



diritto & religioni

Semestrale
Anno XIII - n. 2-2018
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

26



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XIII – n. 2-2018
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, 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. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni,
M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli
M. Ferrante, P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustín Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof. Ilaria Zuanazzi.

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate due sentenze del Consiglio di Stato, le nn. 4634 e 5896 del 2018. Inoltre, si pubblicano anche due sentenze del T.A.R. per la Lombardia che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 commi 1, 2 e 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 e una sentenza del T.A.R. per il Veneto.

La sentenza n. 4634 riguarda l'ora di religione ed è commentata con nota "*Un overruling del Consiglio di Stato in materia di ora di religione?*" dal prof. Marco Croce.

Con la sentenza n. 5896 del 2018, concernente il riconoscimento pensionistico ai perseguitati politici e razziali, il Consiglio di Stato osserva come sia scorretto da parte della P.A. ancorare l'origine ebraica di una persona alla nozione di "razza ebraica" contenuta nell'art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938. Invero, il pretendere, oggi, di far uso di concetti e di categorie giuridiche elaborate al tempo della vigenza delle leggi razziali, finirebbe inevitabilmente per implicare la perpetuazione, in senso sfavorevole all'interessato, dell'efficacia di definizioni giuridiche basate sul concetto di appartenenza alla razza e sorte all'unico scopo di discriminare tra di loro gli individui.

Il T.A.R. per la Lombardia con le sentenze n. 1939 e n. 2227 del 2018 (e con le conseguenti ordinanze di remissione n. 159 del 3/08/2018 e n. 172 dell'8/10/2018, aventi lo stesso contenuto delle due citate sentenze), nel solco della sentenza n. 63 del 23 febbraio 2016 della Corte Costituzionale, ha evidenziato che l'intera architettura della disciplina regionale lombarda in materia di edifici di culto consiste nell'individuazione di una corrispondenza biunivoca tra le "attrezzature religiose di interesse comune", di cui all'articolo 71, comma 1, costituenti opere di urbanizzazione secondaria, e le "attrezzature religiose" di cui all'articolo 72, di modo che tutte tali attrezzature sono trattate allo stesso modo, ossia quali opere di urbanizzazione secondaria soggette alla necessaria previa programmazione comunale. Da ciò ne consegue che l'articolo 72, commi 1, 2 e 5 della L.R. n. 12 del 2005 istituiscono un sistema nel quale le attrezzature religiose di qualsivoglia natura, inclusi i luoghi di culto, devono essere necessariamente realizzati nelle aree e negli immobili stabiliti dal Comune, al quale spetta, per questa via, ogni discrezionalità in ordine all'apertura di luoghi di culto, pubblici o privati, sul proprio territorio. L'impostazione seguita dal legislatore regionale non porrebbe dubbi di compatibilità con l'articolo 19 della Costituzione se il Piano delle attrezzature religiose intervenisse al solo scopo di censire le attrezzature esistenti aperte al pubblico, verificare il fabbisogno di ulteriori attrezzature, e provvedere conseguentemente. Tuttavia la disciplina regionale si spinge oltre tale obiettivo, stabilendo che – in assenza o comunque al di fuori delle previsioni del Piano delle attrezzature religiose – non sia consentita l'apertura di alcuna attrezzatura religiosa, a prescindere dal contesto e dal carico urbanistico generato dalla specifica opera. Per questa via, si determina un ostacolo di fatto al libero esercizio del culto ed un'indebita limitazione della libertà religiosa, poiché la possibilità di esercitare collettivamente e in forma pubblica i riti non contrari al buon costume – garantita dalla Costituzione – viene a essere subordinata alla pianificazione comunale e, quindi, al controllo pubblico. Infatti, rileva il Tribuna-

le amministrativo lombardo, la libertà di esercizio collettivo del culto, assicurata dall'articolo 19 della Costituzione, non può risentire in termini così stringenti della programmazione urbanistica, né è assicurata soltanto ai culti dotati di una determinata rappresentatività in ambito locale; al contrario, la Costituzione garantisce l'esercizio pubblico del culto, con il solo limite del rispetto del buon costume, anche ad una comunità composta da pochi fedeli. Inoltre, le limitazioni all'apertura di luoghi di culto stabilite dalla legge regionale lombarda violano anche i fondamentali canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione posti dall'articolo 3 della Costituzione, nonché costituirebbero una lesione dei diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 della Costituzione. Infine, la mancata previsione, da parte della norma regionale, di tempi certi di risposta alle istanze dei fedeli interessati sembra in contrasto anche con i principi di cui agli artt. 97, 114, 117 comma 2 lett. m), 117 comma 6 terzo periodo e 118 Cost..

Infine, la sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 1218/2018 riguarda il rifiuto di un militare non credente alla partecipazione a una cerimonia religiosa in orario di servizio ed è corredata da una nota redazionale.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634

Ora di religione – Revocabilità della scelta della frequenza durante l'anno scolastico – Legittima.

In materia di revocabilità della scelta se frequentare o meno l'ora di religione durante l'anno scolastico si pone un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, dal momento che l'insegnamento della religione cattolica deve essere impartito in conformità alla dottrina della Chiesa e non attiene dunque genericamente alla sfera culturale. Come tale, esso non può essere assimilabile agli altri insegnamenti, non è curricolare e non concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale. La scelta di frequentare l'ora di religione è sempre revocabile, anche in corso d'anno scolastico, essendo la libertà di coscienza indisponibile. Di conseguenza l'ora di religione non può essere considerata obbligatoria nemmeno per chi la sceglie e la normativa disciplinante i termini per la presentazione della richiesta di avvalersi o meno dell'insegnamento deve essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che alla stessa deve essere attribuita esclusiva valenza organizzativa rivolta alla scuola, giammai anche valenza limitativa di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Omissis (...)

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. per il Molise accoglieva il ricorso n. 326 del 2011, proposto dal signor (...), in qualità di genitore esercente la potestà sui figli minori (...), avverso il provvedimento n. 3373/C27 del 27 settembre 2011 del

dirigente scolastico dell'Istituto d'istruzione secondaria superiore (...) (frequentato dai due figli, iscritti nell'anno scolastico 2011/2012 rispettivamente alla II° classe di liceo e alla V° classe di ginnasio), con il quale il dirigente scolastico aveva annullato il proprio precedente provvedimento n. 3353/C27 del 26 settembre 2011 – con cui lo stesso in un primo momento, su richiesta del genitore, aveva accordato l'esonero dei due figli minorenni dall'insegnamento della religione cattolica –, disponendone la riammissione a tale insegnamento.

Il gravato provvedimento di annullamento in autotutela si basava sulle seguenti motivazioni:

(i) l'insegnamento di religione non è una catechesi, ma un insegnamento scolastico disciplinato dal concordato tra Stato e Chiesa, ed attiene alla sfera culturale, sicché non si pone un problema di libertà di coscienza e di religione, configurabile *«solo nel momento in cui l'insegnamento di una disciplina si trasformi in indottrinamento e/o catechesi»* (v. così, testualmente, il gravato provvedimento);

(ii) l'esonero era stato accordato, sebbene la relativa richiesta fosse intervenuta, in contrasto con la precedente scelta, all'inizio dell'anno scolastico 2011/2012, e dunque oltre il termine stabilito dall'art. 9, comma 2, l. 25 marzo 1985, n. 121, secondo cui l'esonero va richiesto all'atto dell'iscrizione.

2. In particolare, il T.A.R. adito basava la pronuncia di accoglimento sui seguenti rilievi:

- alla luce della disciplina vigente in materia, l'ora di religione non può considerarsi alla stregua di una materia curricolare obbligatoria, rispettivamente di una materia comune d'insegnamento, tant'è che, proprio per evitare discriminazioni, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici né concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale, con conseguente illegittimità della prima ragione posta a base dell'impugnato provvedimento;

- la normativa disciplinante i termini per la presentazione della richiesta di esonero deve essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che alla stessa deve essere attribuita esclusiva valenza organizzativa rivolta alla scuola, giammai anche valenza limitativa di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, sicché *«l'indisponibilità del diritto e la revocabilità del consenso inducono a ritenere che, anche nel corso dell'anno, si possa cambiare idea e non frequentare più l'ora di religione, senza alcun pregiudizio sul profitto scolastico»* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza), con conseguente illegittimità anche della seconda ragione posta a base dell'impugnato provvedimento.

3. Avverso tale sentenza interponevano appello il M.I.U.R. e l'Istituto di istruzione secondaria superiore (...), censurando l'erronea applicazione della disciplina posta dalla l. n. 121/1985 e dal D.P.R. n. 751/1985 in materia di facoltà d'esonero dall'insegnamento della religione cattolica, chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione del ricorso di primo grado.

Intervenivano in giudizio il Sindacato nazionale autonomo degli insegnanti di religione (SNADIR) e due docenti di religione cattolica, aderendo alle posizioni delle Amministrazioni appellanti e chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Sebbene ritualmente evocati in giudizio, omettevano invece di costituirsi gli originari ricorrenti.

4. All'udienza pubblica del 15 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. In linea di diritto, si osserva che ai fini della risoluzione della presente controversia vengono in rilievo le seguenti fonti normative:

- l'art. 9, comma 2, l. 25 marzo 1985, n. 121 (*Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*), che testualmente recita: «*La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado. Nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi di detto insegnamento. All'atto dell'iscrizione gli studenti o i loro genitori eserciteranno tale diritto, su richiesta dell'autorità scolastica, senza che la loro scelta possa dar luogo ad alcuna forma di discriminazione*»;

- l'art. 4, comma 1, lettera b), D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751 (*Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*), che statuisce: «*b) detto insegnamento deve essere impartito in conformità alla dottrina della Chiesa da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica e in possesso di qualificazione professionale adeguata*»;

- l'art. 2, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985, del seguente tenore letterale: «*b) la scelta operata su richiesta dell'autorità scolastica all'atto dell'iscrizione ha effetto per l'intero anno scolastico cui si riferisce e per i successivi anni di corso nei casi in cui è prevista l'iscrizione d'ufficio, fermo restando, anche nelle modalità di applicazione, il diritto di scegliere ogni anno se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica*».

5.2. Da quanto sopra risulta, in primo luogo, smentita la prima ragione, riportata sopra *sub* 1.(i), su cui si fonda l'impugnato provvedimento.

Infatti, a norma del citato art. 4, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985 l'insegnamento della religione cattolica essere «*impartito in conformità alla dottrina della Chiesa*», sicché si pone, all'evidenza, un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, non attenendo l'insegnamento in questione genericamente alla sfera culturale e non essendo esso assimilabile agli altri insegnamenti. Proprio per tale ragione – come correttamente rilevato nell'appellata sentenza – l'ora di religione non è configurata come materia curricolare obbligatoria, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici, né esso concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale, ed è prevista la relativa facoltà di esonero, su scelta degli alunni, rispettivamente degli esercenti la potestà genitoriale.

5.3. In secondo luogo – come altrettanto correttamente rilevato nell'appellata sentenza –, la disciplina della facoltà di esonero, contenuta nel sopra citato art. 2, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere ricostruita nel senso che il termine ancorato all'atto dell'iscrizione al singolo anno scolastico, funzionale alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche e degli insegnanti di religione, non può ritenersi preclusivo di una scelta diversa successiva, anche nel corso dell'anno scolastico.

Infatti, tale scelta costituisce una forma di esercizio della libertà di religione riconosciuta al singolo, rispettivamente della libertà di coscienza e delle responsabilità educative dei genitori, implicanti il diritto di avvalersi o di non avvalersi dell'inse-

gnamento della religione cattolica, quale esplicazione delle menzionate libertà fondamentali di rango costituzionale insuscettibili di essere sottoposti a condizione o a termini che ne impediscano l'esercizio pieno e senza discriminazione tra gli aderenti alla religione cattolica, gli aderenti ad altre confessioni e/o i non credenti (artt. 3, primo comma, e 19 Cost.).

Ne discende l'illegittimità anche della seconda ragione, riportata sopra *sub* 1.(ii), posta a fondamento dell'impugnato provvedimento.

5.4. Per le esposte considerazioni, di natura assorbente, s'impone la reiezione dell'appello, con conseguente conferma dell'appellata sentenza.

6. (...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 6866 del 2012), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

(...)

Un overruling del Consiglio di Stato in materia di ora di religione?

MARCO CROCE

1. Il caso e la decisione del T.A.R. Molise del 2012

La sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato n. 4634 del 2018 che si commenta è una decisione caratterizzata da una motivazione estremamente breve e piuttosto apodittica, per cui, per inquadrarne il possibile significato, nonché, come si vedrà, l'estrema problematicità in rapporto al precedente più prossimo della stessa sezione, può essere utile ripercorrere il percorso motivazionale, più articolato, del giudice di prime cure¹, che ha indirettamente trovato conferma visto che il ricorso che mirava alla riforma della statuizione del tribunale amministrativo regionale molisano è stato rigettato.

