

Pubblicato il 20/04/2019

N. 00383/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00665/2018 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 665 del 2018, proposto da Idir Ouchikh, Associazione Musulmani di Bergamo, Abdellah Krik, Associazione Organizzazione di Volontariato dell'Associazione Toubkal, Iqbal Zaffar, Associazione Culturale di Volontariato Al-Huda, Jamal Ouchikh, Associazione Muslim Young Bergamo Generation, Wahid Arid, Associazione Berghemigrati, Imad El Joulani, Comunita' Islamica di Bergamo, rappresentati e difesi dall'avvocato Ruggero Troiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Brescia, ex art. 25 c.p.a.;

***contro***

Comune di Bergamo, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Gritti e Silvia Mangili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Centro Culturale Islamico di Bergamo O.N.L.U.S., rappresentato e difeso dall'avvocato Yvonne Messi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della deliberazione della Giunta Comunale di Bergamo del 10 maggio 2018, n. 0178-18 REG. G.C. e N. 0174-18 Prop. Del, avente a oggetto la modifica e l'integrazione dell'atto n. 2860 Rep. Mun. del 16 settembre 2008, di "Costituzione del diritto di superficie di area cimiteriale situata in via per Azzaro da destinare alla formazione di un reparto speciale per la sepoltura dei defunti di religione islamica";
- nonché di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo e del Centro Culturale Islamico di Bergamo O.N.L.U.S.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2019 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel 2008 il Comune di Bergamo e il Centro culturale Islamico Onlus, hanno stipulato, al termine di un percorso condiviso, una convenzione, in ragione della quale tale organizzazione è stata designata come assegnataria di un'area, concessa in diritto di superficie, sulla quale essa ha provveduto alla realizzazione del reparto cimiteriale riservato e separato, a sua cura e spese (sostenendo un investimento di oltre 300.000 €).

Tale convenzione prevedeva: “Il Centro Culturale Islamico si impegna ad accogliere nel proprio cimitero tutti i defunti di quella religione che lo desiderano, senza distinzione di sesso, censo, etnia o tradizione. Per i suddetti defunti saranno praticate indistintamente le condizioni contenute nel Regolamento comunale di Polizia Mortuaria e nelle tabelle allegato allo stesso”.

Per fare fronte all’incremento della richiesta di sepolture islamiche, il Comune ha previsto l’inclusione nel reparto speciale islamico -appositamente ed opportunamente orientato e organizzato secondo le esigenze della liturgia coranica - di un’ulteriore area di 912 mq.

In occasione di tale ampliamento, il Comune ha parzialmente modificato il contenuto della convenzione stipulata, prevedendo che: “Nel reparto speciale islamico del Cimitero civico di Colognola sono accolti tutti i defunti di quella religione per i quali ne venga fatta richiesta e di cui venga attestata preventivamente la professione della fede islamica da parte del Centro Culturale Islamico di Bergamo senza distinzione di sesso, censo, etnia o tradizione, o appartenenza associativa. In mancanza dell’attestazione di cui al precedente comma, il Comune, su istanza degli aventi causa del defunto, potrà disporre l’ordinaria inumazione dello stesso nel campo comune del cimitero monumentale di Bergamo. Per tutti defunti ammessi nel reparto cimiteriale islamico saranno praticate indistintamente le condizioni contenute nel Regolamento comunale di Polizia Mortuaria e nelle tabelle allegato allo stesso, fermo restando quanto stabilito nella presente convenzione come modificata.”.

Tale modifica dell’art. 9 della Convenzione, avrebbe violato, secondo quanto asserito dalle associazioni islamiche ricorrenti, i principi costituzionali relativi al diritto di libertà dell’espressione religiosa, subordinando la sepoltura nel settore islamico all’attestazione della fede islamica demandata a un soggetto privato quale

L'Associazione Centro Culturale Islamico Onlus, senza, peraltro, fissare criteri e/o vincoli.

Il provvedimento sarebbe, altresì, affetto da illogicità e contraddittorietà per aver limitato il diritto pienamente riconosciuto, nella formulazione originaria, di chi professi la fede islamica a trovare sepoltura nell'apposito settore cimiteriale.

