

Giudice amministrativo e laicità dello Stato: il problematico séguito delle decisioni costituzionali sull'ora di religione

di *Marco Croce*

1. Premessa

“Giudice amministrativo e laicità dello Stato” è un titolo che si presta a coprire un ambito materiale estremamente ampio e variegato: per rimanere alle principali problematiche giurisprudenziali richiamate da una tale locuzione, basti pensare che in essa sono sicuramente ricomprese le questioni riguardanti la collocazione dei simboli religiosi negli spazi pubblici, l'edilizia di culto, il riconoscimento degli enti ecclesiastici, i finanziamenti alla scuola e all'università private confessionalmente orientate – nonché la condizione degli insegnanti in tali strutture –, le varie forme di cappellania (per esempio negli ospedali, nelle caserme e nelle carceri), le cerimonie religiose e le visite pastorali svolte in strutture della P.A.¹

È sembrato dunque doveroso restringere l'analisi a uno specifico settore: la trattazione di tutte le tematiche richiamate avrebbe comportato, oltre a sovrapposizioni con altri interventi², una sicura superficialità dell'elaborato, alla quale si spera di esser così riusciti a sfuggire.

Verrà dunque esaminata la problematica dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, peraltro attraverso un'ulteriore riduzione del campo di indagine: ci si occuperà esclusivamente della condizione dello studente posto di fronte alla scelta se frequentare o meno l'ora di religione, tralasciando dunque il non trascurabile contenzioso riguardante la collocazione nell'organico scolastico degli insegnanti di tale ‘materia’. Questa scelta, ovviamente opinabile, è sembrata la più pertinente rispetto al tema del convegno: in tale settore, infatti, il giudice amministrativo è stato costretto a misurarsi con un diritto costituzionale – *il diritto di non fare nulla in alternativa all'ora di religione* – e, cosa ancora più interessante a parere di chi scrive, con le statuizioni del giudice delle leggi che tale diritto avevano riconosciuto. Attraverso la lente della problematica dell'ora di religione è dunque sicuramente possibile tentare di svolgere alcune considerazioni sul rapporto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa in tema di laicità dello Stato.

¹ Si può trovare una sintesi di tale panorama giurisprudenziale in P. MONETA, *Le ultime tendenze giurisprudenziali del Consiglio di Stato in materia ecclesiasticistica*, in www.statoecliese.it (luglio 2010), un contributo molto documentato e decisamente orientato in senso apologetico nei confronti delle elaborazioni del supremo consesso amministrativo, che invece, a parere di chi scrive, meriterebbero una serrata critica pressoché in ogni ambito.

² Le questioni attinenti alla problematica dei simboli religiosi negli spazi pubblici sono infatti affrontate nel saggio di Ilenia Ruggiu presente in questo volume. Per una prospettiva di sintesi su questo aspetto, corredata da un ricco apparato bibliografico, v. J. Pasquali Cerioli, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a “simbolo religioso”*, in www.statoecliese.it (marzo 2009).

2. Le decisioni costituzionali sull'ora di religione

Le sentenze costituzionali n. 203/1989 e n. 13/1991 sono molto note, per cui non è necessario analizzarle nel dettaglio³: basterà qui ricordarne i punti salienti in maniera tale da avere il quadro delle *rationes decidendi* che dovrebbero essere il punto di partenza di ogni decisione del giudice amministrativo in materia.

Il contesto normativo e giurisprudenziale che portò a queste decisioni è particolarmente significativo ai fini di questo lavoro: la Corte costituzionale censurò, seppure nella forma dell'interpretativa di rigetto⁴, la giurisprudenza del Consiglio di Stato che avallava la circolare ministeriale n. 302 del 1986, la quale sanciva in modo esplicito la regola dell'eguale tempo scuola tra avvalentisi e non avvalentisi (obbligando questi ultimi a frequentare l'ora alternativa)⁵, sottolineando dunque come l'ora di religione non potesse far parte dell'orario curriculare⁶. In particolare, con la sent. n. 203/1989 il Giudice delle leggi ci dice che: a) per ciò che attiene alla 'natura' dell'insegnamento, siamo di fronte non a una materia come le altre, ma all'insegnamento "di una religione positiva impartito «in conformità alla dottrina della Chiesa»"; b) per quanto attiene alla comparabilità con altri insegnamenti, "La previsione come obbligatoria di altra materia per in non avvalentisi sarebbe patente discriminazione a loro danno, perché proposta in luogo dell'insegnamento di religione cattolica, quasi corresse tra l'una e l'altro lo schema logico dell'obbligazione alternativa, quando dinanzi all'insegnamento di religione si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà ed impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche"; c) per quanto attiene alla questione della opzionalità o facoltatività della disciplina, che mentre lo Stato è obbligato, per via del Concordato, a garantirne l'insegnamento nella scuola pubblica, per gli studenti esso è "facoltativo: solo l'esercizio del diritto di avvalersene crea l'obbligo scolastico di frequentarlo"⁷.

³ Fra i molti commenti dottrinali alle decisioni cfr. almeno G.G. FLORIDIA, S. 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, 1086 ss., e N. 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.

