

Publicato il 09/07/2018

N. 04514/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01994/2014 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 1994 del 2014, proposto da Giuseppina Orlando, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da pec in atti;

*contro*

Comune di **Pignataro Maggiore** in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da pec in atti;

*per l'annullamento,*

*previa sospensione dell'efficacia,*

della determinazione n. 569/2013 del Comune di **Pignataro Maggiore** avente oggetto decadenza assegnazione del lotto cimiteriale, identificato con il n. 8 ed ubicato nell'area cimiteriale di ampliamento sud, assegnato al sig. Lubrano Gaetano.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di **Pignataro Maggiore**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. - Con atto notificato in data 11 marzo 2014 e depositato il successivo 9 aprile, Giuseppina Orlando ha impugnato il provvedimento del Comune di **Pignataro Maggiore** del 24 dicembre 2013, notificatole in data 10 gennaio 2014, di decadenza dell'assegnazione del lotto cimiteriale identificato con il n. 8, ubicato nell'area cimiteriale di ampliamento sud, per la costruzione di una cappella funeraria, assegnato al defunto coniuge Gaetano Lubrano, deceduto in data 13.8.1989.

2. - Costituiscono motivi di ricorso:

2.1. - l'incompetenza per essere stato l'atto adottato dal responsabile del Servizio amministrativo del Comune e non dal Consiglio Comunale, ritenuto competente ad adottare l'atto;

2.2. - la violazione dell'art. 7 l. 241/1990 e della garanzie di partecipazione procedimentale, per l'omessa comunicazione ai figli del defunto, eredi unitamente alla sig.ra Orlando di Gaetano Lubrano;

2.3 - la violazione dell'art. 7 L. 241/1990 anche sotto il diverso profilo del mancato riscontro alle osservazioni inviate dalla ricorrente, con specifico riferimento alla richiesta di voltura che non avrebbe costituito oggetto di esame da parte dell'amministrazione;

2.4. - il difetto di motivazione che, per i provvedimenti di secondo grado come quello impugnato in quanto ritenuto adottato in autotutela, costituirebbe un onere rafforzato per l'amministrazione procedente;

2.5. - l'erronea applicazione della normativa di riferimento, ritenendo la ricorrente inapplicabile il regolamento di polizia mortuaria del Comune del 2001, in quanto sopravvenuto. Aggiunge in proposito che il limite temporale entro cui costruire la cappella ai sensi dell'art. 93 del D.P.R. 803/1975 avrebbe dovuto essere previsto nell'atto di concessione e che, in mancanza, di espressa previsione in tal senso l'ente locale non avrebbe potuto disporre la decadenza;

2.6. - la violazione di legge, lo sviamento, l'ingiustizia manifesta e la contraddittorietà in quanto la ricorrente nega che la mancanza di una convenzione possa legittimare la decadenza in quanto l'assegnazione del lotto trova fonte della D.C.C. 123/1980.

3. - Il Comune di **Pignataro Maggiore** si è costituito in giudizio il 22 aprile 2014 per resistere al ricorso.

4. - Rinunciata la cautelare, alla pubblica udienza del 5 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - Con il provvedimento gravato il Comune ha disposto la decadenza dell'assegnazione del lotto cimiteriale assegnato al defunto coniuge della ricorrente. Con i motivi di ricorso ad essere contestata è la decadenza principalmente nella parte in cui è fondata sull'inerzia del concessionario, sub specie di mancata costruzione della cappella gentilizia. La ricorrente deduce, inoltre, vizi attinenti a profili procedurali.

6. - Il ricorso è infondato e deve, pertanto, essere respinto.

Dall'esame dell'atto si desume che la decadenza è fondata su plurimi motivi.

Il provvedimento, dopo il riferimento alla delibera C.C. n. 123 del 30 marzo 1980 con cui è stata deliberata l'assegnazione, evidenzia:

- che non è mai stato stipulato il contratto disciplinante i rapporti tra le parti;
- che il concessionario non ha mai chiesto ed ottenuto alcuna concessione edilizia per la costruzione della cappella gentilizia;
- che, dopo la notifica della comunicazione del dell'avvio del procedimento di revoca del 17.7.2013, la sig.ra Orlando, in data 12.9.2013, ha inviato osservazioni, manifestando la volontà di subentro nella concessione.

Il Comune ha, quindi, dichiarato decaduta l'assegnazione del lotto cimiteriale.

7. - Infondato è il primo motivo di ricorso con cui si deduce il vizio di incompetenza del dirigente.