Il caso riguardava un contenzioso sulla possibilità di modificare la scelta di frequentare l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica nel corso dell'anno scolastico: il figlio e la figlia del ricorrente, studenti in un liceo classico, che avevano in prima battuta scelto di avvalersi dell'insegnamento, chiedevano che questa scelta potesse essere modificata *senza dover attendere il nuovo anno scolastico* e senza dunque essere più obbligati a frequentare l'ora di religione.

Il dirigente scolastico, che in prima battuta aveva consentito la modificazione, annullava con nuovo provvedimento la precedente statuizione, vanificando quindi la scelta degli studenti e delle loro famiglie. Nel motivare l'atto faceva riferimento alla *connotazione culturale dell'insegnamento*, che avrebbe escluso la sua qualificazione come catechesi e avrebbe escluso parimenti ogni possibilità di lesione della libertà di coscienza dei ricorrenti. Sottolineava inoltre come l'art. 9, comma 2, della l. n. 121 del 1985 parli inequivocabilmente di scelta all'inizio dell'anno scolastico, per cui non sarebbe poi stato possibile operare scelte diverse in corso d'anno.

¹ T.A.R. Molise, sez. I, n. 289/2012, disponibile in <http://www.diritto scolastico.it/wordpress/wp-content/uploads/Tar-Molise-Sentenza-n.-289-2012.pdf>, su cui cfr. l'ampia disamina critica effettuata da BEATRICE SERRA, *L'ora di religione tra diritti fondamentali ed esigenze organizzative. Annotazioni a trent'anni dall'Accordo di Villa Madama*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 20 del 2014, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografici e per la ricostruzione del fatto (a p. 5). In generale sulla problematica dell'ora di religione cattolica nella scuola pubblica cfr. gli ultimi studi che ne hanno specificamente trattato: NICOLA FIORITA, *Scuola pubblica e religioni*, Libellula edizioni, Tricase, 2012, p. 45 e ss., nonché 157 e ss.; RITA BENIGNI, *Educazione religiosa e modernità. Linee evolutive e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2017; MICHELE MADONNA, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica tra diritto della Chiesa e ordinamento dello Stato*, Libellula edizioni, Tricase, 2018, ai quali si rinvia per ulteriore bibliografia sull'argomento.

Il genitore degli alunni impugnava dunque l'atto del dirigente scolastico e il T.A.R. del Molise lo annullava considerandolo illegittimo secondo un duplice ordine di ragioni: *a)* in primo luogo appariva errata la premessa del dirigente scolastico, dal momento che dalla normativa di riferimento e dalle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione a sezione unite era ben possibile evincere che mentre l'insegnamento della religione cattolica ha "carattere di obbligo da parte dello Stato italiano nei confronti della Santa Sede; la frequenza dell'ora di religione ha carattere facoltativo per gli studenti, *coinvolgendo diritti assoluti di libertà costituzionalmente tutelati*"²; *b)* in secondo luogo era errata pure l'interpretazione della normativa concordataria, che avrebbe invece dovuto essere considerata come una disciplina di "carattere organizzativo", come tale vincolante l'amministrazione scolastica ma non le scelte degli individui³.

La motivazione faceva dunque perno, pur non esplicitandolo pienamente, sulla *diversità* dell'insegnamento della religione cattolica rispetto a tutte le altre materie, diversità chiaramente desumibile leggendo le sentenze del giudice costituzionale⁴, ma che nel contenzioso sull'attribuzione del credito scolastico ai frequentanti l'ora di religione aveva visto diversità di impostazione tra il T.A.R. Lazio⁵ e il Consiglio di Stato⁶, che aveva infine sottolineato l'*obbligatorietà soggettiva* della stessa (una volta effettuata la scelta) e la legittimità delle ordinanze ministeriali che disponevano la partecipazione degli insegnanti di religione agli scrutini degli esami di maturità al fine di attribuire il credito scolastico. In maniera piuttosto curiosa, e tecnicamente scorretta a parere di chi scrive, nella motivazione del tribunale amministrativo molisano non c'era traccia della menzione e della discussione di questi precedenti.

Anzi, si dichiarava in maniera piuttosto sbrigativa che "appare evidente che l'ora di religione non è una materia curriculare obbligatoria e, proprio per evitare discriminazioni, il voto dell'insegnante non si esprime in termini numerici e non concorre neanche alla determinazione della media di profitto finale".

² Il riferimento è alla sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale e alla decisione n. 11432 del 1997 della Cassazione a sezioni unite.

³ T.A.R. Molise, sez. I, n. 289/2012: «Deve ritenersi, pertanto, che la disposizione richiamata vada interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che essa ha carattere organizzativo e si rivolge alla scuola, non essendo viceversa tesa né idonea a comprimere diritti costituzionalmente tutelati».

⁴ Nella sentenza n. 203 del 1989 la Corte è molto chiara sul punto: per ciò che attiene alla natura dell'insegnamento il giudice costituzionale ci dice che siamo di fronte non a una materia come le altre ma all'insegnamento «di una religione positiva "in conformità alla dottrina della Chiesa"»: per quanto attiene alla comparabilità con altri insegnamenti essa veniva esclusa dal momento che «dinanzi all'insegnamento di religione si è chiamati a esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche». Per la dottrina riguardante queste decisioni e le precedenti del giudice amministrativo che hanno dato luogo a questo contenzioso cfr. almeno GIUSEPPE GUGLIELMO FLORIDIA, STEFANO SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1086 ss., e NICOLA COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1339 ss., nonché ID., *Ora di religione: lo stato di non-obbligo*, *Ibidem*, 1991, I, c. 365 ss.

⁵ T.A.R. Lazio, sez. III *quater*, n. 7076/2009.

⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2749/2010.

Al di là di questi aspetti non trascurabili dal punto di vista della tecnica motivazionale, e sorvolando su qualche svolazzo di troppo nel riferirsi all'istituto dell'esonero che era proprio della vecchia disciplina concordataria abrogata ma non di quella vigente, il cuore della motivazione risultava assai convincente: secondo il T.A.R. Molise la libertà religiosa e quella di pensiero⁷ “in quanto tali, *attengono ad un diritto assoluto ed indisponibile della persona, con la conseguenza che il consenso con il quale esse vengono esercitate non ha carattere obbligatorio e vincolante, essendo un connotato ontologico dei diritti assoluti della personalità quello della revocabilità del consenso e della indisponibilità del diritto*”⁸.

Da questa indisponibilità connotante il diritto conseguiva logicamente che le disposizioni sulla scelta potessero avere solo carattere organizzatorio al solo fine di determinare gli orari dei corsi e di individuare la disponibilità dei docenti, senza poter mai escludersi che “anche nel corso dell'anno, si possa cambiare idea e non frequentare più l'ora di religione, senza alcun pregiudizio sul profitto scolastico”.

La decisione sanciva dunque la non obbligatorietà *soggettiva* dell'ora di religione (sulla non obbligatorietà *oggettiva* non vi era mai stato più dubbio a partire dalle sentenze n. 203/1989 e 13/1991 della Corte costituzionale, che avevano riconosciuto la facoltatività sconfessando le circolari ministeriali che l'avevano configurata come opzionale).

Il disconoscimento dell'obbligatorietà a livello soggettivo dopo che si era operata una scelta all'inizio dell'anno scolastico si basava dunque sul non essere l'insegnamento una materia “normale”, in quanto subordinata a un'ortodossia confessionale e dunque non inquadrabile nell'ambito meramente culturale. Conseguenza di questa corretta visione alla luce delle sentenze del giudice costituzionale⁹ è l'*extracurri-*

⁷ Anche in questo caso la motivazione appare piuttosto grezza distinguendo la libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost. dalla libertà di pensiero ex art. 21: in realtà l'art. 21 tutela la libertà di *manifestazione* del pensiero, mentre la libertà di pensiero (coscienza e religione, verrebbe da aggiungere parafrasando l'art. 9 della CEDU e l'art. 10 della Carta di Nizza) può trovare la propria sede di tutela o implicitamente (come la Corte costituzionale ha ritenuto nella sentenza 461 del 1991 riguardo alla libertà di coscienza) o proprio nell'art. 19.

⁸ Per BEATRICE SERRA, *L'ora di religione tra diritti fondamentali ed esigenze organizzative*, cit., p. 15, si tratta «di argomentazioni indubbiamente fondate, e già riscontrabili, per molti aspetti, in dottrina. Trattasi, ancora, di argomentazioni che enfatizzano la natura pienamente facoltativa dell'insegnamento cattolico, frequentato solo se liberamente voluto, senza l'obbligo di prestazioni alternative, e fino a quando lo si desidera». L'autrice fa poi notare che tale interpretazione contrasta apertamente con quanto specificato sul punto nelle intese e nelle circolari amministrative.

⁹ Giudica invece questa sentenza non conforme alle sentenze della Corte costituzionale PAOLO CAVANA, *L'insegnamento religioso nella scuola pubblica italiana: una tradizione da rinnovare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 25 del 2016, p. 26, in nota 67, secondo il quale si tratterebbe di «un'evidente forzatura del dato normativo e della sua interpretazione sul piano costituzionale, che paradossalmente estende lo “stato di non obbligo” anche agli studenti avvalentisi dell'insegnamento di religione. Oltre a risultare palesemente in contrasto con la lettera dell'art. 9 dell'Accordo ... che prevede l'esercizio del diritto di scelta se avvalersi o meno di tale insegnamento all'atto dell'iscrizione scolastica, un simile orientamento trascura di considerare le esigenze connesse al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.) e, soprattutto, il fondamento e le finalità di tipo culturale, non catechetico, dell'IRC, pure previsti dalla legislazione concordataria, che lo rende – come più volte affermato dalla Corte costituzionale – pienamente coerente con il principio di laicità dello Stato”».

In realtà, la Corte costituzionale nella sentenza n. 203 non dichiarò nessuna piena coerenza, ma rigettò la

colarità piena dell'ora di religione e la sua non valutabilità ai fini della promozione, della bocciatura o dell'attribuzione del credito scolastico¹⁰.

Peccato però che la VI sezione del Consiglio di Stato, come vedremo, nella sentenza n. 2749 del 2010 avesse detto, pur se in maniera non condivisibile per chi scrive, l'esatto opposto e che quindi sarebbe stato opportuno, se non doveroso, contestarne esplicitamente gli esiti nel momento in cui si decideva di discostarsi dal precedente del giudice superiore¹¹.

questione non considerando vulnerato il principio di laicità “nei sensi di cui in motivazione” ancorando il rigetto alla configurazione dell’insegnamento come *facoltativo*; e la facoltatività era condizione necessaria della non illegittimità della disciplina *proprio perché* che ci si trovava di fronte *non a una disciplina scolastica come le altre*, ma «dinanzi ad un insegnamento di una religione positiva impartito “in conformità alla dottrina della Chiesa”», insegnamento avente «il potere suscitare, dinanzi a proposte di sostanziale adesione ad una dottrina, problemi di coscienza personale e di educazione familiare, per evitare i quali lo Stato laico chiede agli interessati un atto di libera scelta». Essendo questa la *ratio* della sentenza il fatto che poi questa scelta sia riconosciuta come non sottoponibile a termini da parte del giudice amministrativo appare pienamente coerente con la stessa o quanto meno non si può escludere che lo sia. Vero è che la Corte disse che la tutela della libertà di coscienza fosse garantita dalla scelta all’inizio dell’anno scolastico, ma questo fu detto non per escludere che la scelta fosse revocabile, ma semplicemente perché il caso che aveva dato oggetto alla questione di incostituzionalità non riguardava una scelta revocata. Certamente sarebbe opportuno richiamare in causa la Corte costituzionale, come lo sarebbe stato nel caso del credito scolastico attribuito ai frequentanti l’ora di religione, ma il giudice *a quo* ha l’obbligo di esperire l’interpretazione conforme a Costituzione prima di sollevare la questione e in questo caso quest’interpretazione appare pienamente sostenibile, stante la *ratio* della s. n. 203 del 1989 e della s. n. 13 del 1991. Non si vede infine come possa essere vulnerato il principio del buon andamento: il cambio di scelta in corso d’anno in questo caso comporterebbe semmai il venir meno di una prestazione durante l’anno (qualora tutti gli studenti che frequentano l’ora di religione cessassero di frequentarla), per cui si tratterebbe di una prestazione in meno. Nessun aggravio per l’amministrazione e nessuna conseguenza per gli avvalentisi conseguirebbe a una tale interpretazione dell’art. 9 della legge n. 121 del 1985.