⁴ Per G.G. FLORIDIA, S. SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato*, cit., 1130, la Corte emanò un "dispositivo di rigetto, ma espressamente collegato al ribaltamento interpretativo della stessa disciplina, in modo da sospingere e indirizzare la sua immediata applicazione da parte dell'autorità amministrativa e dei giudici" (corsivo aggiunto).

⁵ Il Consiglio di Stato (v. Sez. VI, n. 1006/1988, in *Foro it.*, 1989, III, c. 223 ss.), così facendo, si opponeva alla diversa lettura della circolare data dalla decisione del TAR Lazio, Sez. III, n. 1274/1987 (in *Foro it.*, 1988, III, c. 1 ss. con nota di N. COLAIANNI, *Religione cattolica e chiusura a scuola: l'ultima alternativa*), che attribuiva alla disposizione il significato di conferma che l'orario obbligatorio dev'essere eguale per tutti nell'ambito della stessa classe "sicché solo gli insegnamenti facoltativi possono, in quanto tali ed in quanto liberamente assunti, aggiungersi, come l'IRC, a tale orario ordinario, operando *differenziazioni orarie volontarie* tra gli alunni di una medesima classe".

⁶ Sottolinea con vigore questo aspetto delle decisioni N. COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale: il caso dell'ora di religione*, in *www.statoe_chiese.it* (ottobre 2009), 7.

⁷ Mentre l'opzionalità richiama la scelta alternativa e obbligatoria fra due attività perché equivalenti e facenti parte del tempo scuola – cfr. M. GATTAPONI, *Osservazioni a margine DELL'IRC: la valutabilità dell'insegnamento di "attività alternativa" al vaglio dei giudici amministrativi*, in *www.statoe_chiese.it* (luglio 2008) 6 –, la facoltatività si riferisce all'assunzione volontaria di obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa.

Con la sent. n. 13/1991 la Consulta sottolinea invece almeno due cose ulteriori e fondamentali: d) dinanzi all'obiezione dell'Avvocatura dello Stato che un diseguale tempo scuola avrebbe incentivato a non avvalersi dell'ora di religione⁸, essa replica che "Non è pertanto da vedere nel minore impegno o addirittura nel disimpegno scolastico dei non avvalentisi una causa di disincentivo per le future scelte ... dato che le famiglie e gli studenti che scelgono l'insegnamento di religione cattolica hanno motivazioni di tale serietà da non essere scalfite dall'offerta di opzioni diverse"; e) esiste un vero e proprio *diritto di non fare nulla in alternativa all'ora di religione* (diritto che serve a "non rendere equivalenti e alternativi l'insegnamento di religione cattolica ed altro impegno scolastico per non condizionare dall'esterno della coscienza individuale l'esercizio di una libertà costituzionale come quella religiosa, coinvolgente l'interiorità della persona"), dal momento che "lo «stato di non-obbligo» può comprendere, tra le altre possibili, anche la scelta di allontanarsi o assentarsi dall'edificio della scuola".

Non paiono quindi esservi dubbi sul significato di queste decisioni: come aveva a suo tempo autorevolmente evidenziato Paolo Barile, "l'assicurare un uguale tempo-scuola che tenga conto dell'insegnamento della religione cattolica" si risolverebbe "per i non avvalentisi in una ingiustificata forma di discriminazione", visto che assoggetterebbe "i medesimi ad un onere orario a cui per legge non sono tenuti"⁹. L'ora di religione non può dunque che essere intesa, per essere considerata compatibile col principio di laicità dello Stato, come meramente facoltativa (invece che opzionale).

3. Le sentenze dei giudici amministrativi degli anni '90

Nel corso degli anni '90, le *rationes decidendi* delle decisioni della Consulta appena richiamate rimangono in qualche modo quiescenti: il contenzioso sull'ora di religione vede emergere esclusivamente decisioni che hanno a che vedere con controversie in merito alla determinazione della bocciatura o della promozione degli alunni sulla base del giudizio dell'insegnante di religione, senza che ci sia mai alcun riferimento e alla Costituzione e alle sentenze del Giudice delle leggi.

Le opposte linee giurisprudenziali che si fronteggiano sono comunque passibili di essere giudicate sulla base delle sentenze della Corte: da una parte abbiamo, per esempio, le decisioni dei TAR Puglia, Lecce, sez. I, n. 5/1994, Toscana, n. 1089/1999, e Trento, n. 511/2000¹⁰ (più di recente, in questo senso, TAR Veneto, n. 2892/2005), secondo le

⁸ Particolarmente significativo appare questo passaggio: "chi abbia deciso di avvalersene non può essere trattenuto un'ora in più e la religione va considerata materia curriculare come le altre, entrando a formare quel tempo ritenuto globalmente necessario per l'istruzione". Dal che si può desumere, *per tabulas*, a contrario che la Corte abbia sancito che l'ora di religione non possa essere considerata curriculare.

⁹ P. BARILE, *Lo Stato è laico, parola di corte*, in *La Repubblica*, 13 aprile 1989, ora in ID., *Tra Costituzione e riforme*, Firenze-Antella, 2001, 175 ss.

