



diritto & religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

20



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno X - n. 2-2015
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

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

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Direzione:

Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 - 80133 Napoli
E-mail: martedes@unina.it

Redazione:

Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 - Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18

E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente

link: www.pellegrinieditore.com/node/360

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

– carta di credito sul sito www.pellegrinieditore.com/node/361

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.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate due sentenze, una del T.A.R. per la Lombardia ed una del Consiglio di Stato.

La sentenza del T.A.R. Lombardia di Milano ha affrontato la questione relativa alla necessità, in virtù dell'art. 52, comma 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005, del previo permesso di costruire in caso di destinazione di un immobile a luogo di culto. Il G.A., nel riconoscere la legittimità del provvedimento della P.A. con il quale è stato rilevato l'uso improprio a luogo di culto di un immobile, ha posto in risalto che la destinazione di un edificio a luogo di culto la si evince non dalla qualificazione che ne fa l'ente che lo gestisce, ma dalle effettive attività che in tale edificio vengono svolte. A tal riguardo il T.A.R. sancisce che il rilevante numero di persone intente a pregare, l'inserimento dell'associazione che detiene l'immobile nell'albo delle associazioni e organizzazioni religiose presenti sul territorio e le stampe di pagine internet dalle quali risulta lo svolgimento di attività di culto in quell'edificio, sono elementi da cui dedurre che l'edificio costituisce un forte centro di aggregazione umana e che, quindi, la sua destinazione funzionale è quella a luogo di culto. La sentenza statuisce, altresì, che l'assenza nei locali oggetto del provvedimento amministrativo di simboli o oggetti sacri non può escludere la destinazione dei locali stessi a luogo di culto, in quanto simboli ed oggetti sacri "*notoriamente, non sono necessariamente presenti nei luoghi di culto della religione islamica*".

La sentenza del Consiglio di Stato tratta della retrocessione, ai sensi dell'art. 8 l. n. 848/1291, agli enti ecclesiastici di parte dei fabbricati dei conventi soppressi. Con questa decisione il Consiglio di Stato ribadisce che la retrocessione dei beni realizza il trasferimento della proprietà degli stessi e non il mero uso in concessione. Interessante, poi, è la fattispecie concreta del giudizio definito con questa sentenza; infatti, argomentando a contrario rispetto a quanto statuito, si può sostenere che a tali trasferimenti possano essere apposte condizioni al cui avverarsi il diritto domenicale dovrebbe essere, a sua volta, oggetto di retrocessione.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Milano, 2° gennaio 2015 n. 216

Edificio – Destinazione a luogo di culto – Previo permesso di costruire – Necessità

Destinazione edificio a luogo di culto della religione islamica – Presenza simboli religiosi – Non necessaria.

La destinazione funzionale a luogo di culto può dirsi impressa allorché l'edificio costituisca un forte centro di aggregazione umana. Pertanto, l'utilizzo dell'edificio a luogo di culto, per la sua incidenza urbanistica ed edilizia, necessita del previo rilascio di un permesso di costruire(1).

Ai fini della destinazione di un edificio a luogo di culto della religione islamica non è necessaria la presenza di testi sacri, simboli o effigi religiose(2).

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento del 10 dicembre 2013 il Comune di Milano ha rilevato un uso improprio a luogo di culto di locali del seminterrato dell'immobile situato (...), in contrasto con la destinazione d'uso a "laboratorio"; ha quindi affermato la necessità del permesso di costruire, come richiesto dall'art. 52, c. 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 ed ha comunicato che, ove l'associazione culturale (...) non avesse desistito dall'utilizzo improprio dell'immobile in assenza del prescritto titolo abilitativo, entro il termine perentorio di trenta giorni, avrebbe instaurato il procedimento volto all'applicazione dell'art. 37, d.P.R. n. 380/2001.

2. Il sig. (...), rappresentante dell'associazione culturale, impugna tale determinazione, articolando le seguenti doglianze:

I. eccesso di potere per difetto di motivazione e per mancata indicazione della tipologia di culto asseritamente praticato;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 52, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 e dell'art. 37, c. 1, d.P.R. n. 380/2001; travisamento dei fatti;

III. eccesso di potere per difetto di istruttoria;

IV. eccesso di potere per manifesta illogicità della motivazione; violazione dell'art. 27 Cost.

3. (...)

5. La prima censura, con cui viene lamentato il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, è infondata.

Il provvedimento pone chiaramente a fondamento dell'ordine inibitorio il mutamento della destinazione d'uso di alcuni locali da laboratorio a luogo di culto.

Quanto alla mancata indicazione della tipologia di culto ivi praticata, essa non ha alcun rilievo: la norma applicata, l'articolo 52 c.3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005,

assoggettando a permesso di costruire i mutamenti di destinazione d'uso di immobili finalizzati alla creazione di luoghi di culto, non opera alcuna distinzione a seconda della religione praticata.

6. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 52, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 e dell'art. 37, d.P.R. n. 380/2001, in quanto sarebbe errato il presupposto sulla base del quale è stato adottato il provvedimento impugnato, e per illogicità della motivazione: i locali in questione non sarebbero mai stati utilizzati per finalità diverse da quelle associative; l'associazione che vi ha sede non sarebbe un'associazione religiosa ma essenzialmente laica; né il provvedimento impugnato né gli atti presupposti attesterebbero la presenza, all'interno della struttura, di testi sacri, simboli o effigi religiose.

Con il terzo motivo viene lamentato il vizio del difetto di istruttoria in quanto il provvedimento si baserebbe su un unico accesso ai locali dell'associazione e non sarebbe stato quindi accertato che gli stessi sono stabilmente utilizzati come luogo di culto.

7. I motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico e giuridico, sono infondati.

8. Con il provvedimento impugnato il Comune di (...) ha contestato la modifica della destinazione d'uso dei locali dell'associazione culturale (...) da laboratorio a luogo di culto e la mancanza di permesso di costruire, richiesto dall'art. 51, c. 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 in caso di "*mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali*".

Tale utilizzo è provato da quanto riferito alla polizia municipale dallo stesso ricorrente e da abitanti del vicinato circa lo svolgimento di incontri di preghiera e da quanto accertato dalla stessa polizia in data 27.8.2010, la quale ha rilevato l'accesso ai locali di circa una trentina di persone (doc. n. 4 e n. 14 dell'amministrazione).

La correttezza dell'attività istruttoria svolta è dimostrata dai successivi accertamenti compiuti dalla polizia municipale la quale – come risulta dai rapporti del 20 febbraio 2014 (doc. 8 dell'amministrazione) e del 17 ottobre 2014 (doc. 25 dell'amministrazione) - ha effettuato ulteriori sopralluoghi ed ha accertato l'utilizzo dei locali come luogo di culto, rilevando la presenza di una pluralità di persone riunite in preghiera (in una occasione fino a 70/80), nei primi mesi del 2014 e nei mesi di settembre e ottobre 2014.

A differenza di quanto sostiene il ricorrente, tali atti, sebbene successivi all'adozione del provvedimento impugnato, assumono rilievo in questo giudizio in forza di quanto previsto dall'art. 21 octies, l. n. 241/1990.

La norma dispone, invero, che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Nel caso di specie si è indubbiamente al cospetto di un'attività vincolata, qual è quella volta alla repressione degli abusi edilizi.

Gli accertamenti compiuti dall'amministrazione con gli atti sopra richiamati – i quali, come tutti i verbali provenienti da pubblici ufficiali, hanno efficacia di piena prova, fino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 c.c. relativamente alla provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti – confermano che i locali in questione non sono destinati all'uso, autorizzato, a laboratorio, ma a luogo di culto.

Il rilevante numero di persone, intente a pregare, che è risultato essere presente nei locali dell'associazione palesa, invero, un utilizzo degli stessi che, per la sua incidenza urbanistica ed edilizia, necessita del previo rilascio di un permesso di costruire (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8 novembre 2013, n. 2486, secondo cui la destinazione funzionale a luogo di culto può dirsi impressa allorché l'edificio costituisca un forte centro di aggregazione umana).

Tali atti dimostrano, così, la correttezza dell'ordine inibitorio impartito.

Assume parimenti rilievo, quale ulteriore dimostrazione della correttezza dell'attività istruttoria svolta dalla p.a., la documentazione depositata in giudizio dall'amministrazione, in particolare quella che attesta l'inserimento dell'associazione (...) nell'albo delle associazioni e organizzazioni religiose presenti sul territorio della città di (...), approvato con determinazione dirigenziale n. 124 del 6.8.2013, e le stampe di pagine internet dalle quali risulta lo svolgimento di attività di culto nella sede di via (...).

Non può, poi, addursi l'assenza nei locali in questione di simboli od oggetti sacri che, notoriamente, non sono necessariamente presenti nei luoghi di culto della religione islamica.

Legittimamente, pertanto, il provvedimento impugnato ha contestato un mutamento abusivo della destinazione d'uso dei locali in questione.

9. Con il quarto motivo (...).

10. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

11. (...).

P.Q.M.

