di pubblica sicurezza è tenuto a valutare caso per caso se la norma di legge possa o meno ritenersi rispettata, un generale divieto di circolare in pubblico indossando tali tipi di coperture può derivare solo da una norma di legge che lo specifichi, il che è tra l’altro in linea con le implicazioni politiche di una simile decisione.

Per concludere va chiarito che il sesto motivo è irrilevante perché i motivi dell’annullamento disposto dal Prefetto non sono sicuramente riducibili al fatto che l’ordinanza non gli sia stata comunicata e sia priva di termine ed autorità per ricorrere, consistendo invece nella mancanza di un generale potere sindacale in materia di sicurezza pubblica. Il settimo motivo è infine infondato perché l’interesse pubblico all’annullamento dell’ordinanza sindacale è chiaramente esplicitato, “anche al fine di evitare disorientamento e confusione in un quadro ordinamentale particolarmente complesso”.

Per tutte le ragioni che precedono il ricorso è infondato e deve essere respinto.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, lo rigetta.

(...)

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2008, n. 3076

Ordine pubblico - Art. 5, primo comma, legge n. 152/1975 - Divieto di fare uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona - Ordinanza sindacale - Interpretazione del divieto come riferibile al velo che copre il volto - Annullamento prefettizio - È legittimo

L'appello avverso la sentenza con cui il giudice di primo grado ha riconosciuto la legittimità del provvedimento prefettizio con cui è stato disposto l'annullamento dell'ordinanza sindacale che ha inteso coperto dal divieto di cui all'art. 5 della legge n. 152/1975 il "velo che copre il volto" va respinto. La norma citata infatti, la cui ratio appare diretta ad evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento, pone un divieto assoluto solo in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino. Negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è diversamente vietato solo se avviene "senza giustificato motivo". L'utilizzo del "velo che copre il volto", o in particolare al burqa, costituendo attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture, non è generalmente diretto ad evitare il riconoscimento e non può quindi dirsi interessato dal divieto di legge. Resta tuttavia fermo che tale interpretazione non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze.

Omissis (...)

FATTO E DIRITTO

1. Con l'impugnata sentenza il Tar ha respinto il ricorso proposto dal Comune di Azzano Decimo avverso il decreto del 9 settembre 2004, con cui il Prefetto di Pordenone ha annullato l'ordinanza n. 24/2004 del Sindaco del predetto comune.

Con l'atto annullato dal Prefetto il Sindaco, in qualità di ufficiale del governo, aveva ordinato di adeguarsi alle norme che fanno divieto di comparire mascherati in pubblico, includendo tra i mezzi idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona anche il velo che copre il volto.

Il Tar ha ritenuto che l'annullamento dell'atto rientrasse tra i poteri del Prefetto e fosse giustificato dall'illegittimità di tale ordinanza.

Il Comune di Azzano decimo ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il Ministero dell'interno e la Prefettura di Pordenone non si sono costituiti in giudizio.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte del Comune appellante dell'esercizio del potere prefettizio di annullamento di una ordinanza emessa dal sindaco nella qualità di ufficiale di governo.

L'ordinanza annullata era stata adottata in materia di pubblica sicurezza dal Sindaco, che aveva precisato che il divieto di comparire mascherati in luogo pubblico, di cui all'art. 85, comma 1, del R.D. n. 773/1931, doveva intendersi derogato "durante il periodo carnascialesco, i festeggiamenti di *halloween* e le altre occasioni esplicitamente stabilite" e che il divieto di utilizzo di "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" va riferito anche al "il velo che copra il volto".

Con un primo motivo l'appellante contesta la sussistenza del potere di annullamento delle ordinanze sindacali in capo al prefetto, rilevando che non vi è alcuna dipendenza funzionale del sindaco dal prefetto.

Il motivo è infondato.

Si osserva che il Sindaco non ha agito in quanto organo del Comune, ma ha emesso un atto generale in materia di pubblica sicurezza in funzione di Ufficiale di Governo e, quindi, nell'ambito di un rapporto di dipendenza rispetto al Prefetto.

Ai sensi dell'art. 15 della legge n. 121/1981, ove non siano istituiti commissariati di polizia, le attribuzioni di autorità locale di pubblica sicurezza sono esercitate dal sindaco quale ufficiale di Governo.

Tali competenze sono esercitate dal sindaco in modo coordinato e dipendente dalle superiori autorità di pubblica sicurezza.

Tra queste un ruolo fondamentale è svolto dal Prefetto, che, ai sensi dell'art. 13 della stessa legge, è autorità provinciale di pubblica sicurezza, cui è attribuita la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia ed il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive emanate in materia.

Con riferimento alle funzioni esercitate dal sindaco in materia di pubblica sicurezza vi è, quindi, un rapporto di dipendenza dal Prefetto.

In tale rapporto il Prefetto non ha solo il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive, ma conserva rilevanti poteri finalizzati ad incidere in modo diretto sulla gestione della pubblica sicurezza.

Ad esempio, il citato art. 15 prevede che quando eccezionali esigenze di servizio lo richiedono, il prefetto, o il questore su autorizzazione del prefetto, può inviare funzionari della Polizia di Stato, nei comuni dove non sono istituiti commissariati di polizia, per assumere temporaneamente la direzione dei servizi di pubblica sicurezza. Resta in tale caso sospesa la competenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza.

Il potere del Prefetto si spinge, dunque, fino a sospendere le competenze in materia del sindaco e, più in generale, è diretto ad assicurare unità di indirizzo e coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza nella provincia, promuovendo le misure occorrenti (art. 13, comma 3).

Spetta al Prefetto promuovere ogni misura idonea a garantire tale unità di indirizzo, svolgendo una fondamentale funzione di garante dell'unità dell'ordinamento in materia.

L'adozione di ogni misura non può che includere anche il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale di governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo.

L'ampiezza di tale potere è confermata anche dall'art. 2 del R.D. n. 773/1931, che gli attribuisce, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, la facoltà di

adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Nel caso di specie, il Prefetto di Pordenone ha fatto uso di tali poteri nell'ambito delle proprie competenze.

3. È infondata anche la censura con cui il Comune ha dedotto la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, in quanto il Prefetto ha richiamato i propri poteri di agire in via d'urgenza e in materia di pubblica sicurezza le esigenze di garantire l'unità di indirizzo presuppongono molto spesso ragioni di urgenza, che non consentono, come nel caso di specie, l'ordinario svolgimento delle garanzie partecipative,

4. Come rilevato dal Tar, inoltre, nessuna illegittimità deriva dal fatto che l'atto prefettizio si sia adeguato al parere ministeriale, in quanto la rilevanza della questione aveva correttamente indotto il Prefetto a richiedere il parere del Ministero, che si era espresso in senso contrario al primo avviso del Prefetto.

Del resto, anche il Prefetto è inserito nelle strutture statali che fanno capo al Ministero dell'interno e può garantire la più volte menzionata unità di indirizzo, se si raccorda sistematicamente con gli organi centrali.

5. Con ulteriore censura il Comune sostiene l'assenza di carattere provvedimentoale ed innovativo da parte dell'ordinanza sindacale.

Al riguardo, oltre a rilevare che l'utilizzo dello strumento dell'ordinanza si pone in contrasto con la tesi dell'appellante, va tenuto in considerazione, che, come illustrato meglio in seguito, il Sindaco non si è limitato a richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare la legge, ma ha fornito una (errata) interpretazione della stessa, che ha determinato con carattere innovativo l'estensione dei menzionati divieti all'utilizzo del "velo che copre il volto".

L'annullata ordinanza ha, quindi, carattere provvedimentoale.

6. Tale argomento conduce al punto centrale della controversia, che attiene proprio all'interpretazione delle norme che vietano di comparire mascherati in luogo pubblico.

Nello stesso atto di appello, il Comune non ha celato l'unica e principale finalità del provvedimento adottato dal Sindaco, sottolineando anzi che l'iniziativa aveva un forte rilievo politico e culturale in quanto il velo che copre il volto, oggetto dell'ordinanza, altro non è che il *burqa* indossato da molte donne musulmane, il cui utilizzo in luogo pubblico il Sindaco ha inteso vietare.

