

DIRITTO AMMINISTRATIVO: Natura giuridica delle fabbricerie – Non costituiscono Organismi di diritto pubblico – Normativa di derivazione pattizia – Assetto ordinamentale. – Regime del Codice dei contratti pubblici – Non soggiacciono – Finalità – Finanziamento.

Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7742

in *Urb. e appalti*, 6, 2022, pag. 790 e ss., con commento di Francesca Bevilacqua, *Le fabbricerie tra regolamentazione pattizia e qualificazione come “organismi di diritto pubblico”*.

1. Le fabbricerie sono oggetto di una normativa di derivazione pattizia solo relativamente all’assetto ordinamentale e alla definizione dei compiti cui esse sono preposte, tanto che eventuali modifiche di tali profili debbono essere bilateralmente convenute.
2. Le materie che non possono dirsi attinenti al libero esplicarsi del sentimento religioso nella sua dimensione di diritto fondamentale, in quanto non rientranti tra quelle di religione e di culto, come le modalità di affidamento delle commesse, devono ritenersi soggette alla legislazione unilaterale dello Stato, ivi compresa quella di derivazione eurocomunitaria.
3. Le fabbricerie non sono organismi di diritto pubblico e, come tali, non soggiacciono al regime del Codice dei Contratti pubblici ex art. 3, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 50/2016, perché non sono soggette, quanto alla loro attività, alla influenza pubblica dominante, tanto che, come avviene per le associazioni e per le fondazioni, l’autorità amministrativa non opera un rilievo penetrante sulla gestione dell’ente e, in più, i relativi poteri vengono esercitati dal Prefetto o dal Ministero dell’Interno con il coinvolgimento del vescovo diocesano.
4. Le fabbricerie non operano per la soddisfazione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, perché, almeno per quanto riguarda la più grandi, gestiscono rilevanti beni e patrimoni secondo quel criterio di economicità che caratterizza e connota l’attività imprenditoriale.
5. L’attività delle fabbricerie non è finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da altri Enti pubblici territoriali o da organismi di diritto pubblico, in quanto, al di là di qualche contingente accordo di diritto privato, rileva l’approccio funzionale, che concerne le ordinarie e strutturali modalità con cui si esplica la volontà dell’ente, con riguardo al centro di imputazione dei rischi e delle perdite connesse alla stessa attività.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell’Interno e dell’Autorità nazionale anticorruzione;

Visto l’atto di intervento *ad adiuvandum* proposto dalla Associazione Nazionale Fabbricerie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Giovannelli e Merusi e l'avvocato dello Stato Pluchino;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, notificato il 31 maggio 2018, l'Opera di Santa Croce, antica fabbricceria fiorentina fondata nel 1371, impugnava:

a) la delibera n. 365 del 28 marzo 2018 del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la quale la fabbricceria veniva qualificata come "*organismo di diritto pubblico*" e, come tale, assoggettata alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici;

b) la nota prot. 37740 del 3 maggio 2018 del Dirigente dell'Ufficio vigilanza lavori pubblici dell'ANAC, con cui era stata trasmessa la richiamata delibera ed era stato richiesto all'Opera di comunicare all'Autorità le determinazioni assunte a fronte dei rilievi in essa formulati;

c) il rapporto ispettivo trasmesso all'ANAC da parte del Nucleo speciale anticorruzione della Guardia di Finanza con nota prot. 92923 del 19 luglio 2017, richiamata nella delibera gravata;

d) ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, ivi compresa la delibera adottata dal Consiglio dell'Autorità, con riferimento alla ricorrente, nell'adunanza del 6 settembre 2017 ed il verbale della relativa adunanza, richiamati nella delibera n. 365/2018.

2.- A sostegno del gravame, premetteva – ai fini di un più comprensiva perimetrazione ed un più lato inquadramento dei termini della materia del contendere – di aver già impugnato, con distinti ricorsi pendenti dinanzi allo stesso Tribunale, due distinti provvedimenti adottati dall'ANAC, con i quali si era inteso sancire il proprio assoggettamento: a) per un verso, alla normativa "*in materia di trasparenza*", sul presupposto che l'Opera costituisse un ente di diritto privato assimilato alle società partecipate "*non in controllo*", di cui all'art 2 bis, comma 3, del d. lgs. 33/2013; b) per altro verso, alla normativa dettata dal d. lgs. 39/2013, "*in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*", sul duplice presupposto che l'Opera si configurasse come ente di diritto privato sia "*in controllo pubblico*", sia "*regolato e finanziato*", ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettere c) e d), del d. lgs cit..