¹⁰ La decisione del TAR Lecce diede lo spunto per un'interrogazione parlamentare in materia, alla quale l'allora ministro Lombardi rispose che l'interpretazione della "normativa in esame non può che essere ... nel senso che quando il voto dei docenti in parola diviene determinante, esso deve trasformarsi in un giudizio motivato che non rientra nel conteggio e che, di conseguenza, non ha riflesso sulla promovibilità dell'alunno alla classe successiva". Ma sul punto, il Ministero più di recente si è espresso in termini opposti avallando la linea giurisprudenziale sopra menzionata: in una Nota del 16 novembre 2005 (n. 5671/F32/H12) – reperibile anche su www.olir.it – il direttore generale afferma che "nel momento in cui l'alunno opta per l'insegnamento della religione cattolica, detta materia diventa obbligato-

quali il giudizio dell'insegnante di religione ha carattere decisionale e costitutivo della maggioranza che deve determinare la promozione o meno dell'alunno; dall'altra la decisione del TAR Piemonte, sez. I, n. 780/1996¹¹, che invece interpreta l'ord. min. n. 80/1995 nel senso di una sostanziale irrilevanza del giudizio espresso dall'insegnante di religione.

A essere rigorosi è quest'ultima soluzione quella che appare corretta: se, come si deduce dalle sentenze costituzionali richiamate, l'ora di religione non può far parte del curriculum scolastico, non vi è nessuna possibilità che, pur se liberamente scelta, possa divenire determinante per la promozione.

L'orientamento che sembra essersi affermato è però quello opposto: la scelta di avvalersene farebbe diventare la materia obbligatoria per l'alunno, quindi curriculare (stessa cosa, come si vedrà, si sostiene a proposito dell'attribuzione del credito scolastico). Pare a chi scrive che in questo modo di ragionare ci sia un evidente salto logico: 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'¹².

A parte questi rilievi che appaiono, a chi scrive, decisivi per giudicare incompatibili questi orientamenti con le statuizioni della Consulta, è interessante sottolineare come

ria ed in quanto tale assume pari dignità delle altre discipline, di conseguenza, gli insegnanti di religione cattolica hanno la stessa dignità degli altri docenti, ed infatti, fanno parte del Consiglio di classe con gli stessi diritti e doveri degli altri insegnanti ... Com'è noto, il voto del docente di religione, quando è determinante, diventa giudizio motivato, ma ad avviso della scrivente, non perde la rilevanza del voto. Tale avviso è suffragato, peraltro, dal pacifico orientamento giurisprudenziale che man mano, sulla materia è venuto a crearsi".

¹¹ Le decisioni richiamate sono facilmente reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

¹² A questo proposito, basterebbe leggere i D.P.R. contenenti gli obiettivi specifici di apprendimento propri dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole dell'infanzia e primarie per avere contezza del fatto che siamo in presenza di un catechismo impartito secondo i dettami di un'autorità confessionale e non di un insegnamento del fatto religioso con un taglio di tipo culturale (come qualcuno vorrebbe far credere): per fare un esempio, nel D.P.R. n. 121/2004 si prevede: "Religione cattolica. Osservare il mondo che viene riconosciuto dai cristiani e da tanti uomini religiosi dono di Dio creatore. Scoprire la persona di Gesù di Nazareth come viene presentata dai Vangeli e come viene celebrata nelle feste cristiane. Individuare i luoghi di incontro della comunità cristiana e le espressioni del comandamento evangelico dell'amore testimoniato dalla Chiesa". Nel D.P.R. n. 122/2004, si trovano invece espressioni di questo tipo: "Dio Creatore e Padre di tutti gli uomini. Gesù di Nazareth, l'Emmanuele «Dio con noi». La Chiesa, comunità dei cristiani aperta a tutti i popoli. Scoprire nell'ambiente i segni che richiamano ai cristiani e a tanti credenti la presenza di Dio Creatore e Padre. Cogliere i segni cristiani del Natale e della Pasqua. Descrivere l'ambiente di vita di Gesù nei suoi aspetti quotidiani, familiari, sociali e religiosi. Riconoscere la Chiesa come famiglia di Dio che fa memoria di Gesù e del suo messaggio". Come evidenziato da S. ROSSI, *L'ora di religione e il Tar del Lazio*, in www.forumcostituzionale.it (22 agosto 2009), 11, in nota 27, non si tratta dunque "di un sapere dialogico, in quanto le verità di fede costituiscono un principio di autorità esterno al processo discorsivo, che ne condiziona l'esito e di cui è inconcepibile la messa in discussione".

nelle decisioni dei giudici amministrativi richiamate in questo paragrafo, il 'tono costituzionale' sia assente: non ci si confronta con le sentenze della Corte, si decide come se non ci fossero implicazioni costituzionali. Ciò potrebbe però essere frutto, oltre che di una ridotta 'sensibilità costituzionale' del giudice amministrativo, anche dell'impostazione dei ricorsi da parte dei difensori.

4. *L'irruzione della problematica del credito scolastico*

Nell'ultimo decennio ha invece assunto importanza centrale la problematica dell'attribuzione del credito scolastico: a seguito delle riforme dei vari ordini di scuola poste in essere tra la fine del vecchio millennio e l'inizio del nuovo, sono mutate, fra le altre cose, le dinamiche riguardanti la valutazione dei discenti. Per ciò che concerne le questioni oggetto di esame in questo lavoro, a partire dall'ord. min. n. 128 del 14 maggio 1999 ci si trova dinanzi a un contenzioso su disposizioni di questo tipo: i docenti di religione cattolica e delle materie alternative partecipano "a pieno titolo all'attribuzione del credito scolastico" (art. 3, comma 2)¹³.