¹⁰ Cfr. in senso conforme e per ulteriori indicazioni bibliografiche NICOLA COLAIANNI, *Attività alternativa: il fantasma che si aggira nella scuola pubblica italiana*, in ANTONINO MANTINEO, DOMENICO BILOTTI, STEFANO MONTESANO (a cura di), *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 39 e ss. Nello stesso volume, di sicuro interesse per la problematica che si sta trattando, v. i saggi di ROBERTO MAZZOLA, *Attualità ed inattualità di un progetto educativo: l’insegnamento della religione cattolica nel sistema scolastico pubblico italiano*, p. 13 e ss.; DANIELE FERRARI, *Status giuridico e credenze individuali: il caso dell’ora di religione a scuola*, p. 105 e ss.; DOMENICO BILOTTI, *Brevi note in tema di IRC: perplessità applicative e sottese questioni di inquadramento giuridico*, p. 121 e ss.

¹¹ Sulla tecnica del precedente e sul valore dello stesso nel nostro ordinamento cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 525 e ss.; FRANCESCO GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 e ss.; BRUNO INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, *ibidem*, 1988, p. 527 e ss.; GIOVANNI SARTOR, *Precedente giudiziale*, *ibidem*, 1995, p. 1300 e ss.; MARINO BIN, *Precedente giudiziario*, «*ratio decidendi*» e «*obiter dictum*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1004 e ss.; *Id.*, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padova, 1995; GINO GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990; VINCENZO MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Giuffrè, Milano, 2002; MICHELE TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, nonché gli autori richiamati in un recentissimo scritto di ROBERTO BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in www.federalismi.it, n. 17/2018.

2. La decisione del Consiglio di Stato

Ci si poteva dunque aspettare che questa decisione del T.A.R. Molise, qualora fosse stata impugnata come poi è avvenuto, potesse essere riformata dal Consiglio di Stato o che, comunque, lo stesso, costretto a confrontarsi con una diversa prospettiva, finesse per rimeditare la propria posizione. A maggior ragione ci si poteva aspettare un esito del genere visto che la sezione cui è stata attribuita la decisione sul ricorso era la medesima, ossia la VI.

È accaduto invece che la sentenza in commento abbia respinto il ricorso con una motivazione piuttosto stringata e abbia quindi sostanzialmente replicato il modo apodittico e sbrigativo di trattare l'argomento proprio della decisione impugnata, così come, a dire il vero, di quasi tutti i precedenti dei giudici amministrativi su questa materia¹².

I giudici di Palazzo Spada hanno giudicato privo di fondamento il ricorso del M.i.u.r e dell'Istituto di istruzione secondaria superiore, che chiedeva di censurare la sentenza del tribunale amministrativo regionale molisano, riproponendo l'interpretazione che il dirigente scolastico, all'atto di provvedere, aveva dato della disciplina riguardante l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica: ossia *a*) l'essere l'ora di religione non un'ora di catechesi ma un'ora attinente alla sfera culturale; *b*) l'essere la scelta all'inizio dell'anno scolastico vincolante perché produttore un obbligo soggettivo di frequenza¹³.

Il Consiglio di Stato ha giudicato invece corretta la decisione del T.A.R. Molise: dopo aver elencato le disposizioni regolanti la materia¹⁴ ha affermato seccamente che, siccome a norma dell'art. 4, comma 1, lettera b) del d.p.r. n. 751 del 1985 l'insegnamento della religione cattolica deve essere impartito "in conformità alla dottrina della Chiesa", «si pone, all'evidenza, un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, *non attenendo l'insegnamento in questione genericamente alla sfera culturale e non essendo esso assimilabile agli altri insegnamenti*»¹⁵.

Proprio per questo, secondo il giudice amministrativo, «l'ora di religione non è configurata come materia curriculare obbligatoria, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici, né esso concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale».

E dopo aver esordito in maniera così *tranchant* non ha potuto che concludere, riguardo al secondo punto di ricorso, che la normativa regolante la scelta se avvalersi o meno dell'insegnamento «alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere ricostruita *nel senso che il termine ancorato all'atto*

¹² Sia consentito a questo proposito rinviare a quanto ricostruito in MARCO CROCE, *Giudice amministrativo e laicità dello Stato: il problematico séguito delle decisioni costituzionali sull'ora di religione*, in PAOLO BONETTI, ANTONIO CASSATELLA, FULVIO CORTESE, ANDREA DEFFENU, ANDREA GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012 (e-book), p. 386 e ss.

¹³ Cfr. il Punto 1 del *Fatto* della decisione dove anche il Consiglio di Stato parla impropriamente di esonero invece che di scelta se avvalersi o meno dell'insegnamento.

¹⁴ Cfr. il Punto 5.1 del *Diritto* dove si riportano gli artt. 9 della l. n. 121 del 1985, 2 e 4, comma 1, lett. b) del d.p.r. n. 751 del 1985.

¹⁵ Punto 5.2. del *Diritto*, corsivo aggiunto.

dell'iscrizione al singolo anno scolastico, funzionale alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche e degli insegnanti di religione, non può ritenersi preclusivo di una scelta diversa successiva, anche nel corso dell'anno scolastico»¹⁶.

La decisione si chiude richiamando il diretto collegamento di questa scelta con l'esercizio dell'indisponibile diritto di libertà di coscienza e di religione¹⁷.

Come si vede, siamo in presenza quasi di un "copia-incolla" della sentenza di primo grado senza nessun ulteriore arricchimento interpretativo e, quindi, la decisione è criticabile negli stessi termini, pur condividendo la *ratio decidendi* della stessa¹⁸, dal momento che non ha minimamente affrontato e discusso il precedente della stessa sezione che sembra dire una cosa opposta.

3. L'incompatibilità della decisione col precedente del 2010

Pare a chi scrive che questa decisione possa avere degli elementi di contrasto con la precedente della stessa sezione, che aveva risolto in via definitiva l'annosa questione della valutabilità della frequenza dell'ora di religione (e delle ore alternative alla stessa), nel senso della legittimità delle ordinanze ministeriali che di anno in anno consentivano la partecipazione agli scrutini degli insegnanti di religione in posizione di parità con gli altri insegnanti¹⁹.

Anche in questo caso è possibile meglio apprezzare il significato della sentenza n. 2749 del 2010 della VI sez. del Consiglio di Stato ripercorrendo sommariamente le tappe della vicenda giurisprudenziale che hanno portato alla decisione²⁰: i giudici di Palazzo Spada intervenivano su una vicenda che aveva visto *diversi*

¹⁶ Punto 5.3 del *Diritto*, corsivo aggiunto.

¹⁷ Conclude così il Consiglio di Stato: «tale scelta costituisce una forma di esercizio della libertà di religione riconosciuta al singolo, rispettivamente della libertà di coscienza e delle responsabilità educative dei genitori, implicanti il diritto di avvalersi o di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, quale esplicitazione delle menzionate libertà fondamentali di rango costituzionale insuscettibili di essere sottoposti a condizione o a termini che ne impediscano l'esercizio pieno e senza discriminazione tra gli aderenti alla religione cattolica, gli aderenti ad altre confessioni e/o i non credenti» (Punto 5.3 del *Diritto*).

¹⁸ Si era per l'appunto argomentato nel medesimo senso in MARCO CROCE, *Giudice amministrativo e laicità dello Stato*, cit., p. 389: «da un obbligo soggettivo di frequenza liberamente assunto non si può far scaturire la curricularità di tale "materia", dal momento che l'insegnamento della stessa nella scuola pubblica è considerato non incostituzionale dal Giudice delle leggi solo se esso viene inteso come facoltativo. Si pensi anche al caso in cui un alunno mutasse orientamento religioso nel corso dell'anno: è evidente che il suo diritto di libertà religiosa postula la possibilità di recedere dalla scelta fatta a inizio anno, cosa che non è compatibile con l'asserita obbligatorietà (che viene letta come curricularità) della materia una volta che la stessa sia stata liberamente scelta e fa capire con chiarezza come non si sia in presenza di una vera e propria "materia"».

¹⁹ Cfr. EMANUELE CONEGLIANO, *Ora di religione: la violazione continua*, in www.forumcostituzionale.it, e CLOTILDE PONTECORVO, *Laicità e istruzione*, in GIOVANNI BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Einaudi, Torino, 2006, p. 134 ss.

²⁰ Sulla vicenda cfr. le diverse valutazioni dottrinali: MATTEO GATTAPONI, *Osservazioni a margine dell'IRC: la valutabilità dell'insegnamento di "attività alternativa" al vaglio dei giudici amministrativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2008; SALVATORE PRISCO, *Il Tar Lazio e i docenti della religione cattolica. Osservazioni a prima lettura*,

orientamenti da parte di diverse sezioni del T.A.R. del Lazio; alla sentenza n. 7101 del 2000 della III sezione *bis*, che aveva riconosciuto la legittimità delle ordinanze che consentivano la valutabilità dell'ora di religione in rapporto al calcolo del credito scolastico, sulla base del fatto che l'insegnamento fosse assimilabile a qualsiasi altro²¹, era succeduta la n. 7076 del 2009 della III sezione *quater*, che invece aveva annullato gli atti di identico contenuto del MIUR²² sulla base del fatto che l'insegnamento della religione cattolica non potesse essere assimilabile ad altra disciplina scolastica proprio perché coinvolgente aspetti di esercizio della libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa²³.

Nel riformare quest'ultima decisione e nel garantire dunque la possibilità che l'insegnamento venisse valutato la VI sezione sposava quindi l'impostazione della III sezione *bis*, assimilando l'insegnamento, dunque, a qualsiasi altro, e sottolineando in almeno due passaggi l'esistenza di un *obbligo soggettivo* una volta effettuata la scelta a inizio anno, obbligo che avrebbe quindi consentito la valutabilità: «l'insegnamento della religione è facoltativo solo nel senso che di esso ci si può non avvalere, ma una volta esercitato il diritto di avvalersi diviene un insegnamento obbligatorio. Nasce cioè l'obbligo scolastico di seguirlo, ed è allora ragionevole che il titolare di quell'insegnamento (a quel punto divenuto obbligatorio) possa partecipare alla valutazione sull'adempimento dell'obbligo scolastico. Le stesse considerazioni valgono per gli insegnamenti alternativi che, una volta scelti, diventano insegnamenti

ibidem, settembre 2009; NICOLA COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale: il caso dell'ora di religione*, *ibidem*, ottobre 2009; BEATRICE SERRA, *Insegnamento della religione cattolica, attività alternative e credito scolastico: note a margine di lungo contenzioso amministrativo*, *ibidem*, n. 16 del 2012; STEFANO ROSSI, *L'ora di religione e il Tar del Lazio*, in www.forumcostituzionale.it; ALESSANDRO ODDI, *L'ora infinita. L'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica*, in www.rivistaaic.it (n. 00 del 2/7/2010). Per ulteriori precisazioni in merito alle diverse tappe giurisprudenziali della vicenda sia consentito rinviare a MARCO CROCE, *Della violazione della Costituzione tramite ordinanze ministeriali (con la collaborazione del Consiglio di Stato): il caso dell'ora di religione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 841 ss.; *Id.*, *La sentenza del TAR Lazio sull'ora di religione: lo studente discriminato*, *ibidem*, 2009, p. 910 ss.; *Id.*, *Aggiramenti o fraintendimenti? L'ora di religione fra Corte costituzionale e Consiglio di Stato (nota a Cons. St. n. 2749/2010)*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ Molto significativo in questo senso un passaggio della sentenza in cui il T.A.R. assimila l'ora di religione alla pratica sportiva o artistica: «Nessuno ha titolo per lamentarsi, né può sentirsi pregiudicato per il solo fatto che un altro alunno abbia praticato uno sport e ricevuto il relativo credito, altro abbia svolto attività artistiche, altro abbia addirittura lavorato percependo una retribuzione, laddove si è impediti ad esercitare attività sportiva ovvero non si abbiano attitudini artistiche o spirito di intraprendenza nel campo del lavoro». Peccato, verrebbe da rispondere per smontare l'equiparazione, che tutte queste altre discipline non trovino la fonte in un concordato con una confessione religiosa, né siano insegnate da docenti scelti dalla stessa in conformità a una ortodossia confessionale.

²² Art. 8, comma 13, ord. min. n. 26/2007 e n. 30/2008: «I docenti che svolgono l'insegnamento della religione cattolica partecipano a pieno titolo alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione del credito scolastico agli alunni che si avvalgono di tale insegnamento. Analoga posizione compete, in sede di attribuzione del credito scolastico, ai docenti delle attività didattiche e formative alternative all'insegnamento della religione cattolica, limitatamente agli alunni che abbiano seguito le attività medesime».

²³ T.A.R. Lazio, III sez. *quater*, n. 7076/2009: «La religione non è una materia "scolastica" come le altre» e, dunque, è illegittima la sua «riconduzione all'ambito delle attività rilevanti ai fini dei crediti formativi» (p. 21).

obbligatoria»²⁴; «l'insegnamento non è obbligatorio per chi non se ne avvale, ma *per chi se ne avvale è certamente insegnamento obbligatorio*: la libertà religiosa dei non avvalentisi non può, quindi, arrivare a neutralizzare la scelta di chi, nell'esercizio della stessa libertà religiosa, ha scelto di seguire quell'insegnamento e che, dunque, ha il diritto-dovere di frequentarlo e di essere valutato per l'interesse e il profitto dimostrato».

