



diritto & religioni

Semestrale
Anno XVIII - n. 2-2023
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

36



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XVIII – n. 2-2023
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore fondatore
Mario Tedeschi †

Direttrice
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, W. Decock, P. Di Marzio, Card. P. Erdő, F. Falchi, M. Ferrante, A. Fuccillo, M. Introvigne, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, J. Martínez-Torrón, M. F. Maternini, A. Melloni, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, K. Pennington, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio, A. Zanotti

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI DIRETTORI SCIENTIFICI

Antropologia culturale M. Minicuci

Diritto canonico G. Lo Castro

Diritti confessionali V. Fronzoni,
A. Vincenzo

Diritto ecclesiastico A. Bettetini

Diritto vaticano V. Marano

Sociologia delle religioni e teologia M. Pascali

Storia delle istituzioni religiose R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa G. Bianco, F. Di Prima, F. Balsamo, C. Gagliardi
Giurisprudenza e legislazione canonica e vaticana S. Carmignani Caridi, M. Carni, E. Giarnieri,
P. Palumbo, P. Stefani

Giurisprudenza e legislazione civile A. Miccichè, Raffaele Santoro, Roberta Santoro

Giurisprudenza e legislazione costituzionale

e comunitaria G. Chiara, C. M. Pettinato, I. Spadaro

Giurisprudenza e legislazione internazionale S. Testa Bappenheim

Giurisprudenza e legislazione penale V. Maiello

Giurisprudenza e legislazione tributaria L. Caprara, O. Daniele, L. Decimo, F. Vecchi

Parte III

SETTORI RESPONSABILI

Lettere, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche M. d'Arienzo

AREA DIGITALE F. Balsamo, A. Borghi, C. Gagliardi

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. Carlo De 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. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin 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.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof.ssa Ilaria Zuanazzi.

Direzione e Amministrazione:

Luigi Pellegrini Editore srl
Via Luigi Pellegrini editore, 41 – 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Sito web: www.pellegrinieditore.it

Direzione scientifica e redazione

I Cattedra di Diritto ecclesiastico Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II
Via Porta di Massa, 32 Napoli – 80133
Tel. 338-4950831
E-mail: dirittoereligioni@libero.it
Sito web: rivistadirittoereligioni.com
Indirizzo web rivista: rivistadirittoereligioni.com

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

Classificazione Anvur:

La rivista è collocata in fascia “A” nei settori di riferimento dell’area 12 – Riviste scientifiche.

Diritto e Religioni

Rivista Semestrale

Abbonamento cartaceo annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano

per l'Italia, € 50,00

per l'estero, € 60,00

Abbonamento digitale (Pdf) annuo 2 numeri, € 50,00

un fascicolo (Pdf) costa, € 30,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 10,00 al seguente link: <https://www.pellegrineditore.it/singolo-articolo-in-pdf/>

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore srl

Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrineditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– bonifico bancario Iban IT82S010308880000001259627 Monte dei Paschi di Siena

– acquisto sul sito all'indirizzo: <https://www.pellegrineditore.it/diritto-e-religioni/>

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

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

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

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

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

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

L'Archivio degli indici della Rivista e le note redazionali sono consultabili sul sito web: rivistadirittoereligioni.com

Il “perimetro” della libertà di culto e la discrezionalità tecnica. Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 9897 del 20 novembre 2023

The “perimeter” of religious freedom and technical discretion. Comment on the State Council No. 9897 of 20 November 2023

RENATO ROLLI
MARIAFRANCESCA D’AMBROSIO

RIASSUNTO

Il contributo illustra i rapporti tra esercizio della libertà di culto e tutela del diritto alla salute passando attraverso l’analisi dei confini del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione.

PAROLE CHIAVE

Libertà di culto; diritto alla salute; discrezionalità tecnica

ABSTRACT

The contribution illustrates the relationship between the exercise of freedom of religion and the protection of the right to health, through the analysis of the boundaries of the administrative judge on the technical discretion of the Public Administration.

KEYWORDS

Freedom of religion; right to health; technical discretion

SOMMARIO: 1. La vicenda giuridica – 2. I limiti alla libertà di culto – 3. La discrezionalità tecnica amministrativa – 4. I confini del sindacato giurisdizionale sull’attività discrezionalità tecnica – 5. Conclusioni

1. La vicenda giuridica

Con la sentenza n. 9897 del 20 novembre 2023 il Consiglio di Stato viene chiamato a pronunciarsi sul ricorso n. 5058 del 2023 proposto dalla Chiesa Italiana del Culto Eclettico della Fluente Luce Universale (Iceflu Italia) avverso la sentenza del Tar Lazio, sez. Terza *Quater*, n. 6031 del 7 aprile 2023.

Giova sin da subito rammentare che Iceflu Italia professa la fede e la carità

cristiana basata sulla dottrina del Santo Daime, una bevanda sacra a base di due piante della foresta amazzonica: i fusti della *Banisteriopsis caapi* – definita “*ayahuasca*” in lingua quechua – e delle foglie di *Psychotria viridis*, un arbusto della famiglia delle Rubiaceae contenente il principio attivo DMT in forma naturale. L’assunzione del decotto avviene secondo uno specifico protocollo – proveniente da Iceflu Brasile – ed è imprescindibile all’interno delle funzioni religiose dell’associazione, in quanto necessaria per l’esercizio del culto.

Nondimeno, con decreto del Ministero della salute 23 febbraio 2022 sono state inserite nella tabella I del d.P.R. n. 309/1990¹ le seguenti «piante ed loro componenti attivi: Ayahuasca, estratto, macinato, polvere (denominazione comune)»².

L’introduzione dell’*ayahuasca* tra le sostanze stupefacenti, di fatto, preclude la libera assunzione della bevanda.

Per questa ragione l’associazione, al fine di ottenere l’annullamento del Decreto del Ministero della salute, presentava ricorso che veniva rigettato in primo grado.

Avverso la sentenza del Tar Lazio, l’associazione proponeva appello al Consiglio di Stato, dinanzi al quale deduceva i seguenti motivi: «*error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione degli artt.13 e 14 del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309. Eccesso di potere sotto le figure sintomatiche del difetto di istruttoria, carenza dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 primo comma e 19 della Costituzione. Illegittimità costituzionale»³.

La parte appellante, più specificamente, sosteneva l’illegittimità del decreto impugnato in primo grado laddove «vieta l’*ayahuasca* in maniera totale e indiscriminata, senza prevedere che, al di sotto di una specifica quantità e dosaggio, la sua assunzione non provoca certamente effetti tossici o allucinogeni così come implicitamente ammesso nei pareri dell’ISS e del Consiglio Superiore di Sanità»⁴.

Il collegio rigettava il ricorso ritenendolo infondato. A parere dei giudici, invero, l’impugnativa eccedeva l’esigenza di tutela intesa a conseguire un’autorizzazione all’uso controllato del Santo Daime: ciò che l’Iceflu avrebbe dovuto contestare è il solo divieto di autorizzazione o di deroga in relazione all’uso controllato in un contesto religioso della bevanda.

Peraltro, la parte ricorrente non contestava adeguatamente le proprietà allucinogene dell’*ayahuasca*: «[...] risulta invece difficile negare, come ha

¹ La tabella reca l’indicazione delle sostanze stupefacenti e psicotrope.

² Decreto del Ministero della Salute del 23 febbraio 2022, art. 1.

³ Cfr. CONSIGLIO DI STATO, sentenza n. 9897 del 20 novembre 2023, p. 4.