Occorre in proposito rilevare che, ai sensi dell'art. 107, comma 2, del d. l.vo 18 agosto 2000 n. 267, sono di competenza dei dirigenti *"tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'Ente o non rientrati tra le funzioni del segretario o del direttore generale"*. Al terzo comma è altresì, previsto che spettano ai dirigenti tutti gli atti di gestione e segnatamente, tra l'altro, giusta indicazione emergente dalla lettera f) ; *"i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi..."*.

Già da prima di tale disposizione il legislatore si è indirizzato verso una netta separazione tra le attività di programmazione e controllo (affidate agli organi elettivi) e la gestione (affidata ai burocrati), con la previsione di cui all'art. 51 della l. 8 giugno 1990 n. 142 e i successivi D. Lgs n. 29/93 e D. lgs n. 80/98. Per gli enti locali il principio è stato ribadito dall'art. 6 l. 127/97, dall'art. 2 l. n. 191/98, nonché dal menzionato l'art. 107 del T.U.E.L. n. 267/2000. Tale quadro normativo risponde ad una tendenza irretrattabile di organizzazione dei poteri pubblici secondo l'apicale esigenza di distinzione fra livello politico e livello burocratico di gestione amministrativa

Trasponendo le menzionate indicazioni al caso in esame, ne deriva che l'atto impugnato si configura quale atto gestionale di tipica competenza del dirigente.

8. - Nel merito, dirimente è la prolungata inerzia di parte ricorrente.

Il decesso del sig. Orlando è avvenuto nel 1989 e solo dopo la comunicazione dell'avvio del procedimento volto alla decadenza del lotto in questione, la vedova, odierna ricorrente, in data 12.09.2013, ha chiesto la voltura dell'intestazione del lotto.

Inoltre, non risulta che il beneficiario dell'assegnazione del lotto abbia mai presentato domanda volta al rilascio del titolo edilizio.

8.1. - Quanto alla disciplina applicabile al caso in esame e alla presunta illegittimità derivante dall'applicazione del sopravvenuto Regolamento comunale di Polizia mortuaria del 2001 (in particolare l'art 72 richiamato nell'atto di decadenza), occorre evidenziare che il D.P.R. 10.9.1990, n.285, recante l'approvazione del regolamento di polizia mortuaria, all'art.108 ha abrogato il previgente D.P.R. n.803 del 1975, specificando che *“è abrogata altresì ogni disposizione contraria o comunque incompatibile con le disposizioni del presente regolamento”*.

L'art. 92 dello stesso Regolamento specifica che le concessioni possono essere *“a tempo determinato e di durata non superiore a 99 anni, salvo rinnovo”* e prevede che le concessioni di durata eventualmente eccedente i 99 anni, rilasciate anteriormente alla data di entrata in vigore del D.P.R. n.803 del 1975 *“possono essere revocate, quando siano trascorsi 50 anni dalla tumulazione dell'ultima salma, ove si verifichi una grave situazione di insufficienza del cimitero rispetto al fabbisogno del comune e non sia possibile provvedere tempestivamente all'ampliamento o alla costruzione di nuovo cimitero”*; precisa, altresì, che tutte le concessioni si estinguono in caso di soppressione del cimitero.

La disposizione in esame, al comma 3, concede la possibilità ai Comuni di imporre determinati obblighi con l'atto di concessione tra cui quello di costruire la sepoltura entro un tempo determinato pena la decadenza della concessione.

Dall'art 92 del D.P.R. 285/1990 emerge in tutta evidenza la necessità imprescindibile della temporalità, cui tutta la normativa si ispira, ivi compresa quella successiva in modo più esplicito.

A ciò si aggiunge l'ulteriore decisiva considerazione per cui l'atto di concessione, quand'anche si ritenga che sia stato sottoscritto in epoca anteriore all'introduzione alla disciplina regolamentare in cui non erano espressamente previste ipotesi di decadenza dal diritto, *“non può eludere le previsioni introdotte per il controllo da parte del concedente delle modalità di esercizio del diritto da parte del concessionario”* (in tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, sent. 16144/2005).

La disciplina regolamentare comunale di polizia mortuaria, all'art.72 prevede, a pena di decadenza, la presentazione del progetto per la esecuzione delle opere sul lotto assegnato. Inoltre, il successivo art 73 prevede che, in caso di decesso del concessionario, gli eredi sono tenuti a darne comunicazione al Responsabile del servizio entro 12 mesi dalla data di decesso, richiedendo contestualmente la variazione per aggiornamento dell'intestazione della concessione.

