

N. 05635/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00446/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 446 del 2013, proposto da:
Rita Merolla, Fabio Volorio, Salvatore Bruno, rappresentati e difesi dall'avv. Carmen Spadea, con domicilio eletto presso la stessa in Napoli, via S. Maria del Pianto n.164;

contro

il Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Romano, Giuseppe Dardo, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Municipale in Napoli, palazzo S. Giacomo, piazza Municipio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia della disposizione dirigenziale del comune di Napoli n.68/2012 di revoca della concessione di suolo cimiteriale di cui alla delibera di G.M. n.131/1980 ed acquisizione del manufatto funebre e dei relativi atti presupposti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli in Persona del Sindaco pro tempore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. I ricorrenti impugnano il provvedimento del Comune di Napoli che ha disposto la revoca decadenziale della concessione di suolo cimiteriale, rilasciata con delibera di Giunta Municipale n. n.131 del 25 febbraio 1980 rilasciata a Castiello Elisabetta, nel cimitero di Napoli – Poggioreale, zona ampliamento, Santa Maria delle Pietà, zona C, ove è stato realizzato un monumento funerario, successivamente compravenduto con atto per notaio Filippo Improta in data 31 ottobre 2011 rep. n. 99476 da Bruno Salvatore, cui medio tempore era pervenuto il manufatto, e Merolla Rita e Volorio Fabio, attuali ricorrenti.

2. Parte ricorrente impugna il predetto provvedimento articolando sei motivi di ricorso, nei quali deduce l'illegittimità della revoca sia per violazione di legge che per eccesso di potere sotto molteplici profili, concludendo per il suo annullamento.

3. Il Comune di Napoli, ritualmente costituito in giudizio, ha concluso per il rigetto del gravame.

4. Con l'ordinanza n. 421 del 7.3.2013 il Collegio ha accolto la domanda di misure cautelari, ritenendo "opportuno, nel bilanciamento degli interessi, che l'attuale stato dei luoghi rimanga inalterato nelle more della definizione del giudizio".

5. Alla pubblica udienza del 7 novembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Il Collegio giudica il ricorso infondato.

7. I ricorrenti Rita Merolla, Fabio Volorio hanno acquistato in data 31 ottobre 2011 con atto per notaio Filippo Improta rep. n. 99476 la proprietà superficiaria di un manufatto, ubicato nel cimitero di Poggioreale, zona ampliamento, Santa Maria delle Pietà, zona C, da Bruno Salvatore, del pari ricorrente, ai quali era medio tempore pervenuto, essendo stato edificato su un'area di mq. 5,98 di suolo, mq. 2,43 di sottosuolo, mq. 3,66 di gaveta, oggetto della concessione rilasciata a Castiello Elisabetta con delibera di Giunta Municipale n.131 del 25 febbraio 1980.

8. L'amministrazione comunale ha disposto la revoca della suddetta concessione cimiteriale in considerazione: a) della natura amministrativa della concessione cimiteriale e della non alienabilità del connesso diritto d'uso, ai sensi degli artt. 823 e 824 c.c.; b) del divieto di cessione tra privati dei manufatti funebri, previsto dall'art. 53 del Regolamento comunale di polizia mortuaria, approvato con delibera consiliare n. 11 del 21.2.2006; c) della necessità del previo espletamento di una gara ad evidenza pubblica per l'assegnazione di un bene demaniale ad altri soggetti; d) dell'inammissibilità della cessione della concessione cimiteriale in favore di soggetti che agiscono con fini di lucro.

9. La questione è stata già affrontata in numerose pronunce di questa Sezione, sicché vale il richiamo complessivo alla giurisprudenza sul punto consolidata che qui si conferma (cfr. *ex pluris*, TAR Campania, Napoli, VII, 5.11.2013, n. 4901; TAR Campania, Napoli, VII, 15.10. 2013, n. 4589).