Evidenziava, altresì, in proposito, la pendenza di un procedimento consultivo instaurato dinanzi al Consiglio di Stato, in merito alla propria assoggettabilità agli obblighi discendenti dalla applicazione della normativa anticorruzione: procedimento sollecitato da una richiesta di parere all'uopo formulata dal Ministero dell'Interno (affare n. 2226/2016), a seguito della nota con cui l'ANAC aveva sostenuto, nei rammentati termini, che l'Opera fosse assoggettata alla relativa normativa, in quanto qualificabile come "*ente di diritto privato in controllo pubblico*". Al riguardo, non mancata di rimarcare, peraltro, come, in realtà, la stessa Autorità avesse poi mutato il proprio orientamento con nota del 20 ottobre

2017, con la quale aveva ritenuto l'Opera ente di diritto privato assimilato alle società partecipate “*non in controllo*” e, come tale, non obbligata al rispetto degli adempimenti imposti sul fronte anticorruzione.

3.- Sulle esposte premesse, segnatamente (e specificamente) contestava, per quanto di puntuale interesse ai fini della lite, la propria qualificazione come “*organismo di diritto pubblico*”, in concreto assunta a presupposto della ritenuta soggezione alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, in quanto “*amministrazione aggiudicatrice*” (cfr. art. 3, comma 1 lettera *d*) d. lgs. n. 50/2016): qualificazione che aveva, tra l'altro, indotto l'Autorità all'accertamento, previa strumentale ispezione effettuata nel 2016, della irritalità degli affidamenti storicamente disposti sulla base del proprio disciplinare interno.

Rivelatasi vana la strumentale interlocuzione procedimentale, anche mediante audizione tenutasi presso l'Autorità, prospettava, avverso i provvedimenti impugnati, un triplice ordine di doglianze, con cui denunciava:

a) violazione dell'art. 7 della Costituzione e del principio concordatario, nonché la violazione dell'art. 7 della legge 25.3.1985 n. 121 (“*Accordo di revisione del Concordato Lateranense*”), dell'art. 72 della legge 222/1985 e degli artt. 35-41 del D.P.R. 33/1987, mettendo in luce come l'Autorità ritenesse erroneamente di potere assoggettare la Fabbriceria ad una regolamentazione unilaterale di provenienza statale, allorquando invece – in forza della garanzia costituzionale di cui all'art. 7 – avrebbero dovuto trovare applicazione le sole norme di legge rinforzate dettate dall'accordo tra Stato e Santa Sede;

b) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, comma 1, lettera *d*), del d. lgs. n. 50/2016, una ad eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, sull'assunto che, nella fattispecie, difettasse il c.d. requisito teleologico;

c) ulteriore violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 cit., nonché dell'art. 16 della legge n. 848/1929, dell'art. 39, comma 2, del D.P.R. 33/1987 e dell'art. 3 della legge n. 241/1990, sotto il distinto e concorrente profilo della argomentata carenza del requisito della sottoposizione dell'Opera all'influenza del Ministero dell'Interno.

4.- Nel ricorso così proposto spiegava il proprio intervento *ad adiuvandum* l'Associazione Nazionale Fabbricerie, che condivideva le censure della ricorrente, testimoniando il rilievo della questione per le possibili ripercussioni su tutte le Fabbricerie sue associate.

5.- Nella resistenza dell'ANAC, con sentenza n. 9759 del 24 settembre 2020, il TAR rigettava il ricorso. Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, l'Opera di Santa Croce impugnava la ridetta statuizione, di cui argomentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio l'ANAC, in resistenza, e l'Associazione Nazionale Fabbricerie, in adesione. Alla pubblica udienza del 25 novembre 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è, nei sensi delle considerazioni che seguono, fondato e merita di essere accolto.

2.- In via preliminare, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso di prime cure, formulata dalla difesa erariale sull'assunto della carenza di lesività concreta ed attuale dei provvedimenti impugnati: eccezione rimasta assorbita dalla decisione di rigetto nel merito e riproposta in via di devoluzione *ex art. 101 cod. proc. amm.*

2.1.- L'eccezione è, invero, inammissibile, in quanto irrivalentemente formulata solo con la memoria difensiva depositata il 25 ottobre 2021.

Occorre, sul punto, considerare che l'art. 101, comma 2 cod. proc. amm. prescrive, ai fini della riproposizione, relativamente alle "*parti diverse dall'appellante*", delle "*domande*" e delle "*eccezioni*" dichiarate "*assorbite*" (o, comunque, "*non esaminate*") nella sentenza di primo grado, l'onere di formalizzazione "*con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio*" (e, segnatamente, nel termine di "*sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso*": cfr. art. 46, comma 1, cod. proc. amm., applicabile anche nella fase di gravame).

Importa precisare che la "*memoria*" in questione – in quanto non semplicemente preordinata alla articolazione delle difese, ma alla definizione, necessariamente liminare ed incipitaria, del *thema decidendum* – rappresenta, di là dalla sua tempestività (non a caso presidiata dalla attitudine decadenziale del relativo termine), il *primo atto* difensivo, nella logica del principio di *concentrazione* che connota la perimetrazione, anche ai fini del contraddittorio tra le parti e tra le parti ed il giudice, la perimetrazione (e l'ambito) della concreta *materia del contendere* (cfr., per analogo principio, Cass. SS.UU., 21 marzo 2019, n. 7940 e Id., 9 novembre 2021, n. 32650).