Si rileva, in primo luogo, che del tutto errato è il riferimento al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico, di cui all'art. 85 del R.D. n. 773/1931, in quanto è evidente che il *burqa* non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa.

Non pertinente è anche il richiamo all'art. 5 della legge n. 152/1975, che vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo.

La *ratio* della norma, diretta alla tutela dell'ordine pubblico, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento.

Tuttavia, un divieto assoluto vi è solo in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino.

Negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il

riconoscimento è vietato solo se avviene “senza giustificato motivo”.

Con riferimento al “velo che copre il volto”, o in particolare al *burqa*, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture.

In questa sede al giudice non spetta dare giudizi di merito sull’utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità, o meno, di tale utilizzo.

Ciò che rileva sotto il profilo giuridico è che non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento.

Il citato art. 5 consente nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall’obbligo per tali persone di sottoporsi all’identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine. Resta fermo che tale interpretazione non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché ovviamente trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze.

Tale ultima questione non costituisce comunque oggetto del presente giudizio, in cui ci si deve limitare e rilevare che il Prefetto ha fatto applicazione dei sopra menzionati principi e, conseguentemente, ha annullato la citata ordinanza sindacale.

7. Sulla base di tali considerazioni è agevole rilevare l’infondatezza delle ulteriori censure proposte dall’appellante, in quanto:

- è chiaro che il sindaco non si è limitato alla cura dell’osservanza delle leggi (art. 1 R.D. n. 773/1931), ma ha adottato una ordinanza dal contenuto interpretativo – innovativo, come sottolineato in precedenza;

- il rilievo del Prefetto circa la mancata comunicazione dell’ordinanza e l’omessa indicazione dell’autorità e il termine entro cui ricorrere ha assunto un rilievo marginale di rilevazione di una ulteriore irregolarità dell’atto del sindaco, che è stato poi annullato per ben altri motivi;

- l’interesse pubblico all’annullamento dell’atto è stato correttamente ricondotto dal Prefetto alla necessità di evitare disorientamento e confusione, nell’ambito del già descritto compito di assicurare l’unità di indirizzo nel campo della pubblica sicurezza;

- l’impugnato provvedimento del Prefetto contiene una sufficiente motivazione dell’atto sia con riguardo al contenuto provvedimentale dell’atto annullato, che con riferimento ai vizi di incompetenza e violazione di legge.

8. In conclusione, l’appello deve essere respinto.

(...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso indicato in epigrafe.

(...)

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

(...)

Il porto del velo al vaglio del Consiglio di Stato: da una differenziazione territoriale ad una differenziazione settoriale nell'adeguamento al diritto di libertà religiosa delle norme in tema di pubblica sicurezza?

GIUSEPPE D'ANGELO

1. Premessa

Costituisce elemento di ormai frequente rilevazione la circostanza per cui ampiezza e consistenza delle trasformazioni in corso per effetto della recente riconfigurazione in senso multireligioso e multiculturale della società italiana¹ e dei nessi rilevabili, anche oltre tale specifico contesto² – ovvero tanto nell'ambito di ordinamenti stranieri³ che in

¹ Se ne può avere immediata contezza riguardando, esemplificativamente, i contributi confluiti in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Atti del Convegno di Studi svoltosi nei giorni 9 e 10 marzo 2007, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli, Giappichelli, Torino, 2008.

² Cfr., con riferimento ai diversi profili immediatamente evocati nel testo, SILVIO FERRARI-IVAN IBAN, *Diritto e religione nell'Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997; FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO-C. MIRABELLI-FRANCESCO ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000.

³ Si spiega anche su tale circostanza il fatto che il diritto ecclesiastico viva oggi una fase di particolare attrazione verso il raffronto tra le diverse esperienze di regolamentazione giuridica del fenomeno religioso, come dimostrano studi che, affiancandosi a percorsi già autorevolmente battuti (è, il caso di FRANCESCO ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Giuffrè, Milano, 1970; ID., *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, Giuffrè, Milano, 1984; MARIO TEDESCHI, *Alle radici del separatismo americano, in Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 213 ss.; ID., *Stato e Chiesa negli U.S.A. in S. Gherro* (a cura di), *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, Cedam, Padova, 1989) – talvolta riprendendone l'interesse per sistemi giuridici in certo qual modo ritenuti esemplari, quali, appunto, quello statunitense (mi limito al riguardo a NICOLA FIORITA-VITTORIA BARSOTTI, *Separatismo e laicità*, Giappichelli, Torino, 2008; ADELAIDE MADERA, *Spunti evolutivi nella giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. sul Primo Emendamento*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3/2001, pp. 797 ss. e, sia consentito il richiamo, GIUSEPPE D'ANGELO, *Spazio pubblico e presenza simbolica della religione: l'approccio statunitense nella più recente giurisprudenza della Corte Suprema* in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3/2007, pp. 841 ss.; ID., *Regolamentazione giuridica del fenomeno religioso e crisi di sovranità: spunti problematici dalle più recenti decisioni della Corte Suprema statunitense in tema di clausola di separazione*, in *Diritto e religioni*, n. 1/2-2006, pp. 707 ss.) – sono più di recente rivolti a realtà sinora quasi del tutto trascurate (ne costituiscono esempio significativo, più di recente, degli studi di GIOVANNI CIMBALO, *Il consociativismo olandese alla prova della globalizzazione*, relazione tenuta nel corso del Convegno su «La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali» tenutosi a Cosenza il 7 aprile 2008 ed in corso di pubblicazione nei relativi atti; ID., *Problemi e modelli di libertà*

una prospettiva sovranazionale⁴ ed in maniera tanto pregnante da indurre taluni a discorrere di un «diritto ecclesiastico europeo»⁵ – tra diritto e religione, contribuiscono a ricentralizzare sul fattore religioso l'attenzione del mondo giuridico, confermandone il più generale rilievo quale «una delle forze profonde della storia umana»⁶.

La notazione, cui non può non ricollegarsi la riaffermata specificità della riflessione ecclesiasticistica⁷ e, di conseguenza, la sua peculiare collocazione nell'alveo delle discipline pubblicistiche⁸, è invero altamente problematica e, probabilmente, non

religiosa individuale e collettiva nell'Est Europa: contributo a un nuovo diritto ecclesiastico per l'Unione Europea, in SIO di Giovanni Barberini, in corso di pubblicazione; *Libertà religiosa e diritti umani nell'Est Europa*, Atti del Workshop multidisciplinare tenutosi a Bologna nei giorni 21-22 settembre 2007, in corso di pubblicazione; *L'esperienza dell'Islam dell'Est Europa come contributo a una regolamentazione condivisa della libertà religiosa in Italia*, relazione tenuta nel corso del Convegno su «*Identità religiosa e integrazione dei Musulmani in Italia e in Europa*», omaggio alla memoria di Francesco Castro, tenutosi a Roma il 22 maggio 2008, anch'esso in corso di pubblicazione).

⁴ Anche nell'ambito della dottrina ecclesiasticistica vanno cioè prendendo corpo analisi intese ad assumere l'ordinamento comunitario o, più genericamente, la prospettiva sovranazionale, quale elemento di riferimento di una più o meno strettamente intesa comparazione. Sulle più recenti tendenze al riguardo, con taglio problematico, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole Quaderno 1 I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, in particolare pp. 20 ss. che richiama, esemplificativamente, MARCO VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. e dir.*, 1999, pp. 580-585; GAETANO DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci editore, Bari, 2000; MARCO PARISI, *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, Esi, Napoli, 2005; GIANFRANCO MACRÌ, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Giappichelli, Torino, 2004, nonché, più di recente, GIOVANNI CIMBALO, *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto ecclesiastico – verso un "Diritto Ecclesiastico della Comunità Europea"*, in L.S. ROSSI-G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo studio delle discipline giuridiche nel cinquantesimo della firma del Trattato di Roma*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 213 ss. La prospettiva non manca, in effetti, di condizionare l'approccio generale alla materia: fermo restando infatti che rispetto all'atteggiamento manifestato nei confronti della regolamentazione giuridica del fenomeno religioso «vi sono però alcuni gruppi di Stati che si collegano ad antiche tradizioni comuni ancora vive oggi all'alba del XXI secolo» (FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Introduzione. L'eredità del recente passato*, in ANTONIO G. CHIZZONITI (a cura di), *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione Europea*, Atti del colloquio tenutosi nell'Università cattolica del Sacro Cuore i giorni 28-29 maggio 1999, Vita e pensiero, Milano, 2002, p. XIII), ben si giustifica la tendenza, sostenuta dalla dottrina più sensibile ed autorevole, a ricomprendere la legislazione italiana «alla luce dei processi di integrazione europea che stanno modificando e unificando, quantomeno nei principi essenziali, gli ordinamenti giuridici nazionali»: CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁵ GIANFRANCO MACRÌ-MARCO PARISI-VALERIO TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, 2006; MATTEO LUGLI-JILIA PASQUALI CERIOLI-INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁶ Così, MARIO TEDESCHI, *Presentazione*, in *Dir. e rel.* 1/2-2006, p. 10.