Pare dunque abbastanza chiaro come questa decisione della VI sezione risulti ben poco compatibile con la nuova decisione della stessa sezione che si commenta: essa è infatti basata sul presupposto che l'insegnamento della religione cattolica sia materia come tutte le altre, che dalla scelta consegua un obbligo soggettivo di frequenza (la materia diviene soggettivamente obbligatoria e, poi, per salto logico, curriculare e quindi valutabile) e che la libertà di scelta sia l'elemento di salvaguardia della libertà di coscienza. Al contrario della decisione in commento che ribadisce la posizione del T.A.R. Molise secondo la quale non siamo in presenza di una materia come le altre proprio perché si ha a che fare con problemi di coscienza e che la stessa, anche dopo la scelta, non può mai assurgere al rango dell'obbligatorietà, nemmeno soggettiva (dal che conseguirebbe l'extracurricolarità e la non valutabilità – proprio come sancito dal T.A.R. Lazio, sezione III *quater*).

4. Un *overruling* inconsapevole?

Commentando criticamente la decisione del T.A.R. Molise che è stata confermata dalla VI sezione del Consiglio di Stato, in dottrina si era rimarcato come la sua *ratio decidendi* presupponesse, a livello sistemico, che «a) l'ora di religione possa essere voluta, esclusivamente, per ragioni di fede, richiedendo una predisposizione interiore differente da quella richiesta per le altre discipline; b) l'insegnamento cattolico, impartito in conformità alla dottrina della Chiesa da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, non sia qualificabile come una vera disciplina scolastica»; mentre si faceva notare, correttamente, come l'interpretazione giurisprudenziale prevalente andasse nel senso di considerare la scelta a inizio anno scolastico come atto produttivo di un obbligo soggettivo (da cui far poi discendere l'ordinarietà e l'obbligatorietà della materia e, quindi, la sua curricularità e valutabilità)²⁵.

Rimane a questo punto il dubbio su quale portata attribuire a questo pronunciamento che sembra contraddire il precedente e che, se preso sul serio, dovrebbe portare a ridefinire completamente la normativa in materia, con possibile rimessa in discussione pure dello *status* dei docenti di religione²⁶: se infatti l'ora di religione non è una materia come le altre, se nei confronti della stessa è possibile in qualsiasi momento un'obiezione di coscienza che consente di sottrarsi all'obbligo di frequen-

²⁴ Consiglio di Stato, VI sez., n. 2749/2010, p. 8.

²⁵ *Ibidem*, p. 19: l'autrice ricorda che l'indirizzo interpretativo della scelta come atto produttivo dell'obbligo scolastico di frequentare l'insegnamento fosse «frequentemente sostenuto in giurisprudenza», trovando anche «riscontro nel fatto che tale materia è impartita da docenti di ruolo». In nota 39 si menziona, tra le altre, proprio la sentenza n. 2749/2010 della VI sezione del Consiglio di Stato.

²⁶ Non sembra essere un caso, a questo proposito, che si sia costituito *ad adiuvandum* del ricorso in giudizio il Sindacato nazionale autonomo degli insegnanti di religione (SNADIR), evidentemente preoccupato dei possibili riflessi della decisione sullo *status* dei suoi associati.

za senza subire conseguenze sul profitto, è evidente che siamo totalmente al di fuori di ogni possibile curricularità della stessa e che non ci può essere valutazione ai fini della promozione/bocciatura o del credito scolastico complessivo. Quindi diventa ben poco giustificabile l'attribuzione dell'insegnamento di una materia talmente eventuale da poter "scompare" anchej durante l'anno (ipotizzando un caso di scuola: qualora tutti gli studenti optino durante l'anno di smettere di frequentarla) a docenti di ruolo.

Siamo dunque in presenza di un *overruling* o la decisione è stata presa senza ben ponderare le sue conseguenze sistemiche? O, semplicemente, la "guerra interpretativa" tra le diverse sezioni del T.A.R. del Lazio si è spostata ora all'interno di una stessa sezione del Consiglio di Stato?

A essere rigorosi, per potersi parlare di *overruling* si dovrebbe essere in presenza di una decisione che, esplicitamente, muta l'indirizzo giurisprudenziale portando argomenti per il cambio stesso di posizione, cosa che in questo caso, come si è visto, non si è verificata. Siamo comunque certamente in presenza di indirizzi contrastanti o comunque difficilmente armonizzabili fra pronunciamenti di una stessa sezione di un giudice in posizione di vertice all'interno del suo ambito giurisdizionale, cosa che dovrebbe comportare, in una futura controversia in materia, la rimessione della causa all'Adunanza Plenaria²⁷ o il deferimento alla stessa da parte del Presidente del Consiglio di Stato, al fine di garantire uniformità di indirizzo²⁸.

In conclusione, nel merito la decisione appare a chi scrive fondata, in linea con quanto ricavabile dalle decisioni della Corte costituzionale e va dunque accolta favorevolmente. Certo avrebbe avuto bisogno di una più corposa motivazione e, soprattutto, di una esplicita discussione degli orientamenti fino a oggi prevalenti e con essa, a parere di chi scrive, contrastanti.

²⁷ A questo proposito è assai interessante notare che in questo momento fanno parte dell'Adunanza Plenaria sia l'estensore della sentenza n. 2749/2010 della VI sezione, che quello della decisione in commento. E ne fa parte pure l'estensore della sentenza della III sezione *quater* del T.A.R. Lazio, n. 7076/2009 (v. www.giustizia-amministrativa.it/adunanza-plenaria).

²⁸ La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria, ricalcata su quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, è sancita esplicitamente dall'art. 99 del Codice del Processo amministrativo: «1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione. 2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Milano, 3 agosto 2018 n. 1939

Edilizia e urbanistica – Concessione edilizia in genere – Corrispondenza tra attrezzature religiose di interesse comune e attrezzature religiose di qualsivoglia natura – Questione di legittimità costituzionale dell’art 72 commi 1 e 2 della L.R. della Lombardia n. 12/2005.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 72 commi 1 e 2 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 per violazione degli artt. 2, 3 e 19 Cost.

Omissis (...)

9. La trattazione del ricorso richiede, peraltro, una breve premessa ricostruttiva della cornice normativa entro la quale si inquadra la presente controversia.

9.1 La legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (“Legge per il governo del territorio”) reca, nella Parte II (“Gestione del territorio”), un Titolo IV dedicato alle “Attività edilizie specifiche”. Nell’ambito di questo Titolo, il Capo III – composto dagli articoli 70-73 della legge – detta “Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi”.

Le previsioni contenute nel suddetto Capo stabiliscono, anzitutto, che le “attrezzature di interesse comune per servizi religiosi”, come definite all’articolo 71, comma 1, della legge regionale, “costituiscono opere di urbanizzazione secondaria ad ogni effetto” (così il comma 2 dello stesso articolo 71, tuttora vigente).

Quanto alla localizzazione sul territorio di tali attrezzature, l’articolo 71, comma 1, stabiliva, nel suo tenore originario, prima delle modifiche apportate dalla L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, che il Piano dei Servizi – che è uno degli atti di cui si compone il Piano di Governo del Territorio – dovesse specificamente individuare, dimensionare e disciplinare “le aree che accolgono attrezzature religiose, o che sono destinate alle attrezzature stesse”, e ciò “sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all’articolo 70”.

Tali ultimi soggetti erano individuabili, in particolare, negli “enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica” (articolo 70, comma 1) e negli “enti delle altre confessioni religiose come tali qualificate in base a criteri desumibili dall’ordinamento ed aventi una presenza diffusa, organizzata e stabile nell’ambito del comune (...), ed i cui statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e previa stipulazione di convenzione tra il comune e le confessioni interessate” (articolo 70, comma 2).

Era, inoltre, stabilito che, indipendentemente dalla dotazione di attrezzature religiose esistenti, “nelle aree in cui siano previsti nuovi insediamenti residenziali, il piano dei servizi, e relative varianti, assicura nuove aree per attrezzature religiose, tenendo conto delle esigenze rappresentate dagli enti delle confessioni religiose di

cui all'articolo 70" (articolo 72, comma 2).

Apposite previsioni erano pure dettate per la realizzazione di attrezzature religiose di interesse sovracomunale (articolo 71, comma 3).

Quanto alla ripartizione delle attrezzature tra gli enti interessati, questa doveva essere operata "in base alla consistenza ed incidenza sociale delle rispettive confessioni" (articolo 71, comma 4).

Era, inoltre, stabilito che, fino all'approvazione del Piano dei Servizi, la realizzazione di nuove attrezzature per i servizi religiosi fosse "ammessa unicamente su aree classificate a standard nei vigenti strumenti urbanistici generali e specificamente destinate ad attrezzature per interesse comune" (così il comma 4-bis dell'articolo 71, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lett. hhh), della L.R. 14 marzo 2008, n. 4).

Infine, l'articolo 73 dettava (e detta tuttora) disposizioni relative alle modalità di finanziamento della realizzazione di attrezzature religiose da parte di ciascun comune.

9.2 La suddetta disciplina ha subito incisive modifiche a seguito dell'entrata in vigore della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2; modifiche che – si anticipa sin d'ora – sono state in parte colpite da una dichiarazione di incostituzionalità, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2016.

9.2.1 La nuova legge ha, anzitutto, innovato in modo significativo la disciplina dettata dall'articolo 70, in tema di individuazione degli enti delle confessioni religiose deputati a realizzare attrezzature religiose sul territorio comunale. Tali soggetti sono stati, infatti, individuati, oltre che negli enti della Chiesa cattolica, anche negli "enti delle altre confessioni religiose con le quali lo Stato ha già approvato con legge la relativa intesa ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione" (nuovo articolo 70, comma 2) e negli enti delle ulteriori confessioni religiose, non firmatarie di intesa, in presenza di determinati requisiti specifici (articolo 70, comma 2-bis).

Per gli enti diversi da quelli della Chiesa cattolica è stato, peraltro, previsto che l'applicazione delle previsioni in materia di attrezzature di interesse religioso sia subordinata alla stipulazione di "una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato" (articolo 70, comma 2-ter).

È stata, ancora, prevista l'istituzione di una Consulta regionale, nominata con provvedimento della Giunta regionale, deputata al "rilascio di parere preventivo e obbligatorio sulla sussistenza dei requisiti" per l'accreditamento presso i Comuni degli enti di confessioni religiose che non abbiano stipulato intese con lo Stato, al fine della realizzazione di attrezzature religiose (articolo 70, comma 2-quater).

9.2.2 È stata, inoltre, radicalmente modificata la disciplina relativa alla localizzazione delle attrezzature religiose, contenuta all'articolo 72.

Sotto questo profilo, si è stabilito, anzitutto, che "Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70" (articolo 72, comma 1). Il Piano delle attrezzature religiose è "sottoposto alla medesima procedura di approvazione dei piani componenti il PGT" (articolo 72, comma 3) e deve prevedere una serie di contenuti specifici (articolo 72, comma 7), consistenti in prescrizioni di dotazioni di servizi (lett. a), b) e d), del comma 7), caratteristiche costruttive delle attrezzature religiose (lett. e), f) e g) del comma 7) e apposite distanze tra le strutture da destinare alle diverse confessioni religiose, sulla base delle distanze minime stabilite dalla Giunta regionale (lett. c) del comma 7).

È, poi, stabilito che “L’installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all’articolo 70” (articolo 72, comma 2). E, in questa prospettiva, la legge regionale dispone pure che “I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante “Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi”.”, ossia la stessa legge n. 2 del 2015; “Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT” (articolo 72, comma 5).

9.3 Le previsioni in materia di attrezzature religiose introdotte dalla L.R. n. 2 del 2015 sono state in parte dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 2016, in esito al giudizio in via d’azione promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la predetta legge.

Più in dettaglio, la Corte ha dichiarato fondate, per violazione degli artt. 3, 8, 19 e 117, secondo comma, lettera c), della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto:

- l’articolo 70, comma 2-bis, ove erano stabiliti i requisiti che gli enti delle confessioni religiose che non hanno stipulato un’intesa con lo Stato avrebbero dovuto possedere al fine di accedere alla possibilità di realizzare attrezzature religiose;

- l’articolo 70, comma 2-quater, che sottoponeva al vaglio di un’apposita Consulta regionale lo scrutinio in ordine al possesso di tali requisiti.

La Corte ha, inoltre, riscontrato la fondatezza delle questioni con le quali si prospettava la violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera h), della Costituzione ad opera delle previsioni contenute:

- all’articolo 72, comma 4, primo periodo, della legge regionale, ove si prevedeva che, nel corso del procedimento per la predisposizione del Piano delle attrezzature religiose, venissero acquisiti “i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell’ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l’autonomia degli organi statali”;

- all’articolo 72, comma 7, lett. e), ove si prescriveva che il Piano dovesse prevedere, per le attrezzature religiose, “la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all’edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell’ordine”.