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4031

Retrocessione beni ex art. 8 l. n. 848/1929 – Contratto di alienazione – Trasferimento del diritto di proprietà

La retrocessione agli enti religiosi di una parte dei fabbricati dei conventi soppressi, a norma dell'art. 8 l. n. 848/1929, si realizza attraverso un contratto di alienazione con il quale viene trasferita la proprietà del bene e non il mero uso dello stesso in concessione.

Omissis (...)

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio i ricorrenti Frati Minori (...) invocavano l'annullamento:

I) del provvedimento del Comune di (...) prot. n. 306 del 19.01.2012, avente ad oggetto: la revoca dei provvedimenti autorizzatori nn. 1748 e 1749 emessi il 24.3.2006 e relativi all'esercizio di attività di ristorazione e Casa per Ferie, la dichiarazione di decadenza della concessione di cui alla delibera podestarile n. 93 dell'8.8.1935 rilasciata in ordine all'edificio denominato Convento di (...) ed annesso terreno, nonché l'ordine di immediato rilascio del suddetto immobile;

II) del verbale di deliberazione della Giunta Municipale del Comune di (...) n. 100 del 22.09.2011, recante avviso di avvio del procedimento ex art. 10 bis L. n. 241/1990, avente ad oggetto "Retrocessione cespiti ex fondo del culto. Convento dei (...) ed annesso terreno. Direttiva";

III) della delibera podestarile n. 93 dell'8 agosto 1935.

2. Il TAR, disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal Comune di (...) con riferimento all'omessa tempestiva impugnazione della deliberazione di G.C. n. 100 del 22.9.2011 e riconosciuta natura proprietaria alla situazione giuridica della Minoritica Provincia (...), respingeva il ricorso valorizzando la clausola contenuta nella delibera podestarile 8 agosto 1935, richiamata quale presupposto nel contratto di cessione del 27 gennaio 1936. In particolare, secondo il primo giudice la suddetta clausola avrebbe caratterizzato la posizione giuridica incisa dall'amministrazione in termini di proprietà risolubile, vietando la subconcessione degli stabili, adoperando un termine da intendersi come esemplificativo di un'ampia gamma di situazioni - non necessariamente aventi natura di diritto reale strettamente inteso - ritenute non conformi allo scopo dell'attribuzione degli stessi all'Ordine religioso. Pertanto, la declaratoria di decadenza pronunciata dall'amministrazione comunale veniva valutata immune dai vizi denunciati dagli originari ricorrenti.

Quanto, invece, all'azione di annullamento proposta avverso la revoca delle autorizzazioni del 2006, il TAR, accertata l'assenza di autonoma lesività, la dichiarava inammissibile per difetto di interesse.

3. Con l'odierno gravame gli originari ricorrenti denunciano l'erroneità della sentenza indicata in epigrafe per le seguenti ragioni: a) oggetto di condizione non

potrebbe essere il diritto di proprietà ma solo il suo trasferimento, essendo il diritto di proprietà perpetuo e la proprietà temporanea eccezionale. Sicché la conclusione del TAR contrasterebbe con il principio di tipicità dei diritti reali. Tra i patti e condizioni elencati nell'atto di cessione del 27 gennaio 1936 non vi sarebbe alcun riferimento a condizioni risolutive. Né potrebbe dirsi che quest'ultimo avrebbe recepito quelle contenute nella delibera podestarile n. 93/1935. La possibilità che i beni conventuali possano ritornare al comune sarebbe mera esplicazione del principio ex art. 827 c.c. La condizione risolutiva, anche a volerla ritenere esistente a distanza di 70 anni, sarebbe inefficace, altrimenti si svuoterebbe di contenuto il diritto di proprietà. In questo senso militerebbero l'art. 1379 c.c., l'art. 965 comma 3 c.c., l'art. 1501 c.c., l'art. 1158 c.c.

b) la cessione è avvenuta con atto di diritto privato, pertanto anche la paventata decadenza sarebbe dovuta avvenire secondo gli ordinari strumenti civilistici.

c) in ogni caso non sarebbe integrato il presupposto contenuto nella delibera podestarile non essendoci stato "abbandono" degli stabili, tale non potendosi ritenere il contratto di locazione a favore di (...) s.r.l., il contratto in questione, infatti, avrebbe ad oggetto solo alcune particelle. Inoltre, l'attività recettizia sarebbe rivolta ai gruppi di preghiera e le attività pastorali si svolgerebbero in loco, l'ufficiatura della chiesa sarebbe in mano ai religiosi, che avrebbero mantenuto la disponibilità di alcuni locali. Inoltre il convento sarebbe destinato a diventare la sede Provinciale della Minoritica.

d) sarebbe assente l'indicazione di un interesse pubblico in violazione di quanto disposto dall'art. 21-*quinquies*, l. 241/90. Inoltre, il provvedimento impugnato rappresenterebbe una misura abnorme rispetto alle violazioni contestate, come dimostra anche il fatto che lo stesso Comune con il provvedimento n. 5313 del 9 novembre 2007 aveva autorizzato la (...) s.r.l. alla gestione di una struttura denominata (...) con la classificazione: "Casa per ferie". Inoltre il provvedimento contrasterebbe con la *ratio* della delibera podestarile n. 93 dell'8 agosto 1935, che sarebbe quella di scongiurare che i Frati cessino di essere presenti nel comprensorio di (...) e di garantire che il complesso conventuale non resti disabitato. Inoltre, le modalità gestionali dell'immobile sarebbero in linea con quanto disposto dall'atto di cessione del 27 gennaio 1936.

e) la sentenza non avrebbe adeguatamente motivato in relazione all'eccezione di usucapione, dal momento che la clausola risolutiva non può interrompere l'usucapione.

f) infine il giudice di primo grado sarebbe incorso in violazione di legge omettendo di disporre a carico del Comune di (...) la corresponsione dell'indennizzo ex art. 21-*quinquies*, l. 241/1990.

4. Il Comune di (...) si è costituito in giudizio con memoria, contenente appello incidentale condizionato e subordinato: l'amministrazione comunale invoca il rigetto del ricorso in appello dell'Associazione Frati Minori (...) e della Minoritica Provincia (...) ed in subordine domanda la riforma della sola parte motiva, fermo restando il rigetto e/o la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado. Quanto al primo profilo l'amministrazione fa presente che la pronuncia del T.A.R. non sarebbe contraddittoria nella parte in cui considera la clausola risolutiva compatibile con il diritto vantato dalla titolare in quanto l'apposizione di una condizione risolutiva al diritto di proprietà (c.d. proprietà risolubile) è del tutto pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. In subordine, il Comune evidenzia l'erroneità dell'interpretazione resa dal giudice di prima istanza circa la natura della cessione dei beni di cui all'accordo del 27 gennaio 1936 in quanto siffatto trasferimento integrerebbe una cessione non della proprietà ma della mera disponibilità e/o utilizzabilità del

bene. L'amministrazione pone in luce, inoltre, l'inammissibilità della doglianza di illegittimità del provvedimento per carenza di potere in quanto motivo nuovo che gli appellanti avrebbero avuto onere di sollevare in primo grado.

(...).

DIRITTO

(...).

4. Nel merito l'appello principale è fondato nella parte in cui contesta il verificarsi in concreto degli eventi dedotti in condizione nella delibera podestarile. L'accoglimento del suddetto motivo esime il Collegio dall'esaminare l'eccezione di inammissibilità per violazione del divieto dei *nova* in appello in ordine alla doglianza con la quale si contesta che l'amministrazione comunale avrebbe dovuto utilizzare strumenti privatistici a tutela della propria posizione giuridica, sicché il provvedimento di decadenza sarebbe inficiato da carenza di potere.

4.1. La previsione di cui all'art. 20 del R.D. 7 luglio 1866, n. 3036, a norma della quale "*i fabbricati dei conventi (...) saranno concessuti ai Comuni ed alle Province*", realizzò il passaggio di proprietà dei beni acquisiti dallo Stato a favore degli Enti territoriali.

In seguito alla sottoscrizione del Concordato tra la Santa Sede e lo Stato italiano, gli stessi Comuni e Province, a norma dell'art. 8 della L. n. 848 del 27 maggio 1929, rilasciarono a loro volta congrua parte dei fabbricati dei conventi soppressi di cui fossero ancora proprietari purché la Chiesa che ad essi accedeva fosse stata conservata al pubblico culto. Nel caso di specie il Comune di (...) diede attuazione alla suddetta Legge attraverso la delibrazione podestarile del 18 agosto 1935 disponendo la cessione della struttura conventuale a vantaggio della Minoritica Provincia (...).

Il citato art. 8 L. n. 848/1929, pur non comportando l'emersione di un diritto soggettivo degli enti religiosi alla retrocessione, reca giustificazione e costituisce la causa dei trasferimenti gratuiti disposti dalle amministrazioni comunali e provinciali di immobili ex conventuali. Come già osservato da questa Sezione l'amministrazione è, infatti, tenuta *ex lege* e nel rispetto dei principi generali di trasparenza, imparzialità e ragionevolezza, ad assumere il provvedimento di rilascio avendo riguardo, al contempo, della situazione di fatto accertata e delle esigenze manifestate dal soggetto portatore della pretesa tutelata (C.d.S, Sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5769).

Il trasferimento *de quo* reperisce la propria causa nella legge ed in particolare nel già menzionato art. 8 della legge n. 848 del 1929. A fronte del disposto dell'art. 15 del R.D. 2 febbraio 1929, n. 2262 (regolamento per l'esecuzione della legge 27 maggio 1929, n. 848) che consente il rilascio da parte dei comuni e delle province di una parte dei fabbricati dei conventi soppressi per essere destinata, a termine dell'art. 8 della legge, a rettoria della chiesa annessa, su domanda dell'Ordinario diocesano con decreto emesso dal Ministro per la Giustizia e gli Affari di culto di concerto con quello per l'Interno, le parti hanno inteso, invece, *expressis verbis* realizzare per il raggiungimento del medesimo fine un contratto di alienazione nel rispetto delle finalità enunciate dalla legge. Si tratta di un contratto attraverso il quale viene trasferita la proprietà del bene e non il mero uso dello stesso in concessione. Tanto si ricava non solo dagli argomenti utilizzati dal primo giudice, ma anche dalla diversa disciplina prevista per i fabbricati dei conventi soppressi, che non vedano più ivi la presenza dei religiosi. In questa diversa ipotesi, infatti, l'art. 20 del R.D. 2 febbraio 1929, n. 2262, prevede espressamente che i suddetti beni possano essere oggetto di concessione.

4.2. Va a questo punto sgombrato il campo da un argomento che non risulta rilevante ossia quello inerente la presunta usucapione del bene da parte della Minoritica.

Nella fattispecie, infatti, è evidente che la proprietà del bene è in capo a quest'ultima, sicché non è utile invocare la presenza di un acquisto a titolo originario, e ciò di cui si discute è l'eventuale perdita del diritto dominicale ad opera del provvedimento impugnato.

4.3. Venendo al merito in questa sede occorre soffermarsi sulla clausola della delibera podestarile, che l'amministrazione ha invocato a fondamento della declaratoria di decadenza, secondo la quale: "*l'Ordine Religioso dei Frati Minori non potrà subconcedere gli stabili così ceduti dal Comune, né alienare neanche minima parte del terreno annesso al convento. E qualora i Religiosi dovessero abbandonare gli stabili e trasferire altrove la Comunità, dovrà il tutto restituirsi al Comune senza compenso alcuno anche per i lavori di restauro che vi fossero stati eseguiti*". La suddetta clausola prevede dei limiti all'esercizio del diritto, stabilendo, inoltre, un'ipotesi al ricorrere della quale il diritto dominicale dovrebbe essere oggetto di retrocessione. Ossia il caso in cui l'Ordine religioso abbandoni il bene, trasferendosi altrove.

Ne deriva che soltanto la realizzazione dell'insieme delle suddette condizioni, e non di una soltanto, poteva essere posta a fondamento della declaratoria di decadenza e determinare l'obbligo di restituzione degli stabili a vantaggio del Comune.

Nella fattispecie, però, non si registra un abbandono di tutti gli stabili e certamente non vi è il trasferimento altrove della Comunità di religiosi.

È, infatti, documentato che, stante la perdurante officatura della Chiesa da parte della Provincia dei Frati Minori, una porzione dei locali sia tuttora destinata allo svolgimento dell'azione pastorale: tale attività esclude da un lato l'ipotesi di abbandono del fabbricato e dimostra, al contempo, l'attuale coerenza della cessione rispetto alle finalità perseguite dalla Legge.

5. Ne deriva che non può condividersi la scelta operata dal primo giudice che, pur riconoscendo la situazione vantata dall'ordine religioso, ha conseguentemente ritenuto sufficiente ai fini della restituzione il verificarsi di uno soltanto degli eventi dedotti in condizione.

6. In definitiva, l'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile, l'appello principale, assorbita ogni altra questione, deve, invece, essere accolto con ciò che ne consegue in termini di riforma della sentenza impugnata e di accoglimento del ricorso di primo grado nella parte in cui invoca l'annullamento del provvedimento del Comune di (...) prot. 306 del 19.01.2012, avente ad oggetto "Provvedimento conclusivo di cui alla nota 4727 del 04.10.2011", (...), nella misura in cui dispone la dichiarazione di decadenza della "concessione di cui alla delibera podestarile n. 93 dell'8.8.1935, in ordine all'edificio denominato Convento di (...) ed annesso terreno", ed ordina l'immediato rilascio del suddetto immobile. (...).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale, dichiara inammissibile l'appello incidentale, e per l'effetto in riforma sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo di grado nei sensi di cui in motivazione.

(...)