9.1. In sintesi, si osserva che la gestione dei siti cimiteriali è interamente permeata dalla disciplina pubblicistica demaniale, sicché lo "ius sepulchri" garantisce al concessionario ampi poteri di godimento del bene e si atteggia come un diritto reale nei confronti dei terzi. Ciò significa che, nei rapporti interprivati, la protezione della situazione giuridica è piena, assumendo la fisionomia tipica dei diritti reali assoluti di godimento. Tuttavia, laddove tale facoltà concerna un manufatto costruito su terreno demaniale, lo ius sepulchri costituisce, nei confronti della pubblica amministrazione concedente, un "diritto affievolito" in senso stretto, soggiacendo ai poteri regolativi e conformativi di stampo pubblicistico (cfr. in termini TAR Campania, Napoli, VII, 5.11.2013, n. 4901).

9.2. Nel caso di specie, il Comune di Napoli dal febbraio del 2006 si è dotato di un Regolamento (approvato con delibera di Consiglio comunale n.11 del 21.2.2006) che vieta all'art. 53 la cessione diretta tra privati. (cfr. l'ordinanza del Cons. Stato, sez. V, 1183/2009).

A ciò si deve aggiungere che, proprio la valenza pubblicistica del rapporto "interno" fra amministrazione e concessionario, vieta, per principio generale, che i cespiti cimiteriali circolino senza la legittima conoscenza di tale traslazione da parte della amministrazione concedente.

Si richiamano, in argomento, i *dicta* giurisprudenziali in materia che si sostanziano nella affermazione secondo cui la cessione di un diritto al sepolcro, tanto nel suo contenuto di diritto primario di sepolcro quanto nel suo contenuto di diritto sul manufatto, va in astratto configurata come voltura di concessione demaniale, sottoposta al requisito di efficacia della autorizzazione del concedente, ovvero del Comune (cfr. in tali termini, Cass. civ. sez. II^a 25 maggio 1983 n. 3607, nonché TAR Calabria 26 gennaio 2010 n. 26 TAR Sicilia Catania, sez. III^a 24 dicembre 1997 n. 2675 e T.A.R. Puglia Bari, sez. I^a 1 giugno 1994 n. 989; Tar Lombardi/Brescia 30 aprile 2010 n. 1659).

9.3. Su queste premesse, i motivi del ricorso, congiuntamente esaminati stante la loro evidente interdipendenza, sono infondati.

9.3.1. Con i primi due motivi il ricorrente sostiene la differenza fra concessione di suolo e proprietà del manufatto, dall'altra ipotesi in cui si riceve in concessione soltanto il suolo, sicché il manufatto poi edificato è oggetto di separato diritto: come nel caso di specie.

La distinzione, ad avviso del Tribunale, è artificiosa in fatto, atteso la unitarietà inscindibile fra suolo ed edicola; non accoglibile in diritto perché, come enuncia l'art. 44 del citato Regolamento comunale, la disciplina non può che essere unitaria, tanto che si prevede che "I manufatti costruiti da privati su aree cimiteriali poste in concessione diventano di proprietà dell'amministrazione allo scadere della concessione".

Non è secondario, sul piano terminologico, evidenziare che il diritto di superficie, vantato dal ricorrente, è in realtà diritto (*inter cives*) "*ricondotto* dalla giurisprudenza al diritto di superficie", con ciò volendo differenziare l'ipotesi strettamente civilistica, dalla presente ove il rapporto interno è comunque sempre contrassegnato dalla potestà amministrativa: si riferisce infatti ad un diritto assimilabile alla superficie anche per la giurisprudenza della Corte Suprema: "Nel nostro ordinamento, il diritto sul sepolcro già costruito nasce da una concessione da

parte dell'autorità amministrativa di un'area di terreno (o di una porzione di edificio) in un cimitero pubblico di carattere demaniale (art. 824 c.c.) e tale concessione, di natura traslativa, crea, a sua volta, nel privato concessionario, un diritto soggettivo perfetto di natura reale, e perciò, opponibile, iure privatorum, agli altri privati, assimilabile al diritto di superficie, che si affievolisce, degradando ad interesse legittimo, nei confronti della P.A. nei casi in cui esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero impongono o consigliano alla p.a. di esercitare il potere di revoca della concessione." (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 7 ottobre 1994, n. 8197, in termini analoghi è del resto la giurisprudenza del Consiglio di Stato, "Il diritto sul sepolcro già realizzato è un diritto soggettivo perfetto di natura reale assimilabile al diritto di superficie, suscettibile di possesso e soprattutto di trasmissione sia *"inter vivos"* che per via di successione *"mortis causa"*, e come tale opponibile agli altri privati, atteso che lo stesso nasce da una concessione amministrativa avente natura traslativa di un'area di terreno o di una porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale; peraltro nei confronti della p.a. tale diritto è suscettibile di affievolimento, degradando ad interesse legittimo, nei casi in cui esigenze di pubblico interesse, per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero, impongano o consiglino all'Amministrazione di esercitare il potere di revoca della concessione", Consiglio di Stato – sez. V^a – 26 giugno 2012 nr. 3739).

9.3.2. Con il terzo, il quarto e il quinto motivo il ricorrente si duole della violazione del divieto di irretroattività degli atti amministrativi e dei principi di certezza giuridica e dell'affidamento, nonché lamenta l'eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e disparità di trattamento.

Ad avviso del Collegio non sussiste alcun valido riferimento al principio della irretroattività.

La concessione si adegua alla disciplina che l'amministrazione nel tempo adotta per venire incontro alle differenti esigenze che vanno emergendo: come accade per ogni altro tipo di concessione amministrativa di beni o utilità in quanto si tratta, in sostanza, di una posizione soggettiva che trova fonte, se non esclusiva, quanto meno prevalente nel provvedimento di concessione. E', quindi, indubbio che il rapporto concessorio debba rispettare tutte le norme di legge e di regolamento emanate per la disciplina dei suoi specifici aspetti.

Come ha affermato anche il Consiglio di Stato "...lo *"ius sepulchri"* attiene ad una fase di utilizzo del bene che segue lo sfruttamento del suolo mediante edificazione della cappella e che soggiace all'applicazione del regolamento di polizia mortuaria. Questa disciplina si colloca ad un livello ancora più elevato di quello che contraddistingue l'interesse del concedente e soddisfa superiori interessi pubblici di ordine igienico-sanitario, oltre che edilizio e di ordine pubblico.

Non è persuasiva, allora, l'affermazione del ricorrente in primo grado, secondo cui, una volta costituito il rapporto concessorio, questo non potrebbe essere più assoggettato alla normativa intervenuta successivamente, diretta a regolamentare le concrete modalità di esercizio del *ius sepulchri*, anche con riferimento alla determinazione dall'ambito soggettivo di utilizzazione del bene. Non è pertinente, quindi, il richiamo al principio dell'articolo 11 delle preleggi, in materia di successione delle leggi nel tempo, dal momento che la nuova normativa comunale applicata dall'amministrazione non agisce, retroattivamente, su situazioni giuridiche già compiutamente definite e acquisite, intangibilmente, al patrimonio del titolare, ma detta regole destinate a disciplinare le future vicende dei rapporti concessori, ancorché già costituiti." (cfr. in termini Cons. Stato, V, 8.3. 2010 n. 1330).

In tutte le fattispecie in cui, come la presente, i relativi atti notarili sono stati rogati dopo il 2006, non si pone, peraltro, alcuna questione di retroattività, ma solo di adeguamento alla disciplina amministrativa – che sempre continua a connotare il diritto acquisito con la concessione – vigente in base al generalissimo criterio *tempus regit actum*, trattandosi di rapporto di durata, come tale, suscettibile di essere sottoposto, per l'avvenire, allo *ius superveniens*, secondo i principi al riguardo anche enunciati dalla giurisprudenza della Suprema Corte allorquando ha enucleato la fattispecie della nullità sopravvenuta, *rectius* della nullità successiva (cfr al riguardo ex multis Cassazione civile sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1689, secondo cui "Relativamente ai rapporti di fideiussione per obbligazioni future la cui durata era in corso alla data di efficacia della norma del comma 2 dell'art. 1956 c.c., aggiunta dall'art. 10 della legge n. 154 del 1992, in virtù della corretta applicazione dell'art. 11, comma 1 preleggi della norma, mentre non comporta la nullità sopravvenuta fin dalla nascita del rapporto contrattuale della clausola di rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione dalla garanzia ai sensi del comma 1 dell'art. 1956, ove ne ricorrano i presupposti, con la conseguenza che la clausola, dovendo ritenersi valida ed efficace fino al momento dell'entrata in vigore del suddetto comma 2, è idonea ad escludere la liberazione del fideiussore riguardo alle obbligazioni principali sorte prima di quel momento, viceversa, determina la nullità sopravvenuta, con effetto da quel momento ed in forza dell'applicazione dell'art. 1339 c.c., della clausola convenzionale stessa, con la conseguenza che l'esclusione della liberazione del fideiussore da tale clausola disposta, ove ricorrano i presupposti del citato comma 1, non può trovare giustificazione in essa, riguardo ad obbligazioni principali che siano sorte soltanto dopo quel momento").

Né, infine, alcuno spazio, vale sottolinearlo, è evidenziabile in tema di affidamento incolpevole da tutelare.

Premesso come sia insito nel sistema stesso concessorio che l'amministrazione debba costantemente essere messa a parte, in forma giuridica, della cessione, instaurando – se del caso – un nuovo rapporto concessorio, nella fattispecie qui da esaminare, è dirimente che l'atto notarile sia posteriore al regolamento di Polizia Mortuaria del 2006 e che, altresì, contenga un'allegata procura (Rep. n. 99475, sempre in data 31/10/2011.)

Come convincentemente osserva la difesa del Comune, "Tale procura .. non potrebbe avere alcuna altra causa giuridicamente apprezzabile né alcuna utile funzione giuridico-economica laddove collegata alla

compravendita...E' evidente allora che tale procura acquista unico senso e funzione nei rapporti con l'Ente concedente. Infatti nello schema negoziale messo su fra le parti, il contratto vige tra le parti private, mentre la procura consente all'acquirente nei confronti della p.A. di operare con pienezza di poteri seppure in nome e per conto di un venditore che si è spogliato del bene (ma la p.A. non ne è a conoscenza)".

Non spetta a questo giudice definire in termini completi la leggibilità di tali evenienze in ottica penalistica ovvero civilistica: resta tuttavia evidente che la cessione, per poter essere efficace doveva essere notificata secondo lo schema di cui agli articoli 1264 e 980 C.C. (altresì richiamando le forme proprie, per analogia, di cessione ex art. 69 R.D. 2440/1923) e che, in altre vicende simili, il collegamento fra atto principale e rilascio della procura sia stato considerato una *machinatio*.

Il collegamento negoziale, infatti, fra i due atti è, secondo le più accreditate tesi sulla causa contrattuale (cfr., Corte di Cassazione – sez. III^a civile –8 maggio 2006 n. 10490: Causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare c.d. causa concreta) funzionale proprio al "disvelamento" della effettiva "operazione economica che le parti contraenti intendono raggiungere.

Nella presente fattispecie, non sembra discutibile che, attraverso la predetta procura si sia inteso mantenere il rapporto concessorio con l'originale titolare. (Per una esemplificazione peculiare di collegamento negoziale, cfr., Cass., sez. I civ., 15 ottobre 2012, n. 17650: "Ai fini della revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 1, L. Fall., qualora venga stipulato un mutuo con concessione di ipoteca al solo fine di garantire, attraverso l'erogazione di somme poi rifluite, in forza di precedenti accordi e prefinanziamenti, per il tramite di un terzo, nelle casse della banca mutuante, una precedente esposizione dello stesso soggetto o di terzi, è configurabile fra i negozi posti in essere - prefinanziamento, mutuo ipotecario e pagamenti infragruppo - un collegamento funzionale, ed è individuabile il motivo illecito perseguito, rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca per debiti chirografari preesistenti.").

Sul versante penalistico, in una ipotesi simile, ha osservato infatti la Cassazione: "...dagli atti risulta che XX ha alienato a tale YY la Cappella avuta a suo tempo in concessione dal Comune e che contestualmente alla vendita si è fatto rilasciare dall'acquirente una procura speciale per effettuare tutte le operazioni di polizia mortuaria. Tale comportamento, ad avviso del ricorrente pubblico ministero, integra l'artificio e il raggiro posto in essere nei confronti del Comune, perché l'ente, continuando a trattare di fatto col venditore (comparsa in prima persona per le operazioni di polizia mortuaria), non viene a conoscenza dell'illecito negozio di trasferimento del manufatto funerario (in violazione del divieto regolamentare) e non ha quindi la possibilità di porre in essere la dovuta revoca della concessione, con l'ulteriore danno patrimoniale rappresentato dalla mancata stipula di nuova concessione con altri soggetti disposti al pagamento dei relativi oneri, mentre invece il venditore lucra ingiustamente il prezzo della cessione vietata. Il ragionamento è corretto. Nessun dubbio che la regolamentazione amministrativa –stante la natura di rapporto di durata della concessione e la posizione di supremazia della p.A. che non si elide nel tempo– incida via via che la p.A. la modifica." (in termini Cass. Pen. sez. III , 21 gennaio 2013 nr. 3086).

Come sopra già evidenziato, da quanto espresso si ricava dunque che non sussiste alcun margine di riconoscimento per un affidamento legittimo e degno di tutela.

9.3.3. Con l'ultimo motivo parte ricorrente si duole dell'indeterminatezza e indefinibilità del provvedimento di revoca decadenziale.

Al riguardo il Collegio rileva che, al di là delle imprecisioni terminologiche, è fuori di dubbio che l'amministrazione abbia inteso stigmatizzare il venir meno del presupposto fondamentale del rapporto concessorio, ossia il carattere personale dello stesso che da sempre ne connota una delle principali caratteristiche, come si evince dalla normativa del R.D. n. 1880/1942 e dal D.P.R. n. 803/1975. Deve allora concludersi che, al di là della definizione utilizzata, la decadenza dalla concessione è in re ipsa rispetto a colui che si spoglia del bene concesso, ponendo in crisi la stessa identificabilità "genetica" del rapporto concessorio.

Non appare dubitabile che la concessione è sanzionata dalla decadenza (ex art. 44 del regolamento del 2006) "per inadempimento degli obblighi del concessionario": non vi è, infatti, più palese violazione che quella, appunto, di alterare il profilo soggettivo del rapporto concessorio, insciente et invito domino.

Va, inoltre, ribadito che, al di là della formulazione, nessuna incertezza sussiste in ordine alla contestazione del Comune che è stata ben colta dalla difesa e contrastata in ogni suo aspetto.

9.4. Nel caso di specie, vale ancora ribadire che l'atto notarile è stato rogato cinque anni dopo l'adozione del nuovo regolamento.

10. Riaffermata, quindi, la legittimità dell'azione amministrativa anche sul piano istruttorio e disattesi per le ragioni suesposte tutti i motivi di censura, il ricorso deve essere, quindi, respinto.

11. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima)

pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione in favore dell'Amministrazione resistente delle spese di lite, da quantificarsi nella complessiva somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Diana Caminiti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)