9.4 L’intervento della Corte non ha, invece, toccato – in quanto non sottoposta allo scrutinio di legittimità costituzionale – l’architettura del sistema prefigurato dalla L.R. n. 2 del 2015 al fine dell’insediamento sul territorio delle attrezzature religiose e, in particolare, la necessaria subordinazione della realizzazione di tali attrezzature all’approvazione di un apposito Piano.

La Corte ha, infatti, espressamente evidenziato che non formava oggetto del giudizio “l’art. 72, comma 1, della stessa L.R. n. 12 del 2005, il quale ricollega alla valutazione delle “esigenze locali”, previo esame delle diverse istanze confessionali, la programmazione urbanistica delle attrezzature religiose”.

Per quanto qui rileva, la Corte ha, inoltre, dichiarato manifestamente inammissibile, per inconferenza del parametro evocato – ossia l’articolo 117, secondo comma, lett. l), della Costituzione – la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 72, comma 5, della L.R. n. 12 del 2005, ove si stabilisce che i Comuni che intendano

prevedere nuove attrezzature religiose debbano approvare il relativo Piano entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge e che, in mancanza, si provveda unitamente al nuovo Piano di Governo del Territorio.

(...)

18.2 Il Collegio ritiene, invece, di dover condividere i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 72 della L.R. n. 12 del 2005, nei sensi e nei limiti che si esporranno di seguito, e di dover quindi rimettere la soluzione delle relative questioni alla Corte costituzionale.

(...)

19. Il Collegio dubita, in particolare, della compatibilità dell'articolo 72, commi 1 e 2, della legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lett. c), della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, con gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione.

20. (...)

21.2 In ogni caso, è pure da escludere che la L.R. n. 5 del 2018 abbia modificato l'articolo 72 della L.R. n. 12 del 2005, il quale è da ritenere a tutt'oggi vigente nel tenore risultante dalle modificazioni apportate dalla L.R. n. 2 del 2015.

(...)

21.3 Deve, perciò, confermarsi la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale che si passa a esporre.

22. Come detto, il Collegio dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 72, commi 1 e 2, della L.R. n. 12 del 2015, come modificata dalla L.R. n. 2 del 2015.

22.1 In particolare, il comma 1 dell'articolo 72 stabilisce che "Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70".

Il successivo comma 2 aggiunge, poi, che "L'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all'articolo 70".

22.2 Dalla lettura di tali previsioni, discende che:

- la realizzazione di ogni e qualsivoglia attrezzatura religiosa deve trovare necessariamente previsione in un apposito Piano comunale, costituente un atto separato facente parte del Piano dei Servizi (articolo 72, comma 1), che a sua volta è l'atto, componente il Piano di Governo del Territorio, deputato ad "assicurare una dotazione globale di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico e generale, le eventuali aree per l'edilizia residenziale pubblica e da dotazione a verde, i corridoi ecologici e il sistema del verde di connessione tra territorio rurale e quello edificato, nonché tra le opere viabilistiche e le aree urbanizzate ed una loro razionale distribuzione sul territorio comunale, a supporto delle funzioni insediate e previste", in base a quanto previsto dall'articolo 9 della stessa L.R. n. 12 del 2005;

- in assenza del suddetto Piano, nessuna "attrezzatura religiosa" è realizzabile (articolo 72, comma 1) e, anche dopo l'approvazione del Piano, nessuna attrezzatura è realizzabile al di fuori delle aree a ciò specificamente destinate (comma 1), indipendentemente dalla circostanza che si tratti: di edifici di culto o di altre attrezzature religiose, secondo l'ampia definizione di cui all'articolo 71, comma 1, della legge regionale; di attrezzature necessarie per assicurare la dotazione di standard di

urbanizzazione secondaria di insediamenti esistenti o da realizzare, ovvero di luoghi di culto che privati cittadini chiedano liberamente di poter realizzare, al fine di professare collettivamente la propria religione; di strutture di grandi dimensioni, destinate a determinare un largo afflusso di fedeli, ovvero di semplici sale di culto, dedicate a una frequentazione limitata a poche decine di persone; di edifici realizzati a iniziativa pubblica o con contributi pubblici, ovvero a iniziativa del tutto privata.

22.3 Secondo l'avviso del Collegio, le suddette previsioni sono di dubbia legittimità costituzionale, come meglio si dirà nel prosieguo, in quanto preordinano una completa e assoluta programmazione pubblica della realizzazione di "attrezzature religiose", in funzione delle "esigenze locali" – rimesse all'apprezzamento discrezionale del Comune – a prescindere dalle caratteristiche in concreto di tali opere, e persino della loro destinazione alla fruizione da parte di un pubblico più o meno esteso, introducendo così un controllo pubblico totale, esorbitante rispetto alle esigenze proprie della disciplina urbanistica, in ordine all'apertura di qualsivoglia spazio destinato all'esercizio del culto (o anche di semplici attività culturali a connotazione religiosa).

22.4 Va, invece, evidenziato che non è specificamente rilevante nel presente giudizio l'eventuale illegittimità costituzionale del comma 5 dello stesso articolo 72, ove si stabilisce che "I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante "Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi". Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT".

La suddetta disposizione potrebbe apparire di dubbia legittimità costituzionale, laddove indica come meramente facoltativa l'adozione del Piano delle attrezzature religiose entro il termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore della L.R. n. 2 del 2015, stabilendo che, superato tale termine, all'approvazione del Piano si provveda soltanto in occasione della nuova pianificazione comunale.

(...)

23. Così perimetrato l'ambito delle questioni rilevanti, in relazione alla portata delle disposizioni regionali che si sottopongono allo scrutinio della Corte costituzionale, deve passarsi a illustrare compiutamente le ragioni per le quali si ritengono tali questioni non manifestamente infondate.

23.1 A giudizio del Collegio, l'equivoco di fondo da cui muove l'impostazione seguita dal legislatore regionale è che le "attrezzature religiose", delle quali gli edifici di culto sono una species, debbano essere trattate solo ed esclusivamente quali opere di urbanizzazione secondaria (articolo 71, comma 2), da inserirsi nel contesto urbano mediante un apposito Piano comunale che ne stabilisce sia la localizzazione che il dimensionamento (articolo 72, commi 1 e 2). E ciò prescindendo dalle caratteristiche del singolo intervento, dalla circostanza che tali attrezzature siano o non siano strettamente necessarie ad assicurare la dotazione di standard urbanistici funzionale a un dato insediamento residenziale, e persino dalla destinazione di tali opere a una più o meno estesa fruizione pubblica.

23.2 Che sia così, e che nessun'altra interpretazione della legge regionale sia consentita, in base alla lettera e alla ratio delle previsioni di legge, si evince chiaramente dalla circostanza che l'articolo 71, comma 1, riferendosi alle "attrezzature religiose di interesse comune", include tra tali attrezzature tutti gli edifici aventi una determinata destinazione urbanistica – edifici di culto, abitazioni di ministri di culto, attività

di formazione religiosa, sedi di associazioni culturali connotate da finalità religiose – a prescindere dalle caratteristiche in concreto di tali opere e dalla loro specifica preordinazione al fine di assicurare la richiesta dotazione di opere di urbanizzazione secondaria in favore di un dato insediamento.

E tale necessaria lettura della legge regionale è ulteriormente comprovata dalla circostanza che tale previsione si salda con quella dell'articolo 72, comma 2, laddove, nell'introdurre il nuovo Piano delle attrezzature religiose, si stabilisce che “nessuna nuova attrezzatura religiosa” possa essere installata in assenza del Piano.

Infine, l'interpretazione ora evidenziata, oltre a essere l'unica compatibile con la lettera e con la ratio della legge regionale, è anche quella accolta nella prassi amministrativa, fondata sulla circolare regionale 20 febbraio 2017, n. 3 (“Indirizzi per l'applicazione della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2 “Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi””, pubblicata sul BURL, Supplemento ordinario, 22 febbraio 2017, n. 8).

23.3 Tale impostazione, tuttavia, finisce per determinare l'accentramento in capo all'Amministrazione locale della scelta in ordine a tempi, luoghi e distribuzione tra le varie confessioni religiose dei luoghi di culto che si prevede di aprire sul territorio, senza consentire, al di fuori di tale rigida predeterminazione, avocata alla mano pubblica, neppure la realizzazione, a iniziativa privata e in aree comunque idonee dal punto di vista urbanistico, di modeste sale di preghiera.

In altri termini, il presupposto su cui si fonda l'intera architettura della disciplina regionale lombarda in materia di edifici di culto consiste nell'individuazione di una corrispondenza biunivoca tra le “attrezzature religiose di interesse comune”, di cui all'articolo 71, comma 1, costituenti opere di urbanizzazione secondaria, e le “attrezzature religiose” di cui all'articolo 72, di modo che tutte tali attrezzature sono trattate allo stesso modo, ossia quali opere di urbanizzazione secondaria soggette alla necessaria previa programmazione comunale. E ciò a prescindere dalla circostanza che il loro inserimento nel territorio debba essere effettivamente preordinato dall'Amministrazione, al fine di assicurare la proporzionata dotazione di standard di urbanizzazione secondaria a servizio di insediamenti residenziali, ovvero che si tratti di libere iniziative di enti religiosi, comunità di fedeli o gruppi di cittadini, al solo scopo di assicurare ai fedeli che intendano praticare un dato culto di disporre di un luogo idoneo a praticarlo collettivamente.

24. Il Collegio è dell'avviso che tale impostazione collida anzitutto con l'articolo 19 della Costituzione.

24.1 Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, “Con l'art. 19 il legislatore costituente riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, col solo e ben comprensibile, limite che il culto non si estrinsechi in riti contrari al buon costume. La formula di tale articolo non potrebbe, in tutti i suoi termini, essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l'apertura di templi ed oratori e la nomina dei relativi ministri.” (sentenza n. 59 del 1958).

Proprio con riferimento alla legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005, come modificata dalla L.R. n. 2 del 2015, la Corte ha poi ribadito il proprio costante insegnamento, evidenziando che “Il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale della libertà di religione” e che “L'apertura di luoghi di culto, in quanto forma e

condizione essenziale per il pubblico esercizio dello stesso, ricade nella tutela garantita dall'art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, con il solo limite dei riti contrari al buon costume.” (sentenza n. 63 del 2016).

24.2 Ciò posto, non si intende ovviamente negare – né si dubita – che la Regione, nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di “governo del territorio”, attribuitale dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, possa dettare una disciplina legislativa specificamente dedicata all'inserimento urbanistico delle attrezzature religiose e degli edifici di culto. Questo aspetto è stato affermato dalla Corte, tra l'altro, nella richiamata sentenza n. 63 del 2016.

La Corte ha, tuttavia, rimarcato che la legislazione regionale in materia di edilizia del culto “trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi” (sentenza n. 195 del 1993, richiamata dalla sentenza n. 63 del 2016) e che “Non è, invece, consentito al legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione” (sentenza n. 63 del 2016).

24.3 Come detto, l'articolo 72, commi 1, 2 e 5 della L.R. n. 12 del 2005 istituiscono un sistema nel quale le attrezzature religiose di qualsivoglia natura, inclusi i luoghi di culto, devono essere necessariamente realizzati nelle aree e negli immobili stabiliti dal Comune, al quale spetta, per questa via, ogni discrezionalità in ordine all'apertura di luoghi di culto, pubblici o privati, sul proprio territorio.

Deve, inoltre, ricordarsi che, in base al comma 1 dell'articolo 72, il dimensionamento e la disciplina di tali attrezzature sono stabilite dal Comune “sulla base delle esigenze locali”. Locuzione, questa, su cui anche la Corte ha richiamato l'attenzione, nella sentenza n. 63 del 2016, pur evidenziando che la previsione del comma 1 dell'articolo 72 non era stata sottoposta al suo sindacato.

24.3.1 Ora, l'impostazione seguita dal legislatore regionale non porrebbe dubbi di compatibilità con l'articolo 19 della Costituzione, ad avviso del Collegio, se il Piano delle attrezzature religiose intervenisse al solo scopo di censire le attrezzature esistenti aperte al pubblico, verificare il fabbisogno di ulteriori attrezzature, e provvedere conseguentemente.

In questi termini, la previsione sarebbe effettivamente ragionevole e funzionale allo scopo di assicurare l'adeguata dotazione di edifici di culto a servizio degli insediamenti residenziali, che è compito propriamente rientrante tra quelli demandati al Piano dei Servizi. In questa prospettiva, sarebbe anche ragionevole il dimensionamento delle attrezzature religiose in base alle esigenze riscontrate localmente. La stessa Corte costituzionale ha, infatti, affermato che, “come è naturale allorché si distribuiscono utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo”, nella ponderazione rimessa al Comune “si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione” (sentenza n. 63 del 2016).