Il problema che si ha di fronte, così come nel caso del voto determinante per la promozione e la bocciatura, è sempre la questione della curricularità o meno dell'ora di religione: è evidente che la possibilità di concorrere con le altre materie alla valutazione finale rappresenta una trasformazione dell'insegnamento della religione cattolica da facoltativo in opzionale, con un sostanziale aggiramento delle statuizioni del giudice delle leggi¹⁴. Dal punto di vista tecnico, lo studente che abbia deciso di non presentarsi o allontanarsi dalla scuola "nell'ora di religione, senza peraltro svolgere in questo tempo di non-obbligo, alcuna attività comunque valutabile e/o attestabile in sede di scrutinio, non beneficerà della seppur piccola frazione di punto, determinabile dalla frequenza con profitto dell'ora di religione, frazione che si va a sommare al punteggio che i Commissari hanno a disposizione, per la valutazione in sede di esame finale di diploma"¹⁵. Pare evidente, dunque, che attraverso questo meccanismo venga vulnerata la posizione di chi si vuole avvalere del *diritto di non fare nulla in alternativa all'ora di religione* riconosciuto dalle sentenze della Corte, dal momento che questa scelta potrebbe avere come conseguenza discriminatoria un minor punteggio finale, e che con questo meccanismo si

¹³ Tale ordinanza è stata sostanzialmente reiterata da tutti i ministri succedutisi: cfr. E. CONEGLIANO, *Ora di religione: la violazione continua*, in www.forumcostituzionale.it e C. PONTECORVO, *Laicità e istruzione*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, 134 ss.

¹⁴ Molto incisivo, in questo senso, il giudizio di A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2005, 311 (richiamato in M. GATTAPONI, *Osservazioni a margine DELL'IRC*, cit., 7, in nota 36) secondo il quale sarebbe stata effettuata, anche attraverso la giurisprudenza poco giuridica e molto politica del Consiglio di Stato un'operazione di recupero, passata attraverso la trasformazione della facoltatività in opzionalità, e quindi in opzionalità obbligata.

¹⁵ M. GATTAPONI, *Osservazioni a margine dell'IRC*, cit., 9, di cui si veda nota 43 per le specificazioni. Per N. COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale*, cit., 7, "come il monte-ore degli studenti non comprende l'ora di religione (altrimenti i non avvalentisi non potrebbero allontanarsi da scuola) così il monte-attività fruibili da tutti gli studenti al fine del credito scolastico non comprende l'i.r.c. (e le eventuali attività ad esso alternative): altrimenti, fatto uguale ad n il monte-attività, gli avvalentisi (dell'i.r.c. o di attività a questo alternative) godrebbero di $n + 1$ ". Cfr. anche S. PRISCO, *Il Tar Lazio e i docenti della religione cattolica. Osservazioni a prima lettura*, in www.statoecliese.it (settembre 2009).

vada ad incidere – attraverso la promessa di una possibile ‘remunerazione’ – su quella libertà di coscienza che le decisioni della Consulta miravano a salvaguardare¹⁶.

4.1. La ricomparsa del ‘tono costituzionale’ della questione (TAR Lazio, sez. III bis, n. 7101/2000)

La decisione del TAR Lazio, sez. III bis, n. 7101/2000, nonostante il dispositivo sia alla fine quello di una sentenza di inammissibilità per mancanza di notificazione ai controinteressati, rappresenta una tappa fondamentale del recupero del ‘tono costituzionale’ della questione, un recupero il cui merito è sicuramente da ascrivere ai legali dei ricorrenti (più che al giudice amministrativo) e all’impostazione del ricorso, tutto teso a rivendicare la rigorosa facoltatività della materia attraverso la riproposizione delle decisioni del Giudice delle leggi come fondamento delle tesi sostenute¹⁷: si fa infatti notare che la normativa impugnata, quando attribuisce all’insegnamento della religione cattolica e allo svolgimento di attività alternative la possibilità di incidere sul credito scolastico, insidierebbe la libertà di scelta di non avvalersi del detto insegnamento e di non svolgere alcuna attività alternativa in violazione dell’impegno assunto¹⁸.