⁷ Basti al riguardo il richiamo ai saggi confluiti in GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2004.

⁸ «Per la natura delle sue norme e per questi presupposti storici non mi sembra si possa parlare di dipendenza del diritto ecclesiastico dal diritto costituzionale ma di una comune posizione nell'alveo del diritto pubblico»: MARIO TEDESCHI, *Il diritto ecclesiastico nell'alveo delle discipline pubblicistiche*, in *Dir. e rel.*, 1-2008 (5), p. 470.

del tutto confortante per i cultori della disciplina⁹.

Mentre, infatti, vi si ricollega, da un lato, la necessità di ripensare ragioni e conseguenze della specificità del diritto ecclesiastico e della sua metodologia di studio¹⁰, le istanze di protezione poste in maniera vieppiù significativa da quelle trasformazioni evidenziano, dall'altro, la poca propensione di interpreti ed operatori del diritto a fornire risposte realmente rispettose del patto di civile convivenza formalizzato nella Costituzione repubblicana, che come noto assegna alle istanze di libertà ed in specie di libertà religiosa, non solo dei cittadini, un rilievo affatto centrale¹¹.

In questo senso, l'emergere di problemi pratici della libertà religiosa¹² che sono "nuovi" soltanto se posti in relazione allo specifico contesto socio-culturale di riferimento dello studioso e dell'operatore italiano¹³, evidenzia difetti o, meglio, potenzialità inespresse del quadro di riferimento normativo e costituzionale¹⁴, che tali rimangono

⁹ Con riferimento ad un particolare aspetto si è così fatto osservare che, «se l'importanza dei diritti confessionali era già evidente nei primi anni del secolo scorso, com'è possibile considerarli una novità direttamente legata al multiculturalismo e alla necessità di una intensificazione del dialogo religioso? Direi piuttosto che in passato ciò lo si faceva meglio, in attuazione e in direzione dei principi di libertà religiosa, mentre ora appare un po' fine a sé stesso. La comparazione, metodo antico e, come già detto, molto diffuso tra le scienze religiose, non può servire solo a soddisfare una curiosità, a colmare un vuoto, deve essere utile per la nostra realtà, indicare una soluzione, costituire un modello. Nel momento in cui il diritto ecclesiastico ha come oggetto principale lo studio del fenomeno religioso, non può limitarsi né alle grandi religioni, né a quelle costituite in Chiesa ma deve tener presente, per quanto possibile, tutta la fenomenologia religiosa, nei suoi aspetti strutturali e normativi. Ciò va oltre la conoscenza dei contenuti ideologici, della stessa comparazione, incide sul modo in cui il fattore religioso interagisce con tutti i settori giuridici, in ogni singola realtà ordinamentale»: MARIO TEDESCHI, *Diritto ecclesiastico e diritti confessionali*, in *Dir. e rel.*, 1-2008 (5), pp. 297.

¹⁰ «La fenomenologia religiosa è a cavallo di più ordinamenti, ha una dimensione internazionale ancor prima dell'avvento del multiculturalismo e dei mezzi di cui si avvale. È una realtà in evoluzione per cui non è agevole procedere sulla base di interventi normativi che rischiano di nascere vecchi, quando ciò che si deve regolamentare è già cambiato. Questa la difficoltà di una disciplina come la nostra, rispetto alla quale la comparazione e la conoscenza di ordinamenti diversi – nella specie confessionali – costituisce solo una delle possibili vie di indagine, non l'unica. Senza i riferimenti agli aspetti storici, sociologici, politologici, filosofici, ecclesiologici, non si comprenderebbe nulla delle fattispecie di diritto ecclesiastico. Lo studio dei diritti confessionali, anche se tardivamente scoperti, colma solo uno dei possibili vuoti non l'unico. È questo è un problema non di contenuti ma di metodo»: MARIO TEDESCHI, *Diritto cit.*, ivi.

¹¹ Quale disciplina di studio, il diritto ecclesiastico «trova perciò il suo ambito di riferimento nell'insieme delle norme concernenti il trattamento giuridico assicurato ai diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nel rispetto della *laicità* dello Stato e nel quadro dei principi della Costituzione. È infatti la Costituzione – unitamente alle sue interpretazioni – a definire le condizioni di esistenza e le forme di sviluppo del sistema delle fonti di Diritto Ecclesiastico. Ed è qui che va pure rinvenuta la matrice dei relativi meccanismi di produzione, efficacia e di controllo»: MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto cit.*, ivi.

¹² Si pone com'è noto il problema della determinazione di oggetto e contenuto del diritto di libertà religiosa lo studio, ancora attuale, di G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa* ora nella ristampa, Cacucci editore, Bari, 2007.

¹³ Cfr. MARIO TEDESCHI, *I problemi attuali della libertà religiosa*, nel volume a cura dello stesso Autore, *La libertà religiosa*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2002, tomo I, pp. 9 ss.

¹⁴ Con riferimento al «modo in cui il diritto di libertà religiosa è andato attuandosi nel nostro ordinamento», non può invero sorprendere che autorevole dottrina abbia posto serie eccezioni, in

perché soffocate dall'inadeguata percezione del suo più profondo significato ovvero della sua tensione dinamico-evolutiva¹⁵.

Sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale, se ne può avere prova non tanto e non solo riguardando i concreti esiti delle decisioni di volta in volta considerate (e che, per la verità, nella buona parte dei casi sarebbero già ampiamente sufficienti a farsi un'idea dello stato di salute in cui versano principio supremo di laicità e tutela della libertà religiosa) quanto rivisitando l'iter argomentativo che le sostiene.

Se infatti, ponendo mente al risultato, ci si può talvolta dichiarare soddisfatti, una complessiva lettura delle motivazioni poste a base delle singole decisioni non risulta sempre del tutto tranquillizzante: riguardando cioè al modo con cui si è pervenuti a quel risultato, ci si può nondimeno immediatamente rendere conto che quest'ultimo è ben lungi dal potersi considerare approdo acquisito e definitivo.

2. *La fattispecie al vaglio dei giudici amministrativi e la decisione di primo grado*

Ad un tal genere di valutazioni può andare soggetta, a mio modo di vedere, la soluzione che la recente giurisprudenza amministrativa – in particolare, il Consiglio di Stato – ha fornito alla questione del porto del velo islamico¹⁶.

particolare rilevando, sul piano giuridico, proprio l'esiguità del «legame con la libertà di pensiero, con il *favor libertatis* o con i diritti collettivi». In questo senso si è affermato che «lo Stato non può limitarsi a garantire solo le manifestazioni esterne della libertà religiosa, né assimilarla alle libertà economiche e sociali, ma deve riguardare anche gli aspetti interiori, considerare la libertà come un valore e cioè come un principio», rilevandosi che «le disposizioni costituzionali appaiono pertanto incomplete, nonostante la centralità della libertà religiosa nel sistema del diritto ecclesiastico italiano, con la conseguenza di una sua costante violazione»: MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 109 ss. e, più ampiamente, Id., *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 135 ss.

