



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5071 del 2021, proposto da Comune di Qualiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

[REDACTED],
[REDACTED], rappresentati e difesi dagli avvocati Mario Caliendo e Donato Lettieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

[REDACTED] non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01682/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di [REDACTED],
[REDACTED],
[REDACTED]

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Prisco, in dichiarata delega dell'Avv. Sasso, e Melucci, in dichiarata delega dell'Avv. Caliendo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Qualiano (NA), giusta avviso pubblicato a far data dal 4 aprile 2019 sino al 31 maggio 2019 (avviso preceduto da determina n. 139 del 4 aprile 2019 e già da determina n. 45 del 5 febbraio 2019) avviava procedura finalizzata all'assegnazione di loculi e suoli cimiteriali.

2. Alcuni cittadini interessati proponevano ricorso avverso l'avviso e gli atti correlati deducendone l'illegittimità in ragione: della sovrapposizione tra il periodo di pubblicazione dell'avviso e il tempo di presentazione delle domande, considerato che il criterio per l'assegnazione dei loculi e spazi era quello della priorità cronologica delle domande; della violazione del r.d. n. 2440 del 1923 e del r.d. n. 827 del 1924 che prevedono il modulo dell'asta per la selezione del contraente anziché il criterio cronologico; della violazione principi di economicità ed efficacia, attesa la convenienza economica del modello dell'asta; della discriminatorietà del criterio di assegnazione meramente temporale, tanto più che era prescritta la necessaria presentazione "a mano" della domanda; della mancanza di effettivi criteri selettivi.

Con successivi motivi aggiunti i ricorrenti impugnavano la graduatoria frattanto approvata dall'amministrazione.

3. Il Tribunale amministrativo adito, pronunciando nella resistenza del Comune di Qualiano, previa integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti

collocati in posizione utile nelle graduatorie impugnate, accoglieva il ricorso annullando i provvedimenti gravati.

Il Tar argomentava, in sintesi, in ragione delle previsioni dell'art. 3 r.d. n. 2440 del 1923 e dell'art. 37 r.d. n. 827 del 1924, le quali prescrivono il pubblico incanto quale criterio per la stipulazione dei contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato, nonché valorizzando i principi eurounitari che richiedono procedure comparative di evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali.

Nella specie, la possibilità di presentare domanda in pendenza del termine di pubblicazione dell'avviso, unita al criterio meramente temporale di assegnazione, finivano per vanificare la funzione di "pubblicità" e "competitività" della procedura.

Del pari illegittima era la previsione relativa alla presentazione necessariamente "a mano" della domanda, da ritenersi discriminatoria, così come la mancata previsione di criteri di "prezzi a rialzo", da considerare violativa dei principi di economicità dell'azione amministrativa senza ragioni all'uopo indicate dall'amministrazione.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello il Comune di Qualiano formulando le doglianze di seguito indicate (cfr. *infra*, *sub* § 2 ss. in *diritto*).

5. Resistono al gravame i ricorrenti indicati in epigrafe.

6. All'udienza pubblica del 6 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va esaminata *in limine* l'eccezione preliminare con cui i resistenti deducono l'inammissibilità del gravame per intervenuta acquiescenza alla sentenza, non criticata dal Comune in tutti i suoi passaggi motivazionali, ovvero per difetto di specificità dei motivi di censura.

1.1. L'eccezione è infondata, atteso che l'appello critica in modo sufficientemente preciso la sentenza, i cui capi censurati pure enuclea in termini adeguati, e colpisce d'altra parte la complessiva *ratio decidendi* espressa dal giudice di primo grado (su cui cfr. in dettaglio *infra*, *sub* § 2 ss.), sicché - salvo l'apprezzamento nel merito -

l'appello non è inammissibile.

2. Con unico motivo di gravame, variamente articolato, l'appellante si duole anzitutto dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel non rilevare l'inammissibilità dell'impugnativa promossa dai ricorrenti, stante la loro carenza d'interesse a fronte della mancata approvazione di alcuna graduatoria in relazione ai loculi e spazi cimiteriali, essendosi il Comune limitato all'individuazione delle domande pervenute, senza adottare alcun definitivo atto d'assegnazione; per questo, i ricorrenti non avrebbero subito alcun pregiudizio attuale dai provvedimenti gravati.