Il TAR, però, pur emanando una sentenza di inammissibilità, non manca di porre in motivazione ‘svolazzi’ che lambiscono il merito della questione¹⁹ e, come si vedrà in seguito, con le stesse identiche posizioni che si consolideranno dinanzi al Consiglio di Stato (che però avrà la pudicizia di evitare i toni paternalistici che si riscontrano in questa decisione): dal punto di vista tecnico si fa notare, in maniera che appare a chi scrive abbastanza sofisticata, che “la base che costituisce materia di maturazione del credito scolastico e del parallelo istituto del credito formativo è talmente ampia che non è richiesta identità di posizione degli aspiranti dinanzi alle occasioni prospettate”. Poi, come è stato fatto autorevolmente notare, si degrada a nullafacente chi si avvale del diritto riconosciuto dalle decisioni della Consulta, senza minimamente confrontarsi criticamente con le stesse²⁰: “a coloro che non maturano crediti nel seguire l’insegnamento della religio-

¹⁶ In questo senso cfr. S. ROSSI, *L’ora di religione e il Tar del Lazio*, cit., 16, secondo il quale “la previsione delle ordinanze ministeriali, che consente l’attribuzione di crediti solo a chi frequenta l’ora di religione o i corsi alternativi, finisce per reintrodurre surrettiziamente lo schema dell’obbligazione alternativa, nella misura in cui lo studente, sapendo che solo quelle due opzioni potranno fruttargli un credito, sarà «costretto» – pur contro voglia – a scegliere o l’ora di religione ovvero i corsi alternativi (qualora la scuola abbia avuto le risorse per organizzarli)”.

¹⁷ Non a caso, i difensori dei ricorrenti sono in questo caso due accademici come Paolo Barile e Stefano Grassi, che erano stati protagonisti anche nelle controversie che avevano portato alle decisioni n. 203/1989 e 13/1991 della Consulta.

¹⁸ Punto 4 della decisione, che così continua: “Il ragionamento dei ricorrenti percorre gli interventi della Corte costituzionale sui tentativi dell’amministrazione di dare una razionale applicazione ai principi concordatari nel rispetto dei diritti di libertà religiosa degli studenti e si sofferma sulla conclusione che, per garantire che la scelta non dia luogo ad alcuna forma di discriminazione, l’insegnamento della religione cattolica, da considerare come materia rigorosamente facoltativa, non deve comportare effetti di vantaggio per i suoi fruitori ed effetti di svantaggio per i non fruitori”.

¹⁹ Per S. ROSSI, *L’ora di religione e il Tar del Lazio*, cit., 4, l’aver affrontato il merito della questione sarebbe una *excusatio non petita*, “quasi che l’estensore si fosse reso conto del carattere grossolano e superficiale dei motivi di inammissibilità rilevati”.

²⁰ Cfr. N. COLAIANNI, *La via italiana all’incertezza costituzionale*, cit., 4.

ne cattolica o di materie alternative non è affatto impedito di guadagnare crediti con altre iniziative. Né si può pretendere che la scelta del nulla possa produrre frutti". Infine, si fa notare come la valutazione dell'interesse col quale l'alunno ha seguito la materia di religione o quelle alternative potrebbe anche portare a diminuire il credito scolastico conseguito per altra via²¹.

Appare evidente come si tenti, attraverso giudizi qualunquistici e che esulano dalla ragione giuridica²², di eludere le leggi in materia così come interpretate dalle decisioni della Corte, che vengono completamente pretermesse.

4.2. Il contenzioso sulle 'Ordinanze Fioroni': le differenti interpretazioni dei precedenti costituzionali (TAR Lazio, sez. III quater, n. 7076/2009 e Cons. St., sez. VI, n. 2749/2010)

Con il contenzioso sulle ordinanze ministeriali n. 26/2007 e n. 30/2008²³, invece, i precedenti del giudice costituzionale ritornano prepotentemente in campo: dopo una fase della sospensiva in cui non se ne fa cenno e che si conclude con la riforma della decisione del TAR – che aveva accordato la sospensione degli effetti del provvedimento – motivata in maniera stringatissima dal Consiglio di Stato²⁴, nel giudizio di merito si controverte proprio intorno al significato da attribuire alle statuizioni promananti dalle sentenze n. 203/1989 e n. 13/1991 del Giudice delle leggi. Anche in questo caso sembra essere determinante l'impostazione del ricorso, contenente in subordine alla domanda di annullamento l'eccezione di incostituzionalità della l. n. 121/1985, motivata in punto di non manifesta infondatezza proprio sulle basi delle *rationes decidendi* ricavabili dalle decisioni costituzionali richiamate. Il TAR Lazio non può quindi che appoggiare il suo ragionamento proprio su ragioni di diritto costituzionale: in maniera piuttosto curiosa, però, anticipa l'esame della domanda subordinata (perdendo peraltro l'occasione di richiamare in causa la Corte sollevando eccezione di illegittimità costituzionale)²⁵: consi-

²¹ Tutte queste asserzioni si trovano nel Punto 5 della decisione.

²² Così, N. COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale*, cit., 4.

²³ Art. 8, commi 13: "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". Per approfondimenti sulla dinamica di queste controversie sia consentito rinviare a M. 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, 841 ss., ID., *La sentenza del TAR Lazio sull'ora di religione: lo studente discriminato*, in *Quad. cost.*, 2009, 910 ss., e 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 (27 luglio 2010).

²⁴ Il Consiglio di Stato, ord. n. 2920/2007, decide sostanzialmente senza minimamente motivare: "il ricorso di primo grado non appare dotato di sufficiente consistenza", "non si rinvergono i profili di pregiudizio grave e irreparabile in capo agli originari ricorrenti". Anche l'ord. n. 2408/2007 del TAR Lazio aveva però motivazione molto stringata e priva di riferimenti costituzionali. In buona sostanza ci si trova dinanzi a decisioni che, per come motivate, sono, a prescindere dal merito della decisione, sicuramente inadatte a persuadere in una materia che riguarda diritti costituzionali fondamentali.