Nel caso di specie, la memoria depositata il 25 ottobre 2021, al quale la riproposizione dell'eccezione risulta affidata, è, sotto duplice e concorrente profilo, inidonea, sia in quanto non corrispondente al primo atto difensivo (la memoria di costituzione in giudizio è stata depositata il 31 dicembre 2020), sia in quanto, in ogni caso, tardiva.

3.- Ciò premesso, con il primo motivo del ricorso di primo grado, l'esponente ha censurato la propria qualificazione quale "*organismo di diritto pubblico*" rilevando, in termini generali, che le Fabbricerie sono enti nati prioritariamente nell'ordinamento della Chiesa Cattolica, poi regolamentati con il Concordato del 1929 e, dopo la Costituzione Repubblicana, soggetti al regime pattizio previsto dall'art. 7.

Per detta ragione, esse non potrebbero, in tesi e pregiudizialmente, essere incise da una normativa che non fosse stata adottata nel rispetto della richiamata riserva di legge rinforzata, frutto di un accordo tra

i due ordinamenti, quello dello Stato e quello della Chiesa Cattolica, entrambi indipendenti e sovrani e i cui rapporti sono regolati dal Concordato Lateranense.

A sostegno, rammentava, in particolare, che il Concordato del 1929 (legge 27 maggio 1929 n. 810, art. 29, lettera a) aveva mantenuto la personalità giuridica degli enti ecclesiastici ad essi già accordata nell'ordinamento, riconoscendola a tutte le chiese aperte al pubblico che non l'avessero, mentre il capoverso dello stesso art. 29 aveva sancito che i Consigli di Amministrazione delle Chiese, anche se composti totalmente o in maggioranza da laici, non dovevano ingerirsi nei servizi di culto e che la "*la nomina dei componenti*" dovesse essere "*fatta d'intesa con l'autorità ecclesiastica*".

Di seguito, la legge sugli enti ecclesiastici e sulle amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto (legge 27 maggio 1929 n. 848) aveva stabilito (art. 15) che le fabbricerie, laddove esistenti, avrebbero provveduto all'amministrazione dei rispettivi edifici, senza ingerenza nei servizi di culto. E il successivo art. 16 aveva, quindi, demandato anche la vigilanza delle Fabbricerie al Ministero (allora di Grazia e Giustizia), sempre d'intesa con l'autorità ecclesiastica, nei modi e nelle forme stabilite dai regolamenti: al che aveva provveduto il regolamento approvato con R.D. 2 dicembre 1929 n. 2262 (art. 33-51 e 55), che richiamava l'intesa tra Ministero e autorità

ecclesiastica per ogni atto relativo al governo e all'amministrazione delle fabbricerie e che era stato modificato con R.D. 26 settembre 1935 n. 2032, senza alterare la necessaria intesa tra autorità civile e autorità ecclesiastica, secondo il regime di consultazione pattizia.

A tale, evocata regolamentazione storica nessuna modifica era stata apportata dagli accordi di revisione del Concordato lateranense, intervenuti secondo il dettato del secondo comma dell'art. 7 della Costituzione, ratificati e resi esecutivi in Italia con legge 25 marzo 1985 n. 121, la quale aveva previsto, all'art. 7, la nomina di una commissione paritetica che avrebbe dovuto sottoporre alle parti le norme per la disciplina di tutta la materia degli enti e dei beni ecclesiastici, che le stesse avevano, poi, introdotto nei rispettivi ordinamenti e, per l'Italia, con legge rafforzata 20 maggio 1985 n. 222 (cioè secondo un testo previamente concordato).

Peraltro, già prima degli accordi di revisione del Concordato (1984-1985), se l'obiettivo della Chiesa era sempre stato quello di favorire la presenza dei laici nell'amministrazione dei beni materiali, curando che tali amministrazioni non si ingerissero negli affari di culto, si sarebbe dovuto ritenere, sulla scorta di autorevole opinione dottrina, che "*il diritto della Chiesa, anziché abbandonare alla competenza esclusiva della legislazione statale le fabbricerie [...], [aveva] preferito, seguendo un suo costante metodo, recepire nel proprio ordinamento tale istituto, adoprando tuttavia per modificarne l'essenza*", di tal che "*la legislazione concordataria si [era] accostata il più possibile al punto di vista canonistico*" e "*l'ingerenza che lo Stato [aveva] conservato nei confronti delle fabbricerie [...] si distacc[ava] nettamente dal sistema dei controlli che caratterizza[va]no la partecipazione dello Stato*

all'attività degli enti pubblici in senso stretto", dovendosi, appunto, attuare *"sentita l'autorità ecclesiastica"*. Il che, in definitiva, implicava che l'organo statale di controllo avesse un potere discrezionale limitato dal fine (amministrazione dei beni destinati al culto pubblico ed in quanto tale), non potendo non conciliarsi con il punto di vista dell'autorità ecclesiastica.

