



diritto & religioni

Semestrale
Anno XVII - n. 1-2022
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

33



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Presentazione

In questo numero la sezione di “Legislazione e giurisprudenza amministrativa” accoglie una sentenza dei T.A.R., un parere dell’Adunanza della I sezione e tre sentenze del Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 5 del 4 gennaio 2022 il T.A.R. per la Lombardia, Sez. II di Brescia è intervenuto sul valore probatorio da attribuire alla certificazione di un ministro di culto attestante la partecipazione di un fedele ai riti religiosi. La vicenda trae origine dal ricorso proposto ex art. 103, co. 1 del D. L. n. 34 del 2020 da una cittadina extracomunitaria avverso il provvedimento di diniego all’istanza di regolarizzazione, motivato sulla base della mancata dimostrazione della sua presenza nel territorio italiano. Al riguardo il T.A.R. ha rilevato che la semplice partecipazione alle cerimonie religiose in Italia non può costituire oggetto di certificazione da parte dei ministri di culto, con effetti sul piano amministrativo. Pertanto, la relativa dichiarazione del cappellano coadiutore può assumere il valore di semplice testimonianza di un privato, come tale non ammissibile.

Con il parere dell’Adunanza della I sezione del Consiglio di Stato del 9 marzo 2022, n. 760, è stata riconosciuta personalità giuridica alla Comunità religiosa islamica (CO.RE.IS.), quale ente di culto diverso dal cattolico, ai sensi degli artt. 2 della legge n. 1159 del 1929 e 10 del R.D. n. 289 del 1930. Difatti, superando i precedenti rilievi posti alla base del parere negativo del 15 dicembre 2015, il Consiglio di Stato ha evidenziato come dal nuovo statuto della CO.RE.IS. (approvato il 15 dicembre 2017) emerga in modo “chiaro e definito” la specifica attività di culto perseguita dall’ente, unitamente alla sussistenza di tutti gli altri requisiti richiesti per il riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni di culto diverso dal cattolico.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 marzo 2022, n. 2181 verte, invece, in tema di rilascio delle autorizzazioni prescritte per l’esecuzione di interventi edilizi su beni di interesse culturale. La pronuncia ha confermato che un edificio di culto risalente al settecento è incluso tra i beni immobili di interesse e valore culturale a prescindere da un formale provvedimento della pubblica amministrazione che lo qualifichi come tale. Ne consegue che la mancanza di un provvedimento formale della P.A. non giustifica l’esecuzione

di opere edili in assenza delle preventive necessarie autorizzazioni.

La successiva sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2022, n. 3452 interviene in materia di partecipazione di un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto ad una procedura pubblica indetta per l'affidamento per dodici mesi del servizio di vigilanza, assistenza e accompagnamento educativo in favore dei minori e giovani adulti accolti con provvedimento dell'autorità giudiziaria nella Comunità ministeriale di Catanzaro. Con la pronuncia si statuisce che l'esclusione dell'ente della gara per l'assenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dal bando – pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi (2017-2018-2019) – non integra una violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 7 l. n. 121/1985.

Infine, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4636 ha ribadito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti della deliberazione con cui il Consiglio dei Ministri ha negato all'U.A.A.R l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione. Difatti, il diniego alla stipulazione dell'intesa, in quanto atto di natura politica emanato nell'esercizio del potere politico da parte del Governo, è sottratto al sindacato giurisdizionale.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Brescia, 4 gennaio 2022, n. 5

Partecipazione cerimonie religiose – Certificazione del ministro di culto – Valore – Semplice testimonianza

In materia di regolarizzazione dello straniero la testimonianza del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio non è idonea a sostituire la documentazione probatoria assente, ma può integrarla o chiarirne il contenuto, risolvendo eventuali dubbi in senso favorevole al lavoratore extracomunitario. Questo vale anche per i ministri di culto, in quanto investiti di funzioni o di poteri di certificazione che hanno, o possono assumere, rilievo nell'ordinamento statale. Tuttavia, la semplice partecipazione alle cerimonie religiose in Italia non può costituire oggetto di certificazione da parte dei ministri di culto con effetti sul piano amministrativo. L'esercizio dei diritti fondamentali è strettamente personale, e non richiede alcuna ricognizione o valutazione esterna. La dichiarazione del cappellano coadiutore è quindi solo la testimonianza di un privato, come tale non ammissibile.

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

1. La Prefettura di Brescia, con decreto del dirigente dello Sportello Unico per l'Immigrazione di data -OMISSIS- 2021, notificato l'-OMISSIS-, ha respinto l'istanza di regolarizzazione ex art. 103 comma 1 del DL 19 maggio 2020 n. 34 a favore della seconda ricorrente, cittadina ucraina, relativamente a un rapporto di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

2. Il motivo del diniego consiste nella mancata dimostrazione della presenza in Italia della cittadina extracomunitaria anteriormente alla data dell'8 marzo 2020. Lo Sportello Unico non ha accettato come prova della presenza sul territorio nazionale la seguente documentazione: (a) un certificato di iscrizione a un corso di italiano riportante la data del 21 ottobre 2019, rilasciato da una parrocchia di Brescia (prova ritenuta inidonea perché, dai timbri apposti sul passaporto, a quella data la titolare risultava già uscita dal territorio nazionale); (b) il timbro di rientro in area Schengen apposto sul passaporto dalle autorità ungheresi in data 27 dicembre 2019 (prova ritenuta inidonea in

manca di un successivo collegamento con il territorio nazionale).

3. Contro il diniego hanno presentato impugnazione la cittadina extracomunitaria e il cittadino italiano che aveva assunto la qualifica di datore di lavoro. La tesi del ricorso è che la documentazione sopra descritta non sarebbe stata valutata adeguatamente. In particolare, non sarebbe corretto imporre la dimostrazione dell'arrivo in Italia quando sia provato l'ingresso in area Schengen, in quanto alle frontiere interne non vengono apposti ulteriori visti sul passaporto. Sarebbe quindi sufficiente il biglietto dell'autobus partito dall'Ucraina e diretto in Italia. A conferma dell'effettiva presenza in Italia dopo il 27 dicembre 2019 viene prodotta la dichiarazione del cappellano coadiutore presso la Missione con Cura di Anime per i Fedeli Migranti di Brescia, il quale attesta che la cittadina extracomunitaria ha seguito le celebrazioni di rito bizantino a partire dal gennaio 2020.

4. L'amministrazione si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

5. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) i mezzi di prova della presenza in Italia anteriormente alla data dell'8 marzo 2020 sono stabiliti direttamente dall'art. 103 comma 1 del DL 34/2020 (rilievi fotodattiloscopici; dichiarazione di presenza per soggiorni di breve durata, resa ai sensi della legge 28 maggio 2007 n. 68; attestazioni di data certa provenienti da organismi pubblici);

(b) questa elencazione è tassativa, e produce l'effetto di sottrarre la disponibilità della prova ai privati. Più precisamente, viene ammessa solo la certificazione prodotta da documenti formati nel corso dello svolgimento di funzioni pubbliche o di pubblici servizi. Tale impostazione è coerente con l'altra norma contenuta nell'art. 103 comma 1 del DL 34/2020, che esclude dalla regolarizzazione quanti abbiano lasciato il territorio nazionale dopo l'8 marzo 2020. È evidente la volontà del legislatore di riservare la regolarizzazione ai soli cittadini extracomunitari che abbiano avuto un contatto non occasionale con il territorio nazionale;

(c) appare quindi corretta l'interpretazione fornita dalla circolare del Ministero dell'Interno prot. n. 4623 di data 17 novembre 2020, che considera inammissibile la prova testimoniale. L'inammissibilità riguarda in primo luogo la testimonianza del lavoratore extracomunitario e del datore di lavoro, nonché dei rispettivi familiari, ma il medesimo principio si applica anche alla testimonianza di terzi, pur estranei a potenziali conflitti di interesse, quando manchi un collegamento con lo svolgimento di funzioni pubbliche o di pubblici servizi;

(d) relativamente a quest'ultimo punto, si osserva che la testimonianza

del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio non sarebbe comunque idonea a sostituire la documentazione assente, ma potrebbe integrarla o chiarirne il contenuto, risolvendo eventuali dubbi in senso favorevole al lavoratore extracomunitario. Questo vale anche per i ministri di culto, in quanto investiti di funzioni o di poteri di certificazione che hanno, o possono assumere, rilievo nell'ordinamento statale;

(e) non si ritiene, tuttavia, che la semplice partecipazione alle cerimonie religiose in Italia possa costituire oggetto di certificazione da parte dei ministri di culto, con effetti sul piano amministrativo. L'esercizio dei diritti fondamentali è strettamente personale, e non richiede alcuna ricognizione o valutazione esterna. La dichiarazione del cappellano coadiutore è quindi solo la testimonianza di un privato, come tale non ammissibile;

(f) parimenti, rimane confinata in un ambito privato, e dunque senza valore di certificazione, la ricevuta di iscrizione a un corso di lingue, anche se gestito da una parrocchia. D'altra parte, la sovrapposizione con il periodo di assenza dal territorio nazionale desumibile dai visti sul passaporto impedirebbe comunque di dare rilievo a un simile documento;

(g) provengono invece da organismi pubblici i visti di ingresso in area Schengen. Ai fini della regolarizzazione, tuttavia, assumono rilievo solo quelli apposti dalle autorità italiane, in quanto deve essere dimostrato il collegamento con il territorio nazionale;

(h) la prova mediante presunzioni non è ammessa, se il risultato è quello di forzare l'elencazione dell'art. 103 comma 1 del DL 34/2020. Non può quindi essere utile la combinazione del visto Schengen con il biglietto di autobus rilasciato da un vettore ucraino, sia pure con destinazione Italia, se non vi è un documento con valore di certificazione rilasciato in Italia da un pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio.

6. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

7. (...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso;

(...)

Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di sezione, parere del 9 marzo 2022, n. 760

Enti di culto diversi dal cattolico – Riconoscimento

Va riconosciuta personalità giuridica alla Comunità religiosa islamica (CO.RE.IS.), quale ente di culto diverso dal cattolico, ai sensi degli artt. 2 l. n. 1159 del 1929 e 10 R.D. n. 289 del 1930.

OGGETTO:

Ministero dell'interno.

Comunità religiosa islamica (CO.RE.IS.) – Riconoscimento della personalità giuridica;

LA SEZIONE

Vista la relazione dell'1 dicembre 2021 con la quale il Ministero dell'interno ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Marina Perrelli;

Premesso:

1. Con istanza del 16 ottobre 2017 Yahya Sergio Yahe Pallavicini, quale presidente e legale rappresentante della “Comunità Islamica Italiana (CO.RE.IS)”, ha chiesto il riconoscimento della personalità giuridica della predetta comunità come ente di culto diverso da quello cattolico, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 1159/1929 e dell'art. 10 del R.D. n. 289/1930.

1.2. Con la relazione depositata l'1 dicembre 2021 il Ministero dell'interno ha dato atto dell'istruttoria espletata che ha coinvolto dodici Prefetture, nonché del parere favorevole espresso dalla Prefettura di Milano nel cui territorio si trova la sede legale dell'ente.

L'amministrazione ha, altresì, dato atto delle modifiche statutarie dalle quali emerge che l'attività svolta è essenzialmente religiosa e culturale, nonché delle risultanze dell'articolata istruttoria compiuta.

Considerato:

2. Occorre, in primo luogo, rilevare che questa Sezione, con il parere n. 487 del 15 dicembre 2015, si era espressa in senso non favorevole alla precedente istanza di riconoscimento della personalità giuridica, presentata dalla suddetta Comunità.

2.1. Il precedente parere non favorevole era basato sulle relazioni istrut-

torie dalle quali era emerso che “le attività del CO.RE.IS, prevalentemente concentrate nella sede principale di Milano, consistono nell’organizzazione di conferenze, concerti e mostre d’arte finalizzati a diffondere la conoscenza della tradizione islamica, nonché a promuovere il dialogo interculturale e interreligioso. Al riguardo presso la stessa sede di Milano opera l’accademia I.S.A. (Interreligious Studies Accademie), ente di formazione e consulenza, costituito nel 2007 da un gruppo di docenti, educatori e mediatori culturali, allo scopo di promuovere la conoscenza delle religioni e di approfondire le relazioni interculturali, in particolare tra Ebraismo, Cristianesimo e Islam”.

2.2. La Sezione aveva, pertanto, concluso sulla base dei suddetti riscontri che l’ente “attraverso la dimensione sociale e associativa” operava essenzialmente “nello scambio di opinioni e di conoscenze” e che “non possono confondersi con la mera attività di culto”.

3. Secondo i consolidati principi, affermati da questo Consiglio di Stato, in ordine ai requisiti necessari ai fini del riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni di culto diverso dal cattolico, da ultimo esaurientemente esposti nel parere di questa Sezione n. 2771 del 26 novembre 2018:

“- è pienamente vigente nell’ordinamento la disciplina relativa ai c.d. “culti ammessi” contenuta nella legge n.1159/1929 e nel R.D. n.289/1930, ai fini dell’acquisizione dello status di ente ecclesiastico;

- il provvedimento di attribuzione della personalità giuridica a un ente di culto diverso da quello cattolico ha natura concessoria ed è caratterizzato da discrezionalità amministrativa e tecnica;

- si applica la normativa di cui alla legge n. 1159/1929 – e non quella di cui al D.P.R. n. 361/2000 concernente il regolamento per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private – allorché si riscontri la presenza di un fine di culto nell’organizzazione dell’associazione considerata, qualunque importanza possa questo assumere nella sua esistenza giuridica;

- la natura di un ente di culto deve essere desunta dallo statuto adottato e dalle attività effettivamente svolte;

- occorre lo scopo finalistico di carattere prevalentemente religioso dell’associazione, il consistente numero di fedeli, la disponibilità dell’immobile in cui l’associazione ha la sua sede, l’individuazione nominativa del suo effettivo rappresentante, la consistenza del patrimonio mobiliare e l’espressa previsione statutaria di devoluzione dell’intero patrimonio in caso di estinzione;