²⁵ A una valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della normativa primaria de-

derare legittime le ordinanze in questione significherebbe dare all'art. 9 della l. n. 121/1985 un significato contrastante con le decisioni della Consulta e dunque, in questo caso, sarebbe stato doveroso rimetterle la questione. Ma, attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione che porta poi alla dichiarazione di illegittimità delle fonti ministeriali, il TAR evita di sollevare questione di incostituzionalità: l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica non può che essere inteso²⁶, sulla base dei dettami di quelle decisioni, come facoltativo e quindi extracurricolare, dal momento che non si tratta di opzione fra equivalenti discipline scolastiche²⁷.

Di tutt'altro avviso il Consiglio di Stato: pur essendo 'costretti', vista la motivazione della sentenza del TAR, al confronto con la giurisprudenza costituzionale, i giudici di Palazzo Spada, affermano che nessun passaggio "delle motivazioni delle citate sentenze costituzionali consente di escludere che la condotta scolastica tenuta dall'alunno che decida di avvalersi dell'insegnamento della religione o di un insegnamento alternativo possa essere oggetto di valutazione e rilevare così ai fini del giudizio finale". Si guardano però bene dal richiamare in causa la Consulta – cosa che sarebbe stata doverosa dal momento che la diversa interpretazione che era stata fornita dal TAR rendeva sicuramente non manifestamente infondata la questione²⁸ – e, anzi, affermano che tali decisioni "contengono elementi a favore della legittimità della scelta ministeriale": in primo luogo, per il supremo consesso non esisterebbe alcun condizionamento della coscienza individuale in virtù del fatto che "le famiglie e gli studenti che scelgono di *non avvalersi* dell'ora di religione e di non seguire alcuna attività formativa hanno motivazioni di tale serietà da non poter essere scalfite dal fatto che l'insegnante di religione (o l'insegnante di corsi alternativi) partecipi alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione del credito scolastico"²⁹. Ma, come si è visto in precedenza, tale argomentazione, nella decisione del Giudice delle leggi, era rivolta verso i genitori degli *avvalentisi*, proprio per confermare il fatto che l'ora di religione non potesse comportare alcun vantaggio³⁰. L'esatto contrario, dunque, di quanto sostenuto in questa decisione.

nunciata, secondo il TAR, si sarebbe potuto pervenire solo nel caso in cui si fosse ritenuto "di dover aderire al convincimento del giudice d'appello circa la legittimità – e quindi la conformità alle norme di legge richiamate – delle ordinanze impugnate con i presenti ricorsi" (p. 16 della decisione).

²⁶ Per N. COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale*, cit., 1, questa decisione rappresenta "un'applicazione pratica, quasi sillogistica" delle decisioni costituzionali a "ordinanze ministeriali che, incuranti e in violazione del diritto costituzionale vivente, si riagganciano impudentemente alla prassi e alla giurisprudenza amministrativa, travolte appunto da quelle sentenze".

²⁷ "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). Sulla 'natura' dell'ora di religione appare interessante anche il giudizio del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano, che, nella decisione n. 343/1992, afferma che non si tratta di scienza, ma di dottrina, cioè di un complesso di principi e di dogmi che possono formare oggetto di insegnamento solo in quanto costituiscono effettiva e puntuale espressione del pensiero ufficiale dell'istituzione dalla quale promanano.

²⁸ E anche considerando il fatto che le decisioni del Consiglio di Stato sono di ultima istanza, destinate ad avere una funzione nomofilattica nella giustizia amministrativa, con conseguente effetto 'moltiplicatore' di un'eventuale decisione non conciliabile con gli intendimenti della Consulta (la quale, peraltro, avrebbe avuto anche modo di specificare aspetti che naturalmente non poteva trattare nel 1989 e nel 1991, quando il credito scolastico nemmeno esisteva).

²⁹ Cfr. p. 8 della decisione.

³⁰ "Non è pertanto da vedere nel minore impegno o addirittura nel disimpegno scolastico dei non *avvalentisi* una causa di disincentivo per le future scelte degli *avvalentisi*, dato che le famiglie e gli studenti

In secondo luogo, il Consiglio di Stato sembra ‘manipolare’ in maniera quanto meno dubbia un altro passaggio fondamentale delle sentenze costituzionali: come si è visto, la Corte aveva ritenuto l’insegnamento facoltativo con il conseguente stato di non-obbligo per chi decidesse di non avvalersene; per il giudice amministrativo, però, la decisione di frequentare l’ora di religione, darebbe vita non solo a *un obbligo soggettivo* per gli avvalentisi, ma trasformerebbe anche l’insegnamento in oggettivamente obbligatorio³¹. Dallo stato soggettivo di obbligo si passa a una materia oggettivamente obbligatoria e dunque curriculare, giustificando così la legittimità delle ordinanze che sanciscono la valutabilità dell’ora di religione ai fini dell’attribuzione del credito scolastico³² e aggiungendo così le statuizioni della Consulta³³.

