

Rubrica

Concessioni cimiteriali: può esservi un “diritto d’insistenza”?

di Sereno Scolaro

Introduzione

Dal fatto che nell’ordinamento giuridico possano enuclearsi dei c.d. “principi generali”, fa sì che, abbastanza numerose volte sia possibile fare ricorso a “strumentazioni” la cui fonte riguardi materie apparentemente non pertinenti o, almeno, non immediatamente pertinenti.

Questa premessa considera la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI¹, n. 3160/2011 del 26 maggio 2011, relativa a questioni sorte in materia di concessioni di demanio marittimo e, specificatamente, sia di spazi acquei che di aree a terra, dove, tra gli altri aspetti, vi era stato l’acquisto di immobili realizzati sull’area, a terra, in concessione, rispetto a cui i soggetti acquirenti aspiravano, venuta a scadere la concessione dell’area demaniale, autonomi e diretti titolari di una concessione sull’area demaniale medesima, argomentandosi, quale titolo preferenziale, sull’abrogato, recentemente, c.d. “diritto d’insistenza”, di cui all’art. 37, comma 2, ultimo periodo (¹) Codice della navigazione (²). Nella sentenza, si legge: “*In secondo luogo, siffatto diritto di preferenza deve escludersi anche limitatamente alle unità immobiliari oggetto di proprietà superficiaria costituita in loro favore dalla concessionaria principale (a ciò autorizzata dalla concedente amministrazione ai sensi degli artt. 45-bis e 46 cod. nav.; v. art. 8 della concessione principale). Infatti, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui non v’è motivo di discostarsi (v., per tutte, Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168), il c.d. diritto di insistenza conferito dall’art. 37 cod. nav. in favore del titolare della concessione demaniale*

marittima in scadenza, in occasione del suo rinnovo, non può considerarsi tale da determinare sempre e comunque la prevalenza dell’insistente rispetto agli altri eventuali concorrenti, che abbiano prodotto regolare istanza di concessione in relazione agli stessi spazi demaniali, non potendo tale previsione normativa, secondo un’interpretazione conforme ai principi di concorrenzialità di derivazione comunitaria, essere intesa come un meccanismo capace di elidere ogni confronto concorrenziale tra più istanze in competizione (orientamento, sostanzialmente recepito sul piano legislativo dall’art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in l. 26 febbraio 2010, n. 25, che, modificando l’art. 37 cod. nav., ha eliminato ogni diritto di preferenza, in sede di rinnovo, in favore del precedente concessionario). Ne consegue che in capo alle ricorrenti in primo grado poteva, tutt’al più, configurarsi un’aspettativa di mero fatto – né differenziata da quella di qualsiasi altro operatore economico del settore, né qualificata da una norma di diritto sostanziale – a partecipare alla procedura di evidenza pubblica in sede di rinnovo della concessione all’originaria scadenza, a prescindere dal rilievo che, a fronte dell’attuale unitarietà del compendio oggetto della concessione principale, in capo alle originarie ricorrenti, in sede rinnovo della concessione, non è enucleabile alcun diritto al frazionamento (dell’oggetto della gara in rinnovo alla scadenza) con riguardo alle unità immobiliari oggetto di proprietà superficiaria, essendo ogni relativa decisione rimesso alle future determinazioni discrezionali dell’amministrazione concedente (in occasione della scadenza del 23 maggio 2051).”. In altre parole, trascurandosi la sopravvenuta abrogazione, per altro nota dal giudice amministrativo, si considera come il c.d. “diritto d’insistenza” non sia in sé un titolo, preferenziale, ma operino i principi di concorrenza, enucleabili dal diritto dell’Unione europea, in cui non vi è differenziazione rispetto a

(¹) Che prevedeva: «È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Tale formulazione era stata abrogata dall’art. 1, comma 18, ultimo periodo del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, in L. 26 febbraio 2010, n. 25.