24.3.2 La disciplina regionale, tuttavia, si spinge oltre tale obiettivo, stabilendo che – in assenza o comunque al di fuori delle previsioni del Piano delle attrezzature religiose – non sia consentita l'apertura di alcuna attrezzatura religiosa, a prescindere dal contesto e dal carico urbanistico generato dalla specifica opera.

Per questa via, si determina un ostacolo di fatto al libero esercizio del culto, poiché la possibilità di esercitare collettivamente e in forma pubblica i riti non contrari al buon costume – garantita dalla Costituzione – viene a essere subordinata alla pianificazione comunale e, quindi, al controllo pubblico.

Ciò, secondo l'avviso del Collegio, determina un'indebita limitazione della libertà di religione, perché:

- è fisiologico che la programmazione comunale intervenga necessariamente con cadenze periodiche pluriennali (quelle tipiche della pianificazione); circostanza, questa, che di per sé determina un differimento nella possibilità di soddisfare le esigenze di culto della collettività;

- come detto, il Piano dei Servizi è deputato a operare il dimensionamento delle attrezzature religiose, in base alla situazione del contesto, e non garantisce la previsione di luoghi di culto per tutti gli enti di confessioni religiose o per le singole comunità di fedeli.

Tuttavia, la libertà di esercizio collettivo del culto, assicurata dall'articolo 19 della Costituzione, non può risentire in termini così stringenti della programmazione urbanistica, né è assicurata soltanto ai culti dotati di una determinata rappresentatività in ambito locale. Al contrario, la Costituzione garantisce l'esercizio pubblico del culto, con il solo limite del rispetto del buon costume, anche una comunità composta da pochi fedeli (come nel caso oggetto del presente giudizio, ove si fa questione della sede di un'Associazione religiosa cui aderiscono circa sessanta famiglie).

25. Né potrebbe ritenersi che le limitazioni all'apertura di luoghi di culto stabilite dalla legge regionale siano sorrette adeguatamente dallo scopo di assicurare il corretto inserimento sul territorio delle attrezzature religiose.

A giudizio del Collegio, le previsioni normative sopra richiamate appaiono, infatti, eccedenti rispetto allo scopo, in modo tale da far emergere anche la violazione dei fondamentali canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione posti dall'articolo 3 della Costituzione.

25.1 Deve, infatti, tenersi presente che il comma 7 dell'articolo 72 ha stabilito quali caratteristiche costruttive debbano avere le attrezzature religiose e quali dotazioni aggiuntive di parcheggi debbano essere assicurate, in proporzione alle dimensioni della struttura (v. lett. d).

A ciò deve aggiungersi che, in linea di principio, gli edifici religiosi sono funzionali all'insediamento abitativo e, quindi, dovrebbero essere in linea di massima realizzabili negli ambiti urbani ove è previsto l'insediamento della funzione residenziale, o in ambiti prossimi, ferma restando la potestà del Comune di stabilire limitazioni, anche in funzione delle dimensioni della struttura, tenuto conto del contesto locale, nei suoi diversi aspetti (viabilità, parcheggi, e via dicendo).

Tutte le previsioni costruttive e di inserimento urbanistico delle attrezzature religiose ben possono, tuttavia – sulla base delle indicazioni contenute nella legge regionale – trovare adeguata previsione nelle ordinarie prescrizioni degli strumenti urbanistici. E ciò tenuto conto anche della circostanza che l'apertura di un edificio di culto, da un punto di vista di assetto del territorio, appare non differire sensibilmente dalla realizzazione di altri luoghi di aggregazione sociale, quali palestre, case di cura, scuole, centri culturali non aventi finalità religiose, e simili. Per tali diverse strutture non è, tuttavia, stabilita un'analogia rigida programmazione comunale.

In termini più espliciti, si evidenzia che la natura di "opere di urbanizzazione secondaria" è comune – ad esempio – alle scuole. Anche per le scuole la relativa dotazione minima deve essere prevista nel Piano dei Servizi. Ciò, tuttavia, non pre-

clude ai privati la possibilità di aprire liberamente ulteriori scuole e istituti d'istruzione privati, nell'esercizio della libertà costituzionale di insegnamento, purché nel rispetto di tutte le previsioni di piano atte ad assicurare il corretto inserimento di tali strutture nel contesto urbanistico. Non è, invece, previsto che i privati debbano attendere, a tal fine, l'approvazione di un apposito Piano, volto a dimensionare, canalizzare e predeterminare completamente e rigidamente la localizzazione delle scuole e, per questa via, il contenuto dell'intera offerta scolastica sul territorio comunale, persino laddove si tratti dell'apertura di un corso limitato a poche decine o a qualche centinaio di iscritti.

Il differente trattamento riservato, sotto questo profilo, alle attrezzature religiose appare, perciò, del tutto ingiustificato e discriminatorio, rispetto a quello riservato ad altre attrezzature comunque destinate alla fruizione pubblica, potenzialmente idonee a generare un impatto analogo, o persino maggiore, nel contesto urbanistico. E tale trattamento è tanto più sperequato, ove si consideri che la L.R. n. 12 del 2005 è informata, in linea di massima, al principio del favor verso il libero insediamento delle destinazioni d'uso compatibili con la destinazione di zona, salve le esclusioni stabilite dallo strumento urbanistico (cfr. articoli 51 e 10, comma 3, lett. f), della L.R. n. 12 del 2005).

25.2 In definitiva, secondo l'avviso del Collegio, l'avocazione al Comune dell'integrale programmazione della localizzazione e del dimensionamento delle attrezzature religiose finisce per eccedere gli scopi propri della disciplina dell'assetto del territorio comunale, producendo, di fatto, effetti simili all'autorizzazione governativa all'apertura dei luoghi di culto, prevista dall'articolo 1 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, già dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 1958.

26. La violazione degli articoli 3 e 19 della Costituzione, sotto i profili ora detti, ridonda anche nella lesione dei diritti inviolabili della persona, tutelati dall'articolo 2 della Costituzione (v. Corte cost., sentenza n. 195 del 1993), stante la centralità del credo religioso quale espressione della personalità dell'uomo, tutelata nella sua affermazione individuale e collettiva.

27. Per tutte le ragioni esposte, questo Tribunale ritiene rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sopra illustrate.

Va, conseguentemente, disposta la sospensione del giudizio e la rimessione delle predette questioni alla Corte costituzionale, ai sensi dell'articolo 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

(...)

- rimette alla Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale illustrate in motivazione, relative all'articolo 72, commi 1 e 2, della legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lett. c), della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione;

(...) Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Milano, 8 ottobre 2018 n. 2227

Edilizia e urbanistica – Concessione edilizia in genere – Assenza di termine – Questione di legittimità costituzionale dell’art 72 comma 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 72 comma 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 per violazione degli artt. 2, 3, 5, 19, 97, 114, 117 comma 2 lett. m), 117 comma 6 terzo periodo e 118 Cost..

Omissis (...)

6) Il Collegio sospetta l’art. 72, comma 5, della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 di illegittimità costituzionale per le seguenti ragioni.

6.1. Sotto un primo profilo, al Collegio pare che l’art. 72, comma 5, della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 contrasti con l’art. 2 Cost., con l’art. 3 Cost., e con l’art. 19 Cost..

Al riguardo, con la sentenza n. 1939/2018 la Sezione ha già avuto modo di osservare che la programmazione urbanistica comunale interviene con cadenze periodiche pluriennali, non fissate a priori.

Di conseguenza, atteso il tenore letterale dell’art. 72 comma 5 della L.R. n. 12 del 2005, i fedeli di una confessione che intendono trovare una sede per esercitare il proprio culto devono attendere per un tempo indeterminato la decisione del Comune di individuare o meno un’area da destinare ad attrezzatura religiosa: infatti se decorre inutilmente il termine dei 18 mesi (come nel caso in esame), l’Amministrazione non ha alcun obbligo di avviare il procedimento di revisione del PGT, per individuare le aree destinate a luogo di culto.

Al decorso dei 18 mesi non è infatti prevista alcuna disposizione “sanzionatoria”, quale la sostituzione commissariale per l’adozione del piano de quo.

Ora, resta fuori discussione il potere del Comune di decidere, all’esito di un istruttoria adeguata, se accogliere o respingere la domanda degli interessati.

Tuttavia, la perdurante situazione di attesa e di incertezza nella quale, in ragione di quanto disposto dall’art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005, versano i fedeli, i quali aspirano a che il Comune individui un luogo per il culto da essi professato, non è compatibile con il rango costituzionale del diritto di libertà religiosa.

Ritiene infatti il Collegio che la domanda di spazi da dedicare all’esercizio di tale libertà debba trovare una risposta – in un senso positivo o in senso negativo – in tempi certi, ed entro un termine ragionevole, avuto riguardo sia ai tempi connessi alla valutazione di impatto sul tessuto urbanistico, a volte indiscutibilmente complessa, sia avuto riguardo alla particolare importanza del bene della vita al quale aspirano i fedeli interessati.

Al riguardo, il Collegio ritiene utile e opportuno fare riferimento a quanto affermato dalla Corte Costituzionale 24 marzo 2016 n. 63, secondo cui “Non è, invece, consentito al legislatore regionale, all’interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolino o compromettano la libertà di religione.”

Infatti, ad avviso del Collegio, la richiamata condizione di attesa a tempo indeterminato e di incertezza rileva quale ostacolo all'esplicazione del diritto di libertà religiosa.

Ne consegue una non giustificata compressione dei diritti di cui all'art. 19 Cost., e più in generale un ostacolo non giustificato all'esplicazione dei diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, in violazione dell'art. 2 Cost..

Il fatto che tale compressione della posizione soggettiva degli interessati non appaia giustificata pare altresì contrastare con il criterio della ragionevolezza del quale è espressione l'art. 3 Cost..

In sintesi la norma contrasta con i principi costituzionali richiamati, laddove prevede un termine – di 18 mesi – per l'adozione del piano delle attrezzature religiose, decorso il quale non viene previsto alcun intervento sostitutivo, ma viene demandato all'Amministrazione Comunale la facoltà di introdurre il piano in sede di revisione o adozione del PGT, senza alcun ulteriore termine.

In tal modo viene vanificato il diritto alla libertà religiosa, sotto il profilo del diritto di trovare spazi da dedicare all'esercizio di tale libertà.

6.2 La norma pare violare altresì l'art. 97 Cost. e dell'art. 117 comma 2 lett. m), il fatto che l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 rinvii a tempo indeterminato la risposta a un'esigenza riguardante l'esercizio di un diritto fondamentale della persona.

La mancata previsione, da parte della norma regionale, di tempi certi di risposta alle istanze dei fedeli interessati sembra infatti in contrasto con il principio di buon andamento che deve presiedere l'attività della Pubblica Amministrazione.

A bene vedere, la mancata di previsione di tempi certi da parte dell'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 pare inoltre esprimere uno sfavore dell'Amministrazione nei confronti del fenomeno religioso, il che contrasta con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui al menzionato art. 97 Cost..

Sotto connesso profilo, nella prospettiva dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost. appare violato il livello minimo delle prestazioni concernenti i diritti civili, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Al riguardo, osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 29 della L. n. 241 del 1990 attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117 secondo comma lettera m), della Costituzione l'aspetto riguardante la predeterminazione della durata massima dei procedimenti.

Ovviamente, va da sé che una norma che si esprima in termini di sfavore verso il fenomeno religioso contrasta anche con gli artt. 2. 3 e 19 Cost., ai quali si è già fatto riferimento.

In sintesi il quadro normativo che, una volta decorso il primo termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della L.R. n. 12 del 2010, non ha previsto ulteriori termini per imporre l'adozione del piano delle attrezzature religiose, si pone in contrasto con la disciplina in materia di procedimento amministrativo e di certezza dei termini di conclusione del procedimento, quindi con i principi costituzionali dell'art. 97 Cost. e dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost.

6.3. Sotto un ulteriore profilo, ritiene il Collegio che l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 contrasti con l'art. 5 Cost., con l'art. 114 comma 2 Cost., con l'art. 117 comma 6 terzo periodo, Cost., con l'art. 118 comma 1 Cost..

Ad avviso del Collegio, la norma regionale condiziona l'adozione del Piano delle attrezzature religiose alla revisione complessiva del piano di governo del territorio.

Infatti, solo nei primi diciotto mesi dall'entrata in vigore della norma le Ammi-

nistrazioni potevano predisporre il Piano delle attrezzature religiose senza mettere mano all'intera disciplina del governo del territorio.

Da che è maturata la scadenza dei diciotto mesi, la legge regionale non lo permette più.

In altri termini, l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 impedisce ai Comuni di dotarsi di un Piano delle attrezzature religiose senza contestualmente revisionare l'intera disciplina del governo del territorio.

Ad avviso del Collegio, viene in rilievo una ingiustificata compressione delle prerogative dei Comuni da parte della Regione.