¹⁵ Proprio in riferimento alla specifica tematica che ci occupa, pare infatti di poter fondatamente osservare che espressamente includendo, tra le facoltà che integrano il contenuto della libertà religiosa, il «*diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma individuale o associata*», l'art. 19 Cost. intenda fare riferimento ad un fenomeno più ampio o, se si preferisce, di estrinsecazione qualificata della mera espressione del pensiero, rimandando alla garanzia di un ben più pregnante atteggiamento di adesione al pensiero espresso: una dichiarazione di appartenenza/non appartenenza, cioè, che, caratterizzata dall'essenziale dato della dinamicità, ben può realizzarsi anche per il tramite di comportamenti concludenti che, quindi, si pongono quale manifestazione privilegiata della propria identità (in quanto idonei a manifestare il rilievo sociale-normativo della propria fede religiosa così come del proprio convincimento ateistico, agnostico o indifferente).

¹⁶ La problematica è diffusamente e lodevolmente affrontata da vari Autori. Senza alcuna pretesa di completezza, e salvi i richiami che si opereranno successivamente, ci si limita ora a ricordare: MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *Foulard islamico e Corte Europea dei Diritti Umani (Modelli laici e modelli religiosi di genere di fronte al diritto alla libertà di coscienza e religione)*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 9/2001, pp. 73 ss; PAOLO CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino, 2004; ANTONELLO DE OTO, *Precetti religiosi e mondo del lavoro*, Ediesse, Roma, 2007; GERMANA CAROBENE, *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sabih davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. e rel.*, n. 1/2-2005, pp. 621 ss; MARIA PAGANO, *Il divieto di indossare il foulard islamico: due sentenze a confronto*, in *Dir. e rel.*, n. 1/2007 (3), pp. 540 ss. e gli specifici contributi confluiti, rispettivamente, in EDUARDO DIENI-ALESSANDRO FERRARI-

Occorre naturalmente prendere spunto dalla relativa vicenda giudiziaria che si incentra sulla contestata legittimità del decreto prefettizio di annullamento dell'ordinanza del sindaco di un comune della regione Friuli Venezia Giulia con cui era stato disposto l'adeguamento alle norme di cui alla legge n. 152 del 1975, che, com'è noto, fanno divieto di comparire mascherati in luogo pubblico.

È accaduto, in particolare, che il Sindaco del comune ricorrente, interpretando estensivamente il divieto di cui all'art. 5, primo comma, della legge citata¹⁷ ha ritenuto di dover includere espressamente, tra i mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, anche "il velo che copre il volto", così intendendo coperto dal divieto il c.d. velo islamico.

Investito della questione in primo grado, il Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia, con la sentenza n. 645 del 16 ottobre 2006, ha respinto il ricorso del Sindaco, per il quale, in buona sostanza, l'ordinanza annullata dal Prefetto non avrebbe in realtà fatto altro che interpretare il precetto legislativo, chiarendone la portata applicativa, senza debordare dalle competenze riconosciutegli quale ufficiale del Governo.

Secondo il Tribunale amministrativo, diversamente, l'ordinanza sindacale «non può essere ricondotta a mera diffida al rispetto di una norma già esistente nell'ordinamento», risultando piuttosto evidente «che per questa fondamentale parte, la disposizione di legge richiamata viene ad essere indiscutibilmente novata: infatti all'ordine (di legge) di non usare mezzi atti a rendere difficile il riconoscimento della persona si sovrappone l'ordine (sindacale) di considerare tali – a prescindere da ogni altra interpretazione – anche i tradizionali veli tipici delle donne musulmane comprensivi di burqua e chador», con l'inevitabile conseguenza per cui quella ordinanza va in effetti riconosciuta come illegittima, così come affermato dal Prefetto territorialmente competente, che così vede riconosciute come meritevoli di considerazione le ragioni poste a base del proprio provvedimento.

Il Sindaco sarebbe cioè in tal modo andato ben al di là di quanto consentitogli dalla sua qualità di ufficiale del governo, innovando la disposizione di legge o quantomeno accedendo ad una sorta di interpretazione autentica del dato legislativo che, oltre a non potersi giustificare alla luce della forma che un atto di siffatta valenza avrebbe dovuto necessariamente rivestire, risulta incoerente con la rilevata «mancanza di un

VINCENZO PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon*, Il Mulino, Bologna, 2005; SILVIO FERRARI (a cura di) *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del vecchio continente*, Carocci editore, Roma, 2006; MARCO PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Esi, Napoli, 2006; EDUARDO DIENI-ALESSANDRO FERRARI-VINCENZO PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁷ Legge 22 maggio 1975, n. 152, «*disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*», art. 5, primo comma: «È vietato l'uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vietato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino». Giova segnalare che la norma risulta così configurata a seguito della sostituzione operata dall'art. 2 della legge 8 agosto 1977, n. 533. Nella sua originaria formulazione il comma in questione così stabiliva: «È vietato prendere parte a pubbliche manifestazioni, svolgentisi in luogo pubblico o aperto al pubblico, facendo uso di caschi protettivi o con il volto in tutto in parte coperto mediante l'impiego di qualunque mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona».

generale potere sindacale in materia di pubblica sicurezza».

La conclusione fatta propria dal Tar del Friuli Venezia Giulia risulta in questo modo chiaramente incentrata sulla sottolineatura del particolare rapporto di subordinazione gerarchica che lega, nella ipotesi considerata, il Sindaco/ufficiale del Governo allo Stato persona, in quanto soggetto titolare di una potestà esclusiva in materia di pubblica sicurezza, ancorandosi all'implicito presupposto costituito dal rilievo dell'esistenza di una specifica riserva di legge in materia di pubblica sicurezza ovvero sulla decisiva considerazione per cui, «un generale divieto di circolare in pubblico indossando tali tipi di coperture può derivare solo da una norma di legge che lo specifichi» espressamente, con conseguente esclusione di ogni autonoma valenza integratrice del precetto normativo per riguardo all'attività del Sindaco¹⁸.

3. *La posizione di Consiglio di Stato, sent. n. 3076/2008: gli snodi essenziali e le specificità del percorso argomentativo*

Se quindi, per come impostata dai giudici amministrativi – che evidentemente sono orientati in tal senso dal tenore del ricorso e delle deduzioni di parte – la soluzione della vicenda si gioca essenzialmente sul piano del riparto competenziale in tema di pubblica sicurezza – investendo in ultima analisi l'ampiezza dei poteri da riconoscere in capo al Sindaco nella sua qualità di ufficiale del Governo – va nondimeno evidenziato come a risultare decisiva è la previa perimetrazione del significato ascrivibile alla norma di legge ovvero, in particolare, al divieto posto dall'art. 5, primo comma, della legge 22 maggio 1975, n. 152. È invero nella logica delle cose che l'individuazione del suo esatto contenuto finisca col condizionare l'ampiezza dell'intervento del Sindaco, fungendo da discriminare per riguardo a ciò che è mera interpretazione da ciò che, diversamente, è creazione del precetto e, correlativamente, tra un'ordinanza meramente “applicativa” ed un'ordinanza, diversamente, di carattere provvedimentoale ed innovativo, in quanto tale pienamente suscettibile di annullamento¹⁹.

Lo dimostra chiaramente l'impianto argomentativo seguito dal Consiglio di Stato, frattanto investito della questione, che nel condividere le conclusioni del giudice di primo grado appare maggiormente disposto a soffermarsi sul significato da ascrivere

¹⁸ Per più ampie considerazioni sul punto, sia consentito rinviare a GIUSEPPE D'ANGELO, *Uniformità della reazione ed incidenza delle differenziazioni territoriali: l'interpretazione «locale» del divieto di comparire «mascherati» in luogo pubblico al cospetto del valore costituzionale del diritto di libertà religiosa*, in ANTONIO FUCILLO, *Multireligiosità* cit., in particolare, pp. 365 ss.