Sulla scorta di tali premesse di principio, non sarebbe stato, allora, possibile prefigurare un intervento unilaterale della legislazione dello Stato in materie deferite alla legislazione pattizia, in quanto – diversamente operando, come occorso nella specie – si sarebbero violate le norme richiamate e prima di tutto il principio affermato in materia dall'art. 7 della Costituzione,

secondo un orientamento generale assunto dal Costituente (cfr. anche art. 8), per cui tutti i rapporti con le Confessioni religiose sono tendenzialmente ispirati al regime delle intese.

E ciò tanto più che l'Accordo di revisione, recante l'attuale disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, aveva previsto per un verso (all'art.13) che *"ulteriori materie per le quali si [fosse manifestata] l'esigenza di collaborazione tra Chiesa Cattolica e lo Stato [avrebbero potuto] essere regolate sia con nuovi accordi tra le parti, sia con intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana"* e, per altro verso (all'art. 14) che *"se in avvenire [fossero sorte] difficoltà di interpretazione o di applicazione delle disposizioni precedenti, la Santa Sede e la Repubblica Italiana [avrebbero affidato] la ricerca di un'amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata"*.

Erroneamente, allora e in definitiva, la sentenza impugnata avrebbe respinto la censura come infondata, e ciò non tanto perché avesse ritenuto inadeguato il regime pattizio (neppure sottoposto a valutazione), ma perché aveva considerato – con argomentazione equivalente ad una vera e propria *"petizione di principio"*, con una sorta di inversione metodologica – l'Opera di Santa Croce un *"organismo di diritto pubblico"*.

3.1.- Così come formulato, il motivo non è, in quanto tale, persuasivo.

Importa, invero, rammentare (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. I, 21 marzo 2022, n. 630/2022, reso a definizione dell'affare n. 2226/2016, relativamente alla distinta questione della soggezione alla normativa anticorruzione) che le fabbricerie, organismi di antichissima origine deputati all'amministrazione degli edifici di culto e del loro patrimonio, già oggetto di differenti discipline istitutive in molti Stati preunitari, furono tra gli enti conservati dalle cosiddette leggi eversive e, segnatamente, dalla l. 15 agosto 1867, n. 3848, *"Per la liquidazione dell'asse ecclesiastico"*.

Si tratta di enti costituiti, nel loro substrato materiale, da masse patrimoniali, i cui redditi sono specialmente destinati alla manutenzione degli edifici per il culto, e talvolta anche ad altri compiti, come l'ufficiatura, opere di carità, e simili.

Tali enti traggono la loro origine storica dalla personificazione dello scopo della manutenzione della *fabrica Ecclesiae*, che rappresenta l'ulteriore evoluzione della quadripartizione del patrimonio ecclesiastico stabilita dalle lettere dei Pontefici Simplicio (a. 475: c. 28, C. XII, q. 2) e Gelasio (a. 496: c. 27, C. XII, q. 2), e confermata successivamente da S. Gregorio Magno (a. 590-604: c. 29, C. XII, q. 2).

Mentre nei primi secoli della Chiesa il vescovo, amministratore unico del patrimonio ecclesiastico, poteva disporre a suo arbitrio delle rendite di detto patrimonio, le suddette lettere impongono che i redditi della massa patrimoniale ecclesiastica debbano classificarsi in quattro parti, da destinarsi una al sostentamento del vescovo, una al sostentamento del clero, una ai poveri ed una alla manutenzione della fabbrica della chiesa.

Ciascuna di queste ripartizioni del bilancio vescovile diede luogo ad un nuovo assetto patrimoniale, in quanto gli scopi si individualizzarono sempre più, cristallizzando intorno a sé delle masse patrimoniali, stabilmente destinate a ciascuno di essi.

Così la personificazione dello scopo del sostentamento del vescovo diede luogo alla formazione del beneficio «*mensa vescovile*»; quella dello scopo del sostentamento dei chierici diede luogo alla formazione della mensa capitolare - frazionata poi, a sua volta, nelle singole prebende canonicali - dei benefici delle parrocchie cittadine autonome e dei benefici delle singole parrocchie rusticane, decentrate nel territorio della diocesi. La personificazione dello scopo della *cura pauperum* diede l'avvio alle varie *piae foundationes* destinate a scopi di assistenza o di beneficenza: ospedali, ricoveri, *xenodochia*, ed altri istituti caritativi. Infine, la personificazione dello scopo della manutenzione del tempio fece sorgere, come fondazione autonoma, la *fabrica Ecclesiae*.