(²) Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 e succ. modif.

qualsiasi altro operatore economico del settore, dovendosi una nuova concessione aversi attraverso la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica. Per inciso, neppure è ritenuto accoglibile l'assunto di un possibile frazionamento (leggi: diritto al frazionamento) dell'oggetto della concessione, oggetto di gara in rinnovo alla scadenza della concessione in atti sussistente, con riguardo ad entità immobiliari per cui sussista una proprietà superficiale, in quanto si tratta di aspetti che l'amministrazione concedente, in quanto titolare del demanio (marittimo, nella fattispecie considerata dalla sentenza) potrà determinare, del tutto discrezionalmente.

Una "traslazione" in ambito cimiteriale

Se si consideri l'art. 90 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 il comune, sempre che ciò sia previsto nel piano regolatore cimiteriale ⁽³⁾, ha la facoltà, ove lo ritenga, di concedere aree cimiteriali, tra quelle comprese nell'art. 59 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, a privati ed enti al fine della costruzione di sepolcri a sistema di tumulazione individuale, per famiglie e collettività ⁽⁴⁾.

In tali ipotesi, si determina un rapporto di concessione che ha, quale proprio oggetto, l'area, la superficie, mentre la costruzione del manufatto sepolcrale a sistema di tumulazione è a carico del soggetto concessionario, che ne rimane proprietario, quanto meno fino alla scadenza della concessione, proprietà da cui derivano, tra gli altri, anche gli obblighi di cui all'art. 63 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285. In realtà, si tratta di una proprietà che non è del tutto piena, essendo in qualche modo "condizionata" nei fini, dato che il manufatto sepolcrale a sistema di tumulazione che venga costruito, dal concessionario, sull'area ha una finalità del tutto specifica, quella dell'accoglimento delle persone che, in conseguenza dell'atto di concessione, si trovino nelle condizioni rientrare nella "riserva" di cui all'art. 91, comma 1 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (oppure, del tutto eccezionalmente, di poter trovarsi in una delle condizione di ampliamento della possibilità d'uso, che può essere consentita (e sempreché il concessionario lo richieda, espressamente) nei casi del successivo comma 2), tanto che non è ammissibile che vi sia accoglimento di feretro di defunto non rientrante nell'anzidetta "riserva" o – eccezio-

nalmente – nell'ipotesi del comma 2, condizioni che il comune, o il soggetto gestore del cimitero, non può derogare dall'accertare in via preventiva (Consiglio di Stato, Sez. V[^], sent. n. 4081/2010 del 25 giugno 2010) e che, comunque se ciò avvenga, costituisce fattore di decadenza dalla concessione, come conseguenza di un tale suo indebito utilizzo. Altrettanto "condizionata" lo è per il fatto che, trattandosi di concessione su beni demaniali (l'area cimiteriale oggetto della concessione), ogni diritto di terzi su di essa (art. 823, comma 1 C. C.) non può che sorgere, e persistere, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano, cioè delle norme del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 per le aree cimiteriali (o, in relazione alla pronuncia del Consiglio di Stato da cui si prende spunto, dal Codice della navigazione per il demanio marittimo, oppure, per altri beni demaniali, dalla specifiche norme che li regolano e, specificamente, regolano la concessione ⁽⁵⁾).

Nel caso delle concessioni di aree cimiteriali, essendo "oggetto" della concessione l'area, viene a costituirsi, in buona sostanza, un diritto di superficie, per la durata prevista e dal Regolamento comunale di polizia mortuaria ⁽⁶⁾ e dall'atto di concessione, non astratto, bensì del tutto finalizzato, dove il fine immediato è la costruzione del sepolcro a sistema di tumulazione, mentre il fine ultimo, è l'uso di tale sepolcro per la tumulazione dei defunti aventi titolo, in quanto rientranti nella "riserva" di cui all'art. 93 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

Vigente il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 ⁽⁷⁾, l'art. 71 prevedeva (commi da 2 a 4) l'ammissibilità della cessione o della trasmissione del diritto d'uso sui sepolcri privati, "... tanto per atto tra i vivi quanto per atto di ultima volontà, a terzi, salvo che la cedibilità o la trasmissibilità, in tutto o in parte, non sia incompatibile con il carattere del sepolcro secondo il diritto civile, e sempre che i regolamenti comunali ed i singoli atti di concessione non dispongano altrimenti." Di seguito, si prevedeva come: "La cessione o trasmissione lascia inalterati gli obblighi imposti dal comune all'originario titolare della concessione.", ed, infine, che: "In ogni caso, ove sussistano ragioni di pubblico interesse, il comune può non riconoscere come nuovo concessionario l'avente causa del titolare della concessione,

⁽³⁾ Art. 91 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

⁽⁴⁾ Si trascura qui, intenzionalmente, l'ipotesi considerata dall'art. 90, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, se non altro per il fatto che, in essa, il solo manufatto che possa essere presente è l'adeguato ossario, oppure, in conformità alle speciali norme dei regolamenti comunali, i monumenti e/o lapidi che siano, eventualmente, ammessi.

⁽⁵⁾ Ad esempio, le concessioni di derivazione delle acque, giusto per richiamare altre situazioni di demanialità.

⁽⁶⁾ Anche se non va sottovalutata od esclusa la possibilità che questa fonte regolamentare attribuisca al sistema tariffario la determinazione della durata della concessione, considerandosi come la stessa possa ben essere qualificata quale una componente della tariffa.

⁽⁷⁾ Entrato in vigore il 1° luglio 1943.

A tal fine gli interessati devono preventivamente notificare ogni atto di cessione o trasmissione al comune, il quale, entro il termine perentorio di un mese, potrà dichiarare il proprio voto alla cessione o alla trasmissione."

Si trattava di norme che, in loro stesse, contrastavano con la natura demaniale dei cimiteri, positivamente (cioè, con norma scritta) sorta a decorrere dal 28 ottobre 1941 ⁽⁸⁾, che potevano giustificarsi solo se ed in quanto si argomentasse che: a) il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 avesse natura di norma di rango primario, b) che, associato questo, costituisse "norma speciale" ed, in quanto tale, prevalesse sul C. C. Con alcune conseguenze, prima di tutto quella per cui, se avesse avuto natura di norma di rango primario, una sua modifica, una volta entrata in vigore la Costituzione, essa non potesse che aversi se non per legge, oppure, in alternativa, nei modi e forme dell'art. 77, comma 1 Cost. ⁽⁹⁾. Trascurando, per il momento (ma si veda *infra*), la disposizione del comma 2, può essere del tutto interessante porre l'accento sul comma 3, dato che una "cessione", o "trasmissione", del diritto d'uso non faceva venire meno gli obblighi in capo al concessionario "originario", determinandosi con ciò una situazione di solidarietà ⁽¹⁰⁾. Ammesso che vi fosse una "vendita", il "venditore" non cessava di essere soggetto obbligato: si può ben cogliere qui come o quanto si sia lontani dal concetto stesso di "proprietà" ⁽¹¹⁾, nel senso civilistico del termine. Infine, il comma 4, richiedeva un intervento, attivo, del comune (titolare, gestore della demanialità) nel senso di attribuirgli l'obbligazione di valutare ⁽¹²⁾ se sussistessero le condizioni per "riconoscere" o "non riconoscere" il nuovo concessionario, il che poneva, vigente quelle

disposizioni, anche altre questioni, prima di tutte quella se il mancato "riconoscimento" da parte del comune del nuovo concessionario (che importava, comunque sia, il fatto che questi non acquisisse diritti di sorta sulla concessione, né sul manufatto insistente) avesse o meno l'effetto di rendere inefficace l'atto di "cessione" o "trasmissione", potendosi avere una situazione di non agevole soluzione, come quella per cui un atto di compravendita ⁽¹³⁾ in sé perfetto ed efficace – tra le parti contraenti – non produceva effetti rispetto al cimitero ed al suo demanio, tanto più che non si poteva, salva espressa indicazione nell'atto stipulato a tal fine ⁽¹⁴⁾, ipotizzare una causa, prima sospensiva, poi estintiva, del contratto concluso. Con la conseguenza, ad esempio, che l'acquirente non poteva legittimamente reclamare la risoluzione del contratto, salvo, e forse, non avvalersi degli istituti di cui agli artt. 1463 e ss. C. C.

Tuttavia, ben più interessante è il comma 2, in precedenza non affrontato, dove oggetto della "cessione", o del "trasferimento", non è il sepolcro, quanto meno inteso come manufatto sepolcrale eretto sull'area avuta in concessione, quanto il "diritto d'uso" del comma precedente, cioè del comma 1, che prevedeva come: *"Il diritto di uso delle sepolture private è riservato alla persona del concessionario e a quelle della propria famiglia ovvero alle persone regolarmente iscritte all'ente concessionario."* Si nota senza grandi difficoltà come tale formulazione presenti una – sostanziale – identità con l'attuale art. 93, comma 1 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (manca, invero, il secondo periodo, concernente il limite, ovvio, della capienza del sepolcro): A questo punto, un conto è parlare della proprietà del manufatto sepolcrale eretto sull'area avuta in concessione, ben altro considerare il diritto d'uso "riservato" a persone determinate, dove l'appartenenza alla famiglia del concessionario non ha, né può avere, natura patrimoniale, bensì del tutto personale, al punto da non essere intaccata neppure da un'(eventuale) condizione di indegnità a succedere ⁽¹⁵⁾. Era, allora, ammissibile "cedere", o "trasferire", un diritto che, per la sua natura perso-

⁽⁸⁾ Data di entrata in vigore del Libro III C.C.

⁽⁹⁾ Il che non risulta proprio, dal "Preambolo" del D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 ..., mentre, sarebbe stato abbastanza fuori di discussione che il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 abbia avuto natura di norma di rango primario, sulla base dello Statuto. In altre parole, si è avuto un "salto" di rango normativo (passando dal primario al secondario) di cui, oggi, è difficile a posteriori ricostruire le argomentazioni ed i "meccanismi".

⁽¹⁰⁾ Dal che discende che se vi siano state, nel periodo 1943 – 1975, "cessioni", o "trasferimenti" del diritto d'uso ed emergano situazioni di inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione, tipicamente quelli (es.) di cui all'art. 63 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (o disposizioni corrispondenti precedenti), non si debba fare riferimento unicamente al concessionario attuale, od agli aventi causa di questi, ma altresì al concessionario originario, cosa che non sempre potrebbe essere molto agevole, ma ciò non di meno non può essere evitata.

⁽¹¹⁾ Art. 832 C.C.

⁽¹²⁾ Aspetto di cui persiste traccia, quanto meno nel linguaggio a volte utilizzato, dove più o meno propriamente (o, meglio, senz'altro impropriamente), non manca di parlarsi di "vulture" e simili, termini che dal 10 febbraio 1976 sono pacificamente inammissibili ed erronei.

⁽¹³⁾ Si fa ricorso solamente a questo istituto, per ragioni sia di brevità espositiva, ma soprattutto per il fatto che esso costituiva, in tale ipotesi, quello che presentava maggiori "criticità", effettuali.

⁽¹⁴⁾ Qualche notaio, ben pochi per la verità, avendo presente queste disposizioni, avevano l'avvertenza di includere nell'atto una clausola di questo tipo.

⁽¹⁵⁾ Art. 463 e ss. C.C.

Infatti, nella successione rilevano aspetti del tutto patrimoniali, e non personali, salvo che come presupposto nel caso della successione legittima oppure della posizione dei legittimari, in caso di successione testamentaria.

nale, coinvolgeva altre persone in quanto appartenenti alla famiglia? Oppure, una tale “cessione”, o “trasferimento”, faceva venire meno la “riserva” precedentemente operante per le persone appartenenti alla famiglia del concessionario, originario? Una soluzione poteva, allora, individuarsi, e forse, considerando come il “diritto di uso” del sepolcro non sia propriamente un diritto, in senso tecnico, ma una posizione soggettiva che diviene diritto quando ... cessano i diritti (dato che, con la morte viene meno anche la capacità giuridica ⁽¹⁶⁾, oltre che, intuitivamente, la capacità di agire ⁽¹⁷⁾). Non solo, ma, considerando anche l’aspetto della capienza del sepolcro, il suo esercizio non può esercitarsi se questa difetti, per cui, alla fin fine, forse tale “diritto d’uso” si avvicina fortemente al concetto di una mera aspettativa, per quanto legittima, essendone il relativo esercizio (a questo punto, oltretutto “passivo”) subordinato alla co-presenza di una pluralità di condizioni.