¹⁹ Ad onor del vero, come più diffusamente avevano rilevato i giudici del primo grado, è la forma stessa della determinazione sindacale a determinarne la soggezione al potere di annullamento prefettizio: in particolare, secondo il TAR, «essendosi il Sindaco espresso con lo strumento dell'ordinanza, il carattere innovativo o meno del contenuto della stessa diventa irrilevante, in quanto è la stessa forma di atto che è stata prescelta a denotarne il carattere provvedimentoale». In realtà, profili attinenti la sostanza dell'atto adottato tornano immediatamente, ed opportunamente, decisivi: «si deve poi rimarcare» – proseguono gli stessi giudici – «che l'ordinanza sindacale in questione pretendeva, in pratica, di effettuare una sorta di interpretazione autentica delle norme di legge e cioè un'operazione che, anche quando viene effettuata dal legislatore – che è l'unico soggetto a ciò competente –, nessun dubita avvenga con atto avente lo stesso valore di quello interpretato. Pretendere che invece il Sindaco possa farlo con atto addirittura privo di carattere provvedimentoale sembra attuare un ulteriore ed inammissibile svilimento della funzione di fatto usurpata».

alla citata norma per poi dedurre il difetto di competenza (*rectius*: l'illegittimo uso dei poteri conferiti dalla legge) in capo al Sindaco appellante.

4. *Il profilo competenziale*

Come espressamente chiariscono i giudici di Palazzo Spada, quindi, il «punto centrale della controversia (...) attiene proprio all'interpretazione delle norme che vietano di comparire mascherati in luogo pubblico». D'altra parte, sono proprio le osservazioni svolte sullo specifico punto che appaiono suscettibili di un più deciso approfondimento.

Proprio per questo e ferme restando le precisazioni testé svolte, riteniamo preferibile, per l'economia complessiva di questo breve commento, partire dal fondo (in senso logico-giuridico) delle argomentazioni del Consiglio, limitandoci a richiamare da subito le conclusioni cui quest'ultimo perviene in ordine alla spettanza del potere di annullamento dell'ordinanza sindacale, nel caso di specie, in capo al Prefetto.

Ne costituisce presupposto indispensabile la ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Lungo tale dimensione prospettica, il Consiglio di Stato è peraltro puntuale nel chiarire preliminarmente – in ciò sollecitato dal primo motivo di ricorso – che a venire in questione è proprio un rapporto di dipendenza, quantomeno funzionale, tra Sindaco e Prefetto, non trattandosi, diversamente, di incidere su profili dell'autonomia locale, strettamente intesa²⁰: lo stesso Sindaco, invero, in applicazione dell'art. 15 della legge n. 121/1981 (per il quale «*ove non siano istituiti commissariati di polizia, le attribuzioni di autorità locale di pubblica sicurezza sono esercitate dal sindaco quale ufficiale di Governo*») «non ha agito in quanto organo del Comune, ma ha emesso un atto generale in materia di pubblica sicurezza in funzione di Ufficiale di Governo e, quindi, in un rapporto di dipendenza rispetto al Prefetto».

Quest'ultimo è a sua volta da intendersi (art. 13 della legge 121/1981) quale «autorità provinciale di pubblica sicurezza, cui è attribuita la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia ed il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive emanate in materia (...) Il potere del Prefetto si spinge, dunque, fino a sospendere le competenze in materia del sindaco e, più in generale, è diretto ad assicurare unità di indirizzo e coordinamento di compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza della provincia, promuovendo le misure occorrenti. Spetta al Prefetto promuovere ogni misura idonea a garantire tale unità di indirizzo, svolgendo una fondamentale funzione di garante dell'unità dell'ordinamento in materia. L'adozione di ogni misura non può che includere anche il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale del governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo», come conferma «l'art. 2 del D.P.R. 773/1931, che gli attribuisce, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili

²⁰ Non si tratta, cioè, di richiamare quel rapporto di rappresentanza della comunità locale evocato (direttamente in capo all'ente comune) dagli artt. 3 e (indirettamente in capo al Sindaco) 50, comma 2, del D.Lg.vo 267/2000. Ciò non toglie che, guardando alla sostanza delle cose, l'iniziativa del sindaco in questione possa venire riguardata quale peculiare risposta alle esigenze di «protezione» della comunità locale.

per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Sin qui le osservazioni del Collegio sullo specifico punto.

Ne emerge un quadro fortemente penalizzante per riguardo agli spazi di intervento discrezionale riconosciuti in capo al sindaco, come si deduce, in particolare, soffermando l'attenzione sulla circostanza per cui il potere di annullamento non risulta di necessità ricollegato alla sussistenza di un profilo di illegittimità, ben potendosi giustificare sulla base di rilievi inerenti l'unità di indirizzo.

In questo senso, piuttosto che fondare il potere di annullamento prefettizio, il carattere provvedimentale ed innovativo dell'ordinanza sindacale pare più propriamente limitarsi a rafforzarlo: certo, «il Sindaco non si è limitato a richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare la legge²¹, ma ha fornito una (errata) interpretazione della stessa, che ha determinato con carattere innovativo l'estensione dei menzionati divieti del “velo che copre il volto”»²² ed è tale circostanza che, nell'argomentazione del Consiglio di Stato appare decisiva.

Tuttavia, per la ricostruzione dei rapporti tra Sindaco e Prefetto proposta, lo specifico potere di annullamento prefettizio potrebbe, in maniera ancor più pervasiva, risultare giustificato sulla base di valutazioni concernenti l'unità di indirizzo in materia di pubblica sicurezza, in ciò – pare di capire – prescindendo persino dalla fondatezza dell'interpretazione sindacale.

5. *L'interpretazione dell'art. 5 legge n. 152/1975*

Comunque sia, nella specifica ipotesi considerata, il riconoscimento del carattere provvedimentale dell'ordinanza oggetto dell'annullamento prefettizio risulta essere decisivo; esso consegue, come si è osservato, alla rilevazione dell'effettivo contenuto precettivo della norma di cui all'art. 5 della legge 152/1975 e della correlativa erroneità dell'interpretazione sindacale²³.

²¹ Così come previsto, in particolare, dall'art. 1 R.D. 733/1931, espressamente menzionato in motivazione.

²² Il Consiglio di Stato è peraltro perentorio nel disattendere la ricostruzione dell'appellante con riguardo agli ulteriori profili di illegittimità dell'atto di annullamento posti alla base dell'atto di appello e per i quali viene ampiamente confermata l'opinione dei giudici del primo grado: in particolare, «è infondata anche la censura con cui il Comune ha dedotto la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, in quanto il Prefetto ha richiamato i propri poteri di agire in via d'urgenza e in materia di pubblica sicurezza le esigenze di garantire l'unità di indirizzo presuppongono molto spesso ragioni d'urgenza, che non consentono, come nel caso di specie, l'ordinario svolgimento delle garanzie partecipative (...) inoltre, nessuna illegittimità deriva dal fatto che l'atto prefettizio si sia adeguato al parere ministeriale, in quanto la rilevanza della questione aveva correttamente indotto il Prefetto a richiedere il parere del Ministero, che si era espresso in senso contrario al primo avviso del Prefetto. Del resto, anche il Prefetto è inserito nelle strutture statali che fanno capo al Ministero dell'interno e può garantire la più volte menzionata unità di indirizzo, se si raccorda sistematicamente con gli organi centrali». Il passaggio rimane peraltro interessante ai fini della ricostruzione della vicenda: come ricordano gli stessi giudici del primo grado, «nel trasmettere al Ministero l'ordinanza sindacale il Prefetto si era pronunciato per l'infondatezza dei rilievi sollevati in relazione alla suddetta da parte di un consigliere comunale, ma ciò non toglie che già allora il Prefetto faceva salvo il “contrario avviso” del Ministero». Come a dire, c'è mancato veramente poco...

²³ Come i giudici amministrativi non mancano di rilevare, con l'ordinanza annullata il Sindaco

A tale riguardo, e da un punto di vista generale, il Consiglio rileva che:

a) «la ratio della norma, diretta alla tutela dell'ordine pubblico, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento»;

b) «un divieto assoluto vi è solo in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino»;

c) «negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è vietato solo se avviene "senza giustificato motivo"».