Nel caso in esame, entrambi i termini risultano ampiamente decorsi senza che l'inerzia sia stata in alcun modo giustificata da parte ricorrente: più specificamente, la richiesta voltura è stata presentata solo a seguito della comunicazione dell'avvio del procedimento di decadenza, addirittura dopo 14 anni l'avvenuto decesso del concessionario; inoltre, dalla delibera relativa all'assegnazione del lotto sono decorsi 23 anni senza che alcun progetto per la realizzazione della cappella sia stato presentato.

8.2. - La rilevata ampia decorrenza dei termini come sopra evidenziata deve senz'altro ritenersi idonea a superare le censure della ricorrente sulle previsioni del Regolamento di Polizia mortuaria, in quanto ritenute non suscettibili di applicazione retroattiva alle assegnazione precedentemente disposte.

Sulla questione della regolamentazione del caso in esame giova aggiungere che la menzionata giurisprudenza ha, altresì, precisato che la pretesa di applicazione della disciplina anteriore a quella attualmente in vigore, *“trova un limite nel principio di carattere generale secondo cui dalla concessione amministrativa del terreno demaniale destinato ad area cimiteriale al fine di edificazione di una tomba deriva, in capo al concessionario, un diritto di natura reale sul bene (c.d. diritto di sepolcro), la cui manifestazione è costituita prima dalla edificazione e poi dalla sepoltura (cfr. Cass. civ., Sez. II, 24 gennaio 2003, n.1134), con la conseguenza che la mancata edificazione non può trovare giustificazione nel libero esercizio del diritto e questa inattività non può durare decenni, contrastando l'interesse pubblico dell'Ente concedente”* (T.A.R. Napoli, sez. VII, sent. 16144/2005, cit.).

9. - Sulla base di tali considerazioni le censure della ricorrente di cui al quinto motivo di ricorso debbono essere respinte.

In definitiva, il Comune ha dichiarato la decadenza dell'assegnazione sulla base di una pluralità di profili, rispetto ai quali la prolungata inerzia sia nell'edificabilità del lotto, che nella conseguente sepoltura, che nella richiesta di voltura, costituiscono elementi dirimenti ai fini della legittimità della disposta decadenza.

9.1. - Diviene, pertanto, superfluo soffermarsi sull'ulteriore profilo circa la mancata stipula dell'atto volto a disciplinare il rapporto concessorio di cui al sesto motivo, in quanto inidoneo a fondare un diverso esito del giudizio, così come risultano essere i primi motivi di ricorso afferenti presunti vizi formali e procedurali.

Come osservato dalla Sezione in precedente pronuncia su caso analogo: *“Ciò che regola la presente vicenda, giova ribadirlo, è la circostanza incontestabile che il Comune con la delibera nr. 123/1980 assegnò il lotto in concessione: è poi trascorso oltre un trentennio in cui la parte privata non ha manifestato alcun interesse in favore di quel “bene della vita” assegnato, lasciando quindi che la sua posizione decadde per mancato rispetto della disciplina ex art. 72 citato. Ne consegue che la assenza della stipula convenzionale nulla abbia tolto al comportamento*

*del tutto inadempiente del titolare della concessione, ben sanzionato dunque con la revoca*”(T.A.R. Napoli, Sez. VII, sent. 2664 del 14.5.2014)

10. - In considerazione del carattere vincolato del provvedimento, essendo risultato all'esito del giudizio che l'Amministrazione non avrebbe potuto adottare un provvedimento di contenuto diverso, deve essere disatteso anche il motivo di ricorso, con cui parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90 nei confronti degli altri eredi.

In ragione di quanto fin qui evidenziato, ed in conformità al modello legale di cui all'articolo 21 *octies* della legge n. 241/1990, le dedotte violazioni di cui agli articoli 7 e ss. della legge n. 241/1990 dequotano, infatti, a mere irregolarità non invalidanti.

11. - Infondato è anche il quarto motivo di ricorso con cui si lamenta il difetto di motivazione, atteso che nessun legittimo affidamento è ravvisabile in capo al privato rimasto inerte per tutto il periodo di tempo previsto dalla concessione cimiteriale, mentre l'automatismo della decadenza esclude la necessità di qualsiasi comparazione tra gli interessi confliggenti.

12. - Per tutto quanto esposto il ricorso deve essere respinto.

13. - Le spese seguono le regole della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti del Comune di **Pignataro Maggiore**, liquidate in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre accessori di legge.

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



Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con  
l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Valeria Ianniello, Primo Referendario

Cesira Casalanguida, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Cesira Casalanguida**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosalia Maria Rita Messina**

**IL SEGRETARIO**