⁴ Cfr. Ricorso in primo grado, pp. 19-20, alla fine del paragrafo 1.4.4.

preteso di fare la Chiesa ricorrente, che le sostanze suddette, inserite nella I tabella del d.P.R. n. 309 del 1990, in sé considerate e se assunte in quantità maggiori rispetto a quella del preparato “Santo Daimè”, siano prive di quelle caratteristiche che ne giustificano e ne consentono l’inserimento (ossia che possano produrre “effetti sul sistema nervoso centrale” e “determinare dipendenza fisica o psichica dello stesso ordine o di ordine superiore a quelle precedentemente indicate” (nella tabella I, lettera a), numeri da 1) a 3) o possano “provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali”)⁵.

Ne derivava la legittimità della decisione amministrativa impugnata – che faceva propri i pareri dell’Istituto superiore di sanità e del Consiglio superiore di sanità –, restando comunque esclusa «ogni valutazione del merito tecnico-scientifico e ogni sindacato sulla convenienza e opportunità della decisione amministrativa contestata».

2. I limiti alla libertà di culto

La vicenda sottesa alla pronuncia in commento sottende il problema dell’esercizio della libertà di culto da parte delle confessioni religiose⁶.

Non a caso, la parte appellante osserva che la libertà di culto può trovare limitazioni in presenza della necessità di tutelare diritti fondamentali, quale quello alla salute; l’asserita compressione di tale diritto sarebbe però superata a livello scientifico e comunque non condivisibile perché riferita al rischio per la salute derivante dalla DMT (dimetiltriptamina), con richiamo all’*ayahuasca* solo in quanto contenente DMT⁷.

Il Consiglio di Stato entra nel merito dell’equilibrio tra valori costituzionali – libertà di culto religioso e diritto alla salute – appena incidentalmente. Nondimeno, le osservazioni di ICEFLU Italia rendono necessario un approfondimento sulla possibile apposizione di confini a tale libertà.

Sul punto, autorevole dottrina⁸ ha osservato che il diritto di libertà religiosa è «un diritto autonomo e non unitario, positivo e non negativo, privato oltre che pubblico, relativo nel tempo e nello spazio e non certo assoluto, un diritto che non ha una tutela unicamente costituzionale ma che riguarda tutta la legislazione ordinaria»⁹.

⁵ Cfr. Sentenza in commento, p. 14, punto n. 7.

⁶ MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, Edizioni ADV, Firenze, 1990, p. 7 ss.

⁷ Cfr. Sentenza in commento, p. 7, punto n. 4.5.

⁸ Art. 11 Cost.

⁹ MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, cit., p. 34.

Per tale ragione «le fattispecie di diritto ecclesiastico necessitano, sul piano interpretativo, di una duttilità e di una sensibilità non solo tecnico-giuridica, ma anche storica, politica e teologica, senza la quale non si perviene a risultati durevoli»¹⁰.

Di qui l'onere dello Stato di promuovere e regolamentare il diritto e di garantire lo stesso da lesioni derivanti da interventi da parte della stessa pubblica autorità o di altri¹¹.

In questi termini si può cogliere il problema dei limiti e dell'ambito di estensione della libertà di ciascuno, individuo o gruppo associato¹².

Nel caso di specie, il diritto di professare liberamente la propria religione si scontra con l'esigenza di tutela del diritto alla salute, che potrebbe essere lesa dall'utilizzo dell'*ayahuasca* in quanto considerata dall'amministrazione sostanza allucinogena e psicoattiva.

L'intersezione tra i due diritti si manifesta in vario modo.

In un primo ordine di casi la religione si sostituisce alla medicina proponendosi come unica cura possibile al malessere fisico del fedele¹³. In altri casi, la religione obbliga il fedele ad attuare comportamenti capaci di incidere sulla sua salute o sulla sua integrità fisica. Diverso ancora il caso in cui la religione suggerisce al paziente una scelta sanitaria omissiva, che consiste nel rifiuto di uno o più trattamenti sanitari¹⁴.

Al secondo gruppo di casi è riconducibile la vicenda in esame.

La dottrina del Santo Daime, invero, impone al fedele l'assunzione del decotto a base di *ayahuasca*.