Emerge, in buona sostanza, una ricostruzione del contenuto del divieto come univocamente diretto ad impedire comportamenti che, *nell'intenzione dell'agente*, siano finalizzati a renderlo irricognoscibile e, di conseguenza, non identificabile: un'esigenza che ragioni di tutela dell'ordine pubblico rendono evidentemente più impellenti nel caso di manifestazioni pubbliche, ciò che sembrerebbe fondare l'assolutezza, per tali ultime ipotesi, del divieto²⁴; per converso, rimane chiaramente impregiudicato, nelle rimanenti ipotesi, l'obbligo per le persone che portino il velo «di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario» al fine del riconoscimento.

Siamo, cioè, per dirlo con attenta dottrina, nel campo dei limiti intrinseci alla «libera espressione della propria identità simbolica» ovvero di quei limiti di cui la libertà di abbigliamento soffre "ordinariamente", in quanto derivanti dalla necessità che la libertà in questione «non ostacoli la riconoscibilità delle persona in pubblico»²⁵.

aveva altresì «precisato che il divieto di comparire mascherati in luogo pubblico, di cui all'art. 85, comma 1, del R.D. 773/1931, doveva intendersi derogato "durante il periodo carnascialesco, i festeggiamenti di halloween e le altre occasioni esplicitamente stabilite"». Il riferimento si appalesa tuttavia, secondo gli stessi giudici, «del tutto errato (...) in quanto è evidente che il burqa non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa».

²⁴ Prevale, cioè, in questo caso, l'oggettiva attitudine del capo d'abbigliamento ad impedire il riconoscimento di chi lo porta, a prescindere dall'eventuale intenzione di quest'ultimo: il fare uso di mezzi idonei ad impedire il riconoscimento proprio in occasione di tali manifestazioni, può in effetti apparire "sospetta". Tuttavia, e proprio sulla scorta di tale ultima osservazione, segnalerei incidentalmente che già per tale rispetto la norma meriterebbe una riflessione più approfondita, venendo comunque in questione comportamenti che, proprio per essere frutto di tradizioni o comunque espressione di libertà (identità) religiosa e quindi di scelte esistenziali sono consueti, esprimono il modo ordinario della persona di relazionarsi con il mondo esterno e sono riprodotti costantemente a prescindere dallo specifico contesto di volta in volta considerato.

²⁵ E, si aggiunge, «che le relative scelte siano il frutto, appunto, di una libera determinazione e non, per esempio, di imposizioni comunitarie»: NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 166, che vi contrappone i limiti "estrinseci", in quanto derivanti «dal dovere dello Stato di neutralizzare lo spazio pubblico, preservandolo da manifestazioni identitarie pericolose per il regime politico costituzionale» e che, per tale ragione, non solo non possono che essere "eccezionali" ma, soprattutto, per quanto maggiormente ci interessa, vanno necessariamente ricondotti ad una decisione delle istanze istituzionali rappresentative della "Nazione" (il Parlamento, appunto). In realtà, anche sul piano dei limiti intrinseci la valutazioni da compiersi si confermano di una certa delicatezza, come si deduce dall'esplicito richiamo alla possibile presenza di un «*giustificato motivo*». Ciò che induce lo stesso Autore a ritenere che «nella specie non è dubitabile la liceità del motivo del particolare abbigliamento: come a dire il rispetto della libertà di coscienza e cultural-religiosa, che soccombe solo nel bilanciamento con le superiori esigenze di riconoscimento della persona da parte dell'autorità pubblica», ricordando che

Tanto premesso, si riconosce che nel caso del “velo che copre il volto” e, in particolare, del burqa «si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture»; rileva, cioè, ad escludere l'applicazione del divieto, proprio il fatto che «non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento».

La circostanza appare dirimente tant'è vero che, nell'argomentare del Consiglio vi si ricollega l'ulteriore osservazione per cui «al giudice non spetta dare giudizi di merito sull'utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità, o meno, di tale utilizzo».

Insomma, preso atto che l'intenzione del soggetto non è quella di rendersi irri-conoscibile, occorre ribadire che si è fuori dall'ambito di applicazione del divieto; in tale contesto argomentativo, l'inerenza della pratica in questione, ad «una tradizione di determinate popolazioni e culture» vale, a ben vedere, a rendere più agevole l'esclusione in capo al soggetto considerato dell'intenzione di sfuggire al riconoscimento, lasciando in qualche modo impregiudicata la questione relativa al significato più profondo ascrivibile all'esplicito riferimento di cui alla norma che ci occupa al «*giustificato motivo*»²⁶.

Comunque sia, secondo i giudici amministrativi «è chiaro che il sindaco non si è limitato alla cura dell'osservanza delle leggi (art. 1 R.D. n. 773/1931), ma ha adottato una ordinanza dal contenuto interpretativo-innovativo», soggetta al (peraltro corretto esercizio del) potere di annullamento prefettizio.

«è il giudice a doverne, volta per volta, riconoscere la sussistenza, avendo riguardo alla liceità – sotto il profilo etico e sociale – del motivo che determina direttamente il soggetto ad un certo atto o comportamento».

²⁶ Mi pare invero di poter osservare che tale passaggio argomentativo sottende una considerazione tutto sommato limitata dell'esplicito riferimento contenuto nella norma alla presenza del «*giustificato motivo*» come idoneo ad escludere il concretamento della fattispecie ivi prevista e punita. Tale elemento viene cioè a perdere ogni autonoma consistenza essendo chiamato ad operare semplicemente in negativo, ad escludere l'intenzione di sfuggire al riconoscimento. Nel caso all'esame del Consiglio di Stato e, probabilmente, nella maggioranza dei casi la circostanza può non avere dirette conseguenze sugli esiti del giudizio, ciò che spiega come, nelle proprie motivazioni, i giudici amministrativi non abbiano inteso approfondire il tema. Merita tuttavia segnalare come, diversamente, potrebbe pur darsi una lettura di tale riferimento tale da assecondare, in “positivo”, l'intenzione di sottrarsi ad un immediato riconoscimento e tanto in ossequio ad un precetto di natura religiosa o, più ampiamente, per ragioni identitarie. Che dire in tali ipotesi? Atteso che, sotto il profilo oggettivo, trattasi per avventura di comportamenti in tutto sovrapponibili, può davvero escludersi ogni bilanciamento ovvero che in tale diversa ipotesi non sia sufficiente pretendere che, ove richiesto, il soggetto sia tenuto a sottoporsi al riconoscimento, attivando, cioè, le medesime cautele espressamente menzionate dal Consiglio di Stato? Quest'ultimo, come detto, si limita ad osservare che «al giudice non spetta dare giudizi di merito sull'utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità, o meno, di tale utilizzo». L'affermazione non è certo peregrina e tuttavia occorre osservare che una cosa è escludere giudizi sul merito dei precetti che imporrebbero il porto del velo, altro sarebbe ricondurre – con conseguenze che meriterebbe approfondire sotto il profilo del bilanciamento degli interessi coinvolti – quei comportamenti ad una fondamentale istanza di libertà ed identitaria del soggetto.

6. *L'incidentale apertura ad una "differenziazione settoriale" nell'imposizione del divieto di fare uso di mezzi idonei ad evitare il riconoscimento in luogo pubblico: l'anello mancante*

Nel focalizzare la propria attenzione sul dato di diritto positivo costituito dall'art. 5 della legge n. 152/1975 e, in particolare, sulle specifiche ragioni di tutela ivi confluite, la decisione che ci occupa ha l'indubbio merito di riportare su di un piano di maggiore razionalità una questione che, seppur in maniera meno evidente di altre analoghe, rischia di costituire, sull'onda delle emozioni del momento²⁷ ed ampliando (talora strumentalmente) timori diffusi nel contesto sociale, occasione di scontro più che di confronto tra culture²⁸, impedendo una visione serena ed equilibrata degli interessi coinvolti²⁹.

D'altra parte, che la vicenda giunta al vaglio del Consiglio di Stato sia da considerare espressione di un malessere di più ampia portata è circostanza che appare sufficientemente chiara agli stessi giudici amministrativi, cui in effetti non sfugge che «nello stesso atto di appello, il Comune non ha celato l'unica e principale finalità del provvedimento adottato dal Sindaco, sottolineando anzi che l'iniziativa aveva un forte rilievo politico e culturale».

²⁷ Le distorsioni indotte da tale impropria collocazione sono ben rappresentate, con riferimento alla vicenda italiana del crocifisso, da GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole pubbliche: neutralità dello Stato e regola della precauzione*, in www.olir.it/areetematiche/75/documents/Casuscelli_Crocifisso.pdf (luglio 2005). L'Autore evidenzia un significativo parallelo con «l'annosa vicenda della punizione della bestemmia ex art. 724 c.p. – tema riservato all'analisi di pochi tecnici e alla disattenzione generale fino al caso della bestemmia profferita nel corso dapprima di uno spettacolo televisivo e di uno spettacolo teatrale poi – (...)» e di cui oggi è rimasto «nulla o poco, come per tutti gli eventi mediatici, destinati a svanire velocemente».

²⁸ «Va richiamata l'attenzione di chi legge sulla circostanza non secondaria che buona parte delle vicende processuali sono nate e si sono progressivamente infittite in ragione della rilevante presenza di immigrati non cristiani nel nostro Paese, con figli che frequentano le nostre scuole pubbliche. Verso le aule giudiziarie si è così incanalato quel pregiudizio, o bisogno, proveniente "dalla pancia" della società – in parte pilotato e amplificato dai *guru* della politica e dei media – di individuare dei "filtri" tra noi che siamo le c.d. società *ospitanti* con certe tradizioni, caratteristiche identitarie profonde e valori considerati necessariamente migliori e gli "estranei", ovvero i migranti, che continuano a farvi massicciamente ingresso, tenendo stretto a sé poco altro che non sia un bagaglio comportamentale e culturale, frutto di abitudini e convinzioni morali inveterate, anch'esse irrinunciabili»: MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto* cit., pp. 166 ss., nonché più ampiamente, in riferimento alle difficoltà con le quali, in Italia, viene affrontata la questione dell'integrazione dello straniero, pp. 117ss. e, della stessa Autrice, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana*, Paper della relazione svolta in forma sintetica al colloquio sul tema "La libertà religiosa nelle società multiculturali", tenutosi a Firenze il 7 maggio 2008, in www.statoechiese.it/images/stories/2008.6/folliero_libert.pdf, in particolare, pp. 12 ss.

²⁹ Sul punto, NICOLA FIORITA, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in www.statoechiese.it/images/stories/2008.6/forita_librt.pdf, pp. 9 ss. che, con riferimento alla iniziativa confluita nell'approvazione dell'art. 10 della legge n. 155 del 2005 (che aumenta la pena prevista dall'art. 5 della legge n. 152/1975) rileva come si tratti di «mera legge-manifesto, adottata non tanto per dettare la regolamentazione di un fatto sociale ma principalmente con lo scopo di inviare un messaggio rassicurante all'opinione pubblica; una di quelle norme destinate a rimanere sostanzialmente inapplicate dopo aver esasperato in ogni modo quel problema che non risolveranno. Una previsione che, a ben vedere, rischia solo di alimentare quello che pare essere un vero e proprio cortocircuito dell'intolleranza».

Pur con le dovute differenze, la notazione evoca peraltro quel particolare passaggio della sentenza del giudice del primo grado (la già ricordata TAR Friuli Venezia Giulia, n. 645/2006), in cui si osserva – a rafforzare l'esclusione di un autonomo potere di integrazione del divieto di legge in capo al Sindaco – che il fatto che è alla sola legge che va necessariamente ricondotto lo specifico divieto di circolare in pubblico indossando il burqa o il chador «è tra l'altro in linea con le implicazioni politiche di una simile decisione».

Nel commentare quella decisione, ho già avuto modo di sottolineare come il riferimento alle non meglio precisate “implicazioni politiche” della decisione sul velo possa risultare utile a meglio definire la portata della questione giunta al vaglio dei giudici amministrativi anche se, per la terminologia utilizzata e per la stessa collocazione che assume nell'ambito di quell'iter argomentativo, risulta connotato da un certo margine di ambiguità³⁰.

Esso pare invero voler confermare sul piano della mera inopportunità (politica, appunto) l'esclusione di ogni margine di manovra per riguardo alla integrazione di un precetto normativo che, in effetti, rischia di coinvolgere in senso negativo i rapporti istituzionali con il mondo islamico: non è invero affatto da escludere che i giudici del primo grado abbiano inteso impedire proprio il prodursi di ripercussioni negative a tale livello o piuttosto riservare allo Stato persona ogni decisione in merito, in tal modo però ponendosi, anche se in senso contrario, sulla stessa lunghezza d'onda dell'ordinanza sindacale.

Ben più convincente potrebbe diversamente risultare una lettura del riferimento alle implicazioni politiche che valga a ribadire l'inderogabilità, indifferenziata sull'intero territorio nazionale, delle istanze legate al riconoscimento costituzionale delle istanze di libertà dei singoli ed in particolare del diritto alla libertà di religione: in questo senso, la decisione del giudice del primo grado ben potrebbe rilevare quale monito, rivolto alle comunità locali, ed inteso ad impedire interpretazioni potenzialmente lesive delle tutele poste a presidio delle medesime libertà dalla stessa Carta Costituzionale, in ossequio ad una rinnovata istanza di unità dell'ordinamento giuridico³¹.

Giova considerare, al riguardo, che l'interpretazione alla base dell'ordinanza sindacale presuppone, sul piano sostanziale, un particolare esito di un bilanciamento di interessi di rilievo costituzionale, ovvero, nella specie tra le istanze di libertà dei singoli e le esigenze d'ordine pubblico che si vogliono soddisfatte attraverso la generale imposizione del divieto, per come configurato dalla norma che ci occupa³²: un

³⁰ Il riferimento è a GIUSEPPE D'ANGELO, *Uniformità* cit., p. 369 ss.

³¹ Sul punto, ANTONIO VITALE, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2004, per il quale il tradizionale valore dell'unità va ora inteso in senso non formale ma sostanziale e coerentemente «collegato ai *diritti di cittadinanza* (diritti sociali, connessi al modello dello *Stato sociale*: previdenza, sanità, istruzione) ed a quel loro presupposto indispensabile che è l'*uguaglianza* nel godimento dei diritti stessi».

³² Che fa esplicito riferimento ad esigenze di ordine pubblico, condensate nell'esigenza di immediata riconoscibilità delle persone. La precisazione è, in effetti, doverosa. Non si manca invero di segnalare, in dottrina, un ulteriore profilo di problematicità nella ricostruzione delle risposte possibili in materia, costituito dalla considerazione dei particolari capi di abbigliamento che coprono il volto della donna come integranti una vera e propria «discriminazione di genere», risultando, per di più, frutto di una indebita imposizione più che di una libera scelta: MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO,

bilanciamento i cui confini risultano però necessariamente tracciati, in primo luogo, dalla prescrizione legislativa, la cui rilevata centralità equivale quindi ad impedire indebite discriminazioni sul territorio della Repubblica, se non altro sotto il profilo, che potremmo definire “minimo” e quindi certamente imprescindibile della eguaglianza (formale) di trattamento, per riguardo alla tutela di un valore essenziale ovvero quello della personalità umana, da assumere in riferimento alle sue varie manifestazioni e quindi anche, ma non solo, a quelle di natura religiosa.

È esattamente questo, in ultima analisi, il motivo per cui una interpretazione per così dire “locale” del divieto posto dall’art. 5 della legge 152/1975 non può risultare consentita.

Su queste basi, un più ampio approfondimento della questione affrontata dovrebbe indurre – magari attraverso il riferimento al “giustificato motivo” di cui alla disposizione³³ – a ricentralizzare l’attenzione dell’interprete sulla sicura interferenza che l’indebita estensione del divieto posto dalla legge 152/1975 mostra sul pieno dispiegarsi delle tutele previste dalla Costituzione repubblicana a garanzia della libertà di coscienza e di religione.

Il Consiglio di Stato, per parte sua, non affronta, neppure incidentalmente, la questione, chiarendo anzi, come visto, che l’eventuale significato religioso del velo non riveste un’autonoma rilevanza ai fini della questione sottoposta al proprio esame.