Possibili situazioni attuali

Data la difficoltà, almeno in certi contesti, di cogliere come i sepolcri non siano un bene patrimoniale, e men che meno disponibile secondo i principi del diritto civile ⁽¹⁸⁾, questioni che, in prospettiva, possono anche ampliarsi data la frequenza crescente del fenomeno, specie in presenza di opere realizzate in *project-financing*, dove il promotore non “vende”, in senso tecnico, il sepolcro, ma che può porre in essere atti di “vendita” del manufatto, in termini decisamente molto simili a quelli con cui una delle parti nel giudizio deciso dal Consiglio di Stato, Sez. VI^a, n. 3160/2011 del 26 maggio 2011, citata inizialmente, aveva acquistato beni immobili, eretti dal concessionario dell’area demaniale e su di essa realizzati, il che solleva una problematica, spesso non adeguatamente considerata negli atti di regolazione dei *project-financing*, attorno a quali siano, o possano essere, i rapporti, nel momento in cui venga a cessare, magari per naturale scadenza dei termini, il rapporto tra comune (titolare, gestore della demanialità del cimitero) ed il promotore, dovendosi sollevare la questione se il comune possa o debba riconoscere una sorta di “diritto d’insistenza”, *mutatis mutandis*, nei riguardi dei soggetti che hanno “acquisito” dal promotore del *project-financing*

un titolo d’uso, riconoscimento che presupporrebbe, quanto meno, che il promotore abbia riversato, o riversi alla scadenza, le somme *pro rata* riscosse (ed attualizzate? Evidentemente, sì) in relazione al periodo eccedente la durata del *project-financing* e che, in ogni caso, l’ipotesi di un tale riconoscimento sia espressamente prevista negli atti di regolazione del *project-financing* (e, comprensibilmente, indicata anche, richiamando questi, negli atti posti in essere dal promotore nei suoi rapporti con i privati).

In difetto di un’esplicita indicazione, si dovrebbe concludere che, alla scadenza del *project-financing*, vengano meno anche i rapporti da questi instaurati con i privati, i quali avrebbero una mera aspettativa, meramente di fatto, di proseguire nell’uso del sepolcro, che dovrebbe essere oggetto di rassegnazione, secondo i criteri eventualmente stabiliti dal Regolamento comunale di polizia mortuaria, previa corresponsione al comune delle tariffe previste per quella determinata tipologia di sepolcro ⁽¹⁹⁾, al pari delle costruzioni realizzate dal comune, poiché, a tale scadenza, il comune diviene proprietario, ad ogni effetto, dei manufatti realizzati dal promotore del *project-financing*.

Si tratta di aspetti che, fin troppo spesso, non sono punto presi in considerazione quando vi sia una proposta di *project-financing*; ma che ogni soggetto, quale ne sia il ruolo, chiamato ad esaminare una proposta di questa natura, non dovrebbe trascurare di prendere in considerazione, per trarne le conseguenze del caso. Incidentalmente, si è avuto modo di vedere una proposta in cui, sotto la voce di “Inadempienze”, da parte del promotore, non si prevedeva una penale (cosa che è normale in ogni rapporto contrattuale che preveda prestazioni tra le parti), ma solo il fatto che il comune fosse “autorizzato” (invertendosi i rapporti tra chi autorizza e chi sia destinatario di un’autorizzazione) a provvedere direttamente, in luogo del promotore inadempiente, alle opere previste dal progetto, predisposto dal promotore.

⁽¹⁶⁾ Art. 1 C.C.

⁽¹⁷⁾ Art. 2 C.C.

⁽¹⁸⁾ Il che trova una certa rappresentazione nel linguaggio comune in cui si parla di “acquisto (dal comune) di sepolcri” i simili espressioni, a volte estese all’acquisizione di un titolo di utilizzo di spazi cimiteriali, realizzati dal comune o dal gestore del cimitero, in cui si fa frequente ricorso a termini propri del diritto civile, per non dire commerciale.

⁽¹⁹⁾ In difetto, si concretizzerebbe la fattispecie di cui all’art. 93 del testo unico, approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif.