

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Indice

- *Presentazione*

- *Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Seconda, decreto 8 luglio 2023, n. 334*

(Destinazione al culto di un immobile – Sospensione ordinanza di ripristino della precedente destinazione commerciale – Indisponibilità dello spazio religioso – Lesione del diritto di libertà religiosa - Sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile)

- *Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Quarta di Firenze, sentenza 28 luglio 2023, n. 792*

(Ora di religione – Esonero ora di religione – Diritto di scelta anche nel corso dell'anno scolastico)

- *Consiglio di Stato, Sezione Seconda, sentenza 28 agosto 2023, n. 8017*

(Ospedali religiosi e strutture ospedaliere pubbliche – Non completa assimilabilità)

- *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Quinta Bis, sentenza 4 ottobre 2023, n. 14676*

(Concessione cittadinanza – accertamento requisiti – rilevanza frequentazione centri religiosi islamici - discrezionalità)

- *Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Terza di Napoli, sentenza 25 ottobre 2023, n. 5817*

(Somministrazione di cibo e bevande - arte presepeiale - valore simbolico e culturale del presepe)

- *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Seconda di Brescia, sentenza 14 novembre 2023, n. 837*

(Destinazione al culto di un immobile – Mutamento di destinazione urbanistica – Presupposti)

- *Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 20 novembre 2023, n. 9897*

(Utilizzo di sostanze vietate all'interno di funzioni religiose – Legittimità del divieto – Art. 19 Cost.)

con nota di

RENATO ROLLI, MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO, *Il "perimetro" della libertà di culto e la discrezionalità tecnica. Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 9897 del 20 novembre 2023*

Administrative Jurisprudence and Legislation

Index

- *Presentation*

- *Veneto Regional Administrative Court, Second Section, decree of 8 July 2023, no. 334*

(Destination of a building to worship - Suspension of the order to restore the previous commercial use - Unavailability of the religious space - Damage to the right to religious freedom - Existence of serious and irreparable damage)

- *Tuscany Regional Administrative Court, Fourth Section of Florence, judgement of 28 July 2023, no. 792*

(Hour of religion - Exemption from the hour of religion - Right to choose even during the school year)

- *Council of State, Second Section, judgement of 28 August 2023, no. 8017*

(Religious hospitals and public hospital facilities – Not completely assimilable)

- *Latium Regional Administrative Court, Fifth Bis Section, judgement of 4 October 2023, no. 14676*

(Granting of citizenship - verification of requirements - relevance of attendance at Islamic religious centres - discretion)

- *Campania Regional Administrative Court, Third Section of Naples, judgement of 25 October 2023, no. 5817*

(Provision of food and drinks - nativity scene art - symbolic and cultural value of the nativity scene)

- *Lombardy Regional Administrative Court, Second Section of Brescia, judgement of 14 November 2023, no. 837*

(Destination of a building for worship – Change of destination – Prerequisites)

- *Council of State, Third Section, judgement of 20 November 2023, no. 9897*

(Use of prohibited substances within religious ceremonies – Legitimacy of the ban – Art. 19 Constitution)

annotated by

RENATO ROLLI, MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO, *The “perimeter” of religious freedom and technical discretion. Comment on the State Council No. 9897 of 20 November 2023*

Presentazione

In questo numero la sezione di “Legislazione e giurisprudenza amministrativa” accoglie due pronunce del Consiglio di Stato e cinque sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali.

La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Seconda di Brescia, 14 novembre 2023, n. 837 e il decreto del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Seconda, decreto 8 luglio 2023, n. 334 concernono due ipotesi di mutamento di destinazione dell’uso dell’immobile ad uso cultuale e circoscrivono il potere autoritativo della P.A. in considerazione del potenziale grave ed irreparabile pregiudizio cagionato al fondamentale diritto di libertà religiosa di cui all’art. 19 Cost.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Terza, 20 novembre 2023, n. 9897 ha invece confermato il divieto di utilizzare sostanze vietate (nel caso di specie l’Ayahuasca) per la celebrazione di riti religiosi, e precisamente per la preparazione di una bevanda impiegata nel rito. Difatti, l’art. 19 Cost., ad avviso del Tribunale Amministrativo regionale, oltre a stabilire il limite esplicito del buon costume nell’esercizio dei riti religiosi, postula limiti impliciti derivanti anche dalla tutela degli altri diritti fondamentali, compreso il diritto alla salute.

La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Quarta di Firenze, 28 luglio 2023, n. 792 ha invece affermato l’ammissibilità della richiesta di esonero dalla frequenza dell’ora di religione cattolica formulata da uno studente nel corso dell’anno. La vicenda trae origine dal diniego della richiesta di non frequentare più l’ora di religione nel corso del quinto anno fatta pervenire dai genitori di una studentessa che aveva partecipato, nei primi quattro anni delle elementari, all’insegnamento.

La pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Quinta Bis, 4 ottobre 2023, n. 14676 ribadisce che il procedimento di concessione della cittadinanza si caratterizza per un elevato grado di discrezionalità in ragione della natura composito dell’interesse pubblico coinvolto. L’Amministrazione potrà pertanto anche valutare elementi concernenti la fede religiosa del richiedente, quali la partecipazione alle attività di determinati centri islamici.

Infine, con la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Terza di Napoli, 25 ottobre 2023, n. 5817 è stata indirettamente rimarcata l’importanza simbolica e culturale di un simbolo religioso come il presepe nell’ambito di una vicenda inerente all’inefficacia di una SCIA per l’apertura di un esercizio commerciale diretto alla somministrazione di alimenti e bevande nella strada di San Gregorio Armeno, culla dell’arte presepiale mondiale.

Presentation

In this issue the "Legislation and administrative jurisprudence" section includes two rulings from the Council of State and five from Regional Administrative Courts.

The judgment of the Lombardy Regional Administrative Court, Second Section of Brescia, 14 November 2023, no. 837 and the decree of Veneto Regional Administrative Court, Second Section, dated 8 July 2023, no. 334 concern two hypotheses of change of use of buildings for religious activities and limit the authoritative power of the Public Administration in consideration of the potential serious and irreparable damage caused to the fundamental right to religious freedom, provided for by art. 19 of the Italian Constitution.

The ruling of the Council of State, Third Section, 20 November 2023, no. 9897 instead confirmed the ban on using prohibited substances (in this case *Ayahuasca*) for the celebration of religious rites, and specifically for the preparation of a ritual beverage. In fact, the art. 19 of the Italian Constitution, in the opinion of the Regional Administrative Court, in addition to establishing the explicit limit of good customs in the exercise of religious rites, postulates implicit limits also deriving from the protection of other fundamental rights, including the right to health.

The judgement of Tuscany Regional Administrative Court, Fourth Section of Florence, 28 July 2023, no. 792 affirmed the admissibility of the request for exemption from attending the Catholic religion class made by a student during the year. The matter originates from the denial of the request to no longer attend religion class during the fifth year received by the parents of a student who had participated in teaching in the first four years of primary school.

The ruling of the Regional Administrative Court for Lazio, Fifth Bis Section, 4 October 2023, no. 14676 reiterates that the procedure for granting citizenship is characterized by a high degree of discretion due to the composite nature of the public interest involved. The Administration will therefore also be able to evaluate elements concerning the applicant's religious faith, such as participation in the activities of certain Islamic centres.

Finally, with the sentence of the Regional Administrative Court for Campania, Third Section of Naples, 25 October 2023, no. 5817, the symbolic and cultural importance of a religious symbol such as the nativity scene was indirectly highlighted in the context of a case relating to the ineffectiveness of a SCIA for the opening of a commercial business aimed at the supply of food and drinks in the street of San Gregorio Armeno, cradle of world nativity scene art.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

Sezione Seconda, decreto 8 luglio 2023, n. 334

Destinazione al culto di un immobile – Sospensione ordinanza di ripristino delle precedente destinazione commerciale – Indisponibilità dello spazio religioso – Lesione del diritto di libertà religiosa - Sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile

Il pregiudizio cagionato all'esercizio del diritto di libertà religiosa all'interno di uno spazio adibito allo svolgimento di attività religiose può costituire un danno estremo, grave e irreparabile in grado di giustificare la sospensione di un provvedimento amministrativo. Nel caso di specie il T.A.R. Veneto ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza del Comune di Venezia di ripristino della precedente destinazione commerciale di un locale (ex supermercato) adibito a luogo di culto da un'associazione islamica.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

Sezione Quarta di Firenze, 28 luglio 2023, n. 792

Ora di religione – Esonero ora di religione – Diritto di scelta anche in corso dell'anno scolastico

È illegittimo impedire agli studenti di optare per l'esonero dall'ora di religione nel corso del periodo di studi. L'ordinamento normativo prevede, infatti, un diritto di scelta in ordine alla frequenza o meno delle lezioni di religione cattolica nelle scuole di ogni grado, non universitario. Ogni limite in grado di condizionare questa scelta si pone in contrasto con l'esercizio del diritto di libertà religiosa dello studente, in virtù del quale è possibile optare per l'esonero dalla frequenza dell'insegnamento anche nel corso dell'anno scolastico.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato

Sezione Seconda, 28 agosto 2023, n. 8017

Ospedali religiosi e strutture ospedaliere pubbliche – Non completa assimilabilità

