

Pubblicato il 30/03/2020
N. 02163/2020REG.PROV.COLL.
N. 06469/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6469 del 2010, proposto da
C. Giorgio Carlo, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Panuccio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina, 121;
contro
Comune di Martone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Tallarida, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Baldari in Roma, via Giovanni da Procida, 36;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria sezione staccata di Reggio Calabria (Sezione Prima) n. 00026/2010, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Martone;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Panuccio, su delega di Alberto Panuccio, e Pontessuglia su delega di Tallarida;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il sig. C. Carlo ha interposto appello nei confronti della sentenza 26 gennaio 2010, n. 26 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, che ha respinto il suo ricorso finalizzato all'accertamento, previo annullamento e/o disapplicazione dell'art. 102 del regolamento di polizia mortuaria (di cui alla deliberazione consiliare n. 10 dell'11 maggio 2004), dell'obbligo del Comune di Martone alla volturazione in suo favore della concessione afferente il diritto di uso del suolo per la realizzazione di una cappella funeraria di famiglia nel cimitero comunale (acquistato con atto di cessione in data 5 marzo 2005), i primi motivi aggiunti avverso il provvedimento del responsabile dell'ufficio tecnico del Comune prot. n. 123 in data 15 gennaio 2009, recante diniego definitivo del permesso di costruire in sanatoria di una cappella cimiteriale, nonché i secondi motivi aggiunti avverso l'ordinanza del responsabile dell'Area tecnica e manutentiva n. 10 in data 1 marzo 2009 che ha disposto la demolizione delle opere edilizie realizzate e consistite nella realizzazione della cappella cimiteriale stessa.
Espone che con scrittura privata del 5 marzo 2005 gli è stato ceduto il diritto di uso di un suolo di 14 mq., facente parte del cimitero del Comune di Martone, e già oggetto di concessione comunale; il 9 marzo 2005 ha depositato in Comune l'originale della scrittura privata ai fini della presa d'atto dell'avvenuta cessione.

Nel silenzio dell'amministrazione ha presentato al Comune, il 24 gennaio 2006, il progetto per la realizzazione della cappella funeraria, depositando i progetti nel successivo mese di marzo. Perdurando l'inerzia dell'amministrazione, intesa come nulla osta, nell'estate 2007 ha iniziato e portato a compimento i lavori di realizzazione della cappella.

Rappresenta come solo al momento della richiesta di allaccio della fornitura di energia elettrica gli è stato obiettato il carattere abusivo dell'opera realizzata sul lotto cimiteriale. Ha per tale ragione presentato istanza di accertamento di conformità in data 24 ottobre 2007, nonché istanza di concessione di un'ulteriore area cimiteriale di 2 mq. Quest'ultima istanza è stata assentita con concessione del Consiglio comunale n. 20 del 28 giugno 2008.

Con provvedimento in data 5 settembre 2008 gli è poi stato denegato l'allaccio alla rete elettrica cimiteriale, nell'assunto che la cessione del diritto di uso del lotto cimiteriale non era valida in quanto non sottoscritta "in presenza del responsabile del servizio", come previsto dall'art. 102 del regolamento comunale sui cimiteri, e che comunque la realizzazione della cappella rientrerebbe tra gli interventi edilizi disciplinati dal d.P.R. n. 380 del 2001, e non già dall'art. 94 del regolamento di polizia mortuaria di cui al d.P.R. n. 285 del 1990, invece seguito dall'appellante.

Con il ricorso in primo grado il sig. C. ha chiesto l'accertamento del diritto alla voltura della concessione cimiteriale e del maturato silenzio assenso sulla domanda di approvazione del progetto di realizzazione della cappella ai sensi dell'art. 94 del d.P.R. n. 285 del 1990, ed al contempo contestato il diniego di rilascio di allaccio alla rete elettrica; con atto di motivi aggiunti ha poi gravato il diniego del permesso di costruire in sanatoria del 15 gennaio 2009; con secondi motivi aggiunti ha impugnato l'ordinanza n. 10 del 10 marzo 2009 con cui l'ufficio tecnico comunale gli ha ingiunto la demolizione della cappella funeraria, in quanto abusiva, ed ordinato il ripristino dello stato dei luoghi.

2. – La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell'assunto che nell'attuale quadro ordinamentale, informato al principio di sussidiarietà, «*il Comune può legittimamente disciplinare forme e condizioni della trasmissibilità tra vivi dei diritti sui suoli cimiteriali, integrando la disciplina civilistica ordinaria, e può sottoporre l'autorizzazione alla edificazione dei manufatti del servizio votivo alle regole dettate dal DPR 380/01 per l'edificazione ordinaria*». Ha precisato la sentenza che la disciplina civilistica del diritto di superficie non assorbe ogni profilo di regolamentazione del rapporto, posto che quest'ultimo trae pur sempre origine da una concessione, cioè da un provvedimento amministrativo ampliativo; di qui la legittimità della disposizione regolamentare che prevede la partecipazione del funzionario comunale all'atto di trasferimento del titolo. In relazione alla necessità del titolo edilizio, la sentenza ha poi affermato che la portata del d.P.R. n. 380 del 2001 è tale da attrarre nella sua sfera di applicazione ogni genere di trasformazione edilizia dei suoli, e non è derogabile per gli edifici funerari; la norma speciale dell'art. 95 del regolamento di igiene di cui al d.P.R. n. 285 del 1990 concorre con quella generale del d.P.R. n. 380 del 2001.

3.- Con l'appello il sig. C. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, reiterando, alla stregua di motivi di critica della medesima, le censure di primo grado.

4. – Si è costituito in resistenza il Comune di Martone controdeducendo ai motivi di appello e chiedendone la reiezione.

5. – All'udienza pubblica del 16 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce l'illegittimità della mancata volturazione della concessione cimiteriale (conseguente alla cessione della relativa area intervenuta nel mese di marzo 2005) motivata con riferimento alla previsione dell'art. 102 del regolamento comunale di polizia mortuaria, che subordina la validità del negozio di cessione alla sua sottoscrizione alla presenza del funzionario comunale; allega che tale previsione regolamentare sia, a sua volta, illegittima in quanto violerebbe i principi civilistici sulla libertà delle forme dei negozi giuridici, imponendo un requisito di forma (la presenza del "responsabile del servizio" competente) al negozio giuridico, sconosciuto

dall'ordinamento civile, ed al contempo irragionevole nella misura in cui comporta un aggravio procedimentale non rispondente ad alcun interesse pubblico.

Il motivo è infondato.

Occorre premettere una breve considerazione sulla natura ancipite dello *ius sepulchri*, nel senso che, da un canto, lo stesso ha consistenza di diritto, spettante al titolare di concessione cimiteriale, ad essere tumulato nel sepolcro, in quanto, originando da una concessione traslativa, crea nel soggetto privato concessionario un diritto soggettivo di natura reale, assimilabile al diritto di superficie, opponibile a terzi. Ciò comporta che, nei rapporti *iure privatorum*, la protezione della situazione giuridica è piena, assumendo la fisionomia tipica dei diritti reali di godimento. D'altro canto, inerendo tale facoltà un manufatto costruito su suolo demaniale, lo *ius sepulchri* vede concorrere anche posizioni di interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione, nei casi in cui esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero impongano o consiglino all'amministrazione l'adozione di particolari regole procedurali o sostanziali. In questa prospettiva, non può escludersi che il regolamento cimiteriale comunale possa, ad esempio, contemplare il divieto di cessione diretta tra privati del suolo cimiteriale, prevedendo in caso di violazione del divieto, la misura della revoca decadenziale (in termini Cons. Stato, V, 27 ottobre 2014, n. 5296).

Lo stesso regolamento di polizia mortuaria e servizi cimiteriali del Comune di Martone prevedeva, all'art. 102, il divieto della cessione del diritto d'uso tra privati; solo con la delibera del Consiglio comunale n. 10 in data 11 maggio 2004 la norma regolamentare è stata modificata con la previsione della possibilità della «*cessione del diritto d'uso tra privati da effettuarsi mediante dichiarazione bilaterale, da sottoscrivere dal concessionario uscente e dal subentrante, in presenza del responsabile del servizio*».

Tale disposizione non è illegittima, come appare chiaro ove sia letta nella duplice prospettiva cui si è fatto ora riferimento.

Si intende dire che l'onere di forma per la cessione del diritto d'uso, consistente nella dichiarazione bilaterale tra concessionario cedente e cessionario "in presenza del responsabile del servizio" non viola la potestà legislativa dello Stato "in materia di ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lett. 1, Cost.), in quanto si pone su di un differente piano, a tutela di interessi ulteriori di cui è tributaria l'amministrazione comunale (anche in forza del principio di sussidiarietà), in particolare al fine di evitare un astratto pericolo di mercimonio del diritto di sepolcro non gentilizio, che non può essere oggetto di lucro o di speculazione, comportante l'esigenza di un controllo puntuale, preventivo, da parte dell'amministrazione, in sede di stipulazione della cessione del diritto facente capo alla concessione.

Di qui la ragionevolezza di un aggravio formale, più che procedimentale, della cessione, sempre nella considerazione che agli atti che dispongono di beni immobili non si applica il principio di libertà della forma, richiedendosi pur sempre la forma scritta *ad substantiam actus*, secondo la regola generale inferibile dall'art. 1350 Cod. civ.

1.1.- Con un'articolazione del primo motivo di gravame l'appellante deduce poi la contraddittorietà tra la deliberazione n. 20 del 2008, di concessione dell'area cimiteriale supplementare (occupata nella realizzazione della cappella), ed il diniego di voltura della cessione, nell'assunto che l'organo consiliare abbia ritenuto valido ed efficace l'atto di cessione, producendo dunque anche un effetto di sanatoria.

Il motivo è infondato.

La concessione integrativa non contiene alcun effetto di sanatoria, anche perché nella fattispecie manca proprio un provvedimento invalido, suscettibile di convalidazione, tale condizione riguardando piuttosto la cessione dell'area originariamente concessa, e di cui è mancata la volturazione.

La lettura della delibera consiliare consente di escludere che contenga la voltura della cessione. In ogni caso, a rigore, ove voglia ravvisarsi una contraddittorietà, come vizio sintomatico

dell'eccesso di potere, la stessa dovrebbe predicarsi con riguardo alla delibera n. 20 del 2008 rispetto al comportamento precedente che ha implicitamente denegato la volturazione della cessione della concessione.

2. – Con il secondo motivo si censura la statuizione che ha respinto il motivo volto ad accertare l'intervenuta maturazione del silenzio assenso sul progetto di edificazione della cappella funeraria (presentato al Comune nel gennaio 2006) ai sensi dell'art. 94 del d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, recante approvazione del regolamento di polizia mortuaria, nell'assunto che anche negli interventi realizzati all'interno del cimitero trovi applicazione il d.P.R. n. 380 del 2001, come desumibile anche dall'art. 122 del regolamento comunale di polizia mortuaria, peraltro anch'esso gravato. Assume l'appellante che per lo svolgimento dell'attività edilizia all'interno dei cimiteri anche da parte dei privati non occorra alcun titolo edilizio, essendo sufficiente il giudizio da parte del Sindaco di conformità del progetto alle prescrizioni edilizie contenute nel piano regolatore cimiteriale; conseguentemente deduce l'illegittimità del regolamento comunale laddove richiede il titolo edilizio per contrasto con la norma speciale dell'art. 94 del d.P.R. n. 285 del 1990.

Anche tale motivo è infondato.

Anzitutto il motivo è privo di interesse, in quanto, in assenza di un valido titolo concessorio, la presentazione del progetto di costruzione è giuridicamente irrilevante.

In ogni caso, anche a prescindere da tale considerazione preliminare, l'assunto dell'appellante, finalizzato a contestare l'abusività dell'opera realizzata e gli effetti giuridici che ne conseguono, pur nella sua complessità, non appare condivisibile.

Procedendo per ordine, l'appellante allega che l'attività edilizia all'interno del cimitero non richieda il conseguimento del titolo edilizio, in quanto l'art. 94 del d.P.R. n. 285 del 1990 escluderebbe l'applicazione del t.u. edilizia.

La tesi riposa sulla considerazione che la norma da ultimo richiamata dispone che *«i singoli progetti di costruzioni di sepolture private debbono essere approvati dal Sindaco su conforme parere della commissione edilizia e del coordinatore sanitario della unità sanitaria locale competente»*, nel rispetto di alcuni limiti, che attengono al numero delle salme ospitabili ed al divieto di accesso con l'esterno del cimitero. La norma in questione viene dunque intesa nel senso che, attenendo la costruzione ad un bene (incluso nel cimitero pubblico) soggetto al regime demaniale, deroghi alla ordinaria disciplina edilizia.

Ritiene il Collegio che alle attività edilizie in aree cimiteriali si applichi in via primaria il regolamento statale di polizia mortuaria nonché il regolamento comunale di polizia mortuaria (od il piano cimiteriale, se esistente). Ove peraltro uno dei predetti testi regolamentari faccia rinvio alla disciplina edilizia, anche quest'ultima concorre alla regolamentazione dei lavori realizzabili nell'area cimiteriale.

Nella fattispecie controversa, in particolare, l'art. 122 del regolamento comunale prevede *apertis verbis* che *«nessun lavoro può essere eseguito all'interno del cimitero senza la prescritta "concessione edilizia" o "permesso" di costruire»*. Ne deriva un rinvio alla disciplina edilizia, oggi ritraibile dal d.P.R. n. 380 del 2001 (testo unico edilizia).

Né è ravvisabile, alla luce di quanto esposto, un contrasto del regolamento comunale con l'art. 94 del d.P.R. n. 285 del 1990, in quanto quest'ultima norma prevede i requisiti minimi per l'attività di costruzione in ambito cimiteriale, ma certo non preclude la concorrenza della disciplina edilizia ordinaria, come correttamente ritenuto dal primo giudice.

Dalla esposizione che precede trova conferma il carattere abusivo della cappella edificata dall'appellante.

3. – Il terzo motivo critica poi la sentenza per avere disatteso il motivo volto a contestare il plurimotivato diniego di concessione in sanatoria, pur avendo accertato il parziale vizio motivazionale con riguardo alla difformità della cappella realizzata rispetto al progetto presentato. Il motivo è infondato proprio per le ragioni che si sono in precedenza esposte, specie in ordine alla non opponibilità all'amministrazione della cessione della concessione, legittimamente non volturata. Si tratta di un profilo assorbente che esime il Collegio dalla disamina dell'ulteriore

ragione ostativa all'accertamento di conformità, consistente nella mancanza del parere sanitario.

4. – Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La particolare complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE (Stefano Fantini)

IL PRESIDENTE (Giuseppe Severini)

IL SEGRETARIO