Infatti, non si comprende quale ragione possa giustificare il sostanziale divieto gravante sui Comuni lombardi di adottare il Piano delle attrezzature religiose in un momento distinto rispetto alla revisione generale del Piano di governo del territorio.

Da un primo punto di vista, la norma sembra integrare una violazione dell'art. 5 Cost., atteso che essa frustra l'autonomia dei Comuni, quali autonomie locali.

Sotto connesso profilo, appaiono violati l'art. 114 comma 2 Cost. e l'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost..

In particolare, nella prospettiva dell'art. 114 comma 2 Cost. appare violato sotto un profilo generale l'autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza.

Nella più particolare prospettiva dell'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost. appare violata l'autonomia degli Enti Locali sotto il profilo della potestà regolamentare in ordine alle funzioni attribuite ai Comuni.

Come anticipato, la limitazione imposta dalla Regione all'autonomia dei Comuni non appare giustificata.

Da questo punto di vista sembra venire in rilievo la violazione del principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 comma 1 Cost..

In sintesi la disposizione regionale, laddove fa divieto ai Comuni di adottare il piano delle attrezzature religiose dopo il termine dei 18 mesi, ma necessariamente solo contestualmente alla revisione del PGT, viola il principio di autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza.

7) (...)

Rispetto ai motivi aggiunti, va rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 72 comma 5 della L. R. n. 12 del 2005 in relazione all'art. 2 Cost., all'art. 3 Cost., all'art. 5 Cost., all'art. 19 Cost., all'art. 114 Cost., all'art. 117, comma 2 lett. m) Cost., all'art. 117 comma 6 terzo periodo, Cost. e all'art. 118 Cost..

Va di conseguenza disposta la sospensione del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello per motivi aggiunti:

- (...)

- rimette alla Corte Costituzionale le questioni di legittimità costituzionale illustrate in motivazione, relative all'articolo 72 comma 5 della L.R. della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1 lett. c) della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, per contrasto con l'art. 2 Cost., con l'art. 3 Cost., con l'art. 5 Cost., con l'art. 19 Cost., con l'art. 114 Cost., con l'art. 117 comma 2 lett. m) Cost., con l'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost. e con l'art. 118 Cost.;

(...) Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2018, n. 5896

Pensioni – Perseguitati politici e razziali.

È irragionevole e sproporzionata la pretesa dell'Amministrazione di far dipendere (in senso sfavorevole al richiedente) il possesso di un requisito per l'accesso a un beneficio di legge, dall'applicazione di una norma razziale (l'art. 8, lettera d, dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938) lesiva dei diritti fondamentali della persona e, soprattutto, rispetto alla quale le leggi post razziali n. 336/1970, n. 541/1971 e n. 17/1998 hanno inteso porre rimedio.

Omissis (...)

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1. La controversia riguarda l'azione proposta dalla signora (...) per l'annullamento del Provv. n. 93574 del 14 luglio 2014 adottato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti e razziali, recante il rigetto della richiesta avanzata dalla medesima in data 10 luglio 2013 per l'attribuzione, ai sensi della L. 8 luglio 1971, n. 541, dei benefici previsti dalla L. 24 maggio 1970, n. 336.

1.1. L'Amministrazione aveva ritenuto: a) insussistenti i requisiti previsti dall'art. 8, lett. d), del R.D.L. del 17 novembre 1938; b) mancanti gli altri elementi indicativi dell'appartenenza della signora (...) alla razza ovvero alla religione ebraica, quali "l'iscrizione a una comunità israelitica o una manifestazione di ebraismo fatta in qualsiasi modo dalla signora (...)"; c) non comprovato che all'epoca delle leggi razziali l'interessata fosse stata considerata dall'apparato statale quale appartenente alla razza ebraica e che, quindi, fosse stata soggetta alla concreta applicazione della normativa antiebraica.

1.2. La ricorrente impugnava la predetta delibera per "Violazione di legge in relazione all'art. 1 della L. n. 17 del 1978, all'art. unico L. n. 541 del 1971 – Difetto di motivazione per travisamento dei fatti, sviamento e illogicità – Carezza di istruttoria".

2. Il T.A.R. per il Lazio, Roma, Sezione Terza, con la sentenza n. 6614 dell'8 giugno 2016, accoglieva il ricorso (...).

3. La Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero dell'economia e delle finanze appellavano la sentenza affidandosi ad un unico motivo: "Infondatezza ed erroneità della sentenza impugnata per errata valutazione circa la sussistenza dei presupposti di applicabilità della normativa di cui alle L. n. 17 del 1978 e L. n. 541 del 1971 – Violazione e/o falsa applicazione delle citate L. n. 17 del 1978 e L. n. 541 del 1971; in particolare falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 17/1978 – Travisamento dei fatti".

3.1. In sintesi, assumevano che il primo giudice:

a) non avrebbe tenuto in considerazione le argomentazioni difensive svolte nella memoria depositata l'11 gennaio 2016, corredata di documentazione, limitandosi ad esaminare le sole censure mosse dalla parte ricorrente;

b) avrebbe erroneamente interpretato le vigenti norme sul riconoscimento della "origine ebraica" del soggetto richiedente, non ancorandole al concetto di appartenenza alla "razza ebraica", elaborato al tempo della vigenza delle cd. leggi razziali;

c) non avrebbe tenuto conto, in particolare, dell'esistenza di un documento ufficiale (il certificato rilasciato dalla Comunità ebraica di Torino) che esclude l'appartenenza della signora (...) alla detta comunità, nonché del fatto che la ricorrente, all'età di quattro anni, non aveva seguito il padre ebreo in fuga, ma aveva continuato a vivere insieme alla madre italiana, sotto il di lei cognome (...) presso alcuni parenti, anch'essi italiani;

d) si sarebbe erroneamente spinto a valutare la sussistenza di un fatto secondario (l'aver, la signora (...), subito atti persecutori) senza prima avere accertato l'esistenza del fatto presupposto (la "ebraicità" del soggetto richiedente), entrando così anche nel merito dell'azione amministrativa.

4. Si è costituita la signora (...) chiedendo il rigetto dell'avverso gravame e l'accertamento del diritto della medesima ad ottenere la qualifica di ex perseguitata razziale, ai fini dell'applicazione delle L. n. 541 del 1971 e L. n. 336 del 1970.

5. All'udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata discussa e trattenuta dal Collegio in decisione.

6. L'appello è infondato.

6.1. La prima censura, con la quale si critica il mancato (integrale o parziale) esame del *thema decidendum* dedotto nel primo grado di giudizio ad opera della parte resistente, mediante la memoria difensiva, non ha pregio.

(...).

6.2. Anche la seconda censura, con cui si critica la scorretta interpretazione delle leggi vigenti nella delicata materia dei benefici ai perseguitati politici antifascisti o razziali, non ha pregio.

La L. n. 336 del 24 maggio 1970 riconosce taluni benefici in favore dei dipendenti civili di ruolo e non di ruolo dello Stato, compresi quelli delle amministrazioni e delle aziende con ordinamento autonomo, ai quali possa riconoscersi lo status soggettivo di "ex combattenti, partigiani, mutilati ed invalidi di guerra, vittime civili di guerra, orfani, vedove di guerre, o per causa di guerra, profughi per l'applicazione del trattato di pace e categorie equiparate" (artt. 1 e 2).

Il riconoscimento degli anzidetti benefici è stato esteso dalla L. 8 luglio 1971, n. 541 "anche agli ex deportati ed agli ex perseguitati, sia politici che razziali, assimilati agli ex combattenti" (articolo unico).

Il legislatore, con la L. n. 17 del 16 gennaio 1978, ha chiarito che:

"1. Ai fini dell'applicazione della L. 8 luglio 1971, n. 541, la qualifica di ex perseguitato razziale compete anche ai cittadini italiani di origine ebraica che, per effetto di legge oppure in base a norme o provvedimenti amministrativi anche della Repubblica sociale italiana intesi ad attuare discriminazioni razziali, abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale. Il pregiudizio morale è comprovato anche dalla avvenuta annotazione di "razza ebraica" sui certificati anagrafici.

2. A norma dell'art. 6, L. 16 maggio 1967, n. 261, nell'esame delle domande la Commissione per le provvidenze ai perseguitati politico-razziali "può ritenere validi, a comprovare le persecuzioni e la insorgenza delle infermità, atti notori e testimonianze dirette, quando non sia possibile il reperimento di documenti ufficiali".

Tale ultima disposizione scolpisce in maniera netta il significato da dare al concetto di "ebraicità" del soggetto richiedente, che è legato all'origine dello stesso richiedente e non al possesso di ulteriori (e non previsti, dalla legge) requisiti.

Il chiaro tenore letterale della norma esime, pertanto, da ulteriori e non richiesti sforzi esegetici: ai fini della L. n. 17 del 1978, è soggetto legittimato a presentare la richiesta di cui al combinato disposto delle leggi n. 336/1970 e n. 541/1971, colui

che è cittadino italiano, che ha un'origine ebraica e che assume di essere stato oggetto di persecuzione in dipendenza della detta origine.

Al lume di ciò, la pretesa dell'Amministrazione di ancorare -invece- l'origine ebraica del richiedente alla nozione di "razza ebraica" contenuta nell'art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938 ("è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo. Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che alla data del 1° ottobre 1938, apparteneva a religione diversa da quella ebraica") è operazione logico-giuridica scorretta per due concorrenti motivi:

a) il primo motivo è di ordine esegetico: la norma posta dalla L. n. 17 del 1978 è chiara nella sua formulazione e perfettamente auto-applicativa, senza necessità di ulteriori o diverse specificazioni contenute in testi normativi diversi, tanto più se oggetto di intervenuta abrogazione;

b) il secondo motivo è di ordine sostanziale: è irragionevole e sproporzionata la pretesa dell'Amministrazione di far dipendere (in senso sfavorevole al richiedente) il possesso di un requisito per l'accesso a un beneficio di legge, dall'applicazione di una norma razziale (l'art. 8, lettera d), dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938) lesiva dei diritti fondamentali della persona e, soprattutto, rispetto alla quale le leggi post razziali n. 336/1970, n. 541/1971 e n. 17/1998 hanno inteso porre rimedio. Viene tradito, nella sostanza, lo spirito stesso della nuova disciplina.

La ratio legis dell'attribuzione del beneficio, infatti, riposa sulla necessità di compensare con attribuzioni economiche pregiudizi patiti da soggetti (cittadini italiani) per il fatto in sé di avere un'origine ebraica e rispetto ai quali il torto subito (fisico, economico o morale) è dipeso dall'applicazione di una norma di legge o dall'adozione di un atto amministrativo.

Sicché il pretendere, oggi, di far uso di concetti e di categorie giuridiche elaborate al tempo della vigenza delle leggi razziali, finirebbe inevitabilmente per implicare la perpetuazione, in senso sfavorevole all'interessato, dell'efficacia di definizioni giuridiche basate sul concetto di appartenenza alla razza e sorte all'unico scopo di discriminare tra di loro gli individui.

La riprova di ciò è contenuta nello stesso art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938, la cui chiara formulazione manifesta che, in disparte i natali del soggetto ("colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica"), ciò che rappresentava un disvalore giuridico per il legislatore dell'epoca era l'appartenenza del medesimo alla religione ebraica o la sua iscrizione ad una comunità israelitica ovvero l'aver fatto in qualsiasi modo una manifestazione di ebraismo.

Il legislatore del 1978, invece, del tutto coerentemente col sistema di benefici costruito con la L. n. 336 del 1970 e poi esteso nel suo ambito soggettivo di efficacia con la L. n. 541 del 1971, ha assunto quale unico presupposto (concorrente, ovviamente, con quello del possesso dello status di cittadino italiano) quello di avere un'origine ebraica, al di là e a prescindere dalla professione di fede, dalla formale appartenenza ad una comunità israelitica e dal compimento di atti di manifestazione di ebraismo.

Solo in tale prospettiva (e non già in quella, opposta, sostenuta dalle Amministrazioni appellanti) può cogliersi il valore di precedente conforme rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4580 del 2 agosto 2011: anche in quell'oc-

casione la Sezione aveva avuto modo di motivare in ordine all'art. 8 dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 1938, ma solo al fine di precisare che l'iscrizione ad una comunità israelitica poteva ben essere apprezzata, sul piano probatorio, per qualificare come ebreo, tra gli altri, colui il quale fosse nato anche da un solo genitore appartenente alla razza ebraica, e non già al diverso scopo di elaborare un principio di diritto in base al quale inferire che l'origine ebraica dovesse ricostruirsi, sic et simpliciter, sulla base dell'abrogato decreto del 1938.

Va inoltre considerato che, in base alla richiamata norma del 1938, l'attribuzione della qualità soggettiva fonte del regime discriminatorio (l'appartenenza alla razza ebraica) avrebbe dovuto essere a contrario esclusa per tutti coloro che, nati da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, non appartenevano alla religione ebraica, non erano iscritti ad una comunità israelitica ovvero non avevano fatto in qualsiasi altro modo manifestazioni di ebraismo.

Sicché, sarebbe davvero ben strano far dipendere (oggi) il possesso di un requisito, in senso sfavorevole al richiedente, dalla presenza di condizioni estrinseche (il culto della religione, la formale iscrizione ad una comunità, la effettiva manifestazione di fede) che all'epoca delle stesse leggi razziali erano considerate indice di disvalore giuridico solo laddove sussistenti e non, invece, mancanti.

Dai documenti versati agli atti, risulta indiscutibilmente l'origine ebraica della ricorrente, figlia di padre ebreo costretto a lasciare il lavoro (era medico all'Ospedale le Molinette a Torino) e la famiglia e a fuggire, e di madre italiana, della quale utilizzò il cognome (...) in luogo di quello paterno (...), a tutti noto come cognome ebraico, sicché sotto tale profilo l'appello non merita favore.

6.3 Parimenti infondata è, infine, l'ulteriore censura con cui si critica l'invasione, ad opera del primo giudice, della sfera di competenza riservata all'Amministrazione, sull'assunto e nel presupposto che quest'ultimo avrebbe (altresì) statuito in ordine al possesso, in capo alla ricorrente, degli ulteriori requisiti previsti dalla legge per potere accedere al beneficio.

L'assunto non ha pregio.

Dal tenore formale dell'atto impugnato si evince chiaramente che l'Amministrazione ha provveduto, ai fini del diniego dell'accesso al beneficio, esclusivamente in ordine all'aspetto inerente all'origine ebraica del soggetto, non pronunciandosi affatto in ordine al possesso (o meno) di eventuali ulteriori requisiti di legge.

Pertanto (e conseguentemente) il primo giudice si è espresso solo sulla materia del contendere rimessa al suo vaglio, nei limiti dei motivi di ricorso, come si evince chiaramente anche dal dispositivo, limitato all'annullamento dell'atto impugnato e non già al (non consentito) accertamento dichiarativo del diritto ex sé al beneficio ai sensi dell'art. 34 del c.p.a..

7. In conclusione, l'appello va respinto, con salvezza degli ulteriori provvedimenti da assumere a cura dell'Amministrazione preposta, in relazione a eventuali ulteriori presupposti di legge per potere accedere al beneficio.

8. (...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge (...)

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
Sez. I, 28 dicembre 2018 n. 1218

Libertà religiosa – Ordinamento militare – Partecipazione obbligatoria a cerimonia religiosa in orario di servizio – Comunicazione non tempestiva della propria condizione di non credente – Perdita del grado per rimozione

In materia di esenzione dalla partecipazione a una cerimonia religiosa in orario di servizio, in occasione delle festività pasquali e per commemorare un militare deceduto, è necessario che il non credente dia comunicazione tempestiva della sua condizione e della sua intenzione di non partecipare al fine di mettere in condizione i superiori di valutare se esentarlo dall'ordine di presenziare

Omissis (...)

Considerato che con il ricorso indicato in epigrafe il I° (...) ha impugnato il decreto del vice direttore generale della Direzione Generale per il Personale Militare del Ministero della Difesa prot. n. 425/I-3/2013 del 16 agosto 2013, a mezzo del quale gli è stata inflitta la sanzione disciplina della perdita del grado per rimozione, con cessazione dal servizio permanente, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione;

Osservato che il ricorrente riferisce, in fatto, che il procedimento disciplinare ha avuto origine dal suo rifiuto (perché non credente) di obbedire all'ordine di presenziare, con gli altri militari del suo reparto, ad una cerimonia religiosa organizzata durante l'orario di servizio in occasione delle festività pasquali e per commemorare un militare deceduto. Per detto episodio, è stato instaurato nei suoi confronti un procedimento penale, conclusosi con la condanna (passata in giudicato) per il reato di disobbedienza pluriaggravata, emessa dal Tribunale Militare di (...) con sentenza n. 66/2012 del 12 luglio 2012, cui ha fatto seguito la sanzione disciplinare impugnata;

Considerato che a supporto del gravame il ricorrente, senza articolare formalmente motivi, ha in ogni caso dedotto le seguenti censure:

1) incompetenza, perché la sanzione disciplinare gli è stata inflitta con provvedimento emanato dal vice direttore generale della D.G. per il Personale Militare, anziché dal Ministro della Difesa, a cui competerebbe l'adozione della ridetta sanzione, ai sensi degli artt. 1388 e 1389 del d.lgs. n. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare);

2) violazione dei principi di proporzionalità e di gradualità dell'azione amministrativa, atteso che il deducente sarebbe stato rimosso dal grado per essersi limitato ad esercitare il suo diritto di obiezione di coscienza. Egli non si sarebbe rifiutato di obbedire ad un ordine attinente alle finalità istituzionali dell'Esercito, visto che tra queste ultime non rientra quella di partecipare a funzioni religiose o di culto, ed anzi il suo dissenso sarebbe legittimo, perché espressione di una libertà costituzionalmente tutelata;

(...)

Considerato che, nondimeno, il ricorso è infondato nel merito, per le seguenti ragioni:

- relativamente alla prima censura, si osserva che il provvedimento impugnato richiama sia il decreto ministeriale del 27 -OMISSIS- o 2013 (con cui il Ministro della Difesa ha delegato il direttore generale per il Personale Militare ad adottare i provvedimenti e atti in materia disciplinare di stato per il personale militare fino al grado di -OMISSIS- e gradi corrispondenti), sia l'art. 20, comma 3, del decreto ministeriale del 16 gennaio 2013 (registrato alla Corte dei conti il 1° marzo 2013), che ha previsto le modalità di sostituzione nell'ipotesi, tra le altre, della temporanea assenza del direttore generale del Personale Militare: non sussiste, perciò, il dedotto vizio di incompetenza;

- in merito, invece, alla seconda censura, si osserva che la difesa erariale ha allegato e documentato: a) che il militare era già stato sospeso in data 13 luglio 2011 per sei mesi a seguito di una precedente condanna penale per "insubordinazione con minaccia e ingiuria aggravata in continuazione"; b) che si tratta di soggetto che ha riportato nel corso della sua pur non lunghissima carriera nell'Esercito un rilevante numero di sanzioni disciplinari, talune delle quali di significativa entità e/o con recidiva (v., per l'elenco, doc. 9 della difesa erariale), e ripetute valutazioni negative da parte dei superiori almeno nella parte iniziale della carriera (v. ancora doc. 9 della difesa erariale);

- appare, perciò, senz'altro immune da mende il giudizio della P.A., che il ricorrente sia soggetto che ha denotato uno scarso senso della disciplina e del dovere istituzionale e in questo senso depono anche la lettura delle (pur sintetiche) motivazioni delle molteplici sanzioni disciplinari irrogategli (v. doc. 9 della difesa erariale);

- l'ora riferito scarso senso della disciplina e del dovere istituzionale è emerso in relazione, altresì, all'episodio da cui ha avuto origine la sanzione della rimozione, poiché non risulta che il militare si sia preoccupato di esporre per tempo ai superiori la propria condizione di non credente e che, per tal ragione, non avrebbe potuto presenziare alla cerimonia religiosa: ove l'avesse fatto – e che egli abbia avuto la possibilità di dare un tempestivo avviso delle sue intenzioni, si ricava dalla sentenza penale di condanna pronunciata a suo carico per la stessa vicenda (v. all. 2 al ricorso, pag. 5) – avrebbe messo i superiori in condizione di valutare se esentarlo dall'ordine;

- la riferita ricostruzione della vicenda – in specie il fatto che non risulti alcuna prova che il militare avesse avvisato per tempo i superiori, pur potendolo fare – induce, quindi, a dubitare che nell'episodio sanzionato l'interessato abbia realmente inteso tutelare i propri diritti costituzionalmente garantiti alla libertà di pensiero e religiosa (incluso il diritto all'obiezione di coscienza);

- quanto, infine, alla lamentata estraneità dell'ordine alle finalità istituzionali dell'Esercito Italiano, a confutazione della censura si richiama ancora una volta la sentenza penale di condanna emessa nei confronti del (...) Silvestri dal Tribunale Militare di (...), dove viene sottolineato come la partecipazione alla cerimonia religiosa, da tenersi nel duomo di (...), fosse stata "prevista dal comando come attività di servizio da svolgersi in divisa e in rappresentanza dell'ente alla presenza di autorità civili e militari": il che ben si spiega con il fatto che la cerimonia era stata organizzata "soprattutto al fine di commemorare un militare deceduto che aveva prestato servizio a (...)" (v. pagg. 3 e 5 della sentenza, all. 1 al ricorso);

- in proposito mette conto aggiungere che sono del tutto inconferenti ed irrilevanti le argomentazioni addotte nel ricorso (pagg. 11 e ss.) in ordine alla pretesa er-

roneità della sentenza penale di condanna, passata in giudicato – si dice – per mera ingenuità dell’interessato, non essendo ovviamente questa la sede per sindacare la sentenza in questione;

- in ultima analisi, quindi, il provvedimento impugnato – la cui motivazione richiama la gravità del comportamento del militare, i suoi numerosi precedenti e l’incompatibilità della condotta dallo stesso serbata con il grado rivestito e con lo status di militare in servizio permanente, costituendo essa una violazione dei principi di gerarchia che improntano l’ordinamento militare, tale da minare il rapporto di fiducia su cui si fonda il rapporto di impiego dei militari – appare esente da censure e, per le ragioni suesposte, non contrasta con i principi di proporzionalità e gradualità;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(...)

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’art. 52 del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, nel testo modificato dal d.lgs. n. 101/2018, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, dà mandato alla Segreteria di procedere all’oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il ricorrente e le sue idee in tema di religione.

Nota redazionale

La breve decisione segnalata desta, nella sua stringatezza, non poche perplessità: la sentenza è costruita in maniera abbastanza incoerente dal momento che da una parte sembra appoggiarsi sul giudicato penale militare riguardante il ricorrente, che ne dimostrerebbe la strutturale indisciplina, per giustificare la legittimità della sanzione disciplinare di stato della “perdita del grado per rimozione”; dall’altra, però, nella motivazione si legge che l’episodio da cui ha *avuto origine* la sanzione della rimozione sia proprio *l’essersi rifiutato di partecipare a una funzione religiosa in orario di servizio*.

Qualora l’elemento determinante fosse stato quest’ultimo sarebbe davvero arduo giudicare legittima questa decisione: la partecipazione a funzioni religiose, anche nell’ordinamento militare, non può che essere disciplinata alla luce dell’art. 19 Cost. Ma vi è di più: anche la richiesta al militare di rivelare i propri convincimenti religiosi al fine di dispensarlo dall’ordine di partecipazione genera ben più di una perplessità, essendo la libertà religiosa anche libertà di non manifestare i propri convincimenti. Ogni atto con cui una pubblica amministrazione pone l’individuo nella condizione di rivelare il proprio pensiero in materia religiosa è dunque un atto illegittimo: non si capisce dunque da dove il T.A.R. Veneto tragga motivo per affermare “non risulta che il militare si sia preoccupato di esporre per tempo ai propri superiori la propria condizione di non credente” e appoggi su questo dato la legittimità della sanzione disciplinare. Se nell’ordinamento militare esistono situazioni normative che costringono il militare a rivelare i propri convincimenti religiosi pena essere sottoposti a sanzioni disciplinari sono le stesse a dover essere giudicate illegittime e a dover essere modificate, non certo le sanzioni disciplinari basate su tali situazioni a dover essere salvate.

L’art. 1471 del Codice dell’ordinamento militare (D.lgs. n. 66/2010), al comma 2 è piuttosto chiaro sul punto: “La partecipazione alle funzioni religiose nei luoghi

militari è *facoltativa, salvo che nei casi di servizio*". A maggior ragione quando la cerimonia non sia, come nel caso in questione, in un luogo militare.

Può essere considerato "casi di servizio" dover per forza partecipare a una funzione religiosa per Pasqua e per rimembrare un militare deceduto? Sembra davvero arduo poterlo sostenere.

Di talché sembrerebbe cadere tutta la costruzione che regge questa decisione, se il motivo scatenante la sanzione disciplinare è il rifiuto di partecipare alla messa.

In conclusione, se la partecipazione alle funzioni è *facoltativa*, ciò significa che deve essere data comunicazione ai militari che si terrà tale funzione alla quale hanno facoltà di partecipare, non certo che debba essere chiesto ai militari di obiettare alla partecipazione rivelando un proprio dato sensibile. Esigenze di servizio possono solo essere quelle che impongano la partecipazione del militare non in qualità di partecipante alla funzione, cosa che concreterebbe un inammissibile *dovere di partecipazione a una funzione religiosa*, ma in qualità di militare in servizio per assicurare, ad esempio, la sicurezza della stessa qualora ciò sia necessario.