

PARERE

Mi viene richiesto di esprimere parere in merito ai contenuti della proposta di Delibera di C.C. della Città di Matelica, avente ad oggetto l'approvazione di un accordo procedimentale con soggetti privati, *ex art. 11, legge 241/90 e s.m.i.*.

In particolare, mediante la stipula dell'accordo, il Comune di Matelica si impegna ad acquistare un terreno agricolo di proprietà privata, adiacente il cimitero comunale sito in prossimità della frazione Piane, del valore stimato di €. 10.500,00 oltre IVA e a concedere ai venditori il diritto di superficie a titolo oneroso di una area cimiteriale, per la durata di 90 anni, per un valore stimato di €. 9.500,00 oltre IVA.

* * * * *

1. Gli accordi *ex art. 11, legge 241/90 e s.m.i.*

È indiscutibile che l'interesse pubblico possa essere perseguito sia instaurando accordi con i privati (art. 11 della legge 241/1990), sia esercitando i poteri autoritativi propri delle PP.AA..

Sotto la comune dizione di "accordi", sono richiamati sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio del potere provvedimentale, sia accordi con contenuto contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico.

Con la legge 15/2005 il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse.

Di talché, secondo l'opinione preferibile, non è stato affatto introdotto il principio della atipicità degli strumenti consensuali in contrapposizione a quella tipicità e nominatività dei provvedimenti, atteso che lo strumento convenzionale deve pur sempre prendere il posto di un provvedimento

autoritativo individuato fra quelli “tipici” disciplinati dalla legge: a garanzia del rispetto di tale limite, lo stesso art. 11 L. n. 241/90, prevede l’obbligo di una previa determinazione amministrativa che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell’accordo.

Peraltro, l’art. 11 della legge n. 241/90 può essere utilizzato per cumulare, in un unico atto, disposizioni relative a situazioni soggettive di natura diversa.

Gli accordi procedimentali hanno la funzione di individuare convenzionalmente il contenuto di provvedimenti da emettersi da parte della P.A., a conclusione di un procedimento preordinato all’esercizio di una pubblica funzione amministrativa, e sono imposti come momento necessario del procedimento finalizzato al rilascio del provvedimento, tanto da condizionarne l’adozione.

È del tutto pacifico il principio generale che l’amministrazione possa fare ricorso ai negozi giuridici di diritto privato, peraltro solo nell’adozione di atti di natura non autoritativa.

Essendo venuta meno la previgente riserva alla legge dei casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi, in sostituzione dei provvedimenti autoritativi, tale possibilità deve ritenersi sempre e comunque sussistente.

Nell’art. 11 della legge 241/90 il legislatore ha delineato un percorso, antepoendo logicamente il momento informale delle trattative - da sviluppare con i soggetti coinvolti a vario titolo nel procedimento - alla definizione conclusiva del testo sul quale si è raggiunta l’intesa, che contempla le clausole condivise dalle parti, la cui sottoscrizione comporta l’assunzione dell’impegno giuridicamente vincolante.

La norma presuppone, quindi, la “formazione” o “conclusione” di un “accordo” qualificabile come tale, che integri o determini il contenuto di un provvedimento finale e che solo può consentire di dar luogo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La forma scritta ad *substantiam* costituisce la regola per gli accordi endoprocedimentali, in deroga al principio codicistico della libertà di forme che caratterizza l’autonomia privata.

In definitiva, si può dunque affermare che all'ente comunale, in quanto soggetto dotato di personalità giuridica e capacità d'agire piene, anche in ambito negoziale, non sia inibito di stipulare un contratto di diritto privato avente ad oggetto l'acquisto di aree occorrenti per realizzare l'ampliamento del cimitero comunale, ben potendosi - anche in tal guisa - realizzare le finalità istituzionali cui l'ente medesimo è preposto.

2 La concessione del diritto di superficie su aree cimiteriali

Ulteriore profilo concerne la questione se l'accordo che l'ente comunale intende sottoscrivere con i soggetti privati possa prevedere, in luogo del pagamento di un corrispettivo correlato alla vendita del bene immobile, la concessione ad essi del diritto di superficie su aree cimiteriali, finalizzato alla realizzazione di una cappella funeraria.

È noto che per diritto di superficie si intende il diritto a edificare sul suolo, o al di sotto di esso, di proprietà di un altro soggetto, che può essere pubblico o privato. Il diritto di superficie è un diritto "reale" ossia su "una cosa". Tuttavia, si parla di un diritto reale parziale, per distinguerlo dalla proprietà che è il diritto reale pieno per antonomasia. Ed infatti, il diritto di superficie, come anche il diritto di servitù, l'uso, l'abitazione o l'usufrutto, garantiscono al titolare poteri limitati sul bene di proprietà altrui.

Il diritto di superficie viene costituito, dunque, sul suolo sul quale deve essere realizzata o mantenuta la costruzione e può consistere:

- nel realizzare al di sopra o al di sotto del suolo una costruzione;
- nel mantenere la proprietà di una costruzione sul suolo appartenente ad un altro soggetto una volta che l'edificazione è stata completata.