Il giudice di primo grado avrebbe poi erroneamente trascurato l'irricevibilità per tardività del ricorso, col quale è stata intempestivamente impugnata la determinazione comunale n. 45/2019, che aveva già fissato i criteri ritenuti lesivi dai ricorrenti, avendo la successiva determinazione n. 139/2019 semplicemente rettificato in alcune parti la precedente determinazione n. 45/2019, giammai revocata.

Il Tar, ancora, avrebbe erroneamente omissso di tener conto del termine dimidiato prescritto per la proposizione del ricorso dagli artt. 119 e 120 Cod. proc. amm., da ritenere ben applicabili se si riconosce alla fattispecie la qualificazione, invocata dai ricorrenti, di procedura ad evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, sarebbe incorso in errore il giudice di primo grado nel ritenere che la procedura non abbia avuto adeguata pubblicità, come testimoniato dalle numerose domande pervenute; anzi il giudice avrebbe dovuto ravvisare nella specie una carenza di legittimazione e d'interesse alla doglianza dei ricorrenti, i quali hanno tutti tempestivamente presentato la loro candidatura, addirittura il secondo giorno utile previsto dall'avviso.

Allo stesso modo, non può avere rilievo il solo fatto della parziale sovrapposizione dei termini di pubblicazione della determina n. 139/2019 e di presentazione delle domande, considerato che in realtà la detta determina faceva seguito alla precedente n. 45/2019, di cui costituiva mera integrazione, non cancellando perciò la pubblicità

fino ad allora intervenuta.

Ancora, il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore nell'affermare che il procedimento di assegnazione avrebbe dovuto seguire il criterio dell'asta pubblica, considerato che in realtà l'assegnazione delle consistenze cimiteriali non è finalizzata al guadagno, bensì al mero autofinanziamento del progetto; ciò in un contesto in cui, peraltro, lo stesso art. 92, u.c., d.P.R. n. 285 del 1990 esclude che possano essere dati in concessione spazi cimiteriali a chi si riproponga di trarne un fine lucrativo o speculativo, così in sostanza precludendo l'applicabilità alla fattispecie dei criteri dell'asta pubblica.

Peraltro trascurando tali elementi, e valorizzando la mancata previsione di criteri incentrati sul rialzo dei prezzi, il giudice di primo grado sarebbe incorso in una violazione della scelta discrezionale operata dall'amministrazione.

Anche su tale profilo correlato ai prezzi dei loculi e spazi cimiteriali dovrebbe peraltro ravvisarsi la tardività del ricorso, considerato che già con precedente delibera giuntale n. 15 del 23 gennaio 2019, non impugnata, l'amministrazione aveva prefissato i prezzi dei detti loculi e spazi.

Al contempo, alcun vantaggio o riserva era stata prevista dal Comune in favore dei residenti nello stesso Comune, essendo stata anzi prevista la possibilità di proporre domanda a mezzo di un soggetto delegato; in tale contesto lo stesso criterio di assegnazione basato sull'ordine cronologico nella presentazione delle domande dovrebbe ritenersi perfettamente legittimo.

2.1. Il motivo è fondato e va accolto solo in parte, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.1.1. Quanto alla dedotta carenza d'interesse dei ricorrenti in ragione della mancata assegnazione dei loculi e spazi, la stessa risulta *ex se* superata dall'intervenuta approvazione giusta determinazione n. 266 del 2019, in atti, della graduatoria finalizzata alla suddetta assegnazione, di talché risulta superata la deduzione comunale per cui lo stesso Comune non avrebbe stilato la graduatoria

definitiva (cfr. in tal senso la stessa determina n. 266/2019, ove si afferma che era *“necessario concludere l’iter amministrativo approvando le graduatorie formulate dall’Ufficio Cimitero”*, e in dispositivo si determina di *“approvare”* le dette due graduatorie *“determinatesi in funzione dell’Avviso Pubblico approvato con determinazione n. 139 del 04.04.2019 [...] stilate secondo l’ordine cronologico di pervenuto al protocollo generale [...]”*); siffatta determinazione, impugnata dai ricorrenti con motivi aggiunti in primo grado, ben vale a fondare il loro interesse a ricorrere, anche a mente delle disposizioni dell’avviso pubblico che prevedevano *ex se* l’assegnazione dei loculi e dei suoli cimiteriali in puntuale rispetto dell’ordine cronologico, genericamente, *“fino all’esaurimento del numero delle strutture cimiteriali previste dal progetto definitivo approvato”*.

Proprio alla luce di ciò, peraltro, lo stesso giudice di primo grado, giusta ordinanza n. 3728 del 2020, aveva disposto l’integrazione del contraddittorio nei confronti *“di tutti i soggetti collocati in posizione utile nelle impugunate graduatorie, in quanto interessati alla conservazione dei provvedimenti oggetto del presente giudizio”*.

Né rileva, in senso contrario, il fatto che non sia specificamente indicato nell’avviso il numero di loculi e spazi da assegnare, né sia stata operata una diretta assegnazione degli stessi: proprio in ragione di ciò, anzi, la posizione in graduatoria vantata risulta in sé rilevante, tanto più a fronte delle doglianze espresse dai ricorrenti in relazione all’avviso e sue previsioni circa le modalità di formazione della graduatoria (v. *amplius infra*); allo stesso modo non rileva la dedotta omessa effettuazione di analisi e verifica delle domande da parte del Comune, atteso che rimane comunque ormai ferma la circostanza dell’approvazione della graduatoria, nei termini suindicati.

Del resto, costituendo l’interesse ad agire una condizione dell’azione, lo stesso può sopraggiungere anche in corso di causa (cfr. Cons. Stato, V, 4 gennaio 2018, n. 51, richiamata anche da Id., 26 aprile 2021, n. 3373), e non v’è dubbio che nella specie lo stesso sia ben ravvisabile in capo ai ricorrenti alla luce di quanto suesposto.

2.1.2. Non è condivisibile neanche il profilo di doglianza incentrato sulla dedotta

tardività del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della determina n. 45/2019: a ben vedere, l'atto lesivo per l'interesse dei ricorrenti è costituito dall'avviso del 4 aprile 2019 effettivamente posto a base della procedura controversa, rispetto al quale la determina n. 45/2019, pure impugnata, costituisce eventualmente un atto connesso e presupposto impugnabile insieme con quello lesivo; ciò senza considerare peraltro che l'avviso posto a fondamento della procedura qui contestata è stato approvato nella specie con la (distinta) determina n. 139/2019 (che aveva "*sostitui[to] totalmente la parte del determinato*" di cui alla citata delibera n. 45/2019), pure impugnata dai ricorrenti.

Per tali ragioni, alcun profilo d'irricevibilità è ravvisabile rispetto al ricorso di primo grado e suoi motivi aggiunti.

Il che vale, evidentemente, anche per la dedotta mancata impugnazione della delibera giuntale n. 15 del 23 gennaio 2019, considerato appunto che solo con la pubblicazione dell'avviso s'è avuta la lesione all'interesse dei ricorrenti.

2.1.3. Infondata è anche la deduzione di tardività del ricorso per superamento del termine di 30 giorni di cui al combinato degli artt. 119 e 120 Cod.proc. amm., i quali non trovano applicazione in relazione alle procedure di assegnazione di beni demaniali, e in specie di concessioni di loculi e spazi cimiteriali, bensì solo - per quanto di rilievo - per quelle «*concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*», ex art. 119, comma 1, lett. a), Cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2620).

2.1.4. Del pari non condivisibili sono le doglianze inerenti ad alcuni dei profili di merito.

Sotto un primo profilo, il sol fatto che siano pervenute nella specie domande a seguito della pubblicazione dell'avviso non vale a dimostrare che la detta pubblicazione fosse avvenuta in modo adeguato e sufficientemente efficace; né ciò è provato dalla domanda presentata dai ricorrenti, in ragione della quale neppure può disconoscersi l'interesse ad agire, anche rispetto al detto profilo pubblicitario

(atteso che, appunto, gli stessi risultano collocati in graduatoria in posizioni tali da non garantire l'assegnazione dei loculi o spazi cimiteriali, e risultano aver presentato domande il secondo giorno dalla pubblicazione dell'avviso, dunque successivamente al primo momento utile di loro ammissibilità), e la legittimazione attiva, la quale deriva dal solo fatto di prospettarsi titolari della situazione giuridica fatta valere, a prescindere dalla fondatezza nel merito dell'azione.

In tale contesto, è effettivamente ravvisabile, nella specie, il *deficit* pubblicitario ravvisato dalla sentenza, atteso che l'avviso è stato pubblicato, come pacifico e affermato dalla stessa sentenza, il 4 aprile 2019, e le domande potevano essere presentate a partire dalle ore 8,00 del 10 aprile 2019, dunque a soli sei giorni dalla detta pubblicazione, *deficit* tanto più rilevante in un contesto in cui la priorità temporale nella presentazione delle domande incideva direttamente sull'assegnazione dei loculi e spazi cimiteriali, da eseguirsi “*seguendo strettamente l'ordine cronologico di pervenuto della richiesta al Protocollo Generale di questo Comune*”.

A ciò si aggiunga che la sovrapposizione del periodo di pubblicazione dell'avviso (*i.e.*, dal 4 aprile al 31 maggio 2019) rispetto a quello di presentazione delle domande (*i.e.*, dal 10 aprile al 31 maggio 2019) rendeva di fatto *ineffettivo* il detto regime di pubblicazione, sostanzialmente contraddicendo le stesse statuizioni della determina indittiva n. 139/2019, che aveva stabilito di “*Prendere atto che la pubblicazione del predetto avviso pubblico presso l'albo pretorio on-line del Comune di Qualiano e mediante manifesti da affiggere presso gli spazi pubblicitari disponibili, deve garantire un periodo temporale di pubblicazione non inferiore a trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso*”, periodo che evidentemente, per poter ritenersi utile, doveva *precedere* e non *sovrapporsi* (quasi integralmente) con quello per la presentazione delle domande.

Né l'adeguata pubblicità dell'avviso può ritenersi assicurata per effetto della pubblicazione della precedente determina n. 45/2019, atteso che, da un lato, altro e distinto era nella specie l'atto posto a fondamento dell'avviso (*i.e.*, la determina n.

139/2019, appunto), dall'altro, in ogni caso, è solo la pubblicazione dell'avviso come tale ad assolvere la funzione pubblicitaria rispetto alla procedura, non anche quella della sua presupposta determina approvativa.

2.1.5. È invece parzialmente fondato, nei termini e per le ragioni che seguono, l'ulteriore profilo di doglianza, relativo al capo di sentenza che ha ritenuto illegittimo l'avviso in ragione della mancata previsione del criterio dell'asta pubblica a rialzo sul prezzo dei loculi e spazi cimiteriali.

Occorre premettere, al riguardo, che l'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 285 del 1990, recante «*Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*» prevede che «*Il comune può concedere a privati e ad enti l'uso di aree per la costruzione di sepolture a sistema di tumulazione individuale, per famiglie e collettività*».

Dal che discende, da un lato la chiara attribuzione al Comune dei poteri e competenze in materia cimiteriale, dall'altro l'individuazione di un preciso strumento (*i.e.*, la concessione d'uso) per la realizzazione di sepolture per tumulazione.

In tale contesto, è da ritenere errato l'assunto fatto proprio dal giudice di primo grado in base al quale non potrebbe prescindere, ai fini dell'assegnazione dei loculi e spazi cimiteriali, da un regime comparativo fra i candidati incentrato sul rialzo nei valori d'assegnazione, e dunque in sostanza sul meccanismo dell'asta pubblica.

Da un lato, infatti, sono decentrati i richiami ai principi eurounitari in materia di evidenza pubblica, atteso che gli stessi, anche nella misura in cui estensibili alle fattispecie delle concessioni demaniali, riguardano la diversa ipotesi in cui si pongano questioni - di rilevanza e interesse eurounitario, appunto - afferenti alla concorrenza, e dunque al mercato (cfr. analogamente, ad es., l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 59 del 2010 di recepimento della direttiva n. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno).

Né rilevano qui, direttamente, le previsioni dell'art. 3, comma 1, r.d. n. 2440 del 1923 («*I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti*

da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto») e dell'art. 37 r.d. n. 827 del 1924 («Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli»), atteso che il relativo regime attiene specificamente al sistema della contabilità di Stato, e riguarda i cd. “contratti attivi” (cui si affiancano anche quelli passivi, nell'ambito del citato art. 37), concepiti dalla ridetta legislazione in termini diversi rispetto alle *concessioni cimiteriali* (cfr. l'art. 36 r.d. n. 827 del 1924: «Si provvede con contratti a tutte le forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti, le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato»; l'art. 3 r.d. n. 2440 del 1923 è a sua volta inserito nel titolo I, «Del patrimonio dello Stato. Dei contratti», appunto).

In tale contesto, sebbene in termini generali anche le concessioni presentino un momento regolatorio di natura negoziale (cd. “concessioni-contratto”), nel caso delle concessioni cimiteriali, ex art. 90, comma 1, d.P.R. n. 285 del 1990 prevale a ben vedere la componente di natura squisitamente *provvedimentale* (cfr. anche l'art. 92, comma 3, d.P.R. n. 285 del 1992: «Con l'atto della concessione il comune può imporre ai concessionari determinati obblighi [...]») e la fattispecie non è riconducibile nel novero dei cd. “contratti attivi” propriamente detti di cui al regime di contabilità pubblica, afferendo piuttosto all'autonoma (e peculiare) figura istitutiva del cd. “*ius sepulchri*” in capo al concessionario (cfr. Cons. Stato, I, 15 febbraio 2021, n. 194, per la definizione dello *ius sepulchri* e l'individuazione dei - perduranti - poteri riconosciuti all'amministrazione anche a seguito dell'assegnazione del bene, con speculare situazione d'interesse legittimo ravvisabile in capo al privato; analogamente, cfr. Id., 21 agosto 2022, n. 1408; V, 27 ottobre 2014, n. 5296).

Per le stesse ragioni, non è pertinente in tale contesto - correlato oltretutto alla sfera della persona e della pietà dei defunti, nel quadro del citato *ius sepulchri* - il richiamo ai principi di economicità dell'azione amministrativa nel senso d'imporre

necessariamente l'applicazione di un criterio d'assegnazione basato sul rialzo del valore d'assegnazione, tanto più che rientra appunto nella (non irragionevole) sfera discrezionale dell'amministrazione accogliere un (diverso) sistema di autofinanziamento, in cui i prezzi delle assegnazioni dei loculi e spazi sono predefiniti e conformati alla spesa preventivata dallo stesso Comune per la realizzazione delle opere, senza perciò prevedere un'asta al rialzo sul prezzo quale meccanismo d'attribuzione agli interessati.

2.1.5.1. In tale contesto, la stessa previsione di un criterio cronologico incentrato sul momento di presentazione delle domande ai fini della formulazione della graduatoria non può essere ritenuta in sé illegittima, rientrando anch'essa nella sfera dell'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, non irragionevolmente né illegittimamente o esercitato, né si tratta d'altra parte di un criterio in sé discriminatorio, il tutto in un contesto in cui peraltro il Regolamento comunale di Polizia mortuaria comunale si limita a prevedere *ex art. 28*, come pacifico fra le parti, che per *“ottenere la concessione di loculi e ossari l'interessato dovrà produrre regolare istanza al Sindaco, con l'indicazione degli estremi della sepoltura desiderata”* (cfr. peraltro, riguardo all'assegnazione secondo modalità basate sulla priorità temporale nella presentazione delle domande, Cons. Stato, V, 20 dicembre 2001, n. 6329; cfr. anche CGA, 23 dicembre 2016, n. 1314; V, 17 luglio 1991, n. 1038).

2.1.5.2. Per tali ragioni, va riformata la sentenza - con ciò che ne consegue a fini conformativi - nella parte in cui, in accoglimento del ricorso di primo grado *in parte qua*, ravvisa l'illegittimità dell'avviso laddove non prevede il criterio del pubblico incanto, e dunque dell'asta con rialzo sul prezzo di assegnazione, ai fini dell'attribuzione dei loculi e spazi cimiteriali, e considera illegittimo il previsto criterio della priorità temporale delle domande.

2.1.6. Resta fermo, invece, il profilo d'illegittimità inerente (anche) alle modalità di formalizzazione delle domande, limitato alla *“presenta[zione] esclusivamente a*

mano”, con “*tassativ*[o divieto di] *qualsiasi altra forma di trasmissione e/o presentazione [...]*”: si tratta infatti di una limitazione irragionevole, sproporzionata e in sé non giustificata né adeguatamente motivata dall’amministrazione.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni, l’appello va parzialmente accolto, nei termini suindicati, e la sentenza impugnata va conseguentemente riformata *in parte qua*, con parziale rigetto del ricorso di primo grado nei limiti suesposti.

3.1. La peculiarità della fattispecie e la natura degli interessi coinvolti giustificano l’integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, e per l’effetto, riforma parzialmente la sentenza impugnata, nei sensi di cui in motivazione, respingendo in parte il ricorso di primo grado, nei limiti di cui in motivazione;

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolò Lotti

IL SEGRETARIO