Devono allora indagarsi gli effetti che la bevanda può avere sulla salute. Ove questi siano nocivi, sarebbe giustificato l'inserimento dell'*ayahuasca* nel d.P.R. n. 309/1990.

Tale verifica passa attraverso l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte della P.A. e il sindacato del giudice amministrativo sull'attendibilità e correttezza delle conclusioni da quest'ultima raggiunte¹⁵.

¹⁰ MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 143 ss.; Id., *Il diritto ecclesiastico nell'alveo delle discipline pubblicistiche*, in *Diritto e religioni*, 2, 2010, p. 23.

¹¹ MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, cit., p. 45.

¹² *Ibidem*.

¹³ GAETANO MARCACCIO, *Identità religiosa e diritto alla salute. Interazioni classiche ed emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (rivista telematica www.statoechiese.it), 8, 2021, p. 18.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sul punto si rinvia ai paragrafi successivi.

3. *La discrezionalità tecnica amministrativa*

Nel qualificare l'*ayahuasca* come sostanza allucinogena e psicoattiva, l'amministrazione ha fatto esercizio di discrezionalità tecnica. Invero, la necessità di qualificare una sostanza come stupefacente porta con sé il ricorso a norme e saperi extragiuridici e, di conseguenza, la spendita di un potere tecnico-discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione.

La discrezionalità tecnica ricorre allorquando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. Non si tratta di attività discrezionale in senso proprio, in quanto non comporta alcuna scelta finalizzata al perseguimento del pubblico interesse, bensì di un'attività applicativa di una materia o di un settore specialistico.

In altri termini, la discrezionalità in senso proprio è rivolta all'interesse pubblico e dà luogo ad una valutazione di merito. Diversamente, la discrezionalità tecnica va intesa in relazione alle regole e agli insegnamenti delle discipline tecniche e dà luogo ad una valutazione di tipo scientifico¹⁶.

Nell'applicazione delle regole del sapere scientifico possono darsi due evenienze.

Talvolta, detta applicazione conduce a risultati certi o, comunque, retti da un elevato grado di attendibilità.

Altre volte, al contrario, si giunge a valutazioni caratterizzate da un elevato grado di opinabilità: l'elasticità della regola tecnico-scientifica la rende compatibile con una pluralità di soluzioni, tutte opinabili, ma tutte attendibili.

In questa seconda ipotesi, l'Amministrazione è chiamata a scegliere la soluzione che reputa maggiormente attendibile. Di qui l'espressione di discrezionalità tecnica.

Così delineata, la discrezionalità tecnica, si distingue dalla discrezionalità amministrativa¹⁷.

¹⁶ MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in EAD., (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2024, p.15.

¹⁷ FABIO FRANCIARI, MARIA ALESSANDRA SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; ANNAMARIA ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Cacucci, Bari, 1988; GAETANO AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989; VITTORIO BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967; LUIGI BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986; PAOLO CARPENTIERI, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *Diritto e Società*, 3, 2022, p. 489 ss.; FABIO CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 471 ss.; DARIA DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; PAOLO LAZZARA,

L'attività amministrativa si dice discrezionale se e in quanto la legge attributiva del potere lascia all'autorità amministrativa la scelta sull'*an*, sul *quid*, sul *quando* e sul *quomodo* dell'azione amministrativa; scelta pur sempre funzionalizzata, in quanto tesa alla realizzazione del pubblico interesse.

La discrezionalità amministrativa, allora, consiste in una scelta guidata dalla comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati, coinvolti in un episodio di esercizio del potere. In definitiva, essa implica una scelta di merito amministrativo.

Per lungo tempo la dottrina – nel solco tracciato dal modello francese – accomunava la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica nel concetto generale di potere discrezionale, da intendere come potere di scelta della soluzione migliore nel caso concreto, anche quando ciò si traduceva nell'applicazione di regole tecniche.