In terzo luogo, i giudici di Palazzo Spada, quasi a voler ‘compensare’ queste forzature interpretative, rivolgono un ‘monito’ al Ministero, colpevole di non assicurare in tutti gli istituti scolastici le ore alternative, cosa che inciderebbe sulla libertà religiosa di chi non si avvale dell’ora di religione e non si può avvalere dell’ora alternativa. A parte il rilievo che dalle sentenze della Corte non si può ricavare alcun ‘diritto all’ora alternativa’, non si capisce il perché di tale asserzione, dal momento che in assenza di ora alternativa il soggetto si troverebbe sempre nella condizione di chi si avvale del *diritto di non fare nulla in alternativa* (l’unico diritto ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale), condizione che il Consiglio di Stato considera in queste sentenze non discriminatoria a fronte della possibilità del ‘premio’ in termini di credito scolastico attribuibile a chi frequenta l’ora di religione. Se, in termini di attribuzione del credito, non è discriminato chi non si avvale di nessun insegnamento alternativo, non lo può essere nemmeno chi *non può* avvalersi di nessun insegnamento alternativo. Viceversa, se quest’ultimo è discriminato è discriminato pure il primo. *Tertium non datur*.

Interessante è notare come quest’orientamento del giudice amministrativo abbia originato un ben più che discutibile ‘diritto soggettivo all’ora alternativa’, con conseguente

che scelgono l’insegnamento di religione cattolica hanno motivazioni di tale serietà da non essere scalfite dall’offerta di opzioni diverse” (sent. n. 13/1991).

³¹ V. p. 8 della decisione: “una volta esercitato il diritto di avvalersi diviene un insegnamento obbligatorio”.

³² Per quanto riguarda il computo del credito, il Consiglio di Stato afferma che, comunque, nessuna discriminazione sarebbe presente, dal momento che anche i “non avvalentisi che non optano per insegnamenti alternativi” potranno comunque, attraverso un alto rendimento scolastico, “raggiungere il massimo punteggio in sede di attribuzione del credito scolastico”. Con il che sembra, a chi scrive, che si finisca con l’ammettere la discriminazione: è evidente che, per misurare una discriminazione, occorre fare riferimento a due studenti che abbiano il medesimo rendimento scolastico; altrettanto evidente è che a parità di punteggio su tutte le altre materie, chi ha frequentato l’ora di religione o le ore alternative avrà (o comunque potrà avere) un punteggio maggiore.

³³ Secondo A. ODDI, *L’ora infinita. L’insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica*, in *www.rivistaaic.it* (n. 00 del 2 luglio 2010), 15, “ricollegare alla «scelta» dell’insegnamento *de quo* – collocato all’interno del normale orario di lezione – la possibilità di conseguire un vantaggio (sia pur minimo, ma comunque significativo) in termini di «credito scolastico» equivale inevitabilmente ad incentivarne la fruizione, tanto più allorquando la stessa istituzione scolastica non offre – ciò che accade nella stragrande maggioranza dei casi – reali opzioni alternative. Equivale cioè, ad indurre in maniera surrettizia – rendendola maggiormente appetibile – l’adesione ad una «materia» che costituisce, in tutto e per tutto, espressione di una dottrina religiosa, ulteriormente discriminando quanti (siano essi agnostici, atei o appartenenti ad un’altra religione) non la condividono”, finendo per rendere “l’ora di religione un insegnamento non già *facoltativo* (e, quindi, tale da non comportare alcuna conseguenza negativa a carico di coloro che decidono di non avvalersene), bensì puramente *opzionale*”.

risarcimento del danno in caso di mancata attivazione dell'insegnamento: il Tribunale di Padova, con la decisione del 30 luglio 2010, pur riconoscendo che tale attività è prevista esclusivamente in circolari ministeriali, sulla base della decisione del supremo consesso, considerata diritto vivente³⁴, ha statuito che "le prescrizioni indicate, pur non avendo rango normativo, vincolino la discrezionalità della p.a. che deriva dalle norme di cui all'Accordo del 1984 e dal D.Lgs. n. 297/1994 ... costituiscono atti con i quali la pubblica amministrazione vincola la propria attività nel senso di rendere obbligatoria l'offerta dei corsi alternativi all'insegnamento religioso. Da esse si trae la considerazione per cui sussiste un vero e proprio obbligo per la p.a. di attivare gli insegnamenti alternativi a fronte del quale si pone una posizione di diritto soggettivo dello studente di poter frequentare detti corsi"³⁵.

4.3. Il contenzioso sul regolamento e sull'ordinanza emanati dal Ministro Gelmini (TAR Lazio, sez. III bis, n. 33433/2010 e n. 924/2011)

Le più recenti decisioni emanate in materia hanno a oggetto un regolamento e un'ordinanza ministeriale leggermente diversi nel contenuto rispetto agli atti oggetto delle controversie in precedenza esaminate: nel D.P.R. n. 122/2009 e nell'ord. min. n. 44/2010 si era disposto, come di consueto, che gli insegnanti di religione "partecipano a pieno titolo alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione, nell'ambito della banda di oscillazione, del credito scolastico agli alunni che si avvalgono di tale insegnamento", ma, diversamente dal solito, si era stabilito che "il consiglio di classe tiene conto altresì degli elementi conoscitivi forniti preventivamente dal personale docente esterno e dagli esperti di cui si avvale la scuola, che svolgono attività o insegnamenti per l'ampliamento e il potenziamento dell'offerta formativa, ivi compresi i docenti incaricati delle attività alternative all'insegnamento della religione cattolica, sull'interesse manifestato e sul profitto raggiunto da ciascun alunno".

Le due decisioni non si discostano in alcuna misura rispetto alle motivazioni della sentenza n. 2749/2010 della VI sez. del Consiglio di Stato in precedenza esaminata, limitandosi a censurare il fatto, annullando in quella parte gli atti impugnati, che gli insegnanti delle ore alternative – e in conseguenza gli alunni – siano discriminati rispetto agli insegnanti di religione cattolica. Non è necessario riproporre anche in relazione a queste decisioni le critiche già svolte in precedenza, mentre è più interessante constatare che nel caso della controversia sul 'regolamento Gelmini' il giudice amministrativo respinge l'eccezione di legittimità costituzionale avanzata dalle parti 'rifugiandosi' dietro al fatto che la questione di legittimità costituzionale sarebbe "sostanzialmente svolta nei riguardi ... di disposizioni normative di un regolamento, ancorché delegato in quanto emesso ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1988"³⁶.

³⁴ "A tale conclusione induce non soltanto la lettura delle norme richiamate ma anche la recente evoluzione della giurisprudenza amministrativa. Al riguardo la recentissima sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato, n. 2749/2010, afferma espressamente che l'istituzione degli insegnamenti alternativi deve considerarsi obbligatoria per la scuola" (p. 3 della decisione, disponibile su www.olir.it).

³⁵ V. p. 3 della decisione.

³⁶ Mentre le parti avevano indicato come oggetto del giudizio le stesse fonti primarie dell'ambito normativo nel quale si va a inserire il regolamento impugnato, così come era stato fatto nei ricorsi contro le 'Ordinanze Fioroni' (come abbiamo visto la questione non era stata sollevata solo perché si riteneva pos-

5. Conclusioni

Dall'analisi svolta sembra possibile trarre le seguenti conclusioni: *a)* pare esservi una tendenziale ritrosia del giudice amministrativo, almeno in questo settore, a utilizzare direttamente il dettato costituzionale; *b)* sembra poi che il giudice amministrativo abbia anche una tendenziale ritrosia a chiamare in causa la Corte costituzionale; *c)* in particolare, il Consiglio di Stato sembra voler affermare una propria linea giurisprudenziale 'manipolando' in maniera sicuramente discutibile le statuizioni del giudice delle leggi.

Se per quanto riguarda quanto asserito *sub a)* e *sub b)* il motivo è da ricercarsi probabilmente e nella struttura del processo amministrativo e nella spesso non soddisfacente (da un punto di vista costituzionalistico) impostazione dei ricorsi³⁷, la tendenza richiamata *sub c)* è probabilmente da ascrivere a dati strutturali di tipo 'soggettivo': il modo in cui sono nominati i Consiglieri di Stato, nonché la contiguità di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali, sembrano essere elementi che confermano la fondatezza dei dubbi sulla terzietà effettiva del supremo consesso³⁸.

Si può dunque concludere questo lavoro in tema di rapporto fra giudice amministrativo e laicità dello Stato, paradossalmente, condividendo il giudizio di un apologeta del Consiglio di Stato: "In tutte le tendenze ora messe in luce emerge, come elemento comune e più generale, il modo in cui il Consiglio di Stato ha coscienza di svolgere la funzione *che gli è istituzionalmente affidata*: esso intende soprattutto assumere un ruolo di *tutela dell'ordinamento giuridico vigente*, dei *valori tradizionali* [sic!] che esso esprime e in cui concretamente si ritrova. Esso non si dà quindi carico di imprimere *una spinta evolutiva* all'ordinamento giuridico, di cogliere le potenzialità insite in alcuni principi fondamentali a cui esso si ricollega (come in quello, che qui direttamente interessa, della laicità dello Stato). Ma bisogna convenire che, in effetti, non spetta a questo *supremo organo amministrativo* una funzione di questo tipo, che rimane nelle prerogative del legislatore ed *eventualmente* [sic!], accanto ad esso e nella sua perdurante inerzia, della Corte costituzionale"³⁹. Come a dire, non pretendete che un organo politico-amministrativo, custode dei valori tradizionali, faccia il giudice e tuteli i diritti ...

sibile interpretare conformemente a Costituzione le disposizioni indicate). Non risulta invece essere stata avanzata eccezione di legittimità costituzionale nel ricorso contro l'ordinanza citata.

³⁷ Secondo M. GIGANTE, *Principio di laicità e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 871, "l'angolo visuale che viene adottato nel processo amministrativo, ponendo l'accento sul potere amministrativo e sul modo in cui viene esercitato ... finisce col porre inevitabilmente in secondo piano la tutela dei diritti fondamentali".

³⁸ Su questi aspetti, si vedano in particolare i saggi di P. BONETTI e S. DE NARDI contenuti in questo Volume.

³⁹ P. MONETA, *Le ultime tendenze giurisprudenziali del Consiglio di Stato in materia ecclesiasticistica*, cit., 20 (corsivi aggiunti, così come le parentesi quadre).