Diritto che, secondo i ricorrenti, la stessa difesa del Centro culturale controinteressato avrebbe riconosciuto ricordando l'obiettivo perseguito nella sottoscrizione della convenzione e cioè il garantire la possibilità a qualsiasi musulmano, qualunque sia la sua tradizione, il suo paese di provenienza e la diversa forma di espressione religiosa, di ricevere adeguata sepoltura all'interno del reparto speciale.

L'organizzazione controinteressata, peraltro, giustifica l'avversata modifica della convenzione affermando che l'amministrazione avrebbe previsto la contestata "attestazione" di appartenenza del defunto alla fede musulmana al solo fine di scongiurare un utilizzo improprio del reparto cimiteriale riservato.

In sede cautelare - pur prendendo atto che detta certificazione sarebbe solo sostitutiva di un nulla osta informale già previsto da una prassi consolidata, e sarebbe stata demandata all'interlocutore "storico" del Comune (in passato unico soggetto rappresentativo della Comunità islamica e fin dal 2008 incaricato della costruzione e gestione dell'area destinata ad ospitare le sepolture dei fedeli) e pur ritenendo condivisibile l'obiettivo di migliorare il servizio funebre a favore dei soggetti di fede islamica e accettabile un sistema finalizzato ad evitare l'uso scorretto del reparto designato -, questo Tribunale ha ravvisato l'opportunità di sollecitare il riesame dell'avversata scelta operata dal Comune.

Ciò sulla scorta della considerazione che, se è ammissibile esigere che nell'istanza di sepoltura sia dichiarata, a scopo certificatorio, la fede professata in vita, è parso discriminatorio riservare la potestà esclusiva in argomento in capo ad un'unica

associazione privata (e non anche a quelle nate dopo la stipula della convenzione del 2008), pur se autorevole, rappresentativa e titolata.

Pertanto, si è ritenuto che proprio l'invocato principio di libertà religiosa non potesse precludere la possibilità che una dichiarazione del tenore di quella richiesta provenga sia da altre Associazioni o gruppi religiosi, che da parte delle stesse famiglie interessate, ferma restando la possibilità, nel perseguimento dell'interesse pubblico, di procedere alla verifica dell'utilizzo congruo del reparto cimiteriale mediante altri accorgimenti, quale, a mero titolo esemplificativo, una revisione "a posteriori", potenzialmente affidabile alla concessionaria controinteressata, in un'ottica di buon andamento generale del servizio.

In ragione di tutto ciò, al Comune di Bergamo è stato ordinato di provvedere a riesaminare la previsione regolamentare contestata, e a rielaborare il testo oggetto di causa, coniugando i principi di libertà religiosa con le indefettibili necessità organizzative, anche mediante accoglimento dei suggerimenti costruttivi dei soggetti interessati (Associazioni islamiche del territorio) e fermi restando i contraenti del rapporto convenzionale.

Il Comune ha, quindi, provveduto a redigere un nuovo testo della clausola, che è stato sottoposto all'esame del Centro Culturale Islamico, il quale, dopo lungo silenzio, ha ritenuto il testo non "accettabile per l'assoluta genericità sia dell'obbligo di comunicazione delle sepolture da parte del Comune al Centro, sia per la mancata previsione delle conseguenze dell'omessa o ritardata comunicazione e di concreti strumenti di controllo in capo al Centro".

Successivamente a ulteriori interlocuzioni, il 5 dicembre 2018, la Giunta comunale ha adottato il nuovo testo dei commi I e IV dell'art. 9 della convenzione, in adempimento alle disposizioni del Collegio, specificando che esso potrà modificare la convenzione solo a seguito della sua accettazione da parte del Centro stesso.

Secondo il Comune, data l'adozione delle modifiche nel senso indicato da questo Tribunale, oltre al *periculum* sarebbe venuto meno anche il *fumus* per la concessione della richiesta misura cautelare.

Il Centro Islamico, invece, dopo aver eccepito il difetto di legittimazione in capo agli odierni ricorrenti, che non sono parti della convenzione oggetto del contendere, ha difeso la legittimità della clausola convenzionale avversata, introdotta per bilanciare la modifica principale, comportante una rinuncia dello stesso alla gestione diretta del reparto islamico del cimitero, a fronte della facoltà di verificare a priori l'utilizzo congruo del reparto, costruito con oneri a carico dello stesso. Ciò che il Centro ha preteso e pretende, dunque, è di mantenere il controllo sull'uso del cimitero dallo stesso realizzato.

Esso ha eccepito, peraltro, anche la carenza di potere, in capo a questo Tribunale, in ordine alla possibilità di modificare la convenzione annullandone o sostituendone una clausola.

Il Tribunale ha, però, ritenuto che, al contrario, sussistessero i presupposti per la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

In vista dell'udienza pubblica, fissata per la trattazione del merito del ricorso, parte ricorrente ha ribadito come il punto di debolezza della modifica apportata all'art. 9 della convenzione con cui è stato costituito il diritto di superficie strumentale alla realizzazione del cimitero islamico sia rappresentato dal subordinare la sepoltura in tale porzione di cimitero (prima rimessa alla sola richiesta dei familiari o alle disposizioni del defunto) all'acquisizione di un preventivo "attestato di fede" rilasciato a insindacabile giudizio di un'associazione privata cui sarebbe, dunque, riconosciuto il diritto di valutare le modalità in cui il credo religioso è stato coltivato e praticato dal defunto e, quindi, di incidere sull'esercizio del diritto alla libertà dell'espressione religiosa.

I ricorrenti hanno, quindi, sostenuto la piena legittimità e rispondenza ai principi costituzionali dell'ulteriore modifica all'art. 9 in questione predisposta dal Comune in esecuzione dell'ordinanza propulsiva di questo Tribunale, ma rimasta lettera morta per la indisponibilità del Centro culturale islamico alla modifica della convenzione in tal senso (e cioè subordinando la sepoltura a una dichiarazione sostitutiva di atto notorio dei familiari, attestante la fede islamica).

Il Comune si è limitato ad eccepire la sopravvenuta cessazione della materia del contendere.

Alla pubblica udienza dell'11 aprile 2019, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Deve essere preliminarmente affermata la sussistenza della legittimazione degli odierni ricorrenti alla proposizione del ricorso, atteso che oggetto di esso non è la regolazione dei rapporti contrattuali intercorrenti tra Comune e controinteressato, ma la legittimità del provvedimento amministrativo sulla scorta del quale il primo ha ritenuto rispondente all'interesse pubblico la modifica della convenzione stipulata con il Centro culturale islamico nel senso avversato da parte ricorrente. Pertanto, data la natura di terzi interessati rivestita dai ricorrenti, la loro legittimazione deve ritenersi sussistere, dal momento che oggetto del controverso è un atto provvedimentale, soggetto al regime proprio dei provvedimenti amministrativi anche in ordine alla possibilità di impugnazione da parte dei terzi che lamentano, come nella fattispecie, una lesione della propria sfera giuridica derivante dalla adozione dello stesso.

Per le medesime ragioni deve anche ravvisarsi la giurisdizione di questo Tribunale, chiamato a pronunciarsi non in ordine al potere di modificare la convenzione in essere tra il Comune e il Centro islamico controinteressato, bensì circa la legittimità della scelta operata dal Comune di attribuire alla convenzione stessa un contenuto

in parte non conforme alla Costituzione, prima ancora che all'interesse pubblico perseguito.

Come chiarito da Cons. Stato, sez. VI , 17 marzo 2010 n. 1554, “Il fatto che il provvedimento di annullamento o revoca di atti dell'aggiudicazione incida (secondo il tradizionale collegamento fra provvedimento e contratto ricorrente nelle procedure di evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso (in realtà inesistente e non prospettato dall'amministrazione) e , conseguentemente, non determina il venir meno, sul resto della domanda di annullamento e risarcimento , della giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione la serie procedimentale degli atti di evidenza pubblica (sia pure nel prisma del potere di controllo sugli stessi) ed al limite l'indennizzo da revoca ( su cui c'è giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 dl 1990) o il risarcimento da annullamento dell'atto di autotutela (spettante alla cognizione del g.a come qualsiasi azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi).”. Analogamente deve, dunque, ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla valutazione delle legittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha modificato il contenuto di una convenzione, incidendo, in tal modo, sui diritti dei terzi colpiti dagli effetti di essa e per ciò stesso, come già detto, legittimati alla sua impugnazione.

Con deliberazione della Giunta comunale di Bergamo n. 718-18 del 10 maggio 2018, infatti, è stata disposta la modificazione dell'art. 9 della convenzione disciplinante la gestione del reparto speciale islamico del cimitero cittadino, subordinando la sepoltura in esso all'attestazione preventiva della professione di fede islamica da parte del Centro Culturale Islamico di Bergamo.

In sede cautelare, il Collegio ha ritenuto che tale contenuto della convenzione integrasse una previsione convenzionale in contrasto con i principi costituzionali che garantiscono la libertà religiosa, attribuendo il potere di condizionare la sepoltura secondo il credo religioso a un'associazione privata cui è stato demandato un accertamento di effettiva pratica della fede, che non trova fondamento né nella legislazione, né tantomeno nei principi costituzionali.

Per tali ragioni, questo Tribunale ha adottato un'ordinanza propulsiva, sulla scorta della quale il Comune ha provveduto a predisporre una versione modificata di tale previsione, subordinando la sepoltura a un'autocertificazione della famiglia del defunto circa l'appartenenza alla fede islamica.

Si è ritenuto, però, che in tal modo, il Comune abbia solo apparentemente dato esecuzione all'ordinanza n. 342/2018, la quale imponeva la riedizione del potere in modo tale da addivenire al risultato finale dell'eliminazione della clausola pattizia non rispettosa della libertà religiosa. Riedizione che, al fine di superare il profilo di illegittimità individuato già nel precedente provvedimento cautelare, avrebbe dovuto comportare la revoca della precedente deliberazione e la conseguente modifica della convenzione sottoscritta nel maggio 2018, in quanto lesiva delle libertà di cui i ricorrenti hanno richiesto la tutela, riportandola al testo originario.

La scelta del Comune di non procedere in tal senso e di provvedere solo a formulare una nuova proposta di modifica dell'art. 9 della convenzione avverso da parte ricorrente, ha, di fatto, determinato l'effetto del permanere dell'efficacia di quest'ultima, visto il rifiuto del Centro islamico di sottoscrivere il testo che il Comune ha "proposto" di modificare.

Per tali ragioni, questo Tribunale ha concesso la richiesta misura cautelare e sospeso l'efficacia della deliberazione impugnata e, conseguentemente, della modifica della convenzione apportata con l'atto n. 3478 del 16 maggio 2018, fino alla definizione della controversia nel merito.

E per le stesse ragioni non può essere ravvisata la eccepita, da parte del Comune, cessazione della materia del contendere.

È pur vero, infatti, che, come ricordato nella memoria del Comune, quella di parte ricorrente contiene l'affermazione per cui “il testo dell'art. 9 così come rielaborato dall'Amministrazione Comunale a seguito dell'indicazione di codesto Tribunale persegue l'interesse pubblico di dare corretta applicazione alla previsione normativa di cui all'art. 100 del D.P.R. n. 285/1990 coniugando al tempo stesso il rispetto dei principi di libertà religiosa costituzionalmente garantiti con le esigenze di carattere organizzativo e logistico.”.

La frase, però, non può essere estrapolata dal suo contesto e valutata, nella sua rilevanza, a prescindere dal periodo successivo, che chiarisce come: “Necessita, pertanto, che l'Amministrazione Comunale adotti formalmente tale testo con una nuova deliberazione ovviamente non condizionata al parere di alcuno stante la rilevanza dei principi giuridici oggetto di tutela.”.

La sopra descritta necessità scaturisce direttamente dal punto 2 del deliberato della deliberazione n. 514-18 del 6 dicembre 2018, nel quale si legge “di dare atto che il testo dell'art. 9 della convenzione, quale viene qui riadattato secondo quanto precede e per i motivi esposti, costituisce una mera proposta dell'Amministrazione”.

Sebbene, dunque, possa affermarsi la legittimità di tale deliberazione, che, nel rispetto dei principi civilistici che regolano il rapporto contrattuale, dà atto della natura meramente propositiva e non dispositiva rispetto al contenuto della convenzione in essere con il Centro islamico controinteressato, proprio per tale ragione essa risulta del tutto inutile al fine di superare l'illegittimità dell'esercizio del potere pubblico operata dal Comune nell'adottare la deliberazione del 10 maggio 2018, n. 0178-18 REG. G.C. e N. 0174-18 Prop.Del, nella parte destinata a modificare l'art. 9 della convenzione sottoscritta nel 2008.

Il ricorso merita, dunque, positivo apprezzamento.

La scelta operata dal Comune, nell'esercizio del proprio potere regolatorio del servizio funerario, di apportare all'atto n. 2860 Rep. Mun. del 16 settembre 2008 le modificazioni e integrazioni previste dal testo allegato alla deliberazione 178-18, risulta, infatti, essere in contrasto con i principi costituzionali che garantiscono la libertà di religione e della sua professione. Libertà che risulta chiaramente incisa nel momento in cui la possibilità di accedere al rito funebre islamico per il deceduto, è subordinata all'acquisizione, da parte dei parenti, di una certificazione attestante la fede islamica dello stesso, rilasciata da un soggetto privo di alcuna legittimazione in tal senso, trattandosi di una mera associazione privata.

Deve, dunque, per tali ragioni, essere annullata la deliberazione con cui il Comune ha ritenuto di poter modificare l'art. 9 della convenzione in essere con il Centro islamico, subordinando la sepoltura a tale condizione, con conseguente effetto caducante sul nuovo testo convenzionale sottoscritto.

Come chiarito dalla giurisprudenza, infatti, l'annullamento, disposto in autotutela e, a maggior ragione, conseguente a una pronuncia del giudice amministrativo, incidendo su un atto che costituisce l'indefettibile presupposto logico-giuridico della stipulazione della convenzione, non può che determinare la caducazione dell'accordo contrattuale. Tanto che potrebbe essere ipotizzata anche la nullità originaria dell'accordo per impossibilità dell'oggetto, una volta venuto meno il deliberato preliminare.

L'effetto caducante ricorre, dunque, ogni volta che lo stesso atto presupposto sia condizione imprescindibile di esistenza del solo atto presupponente, la cui sopravvivenza risulta pregiudicata dall'eliminazione di quello (così TAR Pescara, n. 18/2019, in cui sono richiamate le sentenze del Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6520 e sez. IV, 27 marzo 2009, n. 1869).

Condizione che risulta ricorrere a pieno nella fattispecie, con la conseguenza che deve precisarsi come l'annullamento (disposto per le suddette ragioni) della deliberazione 178-18 comporti l'effetto caducante della modificazione della convenzione sottoscritta dal Comune e dal Centro islamico, con conseguente ripristino dell'efficacia del testo della convenzione sottoscritto nel 2008, dovendosi ritenere *tamquam non esset* ogni successiva modificazione apportata con l'atto annullato. Ciò anche in considerazione dell'inefficacia dell'ulteriore modificazione proposta dal Comune il 6 dicembre 2018, che solo con l'approvazione del Centro islamico potrà innovare al testo del più volte citato art. 9 della Convenzione nei termini da essa previsti.

Quanto alle spese del giudizio, non ravvisandosi ragioni per derogare all'ordinaria regola della soccombenza, le stesse possono essere quantificate, tenendo conto che, nella nota spese depositata da parte ricorrente, risulta essere stata prevista la duplicazione delle fasi del giudizio. Pertanto, si ritiene che, in via equitativa, esse possano essere liquidate in misura pari a Euro 4.000,00 oltre ad accessori di legge, se dovuti, a carico del Comune e del Centro islamico, in parti uguali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, dando atto dell'effetto caducante sulla correlata modifica convenzionale.

Condanna il Comune e il Centro culturale islamico di Bergamo al pagamento delle spese del giudizio a favore dei ricorrenti, in misura pari a euro 2.000,00 (duemila/00) a carico di ciascuno di essi, per un totale di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Mara Bertagnolli**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandra Farina**

**IL SEGRETARIO**