- occorre un’attività di culto nell’ambito di una particolare fede religiosa;

- lo statuto deve prevedere una disposizione circa i ministri di culto, la cui presenza è essenziale per la valutazione del carattere culturale di un organismo;

- occorre la congruità del patrimonio rispetto al raggiungimento degli

scopi statuari in quanto una delle conseguenze più rilevanti dell'erezione in ente con personalità giuridica è quella della limitazione della responsabilità dell'ente medesimo al proprio patrimonio, con conseguente necessità di tutelare adeguatamente i terzi intreccianti rapporti giuridici col nuovo soggetto di diritti. Tale esigenza rende perfettamente compatibile coll'ordinamento costituzionale l'art. 10, secondo comma, del R.D. 28 febbraio 1930 n. 289, che impone all'istante l'onere di indicare, nella domanda di riconoscimento della personalità giuridica ad istituti delle confessioni cattoliche, i «mezzi finanziari... per il raggiungimento dei propri fini»;

- ulteriore elemento di valutazione è costituito dalla consistenza numerica dei fedeli e dall'ambito territoriale nel quale sono distribuiti”.

4. In merito alla nuova istanza, presentata in data 16 ottobre 2017, la Sezione osserva che la stessa è corredata dallo statuto vigente, approvato con delibera assembleare del 16 dicembre 2017, giusta verbale nella stessa data redatto con atto pubblico per notaio Maria Floccari (rep. 689), dal quale emergono puntuali indicazioni, in particolare sugli scopi religiosi (artt. 1 e 5), sui principi religiosi di riferimento (art. 4), sulle attività religiose e su quelle alle stesse strumentali (art. 6).

4.1. Come evidenziato anche dal Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, la principale attività dell'ente è culturale e religiosa e concerne la diffusione della religione islamica, la gestione dei luoghi di culto, lo svolgimento delle attività religiose, la formazione e la nomina dei ministri di culto, l'assistenza religiosa ad ammalati e detenuti di fede islamica e il dialogo interreligioso. Dalla scheda informativa del 22 luglio 2021 del Dipartimento di Pubblica Sicurezza emerge, inoltre, che la CO.RE.IS “professa un islam moderato, riunisce principalmente cittadini italiani di fede islamica (...)”, è “apertamente contraria a ogni forma di terrorismo e integralismo” e “si è sempre fatta fautrice della promozione del dialogo interculturale e religioso”.

4.2. Dalla documentazione acquisita si evince altresì la consistenza numerica dei fedeli della “Comunità Religiosa Islamica Italiana (CO.RE.IS) – pari a circa 7500 fedeli -, il radicamento sul territorio nazionale – sette sedi, dislocate a Milano, Brescia, Pontevico (Brescia) Desio (Milano), Vicenza, Palermo, Comano (Massa Carrara) e Sanremo (Imperia), operanti in cinque Regioni -, l'esistenza di una solida disponibilità finanziaria, documentalmente provata dalla certificazione dell'UBI del 16 giugno 2020, dai rendiconti economici del triennio 2017 – 2019, nonché dalla proprietà dell'immobile sito in Milano, via Giuseppe Meda n. 9, in cui è stabilita la sede legale.

4.3. Infine con riguardo al legale rappresentante dell'ente è esente da ogni pregiudizio, così come tutti i componenti dell'attuale Consiglio di Ammini-

strazione, di cui all'elenco del 15 luglio 2020, ad eccezione di una sola persona che però risulta coinvolta in una vicenda risalente nel tempo, priva di rilevanza sotto il profilo dell'allarme sociale e del tutto avulsa dalla sfera religiosa.

Merita, infine, di essere evidenziata, come estremamente positiva, la scelta operata in sede di statuto di prevedere la figura di ministri di culto titolari in via esclusiva di attività culturali definite (art. 7).

5. Alla luce delle risultanze istruttorie e delle suesposte considerazioni, la Sezione evidenzia, in primo luogo, che risultano del tutto superate le ragioni poste a fondamento del precedente parere non favorevole al riconoscimento della personalità giuridica, essendo oggi chiara e definita la specifica attività di culto perseguita dall'ente, nonché ritiene che ricorrano tutti i requisiti necessari ai fini del riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni di culto diverso dal cattolico, come esposti nel citato parere di questa Sezione n. 2771 del 26 novembre 2018.

5.1. In conclusione, nei termini di cui in motivazione è il parere favorevole della Sezione.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole nei termini di cui in motivazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 marzo 2022, n. 2181

Edificio di culto risalente al '700 – Riconoscimento *ex lege* come bene di interesse e valore culturale – Non necessario provvedimento formale della P.A.

Gli edifici di culto risalenti al settecento sono inclusi direttamente dalla legge tra i beni immobili di interesse e valore culturale, non essendo necessario un formale provvedimento della pubblica amministrazione che li qualifichi come tali.

Le valutazioni di un interesse culturale particolarmente importante di un immobile, tali da giustificare l'apposizione del relativo vincolo e del conseguente regime a norma dell'art. 10, 3° comma, D. Lgs. n. 42/2004, costituiscono espressione di un potere di apprezzamento tecnico con cui si manifesta una prerogativa propria dell'amministrazione dei beni culturali nell'esercizio della sua funzione di tutela del patrimonio e che può essere sindacata in sede giurisdizionale soltanto in presenza di oggettivi aspetti di incongruenza ed illogicità, di rilievo tale da far emergere l'inattendibilità o l'irrazionalità della valutazione tecnica-discrezionale che vi presiede.

In materia di opere eseguite su edifici di culto, la mancata domanda di autorizzazione già di per sé legittima l'intervento di tutela. L'ordine di rimozione ai sensi dell'art. 160 del D. Lgs. n. 42/2004 non richiede, stante l'ampia discrezionalità della Soprintendenza, alcuna istruttoria e motivazione. L'ordine di demolizione è espressione di discrezionalità amministrativa, e solo ove la scelta ricada sulla sanzione ex art. 27 del D.P.R. n. 380/2021, è richiesta una specifica motivazione, che spieghi le ragioni per cui si ritiene preferibile tale sanzione, piuttosto che quella ex artt. 31 o 27 del D.P.R. n. 380/2001.

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

1. Com'è noto ed ai sensi dell'art. 10, comma 1 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, per i beni appartenenti ad enti ecclesiastici esistenti da almeno settant'anni non è necessaria la dichiarazione di bene culturale prevista dal successivo articolo 13 e, fino alla verifica effettiva del loro interesse culturale di cui all'art. 12, essi, come tutti gli altri beni indicati nel medesimo articolo 10, rimangono comunque soggetti alle disposizioni di tutela, sicché colui che intenda eseguire su di essi opere e lavori di qualunque genere si deve previa-

mente munire dell'autorizzazione del Soprintendente, resa su progetto e, se del caso, soggetta a prescrizioni (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2597/2017; id., n. 320/2020).

2. Ebbene, è accaduto che, con provvedimento prot. n. 5834/35-34-10 del 13 maggio 2014, la Soprintendenza Beni Architettonici e Paesaggistici del Friuli Venezia Giulia ingiunse a don Stefano Canonico, parroco della Chiesa della Beata Vergine del Rosario in Trieste (risalente al settecento e di proprietà comunale), la rimozione di una balconata con struttura lignea, realizzata *sine titulo* ed apposta sulla relativa cantoria ed ancorata alla controfacciata dell'edificio di culto.

3. Don Canonico si gravò allora contro tale ingiunzione innanzi al T.A.R. Friuli Venezia Giulia, con il ricorso n. r.g. 296 del 2014, deducendo: 1) l'omessa previa verifica ex art. 12 del d.lgs. 42/2004 dell'interesse culturale qual condizione per l'esercizio della tutela sul bene coinvolto (nella specie, sarebbero solo vincolati l'altare, la cassa dell'organo e l'altare del Crocifisso e non l'intera chiesa); 2) l'omessa comunicazione del preavviso d'ispezione ex art. 19 del d.lgs. 42/2004, in un contesto in cui mai la chiesa era stata oggetto d'interesse generale da parte della Soprintendenza; 3) l'omesso avviso d'istruttoria da parte della pubblica amministrazione, in violazione delle garanzie partecipative dell'interessato; 4) l'incompetenza della Soprintendenza ad ordinare la rimessione in pristino, spettando invece il relativo potere al Ministro, ai sensi del successivo art. 160; 5) in ogni caso, la violazione dell'Intesa tra il MIBACT e la CEI, laddove sarebbe prevista la collaborazione tra Vescovo e Soprintendenza per tutti quegli interventi d'adeguamento liturgico (quale sarebbe quello in esame) negli edifici aperti al culto; 6) l'inapplicabilità degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 42/2004 all'intervento per cui è causa, peraltro di natura precaria.

4. L'adito TAR, con sentenza n. 62 del 12 febbraio 2015, accolse la pretesa azionata in quanto, seppur munita d'ampia discrezionalità tecnica, alla Soprintendenza non spettò di verificare l'aspetto architettonico e formale dell'intervento e mancarono adeguata istruttoria e precisa motivazione (rinvenibile al più in scritti difensivi dell'Avvocatura erariale).

5. Appellò quindi l'allora MIBACT, col ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della sentenza per: a) l'omessa autorizzazione dell'Autorità canonica a stare in giudizio; b) l'inclusione *ope legis* della chiesa, trattandosi di edificio di culto risalente al XVII secolo, tra i beni immobili d'interesse e valore culturale; c) la natura vincolata del bene, la quale risultò l'unico, necessario e doveroso presupposto fondante dell'intervento della Soprintendenza per la rimozione della balconata abusiva, opera, questa, che legittimò l'intervento repressivo ex art. 21 del d.lgs. 42/2004; d) tale intervento impositivo non ab-

bisognerebbe di puntuali istruttoria e motivazione (peraltro assistita da ampia discrezionalità tecnica, non sindacabile nel merito), né tampoco di fornire garanzie partecipative.

6. Resiste in giudizio don Canonico, ma solo con mera comparsa.

7. All'udienza pubblica del 17 marzo 2022 la causa è stata spedita in decisione.

8. Preliminarmente, il Collegio rileva che non consta che l'odierna appellante abbia eccepito il difetto dell'autorizzazione diocesana e, in ogni caso, quest'ultima è nell'esclusivo interesse della parte appellata e, quand'anche non vi fosse stata, ciò avrebbe implicato una nullità relativa, invocabile solo dall'ente canonico pretermesso.

9. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

10. Il TAR ha accertato che il provvedimento in discussione è stato emanato in conseguenza di una pretesa compromissione, sotto il profilo strutturale e architettonico, del bene tutelato e che gli aspetti strutturali non spettano alla verifica della Soprintendenza, che comunque sarebbe carente di motivazione. Inoltre il primo giudice ha anche rilevato la mancata verifica d'interesse culturale del bene oggetto del giudizio.

10.1 Come ricordato *supra* al paragrafo 1, trattandosi di un edificio di culto risalente al settecento, la sua inclusione tra i beni immobili di interesse e valore culturale deriva direttamente dalla legge, non essendo necessario un formale provvedimento della pubblica amministrazione che li qualifichi come tali. La natura vincolata del bene è quindi il presupposto qualificante per l'intervento della Soprintendenza, finalizzato alla rimozione della balconata illegittimamente costruita.

10.2 L'intervento non autorizzato rientra senz'altro tra quelli indicati dall'art. 21 del d.lgs. n. 42/2004 (interventi soggetti ad autorizzazione), e pertanto la mancata domanda di autorizzazione già di per sé legittima l'intervento di tutela. Il provvedimento gravato risulta un ordine di rimozione ai sensi dell'art. 160 del d.lgs. n. 42/2004 che non richiede, e confermata l'ampia discrezionalità della Soprintendenza, l'istruttoria e motivazione affermata invece come necessaria. Come la Sezione ha avuto più volte occasione di chiarire (*ex multis* Cons. Stato, sez. VI, n. 8154/2021), l'ordine di demolizione è espressione di discrezionalità amministrativa, e solo ove la scelta ricada sulla sanzione ex art. 27 del DPR 380/2021, è richiesta una specifica motivazione, che spieghi le ragioni per cui si ritiene preferibile tale sanzione, piuttosto che quella ex art. 31 o 37 del D.P.R. n. 380/2001.

10.3 Ad ogni buon conto, è infondata anche la censura afferente alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. Il carattere doveroso e vincolato della sanzione edilizia, conseguente alla realizzazione di opere

eseguite in assenza o in difformità del titolo edilizio, è stato definitivamente riconosciuto dalla Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2017, che ne ha fatto discendere l'affermazione secondo cui, in tali casi, l'ordine di demolizione non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso, neppure quando la demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso. Per le medesime ragioni la giurisprudenza consolidata esclude la necessità che l'ordine di demolizione debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 311/2022). La Sezione ha accertato, e questo Collegio non vede un valido motivo per discostarsi, che *“le valutazioni di un interesse culturale particolarmente importante di un immobile, tali da giustificare l'opposizione del relativo vincolo e del conseguente regime a norma dell'art. 10, 3 comma, d.lgs. 42/04, costituiscono espressione di un potere di apprezzamento tecnico con cui si manifesta una prerogativa propria dell'amministrazione dei beni culturali nell'esercizio della sua funzione di tutela del patrimonio e che può essere sindacata in sede giurisdizionale soltanto in presenza di oggettivi aspetti di incongruenza ed illogicità, di rilievo tale da far emergere l'inattendibilità o l'irrazionalità della valutazione tecnica-discrezionale che vi presiede”* (C. Stato, sez. VI, n. 23/2014).

11. (...).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado e conferma il provvedimento impugnato in quella sede.

(...).

Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2022, n. 3452

Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti – Principio di non discriminazione – Esclusione gara pubblica per assenza pareggio bilancio – Non violazione

L'aver escluso un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto da una gara pubblica per assenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria, intesi come pareggio di bilancio, non integra una violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 7 l. n. 121/1985.

Omissis (...)