Certo, trattandosi di decidere della fondatezza di un ricorso, a sua volta articolato in ben definitivi motivi, l’omissione oltre che giustificabile può risultare persino opportuna, se non addirittura doverosa: per come immediatamente percepito dai giudici del secondo grado, quel comportamento non esprime l’intento di sottrarsi al riconoscimento e tanto basta, giustamente, ad escludere che esso possa ritenersi coperto dal divieto previsto dalla disposizione di legge.

Non si capisce però perché il Consiglio abbia sentito il bisogno di precisare che la ricostruzione del contenuto precettivo dell’art. 5 della legge n. 152/1975 nel senso che si è delineato ed il conseguente rilievo per cui il porto del velo va considerato lecito «non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché ovviamente trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze».

Oltre a risultare sovrabbondante, l’osservazione può peraltro dare adito a qualche perplessità e, a conti fatti, risulta ampiamente confermativa del poco conto in cui sono tenute le istanze correlate all’art. 19 Cost..

Per intanto, essa lascia pericolosamente aperta la strada ad una integrazione per via amministrativa del precetto legislativo, in ragione di non meglio precisate “specifiche e settoriali” esigenze, semplicemente spostando il problema dal sindaco a chissà quale altro rappresentante degli ordinamenti speciali cui si allude.

In secondo luogo, così argomentando, il Consiglio finisce però col contraddirsi ed

Soggettività e comunità nello Stato laico, in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Atti del Convegno tenutosi a Napoli dal 14 al 16 novembre 2005, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2006, in particolare, pp. 495 ss.. È probabilmente pur vero, d’altra parte, che, anche sotto tale profilo, la questione non può porsi in maniera indifferenziata per riguardo alle varie tipologie di copertura del velo: SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, in SILVIO FERRARI (a cura di), *Musulmani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 223 ss.

³³ Che però abbiamo già visto praticamente del tutto dimenticato.

andare comunque incontro agli ostacoli che abbiamo segnalato in ordine al rispetto dell'unità in senso sostanziale dell'ordinamento.

Certo, è possibile che lo stesso Collegio abbia inteso in qualche modo recepire le diffuse preoccupazioni dell'opinione pubblica rispetto ai pericoli del terrorismo e, in particolare, del terrorismo di matrice religiosa (?!) fornendo anticipata copertura ad iniziative legislative ed amministrative che, allo stato attuale, non sono certo da escludere *a priori*. In mancanza di più sicuri riferimenti, non è quindi il caso di insistere nel "processo alle intenzioni" dei giudici amministrativi, stigmatizzando oltremodo le cautele manifestate con tale passaggio.

Il vero problema è piuttosto costituito dal fatto che, per quanto riconosciute come di necessità "ragionevoli e legittime", quelle esigenze – "specifiche e settoriali" ma comunque, pare di capire, inerenti ad un profilo di tutela della sicurezza pubblica³⁴ –, sembrerebbero rilevare di per sé, prescindendo del tutto da ogni necessario bilanciamento con esigenze parimenti meritevoli di tutela.

La decisione che ci occupa lascia quindi all'interprete un senso di sottile insoddisfazione, dando l'impressione che la questione del velo, pur nei termini affrontati nella decisione che ci occupa³⁵, sia tutt'altro che chiusa, in un senso peraltro non del tutto tranquillizzante per le istanze di libertà, di cittadini e non³⁶.

Ad una (tentata) differenziazione, su base territoriale, nella tutela dei diritti fondamentali dei consociati (ovvero nell'adeguamento delle esigenze di tutela della sicurezza pubblica al diritto alla libertà di religione), il Consiglio di Stato finisce

³⁴ Per la verità, il pensiero corre immediatamente a quel luogo elettivo dell'educazione delle giovani generazioni costituito (ancora?) dalla scuola pubblica. Che, proprio per tale motivo, si vorrebbe sottrarre in maniera più decisa – ma, mi pare, con non minori difficoltà – a manifestazioni di identità religiosa e culturale potenzialmente idonee a pregiudicare, con la libertà di coscienza dei discenti, l'ancoramento a più solide basi valoriali del patto di convivenza comune.

³⁵ E che, d'altra parte, si è visto giocare, di necessità, sul limitativo problema della identificabilità del soggetto ovvero richiamando un particolare profilo che, da un lato, «aggiunge una nuova faccia al prisma che va componendosi in Europa» ma che, dall'altro, non può risultare in grado di fornire «le indicazioni necessarie per cimentarsi con i tanti nodi che intorno al velo islamico continuano a intrecciarsi»: NICOLA FIORITA, *Libertà* cit., pp. 14 ss. che opportunamente osserva come «ancora più inutili si riveleranno quelle norme se si vorrà considerare il velo come simbolo culturale e politico, giacché impedirne l'uso non determina sempre e soltanto un'efficace tutela della libertà della donna e un rifiuto dell'Islam fondamentalista, a meno che non si voglia ignorare che nelle società europee il velo tende a divenire un simbolo di differenziazione, un contrassegno attraverso il quale la donna islamica manifesta una critica ai costumi e ai valori europei e una sua non appartenenza al modello femminile vincente nella parte occidentale del mondo».

³⁶ Cfr., al riguardo, le puntuali osservazioni di SARA DOMIANELLO, *La rappresentazione di valori nei simboli: un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in MARCO PARISI, *Simboli* cit., pp. 28 ss.. Secondo l'Autrice, invero, «l'espresso divieto dell'uso personale di simboli atti a manifestare "in modo ostensibile" qualsiasi appartenenza religiosa» comporta, in ultima analisi, «che l'accesso femminile al godimento del diritto alla libera formazione della coscienza personale, invece di essere finalmente assicurato, in ogni caso, com'è per qualsiasi individuo di sesso maschile, si ritrova condizionato al versamento nelle casse statali di un tributo illiberale, consistente nella personale rinuncia, talora addirittura sottoscritta espressamente dalle donne interessate, all'esercizio del diritto di manifestare liberamente – non soltanto "dalle" ingerenze dello Stato ma anche e soprattutto "dalle" pressioni di qualsiasi confessione – un'appartenenza religiosa che si dimostri oggettivamente rispettosa dei valori costituzionali affermati in seno all'ordinamento civile interessato».

invero col sostituire una (più pervasiva ma ancora potenziale) differenziazione, su base settoriale.

Mancando, tuttavia, pericolosamente, di segnarne i limiti³⁷ invalicabili³⁸.

³⁷ Ovvero, più precisamente, connotazione e consistenza dei termini di riferimento del necessario bilanciamento tra interessi che una corretta impostazione della questione del velo, a mio modo di vedere, inevitabilmente comporta.

³⁸ È peraltro il caso di ribadire che tale operazione non può che risultare condizionata dalle specificità del quadro normativo e costituzionale di riferimento degli ordinamenti di volta in volta considerati, risultando confermata l'estrema problematicità di operazioni intese ad importare soluzioni proprie e tipiche di ordinamenti stranieri. Una circostanza che, sulla specifica questione affrontata, ci parrebbe in realtà conseguire indirettamente al *favor* con cui viene la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riguardato il divieto di indossare il velo islamico nelle Università statali turche (caso *Leyla Sabin c. Turchia*): MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *Le radici europee della laicità dello Stato*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità* cit., in particolare pp. 53 ss., che tuttavia ritiene di poter individuare nell'analogo atteggiamento del legislatore francese – il cui approccio al tema è confluito nel noto divieto di uso “ostensibile” di qualsiasi simbolo di appartenenza religiosa – «il nuovo modello di laicità per tutti i paesi del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea». Secondo l'Autrice, in particolare, a fronte di possibili obiezioni relative «alle diverse condizioni ambientali e conflittuali dei diversi paesi europei per cui si potrebbe ritenere che alcune misure normative non siano immediatamente necessarie (...) occorre tener conto dell'aumento di casi di conflittualità sociale e religiosa nei diversi paesi europei per cui il tempestivo ricorso a normative innovatrici in tema di libertà di coscienza e religione (che presuppongano come postulato fondamentale il principio di laicità dello Stato) non può che garantire più celermente l'integrazione e la pace sociale enunciata costantemente come fondamento essenziale in Europa».