Gli ospedali religiosi non sono completamente assimilati alle strutture ospedaliere pubbliche, rilevando in contrario il fatto che restano, tra l'altro, enti di diritto privato con autonomia gestionale e sono sottratti al sistema della finanza pubblica di cui alla legge n. 468/1978 e che la mancata previsione di tetti di spesa

annui per le aziende ospedaliere pubbliche non comporta la dedotta disparità di trattamento tra gli ospedali classificati e le strutture ospedaliere pubbliche.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta Bis), 4 ottobre 2023, n. 14676

Concessione cittadinanza – accertamento requisiti – rilevanza frequentazione centri religiosi islamici – discrezionalità

Il provvedimento di concessione della cittadinanza rientra nel novero degli atti di alta amministrazione e sottende una valutazione di opportunità politico-amministrativa caratterizzata da un altissimo grado di discrezionalità nella valutazione dei fatti accertati e acquisiti al procedimento. La valutazione condotta dall'Amministrazione si estende anche alla correlata assenza di un vulnus per le condizioni di sicurezza dello Stato, in relazione alla quale possono assumere rilievo anche situazioni concernenti la fede religiosa del richiedente, quali, ad esempio, la frequentazione di centri culturali islamici.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

Sezione Terza di Napoli, 25 ottobre 2023, n. 5817

Somministrazione di cibo e bevande - arte presepiale - valore simbolico e culturale del presepe

Nella strada di San Gregorio Armeno in Napoli il Comune ha il diritto di vietare l'apertura di attività commerciali non dedite all'arte presepiale al fine di preservare l'identità di una "strada unica al mondo", che affonda la sua specificità nel valore culturale e religioso riconosciuto al simbolo cristiano del presepe unitamente al patrimonio immateriale di cui è fulcro.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sezione Seconda di Brescia, 14 novembre 2023, n. 837

Destinazione al culto di un immobile – Mutamento di destinazione – Presupposti

Ai fini di un'adeguata e proporzionale pianificazione urbanistica riguardante le attrezzature religiose, il mutamento di destinazione d'uso di un immobile al culto potrà essere esclusivamente subordinato a tre condizioni: (a) il rilascio di un permesso di costruire (v. art. 52 comma 3-bis della LR 12/2005); (b) la

stipula con il Comune di una convenzione a fini urbanistici (v. art. 70 comma 2-ter della LR 12/2005); (c) l'accertamento della compatibilità urbanistica (v. art. 9 comma 15 della LR 12/2005). Il rilascio del permesso di costruire non presuppone più, peraltro, una previsione nel PGT che localizzi le singole strutture religiose. Sarà piuttosto necessaria una valutazione di compatibilità urbanistica "allo scopo di accertare l'equivalenza tra il luogo di culto e le destinazioni di zona esplicitamente ammesse o equivalenti". Sono illegittimi, pertanto, i provvedimenti che rigettano l'istanza di mutamento di destinazione d'uso di un immobile, da ufficio a luogo di culto, presentata da un'associazione culturale araba, sia le disposizioni urbanistiche del PGT limitatamente alle parti che escludono "la realizzazione di attrezzature per l'esercizio del culto o della professione religiosa, sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali" oppure ne limitano l'insediamento ad una superficie non superiore a cento metri quadrati. Tali prescrizioni risultano sostanzialmente contrastanti con l'art. 19 della Carta Costituzionale e con il livello di tutela che la giurisprudenza costituzionale garantisce allo "spazio religioso".

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato

Sezione Terza, 20 novembre 2023, n. 9897

Utilizzo di sostanze vietate all'interno di funzioni religiose – Legittimità divieto – Art. 19 Cost.

Deve essere confermata la decisione con cui il TAR Lazio ha respinto le obiezioni sollevate dalla Chiesa Italiana del Culto Eclettico della Fluente Luce Universale in merito al decreto del 23 febbraio 2023, con cui il Ministero della Salute ha catalogato come stupefacente una sostanza utilizzata dall'associazione religiosa per preparare una bevanda durante i riti. Sebbene l'unico limite contemplato dall'art. 19 Cost. sia rappresentato dal divieto di riti contrari al buon costume, oltre a tale limite esplicito sussiste sempre un limite implicito che è connaturato a tutti i diritti ed è rappresentato dalla necessità di tutelare altri diritti o interessi aventi rilevanza costituzionale, tra cui il diritto alla salute.

Fonte: www.giustizia-amministrativa.it

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 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 Daime", 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

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 di primo grado, pp. 19-20, alla fine del paragrafo 1.4.4.

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

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.

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 leso 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.

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.

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*.

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.

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 allorché 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.

¹⁵ Sul punto si rinvia ai paragrafi successivi.

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 FRANCIOSI, 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, *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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 dall'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 Daime”, 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'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

²⁰ *Ibidem*.

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.

esigenze di tutela dell'ordine pubblico e con il diritto alla salute, quale fondamentale 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 Michèle 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.