FATTO

Congregazione dei Poveri Servi della Divina Provvidenza – Casa Buoni Fanciulli – Istituto Don Calabria partecipava alla procedura aperta “sottosoglia” ai sensi dell’art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016 indetta dal Centro per la giustizia minorile per la Calabria – Catanzaro presso il Dipartimento di giustizia minorile e di comunità del Ministero della giustizia per l’affidamento per 12 mesi del servizio di vigilanza, assistenza e accompagnamento educativo in favore dei minori e giovani adulti accolti con provvedimento dell’autorità giudiziaria nella Comunità ministeriale di Catanzaro.

All’esito della valutazione delle offerte l’Istituto si collocava al primo posto della graduatoria di merito, ma veniva poi escluso dalla procedura in sede di accertamento dei requisiti per l’aggiudicazione, a motivo della carenza del requisito di capacità economica e finanziaria previsto a pena di esclusione dall’art. 10 comma 1 lett. c) del disciplinare di gara [“*pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi (2017-2018-2019) o dalla data di avvio delle attività se trattasi di operatore costituitosi in data successiva all’anno 2017*”]; all’esclusione faceva seguito l’escussione della garanzia fidejussoria prestata quale cauzione provvisoria.

L’Istituto impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria i due predetti provvedimenti, nonché il disciplinare di gara *in parte qua* e la determina n. 7/2021 di aggiudicazione della gara al raggruppamento temporaneo di imprese tra Cooperativa Sociale A.S.M.I.D.A. a r.l. e Società Cooperativa Sociale Angelo Azzurro ONLUS. Domandava l’annullamento degli atti gravati, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente

stipulato con l'aggiudicataria e il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nello stesso contratto, ovvero per equivalente.

Con sentenza della Sezione prima n. 1463/2021 l'adito Tribunale, nella resistenza del Ministero della giustizia e di A.S.M.I.D.A., in proprio e quale capogruppo del RTI aggiudicatario, respingeva il ricorso e condannava la ricorrente alle spese del giudizio in favore di entrambe le controparti.

L'Istituto ha appellato la predetta sentenza. Ha dedotto: 1) *Error in iudicando*; sulla corretta interpretazione del requisito di capacità economico-finanziaria di cui all'art. 10 lett. c punto IX del disciplinare di gara; sulla violazione dei principi del *favor participationis*, di proporzionalità e ragionevolezza; 2) *Error in iudicando*; sull'omesso accertamento della violazione delle previsioni di legge in materia di mezzi di prova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, della violazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, nonché della violazione delle leggi n. 121/1985 e n. 222/1995; 3) *Error in iudicando*; sull'omessa dichiarazione della nullità della clausola che impone il requisito del pareggio di bilancio per violazione degli artt. 83 comma 8 e 86 comma 4 del d.lgs. 50/2016 e dell'allegato XVII, parte prima, lett. b); 4) *Error in iudicando*; sul mancato accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica e, in subordine, per equivalente. Ha concluso per la riforma della sentenza gravata e ribadito le domande demolitorie e risarcitorie già formulate in primo grado.

Il Ministero della giustizia si è costituito in resistenza domandando la reiezione del gravame, di cui ha illustrato l'infondatezza.

Anche A.S.M.I.D.A. si è costituita in resistenza, rappresentando in fatto che il contratto di affidamento del servizio è stato stipulato il 9 agosto 2021 e spiegando eccezioni di rito e di merito.

L'Istituto appellante ha affidato a memoria lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 10 febbraio 2022.

DIRITTO

1. L'appello si rivela infondato.

Restano pertanto assorbite le eccezioni preliminari svolte dalla controinteressata.

2. L'Istituto appellante è stato escluso dalla procedura di cui in fatto perché carente del requisito di capacità economica e finanziaria previsto a pena di esclusione dall'art. 10 comma 1 lett. c) del disciplinare di gara, prevedente "il pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi (2017-2018-2019) o dalla data di avvio delle attività se trattasi di operatore costituitosi in data successiva all'anno 2017".

3. La sentenza impugnata, nel respingere le censure al riguardo formulate dall'Istituto e nel concludere per la legittimità del provvedimento espulsivo, da cui la reiezione di tutte le domande demolitorie e risarcitorie da questi formulate, ha rilevato che l'Istituto è un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, non obbligato in quanto tale alla predisposizione del bilancio di esercizio ai fini civilistici, bensì tenuto, ai fini fiscali, alla presentazione annuale del Modello Unico Enti non Commerciali, che, nel triennio di riferimento della gara (2017-2019), riporta un reddito complessivo netto pari ad € 662.697,00 (€ 139.681,00 per il 2017, € 227.200,00 per il 2018, € 295.816,00 per il 2019). Ha ancora rilevato che l'Istituto ha redatto comunque il bilancio di esercizio, che pur riportando complessivamente, nello stesso triennio, un risultato netto positivo di € 3.525.930,00, tenuto anche conto di accantonamenti per futuri progetti immobiliari per € 10.000.000, registra per l'anno 2017 un risultato negativo (€ -854.879,00), imputabile, alla luce dei chiarimenti resi dall'Istituto, ad accantonamenti per € 5.000.000,00 predisposti al fine di coprire possibili futuri investimenti immobiliari.

Tanto osservato, la sentenza impugnata, in estrema sintesi:

- ha escluso la fondatezza del primo motivo di ricorso, con cui l'interessata aveva sostenuto che il provvedimento espulsivo, contro il principio di *favor participationis*, fosse frutto di una interpretazione irragionevolmente formalistica e restrittiva della norma di disciplinare, potendosi anche intendere nel senso, favorevole all'Istituto, di correlare il pareggio di bilancio al triennio complessivo.

Il Tar ha al riguardo ritenuto che la norma di disciplinare, in assenza dell'avverbio "complessivamente" o simili, e in considerazione della naturale autonomia degli esercizi economici annuali, avesse prescritto con ogni chiarezza il pareggio di bilancio per ciascuno degli esercizi in rilievo;

- ha escluso che la clausola applicata nel provvedimento di esclusione fosse nulla per contrasto con l'art. 83 comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016, come sostenuto dall'Istituto con memorie depositate *ex art. 73* Cod. proc. amm..

Ha rilevato sul punto come detta clausola si fosse limitata a individuare i requisiti di capacità economica e finanziaria necessari per partecipare alla gara, senza recare prescrizioni espulsive ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici;

- ha escluso la violazione dell'art. 86 e dell'allegato XVIII del d.lgs. 50/2016 denunciata con il secondo motivo.

Ha osservato al riguardo sia che l'amministrazione non aveva richiesto, a dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dalla legge speciale di gara, documentazione diversa da quella di cui alle predette previsioni, sia che l'Istituto ricorrente, non tenuto alla redazione del bilancio ai fini civilistici, era

stato ammesso a provarne la dichiarata sussistenza senza limitazione di mezzi, senza però riuscirvi.

4. A questo punto può osservarsi che con il primo motivo di appello l'Istituto sostiene che il Tar non si sarebbe avveduto che la clausola applicata nel provvedimento espulsivo, non specificando se il requisito debba essere soddisfatto complessivamente o per ciascuno degli esercizi annuali ivi previsti, è affetta da evidente ambiguità, e doveva pertanto essere interpretata in virtù del principio della massima partecipazione. Sostiene ancora che il primo giudice ne abbia invece indebitamente integrato il significato, validando l'interpretazione assunta dalla stazione appaltante, intrinsecamente contraddittoria e irragionevole.

Si tratta di censure che, come meglio in seguito, sono tutte infondate.

4.1. Sul punto, va richiamato il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* trovano applicazione le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, *ex artt.* 1362 e 1363 Cod. civ. (da ultimo, Cons. Stato, V, 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322): conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione; soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al privato (Cons. Stato, VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

La sentenza impugnata ha fatto buon governo degli anzidetti principi, in quanto, nell'interpretazione della clausola del disciplinare qui in rilievo e nell'escludere qualsiasi sua ambiguità, ha tenuto conto sia del criterio letterale che di quello sistematico.

In particolare, quanto al criterio letterale, rileva il chiaro tenore della norma [*“il pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi (2017-2018-2019) o dalla data di avvio delle attività se trattasi di operatore costituitosi in data successiva all'anno 2017”*] che considera con ogni evidenza singolarmente gli anni che compongono il triennio di riferimento.

Non può quindi accedersi alla tesi dell'Istituto secondo cui, per legittimare tale unica interpretazione della clausola, sarebbe stato necessario prevedere che il pareggio di bilancio dovesse risultare per “ciascuno” degli anni in questione.

È vero infatti proprio il contrario: il criterio logico-sistematico impone di considerare la naturale autonomia dei vari esercizi economici annuali, come ha

fatto il primo giudice, sicché sarebbe stata la loro complessiva considerazione a dover richiedere una qualche ulteriore specificazione nella norma.

Ad abundantiam, può rilevarsi che, come riferito dalla difesa erariale, si tratta dell'identica previsione a cui la stessa stazione appaltante ha già fatto ricorso in altra procedura cui ha partecipato l'Istituto, e che in quell'ambito ha costituito anche oggetto di chiarimenti nei sensi qui precisati.

4.2. L'Istituto, invocando una serie di massime giurisprudenziali relative al principio di *favor participationis*, afferma che il Tar avrebbe dovuto adottare l'interpretazione più favorevole all'ente e annullare il provvedimento espulsivo.

Ma dette massime presuppongono l'ambiguità o la contraddittorietà delle norme della *lex specialis*, condizione che nella fattispecie, per quanto sopra, non sussiste, sicché bene ha fatto, prima, l'Amministrazione, poi, la sentenza impugnata, ad applicare la prescrizione di cui trattasi nell'unico significato evincibile dalle sue parole.

Si rammenta, sul punto, che, per consolidata giurisprudenza, la *lex specialis* di una procedura pubblica costituisce un vincolo da cui l'amministrazione non può sottrarsi: in particolare, per effetto del rigoroso principio formale che la assiste, a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (*ex multis*, Cons. Stato, V, 29 settembre 2015, n. 4441; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154), le prescrizioni ivi stabilite impegnano non solo i privati interessati, ma, ancora prima, la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure quando alcune di queste regole risultino inopportune o incongrue o comunque superate, fatta salva naturalmente, in tale ultimo caso, la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (tra tante, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; 13 settembre 2016, n. 3859; 28 aprile 2014, n. 2201; 30 settembre 2010, n. 7217; 22 marzo 2010, n. 1652; Ad. plen., 25 aprile 2014, n. 9).

4.3. L'Istituto si duole che la contestata interpretazione della norma di disciplinare in parola abbia condotto, anche in spregio dell'interesse pubblico, "*all'esito paradossale di escludere dalla gara l'operatore più affidabile sotto il profilo economico finanziario*" e che aveva presentato l'offerta migliore.

A sostegno dell'affermazione, l'appellante evidenzia che la stazione appaltante, nell'inoltare con atto n. 11926/2020 la richiesta di parere sulla fattispecie all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, ha riconosciuto la solidità economico-finanziaria dell'Istituto, e che la difesa erariale, nel riscontare la richiesta con il parere di cui all'atto n. cs3206/2020, ha richiamato una sentenza amministrativa secondo cui il dato del pareggio di bilancio non consente automaticamente la formulazione di un giudizio sulla solidità di una impresa.

La questione è inconferente, non potendo in alcun modo l'appellante giovarsi del contenuto della predetta consultazione.

Il parere della difesa erariale in questione (agli atti di primo grado) ha concluso univocamente per l'esclusione dalla gara dell'Istituto, in quanto carente per l'esercizio del 2017 del prescritto requisito di capacità economico-finanziaria. Ha altresì ritenuto l'irrelevanza dell'ascrivibilità della perdita ivi registrata all'accantonamento di importi a fondo rischio dichiarata dall'Ente, perché giustificazione inidonea a modificare da un punto civilistico la connotazione del bilancio come in perdita, e, tanto chiarito, e solo in vista di bandi futuri, ha richiamato la massima giurisprudenziale di primo grado qui invocata dall'Istituto.

Ma siffatta posizione non riverbera alcun effetto nella vicenda in esame, sia in quanto *“de iure condendo”*, sia perché nell'odierno contenzioso non viene in autonoma evidenza la prescrizione di disciplinare in forza della quale l'Istituto è stato escluso dalla gara: l'Ente non ha infatti contestato il capo di sentenza n. 5 con cui il Tar, in via preliminare, ha rilevato che *“nonostante nell'intestazione del ricorso si dichiara di impugnare, ‘per quanto occorrer possa’, il disciplinare di gara, in realtà non viene articolata alcuna specifica censura riguardante la validità dell'art. 10, comma 1, lett. c) del disciplinare di gara”*.

Sicché anche in questa sede va rilevato che l'Istituto ha diretto le sue doglianze esclusivamente contro l'interpretazione della prescrizione fornita dalla stazione appaltante, mentre la prescrizione in sé è rimasta inoppugnata, con conseguente impossibilità di valutarne in questo giudizio la legittimità.

4.4. Infine, vanno condivise le osservazioni del predetto parere e le conclusioni del Tar circa l'inidoneità delle giustificazioni addotte dall'Ente a modificare da un punto civilistico la connotazione del bilancio come in perdita.

In particolare, la puntuale osservazione della sentenza impugnata [*“Il fatto, poi, che lo squilibrio sia dovuto all'accantonamento di € 5.000.000,00, allo scopo di coprire futuri investimenti immobiliari non ancora effettuati, non ne esclude l'esistenza per l'anno di riferimento”*, tenuto anche conto che *“le passività eventuali potenziali sono state rilevate in bilancio e iscritte nei fondi in quanto ritenute probabili ed essendo stimabile con ragionevolezza l'ammontare del relativo onere”* (cfr. pag. 6 della nota integrativa)], consente di superare l'ultima censura del motivo in trattazione, con cui l'Istituto torna a sostenere che la perdita in parola non costituisca un effettivo squilibrio tra poste attive e passive, condizione che invece sussiste e che il Tar ha bene messo in rilievo.

5. Il secondo motivo di appello è parimenti infondato.

5.1. L'Istituto afferma che la sentenza è erronea anche nella parte in cui

non ha tenuto conto della natura giuridica dell'Ente, che non lo obbliga alla redazione del bilancio, per cui la sua solidità finanziaria andava verificata con esclusivo riferimento ai Modelli Unici Enti non Commerciali che lo stesso è tenuto fiscalmente a presentare.

L'affermazione è infondata sia nella prima parte, atteso che come sopra visto il primo giudice ha espressamente considerato sia la natura dell'Ente che gli obblighi fiscali cui esso è sottoposto, sia nella seconda: come meglio infatti nell'immediato seguito, dal momento che l'Istituto ha comunque predisposto e inviato alla stazione appaltante i bilanci di esercizio, oggetto della specifica prescrizione di disciplinare, non si vede come l'Amministrazione potesse non tenerne conto.

5.2. Non è infatti accoglibile la tesi dell'Istituto incentrata sulla violazione dell'art. 86 del d.lgs. 50/2016 (il cui comma 4 stabilisce che *“Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I. L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*), e dell'allegato XVIII ivi richiamato.

In particolare, sul presupposto della carenza di rilevanza esterna dei bilanci predisposti dall'Ente, derivante dall'inesistenza di un obbligo giuridico della loro pubblicazione, l'Istituto sostiene che l'Amministrazione non avrebbe potuto valutare i bilanci del triennio qui in rilievo, e avrebbe invece dovuto ammettere che il requisito di capacità economica e finanziaria fosse provato a mezzo della ulteriore documentazione di cui al ridetto allegato XVIII.

Sul punto, non può non premettersi che, come pure correttamente osservato dal primo giudice, dal coordinamento delle predette previsioni emerge espressamente la possibilità delle stazioni appaltanti di richiedere la presentazione di bilanci a dimostrazione della capacità economica e finanziaria degli operatori economici partecipanti alle gare pubbliche, essendo tali documenti richiamati nell'Allegato XVII Parte I [*“b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell'operatore economico”*].

Tanto chiarito, la questione non può tuttavia essere risolta alla luce delle predette norme, di cui, nella specie, la stazione appaltante ha fatto puntuale applicazione, dal momento che, nel richiedere all'Istituto la comprova del requisito di capacità economica e finanziaria, come emerge dalla relativa nota depositata dal medesimo agli atti di primo grado, non ha in alcun modo limitato i relativi mezzi di prova.

È invece dirimente il fatto che l'Istituto, nel riscontrare la richiesta (con nota pure in atti), ha rappresentato di predisporre anche i bilanci di esercizio, che ha allegato per il triennio di riferimento in uno ai predetti Modelli Unici, e da cui è emerso il mancato pareggio di bilancio per l'anno 2017.

Sicché l'Amministrazione, una volta inequivocamente accertato a mezzo di tali documenti, offerti in conoscenza dallo stesso operatore, la carenza del requisito del pareggio di bilancio prescritto dal disciplinare, non poteva né doveva richiedere ulteriori mezzi di prova, mentre la pure invocata circostanza della "incompletezza" dei bilanci del triennio di cui si discute per le ragioni specificamente indicate nel motivo non può essere opposta nei confronti delle determinazioni della stazione appaltante, che era tenuta a considerare quanto da essi oggettivamente risultante.

5.3. Per quanto sin qui considerato, è infondata anche la censura finale del motivo, che denuncia l'erroneità della sentenza impugnata per non aver rilevato la violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché delle leggi n. 121/1985 (*Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*), e n. 222/1985 (*Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*).

A fronte della clausola di disciplinare qui di interesse, che costituisce la *lex specialis* della procedura e che, in quanto tale, deve in essa trovare puntuale applicazione (restando indifferente l'eventuale diversa disciplina riguardante altri bandi di gara riferita dall'appellante), sarebbe stata semmai la mancata esclusione dell'Istituto a violare il principio di parità di trattamento, né l'esclusione dell'Ente è stata disposta, come la censura sembra adombrare mediante il ricorso al principio di non discriminazione, in ragione della sua particolare connotazione giuridica, sicché il richiamo in linea generale alle predette leggi e in particolare all'art. 7 della l. 121/1985 (secondo cui "[...] *il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto di una associazione o istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività*") risulta completamente fuori centro.

6. È infondato anche il terzo motivo, che si dirige avverso la parte della sentenza impugnata che ha escluso la fondatezza della tesi della nullità della clausola di disciplinare di cui si discute per contrasto con l'art. 83 comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016, sviluppata dall'Istituto con memorie depositate ex art. 73 Cod. proc. amm..

6.1. La grave sanzione della declaratoria di nullità delle clausole di una

procedura di gara per violazione del principio di tassatività, per consolidata giurisprudenza, si riferisce a quelle clausole che impongono adempimenti formali e non prescrizioni che attengono ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica (Cons. Stato, V, 4 agosto 2021, n. 5750; 23 agosto 2019, n. 5828; III, 7 luglio 2017, n. 3352).

La declaratoria di nullità colpisce inoltre le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti adempimenti o prescrizioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara che non trovano alcuna base giuridica nelle norme del Codice dei contratti pubblici o in altre disposizioni di legge vigenti (Cons. Stato, V, 23 novembre 2020, n. 7257 e giurisprudenza ivi richiamata; Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, il capo di sentenza di cui trattasi va confermato, atteso che nella specie si tratta di una prescrizione attenente ai requisiti di capacità economico-finanziaria, della quale si è vieppiù già rilevata la compatibilità con l'art. 86 e l'Allegato XVII del d.lgs. 50/2016.

Del resto, gran parte del motivo in trattazione, che reitera doglianze già precedentemente formulate, fa emergere che i rilievi dell'Istituto si appuntano più che altro sull'asserita non corretta interpretazione della clausola da parte dell'Amministrazione, che va esclusa alla luce di tutto quanto sin qui osservato.

7. Alle conclusioni sin qui rassegnate e alla rilevata legittimità dell'esclusione dell'Istituto dalla gara per cui è causa consegue la reiezione del quarto motivo, volto alla riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il ricorso di primo grado anche per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno.

8. In definitiva, l'appello va respinto.

(...)

PQM

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

(...)

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4636

Diniego stipula intesa ex art. 8, 3° comma, Cost. – Atto politico – Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo

La deliberazione con la quale il Consiglio dei Ministri nega l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione, è un atto di natura politica, in quanto provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico dato che l'apprezzamento di opportunità è attribuito alla responsabilità del Governo. Pertanto, il diniego alla stipulazione dell'intesa è sottratto al sindacato giurisdizionale.

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

1. L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti ha impugnato dinanzi al Tar per il Lazio il diniego del Consiglio dei Ministri, deciso nella seduta del 27 novembre 2003, dell'istanza finalizzata all'avvio delle procedure per la conclusione di un'intesa ai sensi dell'art. 8 della Costituzione.

1.1. Il diniego è stato motivato in quanto il Consiglio dei Ministri ha ritenuto di condividere il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato sulla non equiparabilità della professione di ateismo, pur ammessa al pari delle altre libertà religiose, alle confessioni religiose diverse dalla cattolica ai fini della stipula delle intese di cui al citato art. 8.

2. Il Tar per il Lazio, con sentenza n. 12539 del 2008, ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione in ragione del carattere politico dell'atto impugnato.

3. L'Unione ricorrente ha quindi impugnato la decisione del Tar e il Consiglio Stato, con sentenza di questa Sezione n. 6083 del 2011, ha accolto l'appello ritenendo invece sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia e di conseguenza rimettendo le parti dinanzi al primo giudice ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

3.1. In particolare, per il Consiglio di Stato, “*l'organizzazione richiedente*” sarebbe stata titolare di un interesse giuridicamente rilevante ad essere qualificata come confessione religiosa e “*l'accertamento preliminare se l'organizzazione richiedente sia o meno riconducibile alla categoria delle confessioni religiose*” avrebbe costituito una mera espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione in quanto tale sindacabile in sede di giurisdizione generale di legittimità.

4. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha comunque impugnato la sentenza del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione sostenendo, ai sensi dell'art. 110 c.p.a., il difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo.

4.1. Con sentenza n. 16305 del 2013, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno tuttavia respinto il ricorso, ritenendo che *“l'assenza di normazione specifica non è di per sé un impedimento a contrastare in sede giurisdizionale il rifiuto di intesa che sia fondato sul mancato riconoscimento, in capo al richiedente, della natura di confessione religiosa”*.

5. L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti ha quindi riassunto il giudizio al Tar per il Lazio che, con sentenza n. 7068 del 2014, ha respinto il ricorso nel merito, escludendo peraltro che la ricorrente si potesse qualificare come confessione religiosa.

6. Contro la predetta sentenza ha quindi proposto appello la stessa Unione, prospettando una serie di motivi di censura relativi non solo alla forma mediante la quale era stata assunta la determinazione impugnata (non con decreto del Presidente della Repubblica), ma anche alla natura della scelta discrezionale, alla definizione del concetto di confessione religiosa, alla violazione delle disposizioni della CEDU in materia di non discriminazione.

7. La Presidenza del Consiglio dei Ministri si è costituita in giudizio il 25 febbraio 2015 ed ha proposto un appello incidentale il 6 marzo 2015 con il quale ha contestato il richiamo della sentenza del Tar alla decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 16305 del 2013 (in sostanza, contestando l'affermata doverosità dell'apertura di una trattativa per la conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione).

8. In pendenza del giudizio di appello proposto dall'Unione ricorrente avverso la sentenza del Tar, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha nuovamente contestato la giurisdizione così come affermata dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, proponendo un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della stessa Cassazione innanzi alla Corte Costituzionale (per la Presidenza del Consiglio la decisione impugnata avrebbe menomato le sue attribuzioni costituzionali).

9. La Corte Costituzionale, con sentenza 27 gennaio – 10 marzo 2016, n. 52, ha accolto il ricorso del Governo, dichiarando che non spettava alla Corte di Cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della deliberazione con la quale il Consiglio dei Ministri aveva negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e, per l'effetto, ha annullato la stessa sentenza n. 16305 del 2013.

9.1 Più nel dettaglio, la Corte Costituzionale ha precisato che: *“In defi-*

nitiva, un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo. In quest'ambito circoscritto, e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice”.

10. Con ordinanza del Presidente di questa Sezione n. 528 del 26 marzo 2021 è stato quindi chiesto alla parte appellante se avesse ancora interesse alla definizione del giudizio e si vi fossero state ulteriori sopravvenienze.

11. La Presidenza del Consiglio ha depositato un'ulteriore memoria il 15 febbraio 2022.

12. L'Unione appellante ha depositato una memoria il 4 maggio 2021, documenti l'11 febbraio 2022, una ulteriore memoria il 31 febbraio 2022 e una replica il 3 marzo 2022.

13. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 marzo 2022.

14. Preliminarmente, va rilevato che l'Unione appellante, come già evidenziato in sede di nota di chiarimenti prodotta in data 4 maggio 2021 in risposta alla citata ordinanza presidenziale n. 528 del 2021, ha sostenuto come l'insindacabilità in sede giurisdizionale della deliberazione con cui il Governo ha respinto la sua richiesta di avvio delle trattative finalizzate all'intesa avesse leso i diritti garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in particolare dei diritti garantiti dagli artt. 6, par. 1, 13, 9, 11 e 1 Prot. n. 1).

14.1. Per questa ragione, l'appellante ha anche presentato ricorso alla Corte europea per i diritti dell'uomo il 9 settembre 2016. Il ricorso, che ha preso il numero 55861/16, è già stato comunicato allo Stato italiano in data 7 settembre 2020 (al momento si è conclusa la fase di scambio delle memorie scritte tra le parti e si è in attesa dell'eventuale fissazione dell'udienza di discussione o della decisione da parte della Corte europea).

14.2. Inoltre, nella successiva memoria depositata il 21 febbraio 2022, la stessa Unione ha preso atto di quanto deciso dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 52 del 2016 con particolare riferimento alla conferma, da parte del giudice delle leggi, della radicale non giustiziabilità delle determinazioni governative relative all'avvio delle trattative con le confessioni religio-

se, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione. Tuttavia, l'appellante ha affermato come la decisione della Corte Costituzionale dovesse ritenersi lesiva dei suoi diritti, ribadendo l'intenzione di ottenere una decisione in proposito dalla Corte europea.

15. Ciò premesso, il presente giudizio deve essere definito tenendo conto dell'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 2016, n. 52 del 2016 che in sede di risoluzione del conflitto di attribuzione ha annullato, con effetto *ex tunc*, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 16305 del 2013, che aveva costituito il presupposto per la pronuncia del Tar impugnata.

15.1. Alla luce di tale sentenza della Corte deve ritenersi fondato l'appello incidentale proposto dall'Amministrazione intimata nel quale sostanzialmente si contesta proprio il richiamo operato dalla sentenza impugnata (al punto 3.1) alla pronuncia sulla giurisdizione della Cassazione poi annullata.

15.2. A tale proposito, va rilevato che la sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti che pur soggettivamente e formalmente amministrativi hanno natura politica, si fonda sul presupposto che gli stessi costituiscono espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico. Pertanto, alla nozione di atto politico concorrono due requisiti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo: occorre, da un lato, che si tratti di atto o provvedimento emanato dal Governo, e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica, dall'altro, che si tratti di atto o provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa. Nel caso di specie, come rilevato dalla Corte Costituzionale, nell'individuazione dell'interlocutore, ai fini dell'intesa di cui all'art. 8 della Costituzione, deve ritenersi decisivo, ai fini della natura politica dell'atto, l'apprezzamento di opportunità attribuito alla responsabilità del Governo.

16. In questo contesto va dunque ritenuto inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio e del conseguente appello e fondato l'appello incidentale della Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado.

17. Per le ragioni sopra esposte, va quindi dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado e il relativo appello e va invece accolto l'appello incidentale, con conseguente annullamento, senza rinvio, della sentenza impugnata.

18. (...).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. 555 del 2015), come in epigrafe proposto:

- dichiara inammissibili l'appello principale e il ricorso di primo grado per difetto assoluto di giurisdizione;
- accoglie l'appello incidentale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e per l'effetto annulla senza rinvio la sentenza impugnata.
(...).