La parola *fabrica* era già usata nel Codice Teodosiano (*De praetoribus*, leg. XIV, 30) come sinonimo di *opus publicum*, di «*costruzione intrapresa nell'interesse pubblico*». Nel diritto canonico tale concetto venne applicato all'edificio di culto: perciò, a partire dai tempi di Papa Gelasio (a. 492-496), la parola *fabrica* servì a designare la massa dei beni destinati alla costruzione delle chiese (c. 23, C. XII, q. 2) e, dai tempi di Gregorio I (a. 590-604), la massa dei beni destinati alla loro manutenzione (c. 30, C. XII, q. 2).

Il distacco dello scopo della manutenzione del tempio non avvenne per processo spontaneo, ma, anzi, fu contrastato da un fenomeno d'involuzione. Invero, la saltuarietà del bisogno della manutenzione, e il fatto che tale bisogno non fosse sentito come individuale, determinarono una certa trascuratezza nell'esecuzione di questo obbligo. Non mancarono, anzi furono frequenti, i provvedimenti intesi all'adempimento dell'obbligo suddetto; ma non sempre essi raggiunsero l'intento.

Significativa fu, tra le reazioni della Santa Sede di fronte al mancato rispetto della destinazione *ad usum fabricae*, quella segnalata dal *Liber diurnus* (c. LXXIV), secondo cui i vescovi furono costretti, all'atto

della consacrazione, a fare promessa di usare ogni cura per la manutenzione delle chiese. Il Concilio di Toledo, poi, comminò sanzioni nei confronti di coloro che trascuravano tale obbligo per avarizia: *«labentium basilicarum ruinae non reparantur, quia avaritia sacerdotali omnia auferuntur»*. Nonostante le suddette norme, lo scopo della manutenzione della *fabrica Ecclesiae*, lungi dal completare la propria autonomia, si restrinse sino a rimanere ridotto ad un semplice *onus*, gravante le rendite destinate al clero: il quale, talvolta, non l'adempiva per mancanza di mezzi.

Il rinascimento comunale doveva apportare a tale stato di cose una profonda innovazione: poiché il popolo della città volle bello il tempio, ravvisando in esso il simbolo e la sintesi del retaggio spirituale della sua patria. Così lavorarono al tempio generazioni dietro generazioni, che quasi si trasfusero in esso: e il popolo volle che prendessero vita quelle fondazioni, le quali erano destinate ad assicurare stabilità e dignità all'edificio della chiesa.

Sorsero così, appunto, le «fabbricerie», dotate da enti pubblici e da privati, e quasi sempre di natura non strettamente ecclesiastica: ritenute, cioè, non in dominio né in esclusiva amministrazione della Chiesa, ma viventi a sé ed amministrare dai laici, con concorso più o meno largo dell'elemento ecclesiastico.

In tempi più recenti, esse furono regolate, in seguito ai Patti Lateranensi dell'11 febbraio 1929, dalla l. 27 maggio 1929, n. 848, recante "*Disposizioni sugli Enti ecclesiastici e sulle Amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto*", trovano la loro ultima disciplina nella l. 20 maggio 1985, n. 222, recante "*Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*", di esecuzione del Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, in materia patrimoniale e finanziaria, firmato dalle parti il 15 novembre 1984, nell'ambito dell'Accordo di revisione del Concordato Lateranense del 18 febbraio 1984. Altre disposizioni sono ad esse dedicate dal regolamento di esecuzione della legge, adottato con D.P.R. 13 febbraio 1987, n. 33 e succ. mod.

L'art. 15 della l. n. 848 del 1929, al quale tuttora rinvia l'art. 72 della l. n. 222 del 1985, si propone di offrirne anche una definizione in qualche misura identificativa, stabilendo che "*sotto il nome di fabbrica si comprendono tutte le amministrazioni le quali, con varie denominazioni, di fabbriche, opere, maramme, cappelle, ecc., provvedono, in forza delle disposizioni vigenti, all'amministrazione dei beni delle chiese ed alla manutenzione dei rispettivi edifici*" [...], senza alcuna ingerenza nei servizi di culto.

L'art.16 della l. n. 848 del 1929, del pari richiamato dalla normativa oggi vigente, stabiliva, in termini tali da adeguare all'attuale assetto delle competenze presso l'Amministrazione statale, che "*la vigilanza e la tutela sull'amministrazione delle chiese aventi una fabbrica sono esercitate dal Ministro per la giustizia e gli affari di culto, d'intesa con l'autorità ecclesiastica, nei modi e con le forme stabilite dai regolamenti*". Compito al quale rispose, primariamente, il regolamento di esecuzione della legge, adottato con r.d. 2 dicembre 1929, n. 2262, nei cui artt. 33 e ss. si posero specifiche disposizioni volte

a definirne l'assetto ordinamentale, differenziato in relazione alla rilevanza monumentale e nazionale delle chiese alle quali sono preposte (cfr. spec. art. 35).

Queste differenze interne alle fabbricerie, e dipendenti dalla genesi di ognuna di esse, innervano anche la loro ultima disciplina da parte della l. n. 222 del 1985 e, segnatamente, del d.P.R. n. 33 del 1987.

La l. n. 222 del 1985 se ne occupa nel solo art. 72, ove appunto si stabilisce che *"le fabbricerie esistenti continuano ad essere disciplinate dagli articoli 15 e 16 della legge 27 maggio 1929, n. 848, e dalle altre disposizioni che le riguardano"*, e che gli articoli ad esse dedicati dai regolamenti che si sono succeduti *"restano applicabili fino all'entrata in vigore delle disposizioni per l'attuazione delle presenti norme"*. Nel comma 2, si aggiunge che *"entro il 31 dicembre 1989, previa intesa tra la Conferenza episcopale italiana e il Ministro dell'interno, con decreto del Presidente della Repubblica, udito il parere del Consiglio di Stato, può essere disposta la soppressione di fabbricerie anche fuori dei casi previsti dalle disposizioni vigenti"*.

Si deve invece al regolamento di esecuzione, adottato con d.P.R. n. 33 del 1987, la definizione del loro assetto, laddove nell'art. 35 si precisa che *"le fabbricerie delle chiese cattedrali e di quelle dichiarate di rilevante interesse storico o artistico sono composte da sette membri, nominati per un triennio, due dal vescovo diocesano e cinque dal Ministro dell'interno sentito il vescovo stesso"* e sono *"rette da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'interno, sentito il vescovo diocesano"*, mentre *"le altre fabbricerie sono composte dal parroco o rettore della chiesa e da altri quattro membri nominati per un triennio dal prefetto, d'intesa con il vescovo diocesano [...] rette da un proprio regolamento approvato dal prefetto sentito il vescovo diocesano"*. Quanto al Presidente, si specifica che sia *"eletto tra i membri della fabbriceria a norma dello statuto o regolamento [...]"* e nominato con decreto del Ministro dell'interno o del prefetto, secondo la precedente distinzione.

All'art. 37 sono, quindi, definiti i compiti delle fabbricerie. In proposito, nel comma 1, si dispone che *"spetta alla fabbriceria, senza alcuna ingerenza nei servizi di culto: a) provvedere alle spese di manutenzione e di restauro della chiesa e degli stabili annessi e all'amministrazione dei beni patrimoniali e delle offerte a ciò destinati; b) amministrare i beni patrimoniali destinati a spese di ufficiatura e di culto [...]; c) provvedere alle spese per arredi, suppellettili ed impianti necessari alla chiesa e alla sacrestia e ad ogni altra spesa che grava per statuto sul bilancio della fabbriceria"*.

L'art. 39, come modificato nel suo comma 1 dal d.P.R. 1 settembre 1999, n. 337, aggiunge che *"il Presidente della fabbriceria trasmette al prefetto entro il 30 novembre dell'anno precedente il bilancio di previsione dell'anno successivo [...]"* ed *"entro il 31 marzo di ciascun anno il conto consuntivo dell'anno precedente"* approvati dal consiglio. Al prefetto sono altresì riconosciuti poteri ispettivi e, sentito il vescovo diocesano, di commissariamento delle fabbricerie.

3.2.- Ciò posto, il delineato quadro normativo fa palese – contrariamente all’assunto dell’appellante – che ad essere oggetto di una normativa di derivazione pattizia, qual è quella sopra richiamata, è, per un verso, l’*assetto ordinamentale* delle fabbricerie e, per altro verso, la *definizione dei compiti* cui esse sono preposte, tanto che eventuali modifiche di tali profili deve ritenere debbano essere bilateralmente convenute.

Diversamente deve ritenersi, per contro, quando si tratti di definire *il regime giuridico* delle attività svolte dalle fabbricerie, le quali —importa ribadire— devono operare "*senza alcuna ingerenza nei servizi di culto*" e, soprattutto, sono chiamate a compiti, identificati nell'art. 37 del d.P.R. n. 33 del 1987, che non coincidono "*agli effetti delle leggi civili*" con attività di religione e di culto, dovendosi considerare tali, ai sensi dell'art. 16, lett. a) della l. n. 222 del 1985, quelle sole "*dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana*".

Per tal via, deve estendersi alle fabbricerie la conclusione (già argomentata, con più generale riferimento agli enti ecclesiastici, dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 298/2000) secondo cui (con la sola, positiva esclusione della Veneranda Arca di Sant'Antonio da Padova), le attività *diverse da quelle di religione o di culto* sono soggette "*alle leggi dello Stato concernenti tali attività*" (oltre che "*al regime tributario previsto per le medesime*"), come espressamente sancito (in termini analoghi a quanto già disponeva l'art. 5 della l. n. 848 del 1929) dal richiamato l'art. 7, comma 3, della l. 25 marzo 1985, n. 121.

In definitiva, il principio pattizio non ha la capacità di aprire a una partecipazione della Chiesa Cattolica alla potestà legislativa dello Stato per tutte quelle materie che non possano dirsi attinenti al libero esplicarsi del sentimento religioso, nella sua dimensione di diritto fondamentale, e che, per tal via, le attività cui sono preposte le fabbricerie, in quanto non rientranti fra quelle di religione e di culto, devono ritenersi soggette alla legislazione unilaterale dello Stato che sia ad esse riferibile, ivi compresa quella di derivazione eurocomune (non apparendo, a tal fine, pertinente l’assunto che la Chiesa cattolica non faccia parte dell’Unione).

La conclusione è che, *in via di principio* (e, cioè, *in astratto*) non sussistono ragioni per *sottrarre, in via pregiudiziale ed in quanto tali*, le fabbricerie alla (potenziale) applicazione della disciplina (nazionale ed eurocomune) relativa alla modalità di affidamento delle commesse in ordine alle quali vengano, sotto vario e gradato profilo, in considerazione profili, soggettivi od oggettivi, di pubblicità.

4.- Ciò posto, l’assoggettamento al regime del Codice dei contratti pubblici – trattandosi di enti privati – è, nondimeno, subordinato (*in concreto*) alla sussistenza dei requisiti che qualificano (nei termini evocati, sulla scorta della elaborazione eurocomune, dall’art. 3, comma 1 lettera d) del d. lgs. n.

50/2016) gli *organismi di diritto pubblico*: alla cui confutazione sono dedicati, in critica alla sentenza appellata, il secondo ed il terzo motivo di censura, che possono essere esaminati congiuntamente.

4.1.- In premessa, occorre rammentare che la figura soggettiva dell'organismo di diritto pubblico (che, a dispetto della *natura* formalmente privata, riveste – ai fini evidenziali – il ruolo di *amministrazione aggiudicatrice*) presuppone la sussistenza (concorrente) di tre requisiti, dovendo sussistere: a) la “*personalità giuridica*” (intesa *lato sensu* in termini di autonoma soggettività dell'ente): c.d. requisito soggettivo; b) il “*carattere non industriale o commerciale*” dell'attività esercitata, in quanto preordinata – per genetica destinazione funzionale – alla (specifica) cura di “*esigenze di interesse generale*”: c.d. requisito teleologico; c) l'assoggettamento al “*controllo*” pubblico, sotto gli (alternativi) profili materialmente *finanziari*, operativamente *gestori* o strutturalmente *istituzionali*: c.d. requisito oggettivo.

Va da sé che la carenza anche di uno solo dei requisiti importa l'esclusione della qualificazione pubblicistica.

4.2.- Orbene, con il terzo motivo – che vale, anche alla luce del canone della ragione più liquida, esaminare prioritariamente, in quanto decisivo ed assorbente – l'appellante ha contestato la soggezione alla influenza pubblica dominante, all'uopo evidenziando la concorrente carenza:

a) di *finanziamenti* pubblici, tanto meno maggioritari;

b) di *controlli* pubblici sulla gestione dell'Opera (posto che il Ministero dell'Interno e la Prefettura esercitavano su di essa, come, più in generale, sulle Fabbricerie, i medesimi controlli che interessavano altri soggetti, quali le associazioni o le fondazioni, e peraltro neppure in via autonoma, ma d'intesa e con il confronto dell'Autorità ecclesiastica);

c) la *designazione* pubblica della maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione e direzione dell'Opera (posto che – ferma restando la diretta nomina vescovile di due fabbricieri – anche allorquando il Ministro dell'Interno nomina i restanti cinque componenti del Consiglio, egli lo fa di “*intesa col vescovo*”).

La sentenza appellata ha respinto il correlato motivo di ricorso, sull'argomentato assunto:

a) che i controlli di cui all'art. 16 della L. 848/1929 e all'art. 39 del DPR 33/1987 assumerebbero “*un rilievo penetrante sulla gestione dell'ente, sia con riferimento all'ordinaria amministrazione, mediante la verifica sul bilancio annuale, che a fronte di eventuali irregolarità, che possono condurre al commissariamento dello stesso*”;

b) che – ancorché i poteri di nomina dei fabbricieri vengano esercitati sempre d'intesa con l'Autorità ecclesiastica – ciò non varrebbe ad elidere la circostanza, di rilievo asseritamente dirimente, che l'Amministrazione pubblica “*provvede alla nomina della maggioranza del Consiglio di Amministrazione*”.

4.3.- Opina il Collegio che siffatti argomenti siano insufficienti ai fini della affermazione della influenza pubblica dominante sull'attività dell'ente.