Nondimeno, sul finire degli anni Trenta attenta dottrina iniziò a soffermarsi non più sulla scelta, bensì sul contenuto della valutazione, individuato nella ponderazione degli interessi¹⁸.

Si osservò, precisamente, che la valutazione di tipo politico-discrezionale caratterizza soltanto la discrezionalità amministrativa; la discrezionalità tecnica, di contro, si limita ad applicare regole tecniche.

Da tanto discende l'alterità tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica, con la conseguenza che soltanto la prima sarebbe vera e propria discrezionalità, consistendo in una scelta in cui rileva il profilo volontaristico.

Discrezionalità tecnica, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. IV, Utet, Torino, 2010, p. 146 ss.; CARLO MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985; FABIO MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; FRANCO MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 482 ss.; GIUSEPPE MORBIDELLI, *Separazione fra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 1, 2021, p. 1 ss.; COSTANTINO MORTATI, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Utet, Torino, 1960, p. 1098 ss.; ALDO PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1963, p. 65 ss. e, tra i volumi più recenti, ALFREDO MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021; LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022; VALENTINA GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Franco Angeli, Torino, 2023.

¹⁸ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; FIORENZO LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, 1, 2022, pp. 1-13.

4. I confini del sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionalità tecnica

La distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica si riflette sul tipo di sindacato esperibile da parte del giudice. Nei confronti della discrezionalità tecnica sono configurabili, in astratto, una pluralità di modelli di sindacato giurisdizionale.

Il primo tipo è rappresentato dal sindacato estrinseco. Si tratta di un giudizio simile a quello che si esercita sulla discrezionalità amministrativa: esso è volto ad individuare vizi non intrinseci, come il difetto di istruttoria e di motivazione.

Al sindacato estrinseco si contrappone il sindacato intrinseco: esso è volto ad individuare vizi non rilevabili se non attraverso il ricorso a cognizioni tecniche. A sua volta, il sindacato intrinseco può essere di tipo debole (sindacato di evidenza), oppure di tipo forte (sindacato pieno).

Nel sindacato intrinseco di tipo debole le cognizioni tecniche acquisite dal giudice vengono utilizzate al solo fine di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della valutazione tecnica effettuata dall'amministrazione¹⁹.

Nel sindacato intrinseco forte, invece, la valutazione tecnica del giudice si sostituisce a quella effettuata dalla pubblica amministrazione.

L'individuazione del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo ha subito gli effetti della mutevole qualificazione della discrezionalità tecnica.

In un primo momento, la giurisprudenza ha ritenuto che la discrezionalità tecnica attenesse al merito amministrativo, e dunque alla sfera della libera scelta e dell'autonomo apprezzamento dell'amministrazione, così equiparandola alla discrezionalità amministrativa.

Questo modo di intendere la discrezionalità tecnica, tuttavia, erroneamente qualifica gli elementi imprecisi della fattispecie – che sottintendono fatti ad accertamento complesso con aspetti di opinabilità – alla stregua di aspetti relativi alla cognizione riservata ed esclusiva dell'amministrazione. Quegli elementi, in verità, non implicano alcuna valutazione discrezionale. Invero, l'unica scelta riservata all'amministrazione è quella di opportunità.

In altri termini, la discrezionalità tecnica non è “vera discrezionalità”²⁰: essa attiene sempre all'esame del fatto e al piano della legittimità dell'azione amministrativa. Per questa ragione deve esserne consentita la sindacabilità.

¹⁹ MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in EAD., (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 18; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 35.

²⁰ *Ibidem*.

Nel solco di tale ricostruzione si è affermata la possibilità di una verifica diretta da parte del giudice amministrativo della discrezionalità tecnica; verifica volta a valutare l'adeguatezza del criterio adottato dell'amministrazione.

Segnatamente, qualora il giudizio dell'amministrazione risulti corretto e quindi attendibile, sebbene opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, anch'esso opinabile. Nondimeno, può rilevare l'inattendibilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione, per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo²¹.

Il Consiglio di Stato – per quel che qui interessa – pur aderendo alla tesi ampia del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ha rigettato l'appello osservando che «le deduzioni e produzioni di parte, peraltro focalizzate soprattutto sugli effetti dell'assunzione della bevanda “Santo Daimé”, non assumono e non presentano quella “maggiore attendibilità” idonea a far dubitare dell'attendibilità tecnico-scientifica dell'istruttoria compiuta dall'Amministrazione e dalle conseguenti conclusioni cui essa è giunta».

5. Conclusioni

Il sindacato del giudice amministrativo si è concluso col rigetto dell'appello proposto da Iceflu Italia.

L'attendibilità del giudizio tecnico-scientifico svolto dalla Pubblica Amministrazione, sulla base dei pareri dell'ISS e del Consiglio superiore di sanità, ha condotto il giudice a non dubitare dell'istruttoria da questa compiuta e, di conseguenza, a ritenere corretto l'inserimento dell'*ayahuasca* nel d.P.R. n. 309/1990.

L'*agere* della Pubblica Amministrazione segna il confine di due diritti fondamentali, il diritto alla salute e quello alla libertà di culto. La provata natura allucinogena e di sostanze psicoattive dell'*ayahuasca* e dell'armina e armalina nonché la loro tossicità e la ricorrenza del loro uso sul territorio nazionale ne hanno giustificato l'inserimento nel T.U. a tutela del diritto alla salute.

Di conseguenza, nell'operato bilanciamento di valori, la tutela della libertà di culto è risultata soccombente. Al riguardo, osservano i giudici che il diritto di professare la propria religione deve confrontarsi con le prioritarie esigenze di tutela dell'ordine pubblico e con il diritto alla salute, quale fondamentale

²¹ CONSIGLIO DI STATO, sentenza n. 11204 del 27 dicembre 2023; CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza n. 8167 del 23 settembre 2022; CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, sentenza n. 2836 del 21 marzo 2023; CONSIGLIO DI STATO, sentenza n. 3892 del 18 aprile 2023; CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza n. 4686 del 9 maggio 2023.

diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Appare allora condivisibile la considerazione secondo la quale il predetto interesse religioso potrebbe ricevere riconoscimento e tutela attraverso il conseguimento di un'apposita deroga autorizzativa all'uso controllato, in un contesto rituale, di minime quantità di *ayahuasca* diluita nella suddetta bevanda.

Al riguardo è significativa l'osservazione di parte appellante, secondo la quale «non viene segnalato nessun caso di intossicazione ed effetti avversi registrati nella letteratura scientifica a livello mondiale da assunzione di *ayahuasca* nel contesto religioso dell'ICEFLU (Santo Daime) e UDV, a fronte di decine di migliaia di frequentatori e centinaia di migliaia di assunzioni ogni anno a livello mondiale». L'assenza di intossicazione deriva dal fatto che «la preparazione della "*ayahuasca*" non può in alcuna maniera essere vista come un processo di concentrazione, quanto piuttosto come un processo di semplice estrazione empirica con solvente acquoso. L'estrazione, nel complesso, risulta abbastanza inefficiente, determinando di fatto una notevole diluizione»²².

Considerato che l'impatto nocivo della sostanza può considerarsi pressoché inesistente²³, l'assunzione controllata dell'*ayahuasca* rappresenta il punto di equilibrio tra gli opposti interessi, consentendo ad un tempo l'esercizio del culto e la tutela della salute del fedele.

²² Cfr. Si rinvia alla consulenza tecnica di parte, intitolata "*Qualità, sicurezza ed efficacia dell'Ayahuasca e dei suoi componenti*", elaborata da Matteo Politi, PhD Chimico Farmaceutico e Michéle Anne Barocchi, PhD Biochimica.

²³ La letteratura scientifica esclude i casi nei quali la sostanza sia assunta da soggetti in condizione di salute non sana ovvero assuntori di farmaci.