In concreto, il proprietario del suolo ha le seguenti possibilità:

- costituire il diritto di superficie, riservandosi la proprietà del suolo;
- riservarsi il diritto di superficie o la proprietà superficiaria e trasferire la proprietà del suolo;
- trasferire la proprietà del suolo a un soggetto e costituire il diritto di superficie a favore di un altro.

Ai fini qui considerati, non si tratta di concessione di loculi cimiteriali, per un periodo che, di norma, viene stabilito dal Comune in base alla disponibilità e al Regolamento comunale di Polizia Mortuaria (quando esiste).

Oggetto dell'indagine concerne, invero, la concessione del diritto di superficie su un'area cimiteriale.

Di regola, le concessioni cimiteriali sono rappresentate da:

- aree di terreno attribuite in concessione a privati per la edificazione di tombe di famiglia a terra;
- aree di terreno attribuite in concessione a privati per la costruzione di cappelle gentilizie;
- costruzioni realizzate dal Comune (o chi per esso) di loculi e tombe dati in concessione ai privati.

Orbene, anche se le aree cimiteriali sono proprietà indisponibili da parte dei Comuni, e quindi inalienabili, su queste aree può essere tuttavia affidata la concessione del diritto di superficie, per un uso temporaneo (di solito 99 anni), e giammai perpetuo, per la realizzazione di una tomba di famiglia o cappella gentilizia.

In ogni caso, si tratta di concessioni che non possono essere rivendute dal privato, ma che sono sottoposte a procedure di decadenza, allorquando il sito interessato versi in stato di incuria e/o i manufatti risultino pericolanti.

3 Sulla fattispecie indagata

Muovendo dalle considerazioni svolte, nella fattispecie si tratta dunque di chiarire se il Comune di Matelica sia legittimato a sottoscrivere l'accordo procedimentale con i soggetti privati di che trattasi.

Al riguardo, si ritiene che l'Amministrazione comunale, avendo la necessità di ampliare il cimitero comunale, ben possa perseguire l'interesse pubblico ad esso sotteso procedendo all'acquisto del terreno di proprietà privata che, pur ricadendo all'esterno dell'area cimiteriale, risulti adiacente alla stessa e, come tale, funzionale al programma di ampliamento delle aree cimiteriali.

Di talché, sulla base della perizia di stima del fondo privato, all'uopo redatta dal funzionario competente, e ritenuta congrua dall'Agenzia del Demanio, si è del parere che il Comune possa procedere all'acquisto del terreno,

attestandone l'indispensabilità e la indilazionabilità, e disporre in contropartita la costituzione del diritto di superficie, per la durata di 90 anni, su uno spazio cimiteriale, destinato alla costruzione di una edicola funeraria, da parte dei venditori del terreno.

Ed infatti, l'operazione ipotizzata dal Comune non appare preclusa, né dalla circostanza che l'accordo preveda un valore stimato della concessione di superficie inferiore a quello del terreno da acquistare, né dalla ulteriore circostanza che in tal modo, si riducano gli spazi cimiteriali disponibili alla costituzione di ulteriori diritti di superficie.

Si deve considerare peraltro che in alternativa all'Ente non rimarrebbe che l'attivazione delle procedure ablativo di esproprio, che comportano tuttavia, come noto, oltre al riconoscimento di un indennizzo/corrispettivo per l'acquisizione del bene, una tempistica per l'acquisizione del bene notevolmente superiore.

Ovviamente, l'assegnazione del diritto di superficie comporterà diritti ed obblighi del Comune, quale proprietario del suolo, e del superficiario.

In primis, il Comune non dovrà ostacolare l'esercizio del diritto del superficiario, ovvero dovrà permettere lo svolgimento dell'attività di costruzione della cappella funeraria.

Pertanto, tutte le spese relative alla costruzione saranno di competenza del superficiario e, di conseguenza, il Comune non sarà obblionato a eliminare eventuali ostacoli, come ad esempio piante ed alberi.

Ed infatti, il superficiario deve provvedere a tutte le spese necessarie per realizzare la costruzione, anche quelle – ad esempio - per l'eventuale abbattimento ed asporto di tutto ciò che si trova ancorato al suolo.

Inoltre, considerato che il diritto di superficie non è stato costituito a titolo gratuito, il superficiario sarà tenuto a pagare il corrispettivo in unica soluzione. E' evidente peraltro che l'eventuale, mancato pagamento del corrispettivo costituirà un inadempimento che potrà giustificare la risoluzione del contratto.

Resta fermo che, fino a quando il superficiario non dichiarerà di voler iniziare la costruzione, il Comune potrà servirsi liberamente del suolo. L'unico limite

Avv. Luciano Mastrovincenzo

a questo godimento per il Comune è che non deve impossibilitare od ostacolare la realizzazione della costruzione, e deve consentire in ogni momento l'inizio dell'attività edificatoria al superficiario, in conformità alle prescrizioni del Regolamento di edilizia cimiteriale.

*_*_*_*_*

Confidando di aver fornito il parere richiesto e restando a disposizione per eventuali, ulteriori chiarimenti, si porgono cordiali saluti.

Roma, 7 maggio 2021