Invero, e sotto un primo profilo, l'attribuzione al Ministero dell'Interno ed alle Prefetture della vigilanza e della tutela sull'amministrazione delle chiese aventi una Fabbriceria (art. 16 della legge n. 848/1929) e la previsione della verifica prefettizia sul bilancio annuale (art. 39 del D.P.R. n. 33/1987) non appaiono discostarsi dal paradigma dei controlli *che interessano altri soggetti formalmente e sostanzialmente privati, come le associazioni e le fondazioni* (come emerge dal confronto con la previsione dell'art. 25 c.c., a tenore della quale "*l'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni*").

D'altro canto (come espressamente evidenziato dal rammentato parere della Commissione speciale n. 289/2000, relativamente agli enti ecclesiastici) l'autorità amministrativa non ha, in materia, *alcun potere costitutivo di disporre la soppressione della fabbriceria*, potendo solo accertarne l'estinzione allo stesso modo in cui detta autorità dichiara l'estinzione delle persone giuridiche private *ex art. 27 c.c.*.

Se ne trae il corollario che, così come nel caso delle associazioni e delle fondazioni, non opera "*un rilievo penetrante sulla gestione dell'ente*".

D'altra parte, non è senza rilievo che i poteri in questione (e gli altri previsti: formulazione di osservazioni, sospensione della Fabbriceria e suo scioglimento, peraltro anch'esso nuovamente previsto anche nel caso delle fondazioni *ex art. 25 c.c. cit.*) non siano autonomamente esercitabili dal Prefetto o dal Ministro dell'Interno, esigendo il *coinvolgimento, nei rammentati sensi, del vescovo diocesano*. La circostanza – evidenziando il ruolo dell'Autorità ecclesiastica – è espressione dell'equilibrio raggiunto con la legislazione pattizia e smentisce il dato della presunta ingerenza pubblica sulle Fabbricerie.

5.- D'altra parte – avuto riguardo al secondo motivo di appello – è da revocare in dubbio la destinazione delle fabbricerie, e dell'appellante Opera in particolare, alla soddisfazione di "*bisogni di interesse generale*", declinati come "*aventi carattere non industriale o commerciale*".

È ben evidente, in linea generale, che i bisogni in questione assumono consistenza eminentemente non patrimoniale, ove si guardi, essenzialmente, alla fruizione delle chiese sia quali beni d'interesse storico e artistico, sia come luoghi di culto.

Nondimeno, il "*carattere non industriale o commerciale*" è da ricollegare alle modalità dell'attività svolta, sicché non può trascurarsi di considerare che le fabbricerie, o almeno le più grandi come l'odierna appellante, gestiscono rilevanti beni e patrimoni secondo quel criterio di *economicità* che caratterizza e connota l'attività imprenditoriale. Del connesso rischio risponde, del resto, *solo il patrimonio dell'ente*, non essendo previsto alcun meccanismo di ripiano erariale delle perdite, sul modello vigente per le società a partecipazione pubblica (v. infatti, a confronto, l'art. 14 del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

In relazione al profilo attinente alla provenienza pubblica delle risorse, il primo giudice ha inteso valorizzare le clausole negoziali degli accordi stipulati tra la fabbriceria e gli enti pubblici proprietari dei beni da essa gestiti (Fondo Edifici di Culto del Ministero dell'Interno e Comune), che annoverano i *contributi pubblici* tra le possibili fonti di finanziamento.

Importa, tuttavia, osservare che la previsione di tali contributi non è sufficiente ad accertare che l'attività sia “*finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*”. Si tratta, a tacer del resto, di un approccio che, esaltando un *contingente* accordo di diritto privato tra gli enti pubblici proprietari dei beni e la fabbriceria che li amministra, si pone in contraddizione con il necessario (e prevalente) approccio *funzionale* valorizzato dalla giurisprudenza, che impone di prendere in considerazione le *ordinarie e strutturali modalità* con cui si esplica l'attività dell'ente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3884, nonché Cass., SS.UU., 28 giugno 2019, n. 17567;), con riguardo al *centro d'imputazione di rischi e perdite* connessi alla stessa attività (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534, nonché Cass., SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673;) ed alla generale “*esistenza di un sostegno finanziario pubblico*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2335).

6.- In definitiva, alla luce del complesso delle argomentazioni che precedono, la accertata carenza di uno dei (necessari) requisiti vale a precludere, con assorbimento di ogni altro profilo, la qualificazione dell'ente come organismo di diritto pubblico: dovendo, per tal via, ribadirsi, in accoglimento del proposto appello, la natura privatistica delle fabbricerie e, segnatamente, dell'Opera appellante, con specifico riguardo, di là da ulteriori profili che esorbitano dal perimetro della questione decisa, alla assenza delle condizioni per l'assoggettamento, quale amministrazione aggiudicatrice, agli obblighi evidenziali approntati dal Codice dei contratti pubblici.

7.- La complessità e la novità delle questioni esaminate giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso di primo grado, annullamento i provvedimenti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO