

**Consiglio di Stato 22 novembre 2005, sez. V, n. 6490**

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

**decisione**

sul ricorso in appello n. 10723 del 2001 proposto dal signor M. S., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Mancuso, elettivamente domiciliato in Roma, via ....., presso lo studio dell'avv. Maria Gabriella Panella;

**contro**

il COMUNE DI SANT'ARCANGELO, costituitosi in persona del Sindaco in carica, M.D.F., rappresentato e difeso dall'avv. Michele Castronuovo, elettivamente domiciliato in Roma, ....., presso l'avv. Antonio Appella;

**e nei confronti**

degli eredi legittimi del signor A.S., deceduto dopo la costituzione in giudizio, nelle persone dei signori (*omissis*) , tutti rappresentati e difesi dall'avv. Pasquale De Luca, elettivamente domiciliati in Roma, viale ....., presso lo studio dell'avv. Andrea Del Vecchio;

**per la riforma**

della sentenza n. 433 del 22.3-18.4.2001/15.5.2001, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Basilicata;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ente civico intimato e del controinteressato, signor A.S.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 54 del 7.1.2003 con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

Vista l'ordinanza n. 673 del 16.12.2003 con cui la Sezione ha disposto incumbenti istruttori;

Vista l'ordinanza n. 6846 del 16.6.2004 recante la dichiarazione di interruzione del giudizio a causa della morte sopravvenuta del signor A.S.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli eredi legittimi del defunto;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 22.3.2005, l'avv. De Luca per gli eredi di A.S. e per delega dell'avv. Castronuovo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO E DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dal signor M.S. avverso la sentenza, specificata in epigrafe, con cui il T.a.r. della Basilicata respinse il ricorso proposto dall'odierno appellante onde ottenere l'annullamento della nota del Responsabile dell'Ufficio tecnico comunale di Sant'Arcangelo, n. 2538 del 5.3.1999, recante il diniego della richiesta d'intestazione, anche in favore del suddetto ricorrente, di una concessione di area cimiteriale a suo tempo rilasciata in favore del solo A.S..

2. Nel giudizio così promosso si è costituito, per resistere all'appello, il Comune di Sant'Arcangelo, contestando tutte le deduzioni avversarie e concludendo per l'integrale reiezione del gravame.

3. Si costituì in giudizio anche il controinteressato, signor A.S., chiedendo l'integrale conferma della sentenza impugnata; a lui, deceduto nelle more della decisione, sono succeduti nel processo gli eredi legittimi, i quali hanno spiegato le conclusioni già rassegnate dal loro congiunto.

4. All'udienza del 22.3.2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è fondato nei limiti di seguito precisati.

6. Per un corretto inquadramento delle questioni devolute alla cognizione della Sezione è necessario premettere, alla successiva esposizione delle ragioni del decidere, alcuni brevi cenni in ordine ai fatti dai quali ha tratto origine la controversia.

6.1. Con deliberazione del Consiglio comunale di Sant'Arcangelo n. 29 del 30.3.1968 fu concessa in uso al signor A.S. un'area cimiteriale della superficie di mq. 20 per la costruzione di una cappella funeraria.

Il relativo contratto venne stipulato in data 11.5.1968.

6.2. Il 31.7.1969 il Sindaco rilasciò ai germani A. e R. S. la licenza edilizia per la costruzione della cappella.

6.3. In data 31.1.1987 fu protocollata dal Comune di Sant'Arcangelo, allibrata col n. 951, un'istanza - datata 29.1.1987 -, proveniente da «S.R. e fratelli» e recante la «(r)ichiesta di rettifica concessione per costruzione tomba» (tanto si legge sul registro di protocollazione, versato in copia autentica negli atti della causa).

6.4. A detta dell'appellante siffatta richiesta, non più rinvenuta dal Comune resistente e mai riscontrata, conteneva la domanda congiunta dei germani R., A. e M. S. mirante ad ottenere la rettifica dell'intestazione della suddetta concessione e, segnatamente, l'estensione soggettiva della stessa anche ai predetti R. e M. S.

6.5. Successivamente i fratelli R., A., A. e M. S., con scrittura privata del 13.11.1991, registrata a Chiaromonte il giorno 14, s'accordarono nel senso di ritenere che la concessione dell'area cimiteriale dovesse intendersi rilasciata in favore dei quattro fratelli, ancorché il titolo demaniale (art. 824, secondo comma, c.c.) fosse stato rilasciato soltanto ad A.S. e quello edilizio emesso esclusivamente nei confronti di R. ed A.S..

6.6. Infine il Comune di Sant'Arcangelo, diffidato dall'appellante, adottò la nota, prot. n. 2538 del 5.3.1999 (atto impugnato in prime cure), a firma del Responsabile dell'Ufficio tecnico, dal seguente testuale tenore: «In riferimento alla vostra richiesta in data 19 gennaio 1999, acquisita agli atti di questo Comune il 21 gennaio 1999, al prot. n. 807, si fa presente che la concessione dell'area cimiteriale al sig. S. A. è stata oggetto di regolare contratto in data 11 maggio 1968, rep. n. 17, reso esecutivo dalla Prefettura di Potenza il 5 giugno 1968 e registrato a Chiaromonte in data 26 giugno 1968, al n. 598.

Al fine dell'eventuale estensione della titolarità della suddetta concessione, avendo ad oggetto un bene demaniale, necessita esplicito assenso del concessionario titolare cosa che, allo stato, non risulta agli atti di questo Comune».

6.7. Il signor M. S. insorse tempestivamente avverso tale diniego avanti al T.a.r. della Basilicata; il ricorso venne tuttavia respinto.

6.7.1. In particolare, il primo giudice, disattesa l'eccezione sollevata dal ricorrente in ordine alla tardiva costituzione in giudizio del signor A.S., ritenne che il ricorrente non avesse alcun titolo per pretendere l'intestazione a suo nome della concessione cimiteriale controversa.

6.7.2. Il Tribunale inoltre non tenne conto né della richiesta di rettifica, asseritamente sottoscritta dai germani R., A. e M. (non essendosene reperito l'originale negli archivi comunali ed avendo il controinteressato disconosciuta in giudizio la copia prodotta dal ricorrente), né della scrittura privata da costoro successivamente sottoscritta (in quanto atto negoziale destinato a spiegare efficacia unicamente nei confronti dei paciscenti, ma inidoneo a vincolare l'amministrazione comunale).

6.7.3. Alla stregua di tali premesse, riscontrata l'assenza di una prova certa di un pregresso, esplicito ed inequivoco atto di assenso dell'unico concessionario alla rettifica domandata, il primo giudice pervenne alla conclusione che mai il Comune intimato avrebbe potuto accogliere la richiesta del ricorrente e che, pertanto, il diniego impugnato fosse stato legittimamente emanato.

7. Così sommariamente riassunti i fatti di causa, va detto che l'appello interposto dal signor M. S. avverso la decisione del T.a.r. della Basilicata si dirige innanzitutto contro il mancato riconoscimento di qualsiasi valenza probatoria alla copia fotostatica dell'istanza di rettifica, datata 29.1.1987 e sottoscritta dai fratelli R., A. e M. S., prodotta in prime cure dal ricorrente.

In dettaglio, l'appellante contesta la regolarità dell'avvenuto disconoscimento del documento.

7.1. La censura è fondata.

7.2. Ed invero, l'art. 2719 c.c. stabilisce, tra l'altro, che alle copie fotografiche di scritture vada attribuita la stessa efficacia delle autentiche, qualora la loro conformità all'originale non sia stata espressamente disconosciuta.

7.3. Le modalità di siffatto disconoscimento (che può riguardare, si noti bene, sia l'autenticità della scrittura o della sola sottoscrizione sia la conformità della copia all'originale), nel silenzio dell'art. 2719 c.c. ed in assenza di un distinto regime processuale, sono disciplinate dall'art.

214 del codice di procedura civile che recita: «Colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione».

7.4. L'avverbio «formalmente» allude alla circostanza che il disconoscimento, pur non richiedendo formule sacramentali e pur potendo provenire dal difensore (trattandosi di atto di natura meramente processuale diretto a contestare l'utilizzabilità di un documento come mezzo di prova), deve essere espresso, specifico, chiaro ed univoco. Esso costituisce inoltre un preciso onere di parte e presenta la sostanza di un'«eccezione in senso proprio» che, nel processo civile, deve essere sollevata, a pena di inammissibilità, in occasione della prima udienza o in quella immediatamente successiva alla produzione della copia.

7.5. Orbene, ancorché il rito amministrativo, a differenza di quello civile, non preveda nitide scansioni di fasi processuali, presidiate da rigorose sanzioni endoprocessuali di decadenza preclusiva dello svolgimento di talune attività difensive (come, ad esempio, quella disciplinata dall'art. 215 c.p.c.), nondimeno l'art. 23, quarto comma, della L. 6.12.1971, n. 1034 fissa un termine finale (pari a dieci giorni liberi prima dell'udienza di discussione) per il deposito delle memorie di parte.

7.6. Ad avviso del Collegio la disposizione citata segna il momento ultimo per la proposizione delle eccezioni di parte non rilevabili d'ufficio. Ed invero, mentre queste ultime possono essere formulate anche in sede di discussione (posto che con esse si mira unicamente a sollecitare una potestà ufficiosa del decidente), non altrettanto avviene per quelle la cui sollevazione integri un preciso onere processuale della parte interessata.

Una diversa interpretazione della norma priverebbe infatti l'art. 23 di qualunque valenza precettiva, dal momento che ogni altra esegesi consentirebbe agevoli elusioni delle finalità della disposizione (la cui efficacia interdittiva si ritiene superabile soltanto con l'espressa accettazione del contraddittorio dalla controparte): risulterebbe invero agevole arricchire l'oggetto della controversia riproponendo, attraverso le difese orali spiegate nell'udienza di discussione del ricorso, ogni altra eccezione "in senso proprio" non precedentemente dedotta né rilevabile d'ufficio dal giudicante.

Analoghe considerazioni portano a ritenere che il disconoscimento, qualora non tempestivamente effettuato in prime cure, sia a maggior ragione precluso in appello (in tal senso la Corte di cassazione, sez. III, 17.5.1999, n. 4791, con riferimento al rito civile).

7.7. Il T.a.r. della Basilicata non ha fatto buon governo di tale regola processuale, giacché il disconoscimento del signor S., seppure ribadito verbalmente in udienza (tanto si apprende dalla sentenza appellata), venne per la prima volta effettuato nell'«atto di intervento» (così è stato impropriamente denominato l'atto di costituzione del controinteressato evocato in giudizio) depositato presso la Segreteria lo stesso giorno della discussione (ossia il 22.3.2001).

7.7.1. Va inoltre soggiunto che, nella memoria del 22.3.2001, l'appellato non si limitò soltanto a contestare la conformità della copia dell'istanza all'originale (contestazione che integra un'eccezione ordinaria, proponibile anche in appello, in quanto liberamente valutabile dal

giudice; v. a pag. 3 della memoria citata), ma – più specificatamente – rinnegò anche la veridicità della sottoscrizione apposta (eccezione assoggettata come tale al regime di cui al combinato disposto degli artt. 215 e 345, secondo comma, c.p.c.).

7.7.2. Non rileva pertanto che il signor A.S., tramite il suo difensore, abbia comunque genericamente disconosciuto la conformità della copia fotostatica all'originale, posto che, stante quanto sopra precisato, egli avrebbe avuto l'onere di precisare esattamente in che cosa – a parte la sottoscrizione che, come si è detto, deve aversi per riconosciuta – l'istanza in questione differisse dall'originale (onere quest'ultimo mai adempiuto dall'appellato che, piuttosto, ha sempre sostenuto l'inesistenza del documento giacché non rinvenuto – anzi, più correttamente, smarrito – dal Comune di Sant'Arcangelo).

7.7.3. Al riguardo non può infatti obliterarsi che, mentre il disconoscimento della sottoscrizione preclude in radice l'utilizzabilità processuale del documento, diversamente il mero disconoscimento della conformità della copia fotostatica all'originale assolve unicamente allo scopo di impedire, siccome stabilito espressamente dall'art. 2719 c.c., l'attribuzione alla prima della stessa efficacia della seconda, ma non vieta affatto al giudicante di accertare comunque tale conformità, anche in forza di presunzioni semplici.

7.7.4. Tanto chiarito, va detto che, nella fattispecie sottoposta al giudizio del Collegio, ricorrono tutti gli elementi sufficienti a risalire dal fatto noto (ossia il riconoscimento "tacito" della sottoscrizione da parte del signor A.S.; l'accordo tra i germani S. concluso il 14.11.1991 e la corrispondenza soggettiva e contenutistica tra l'istanza depositata e la descrizione di essa annotata sul registro di protocollo comunale) a quello, ignoto, da dimostrare.

7.8. Discende dai precedenti rilievi che del disconoscimento della copia fotostatica dell'istanza prodotta dal ricorrente il giudicante non avrebbe dovuto tener conto ai fini del decidere, essendosi di converso perfezionata la fattispecie del riconoscimento tacito della sottoscrizione del documento versato in atti, regolata dal sunnominato art. 215 c.p.c..

7.8.1. Né riveste alcun interesse, ai fini del decidere sul punto in esame, la circostanza che il T.a.r., a seguito del disconoscimento proveniente dal signor A.S., abbia ritenuto di dover trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Lagonegro.

7.8.2. In proposito è infatti doveroso osservare che il primo giudice ha del tutto ommesso di chiarire quale fosse il «fatto» (concetto che, a norma del combinato disposto degli artt. 331, comma 4, e 332 c.p.p., implicitamente include anche l'individuazione del titolo di reato denunciato) in relazione al quale detta trasmissione venne disposta.

Sennonché, muovendo dal presupposto che l'art. 331, comma 4, c.p.p. impone al giudice amministrativo soltanto la denuncia di fatti astrattamente qualificabili come reati perseguibili d'ufficio, è giocoforza concludere che la segnalazione del primo giudice abbia potuto astrattamente riferirsi solo alle fattispecie previste e punite dagli artt. 374 (frode processuale) ed, al più, 469 c.p. (contraffazione dell'impronta di una pubblica amministrazione; in relazione al timbro di protocollo del Comune di Sant'Arcangelo - recante la data del 31.1.1987 ed il n. 951 - che si rinviene unicamente sulla copia della richiesta allegata al ricorso di primo grado).

Deve di converso escludersi, sul piano logico-giuridico, che la denuncia del T.a.r. possa aver investito anche il delitto di cui all'art. 485 c.p.p. (falsità in scrittura privata), notoriamente perseguibile unicamente a querela della parte legittimata (fatto salvo il caso peculiare della falsità del testamento olografo).

7.8.3. In definitiva, mancando un valido disconoscimento e non sussistendo serie ragioni giuridiche per dubitare (si noti bene, non del timbro comunale ma) della bontà della sottoscrizione apposta sull'istanza a suo tempo presentata dal signor M. S., il Tribunale avrebbe dovuto esaminare i mezzi di censura, considerando come provate le due seguenti circostanze di fatto, ovverosia:

- che effettivamente il signor R. S., insieme ad almeno due fratelli, inoltrò al Comune di Sant'Arcangelo una richiesta di rettifica, datata 29.1.1987, di una precedente «concessione per tomba», pervenuta all'ente civico il giorno 31.1.1987;
- che realmente il signor A.S. sottoscrisse, prima del 21.1.1999 (data in cui il Comune di Sant'Arcangelo ricevette l'atto di diffida del ricorrente, con allegata copia della suddetta istanza del 29.1.1987), una richiesta di modificazione, anche in favore dei germani Rocco e Mario, dell'intestazione della concessione dell'area cimiteriale contesa.

8. Spetta pertanto al giudice d'appello, investito in via devolutiva dell'intera controversia, valutare siffatte circostanze al lume dei motivi proposti con la prima impugnativa.

8.1. In questa prospettiva, ad avviso del Collegio, l'originario ricorso avrebbe meritato accoglimento nella parte in cui censurava il diniego comunale per difetto di motivazione e di istruttoria. In effetti il Comune avrebbe dovuto prendere in esame - ai fini della pronuncia sulla sussistenza, o meno, dell'esplicito consenso del signor A.S. alla rettifica della concessione a suo tempo rilasciatagli - la scrittura del 29.1.1987, acclusa alla diffida del 19.1.1999.

9. Il rilievo conduce all'annullamento del diniego impugnato in primo grado.

9.1. Onde conformarsi alla presente decisione, l'amministrazione comunale dovrà dunque rinnovare il procedimento avviato con l'istanza in discorso, tenendo conto del documento sopra menzionato e valutandone l'eventuale rilevanza quale prova, almeno con riferimento all'anno 1987, del consenso espresso dal signor A.S. alla rettifica dell'intestazione della concessione cimiteriale.

9.1.1. In caso di valutazione positiva, il Comune di Sant'Arcangelo dovrà poi determinarsi sul punto della sufficienza e della perdurante validità di quel consenso, alla luce del comportamento, anche processuale, successivamente tenuto dall'appellato.

9.1.2. Infine, qualora risolta positivamente anche questa seconda questione, l'ente civico intimato dovrà valutare la posizione degli eredi del signor A.S., naturali controinteressati al procedimento di rettifica, con particolare riguardo sia alla trasmissibilità soggettiva dei diritti scaturenti dalla concessione cimiteriale sia alla natura degli effetti spiegati nei loro confronti da un assenso, pur formulato dal loro dante causa e tuttavia non recepito in alcun atto conforme dell'amministrazione concedente.

9.1.3. Da ultimo giova precisare che il potere amministrativo discrezionale, esercitato in rinnovazione a seguito di un annullamento giurisdizionale, lungi dall'essere inesauribile, si consuma definitivamente con l'adozione del secondo provvedimento.

9.2. Al di là di tali indicazioni conformative, non è consentito al Collegio alcun altro tipo d'intervento, posto che le scelte amministrative in ordine alla gestione delle concessioni di beni pubblici, provvedimenti tipicamente connotati da un'intensa discrezionalità, consentono unicamente un sindacato giurisdizionale di sola legittimità (ancorché "pieno" ed "esclusivo").

10. Le altre censure contenute nel primo e nel secondo mezzo di gravame sono invece infondate.

10.1. Condivisibilmente il T.a.r. della Basilicata ha ritenuto che dalla difforme intestazione dei due assenti (rispettivamente, quello relativo all'area cimiteriale rilasciato al solo A.S. e quello edilizio, di cui risulta licenziatario anche Rocco), non potesse trarsi alcun convincente elemento di prova a favore delle tesi patrocinata dal ricorrente (nel senso della contitolarità tra i fratelli S. della concessione demaniale), dal momento che la discrasia appare plausibilmente spiegabile nei termini suggeriti dal Tribunale (il quale ha addotto, quale causa giustificativa della diversa intestazione, la probabile negligenza comunale nel verificare i presupposti di legittimazione soggettiva in capo al signor R. S.). D'altronde, non può obliterarsi che la stessa amministrazione smarri anche l'istanza protocollata il 31.1.1987 ed indubbiamente le due circostanze sono un chiaro indizio di deficienze organizzative.

10.2. Correttamente inoltre il primo giudice ha negato valenza decisiva alla scrittura del 13.11.1991.

In effetti, nella premessa di tale accordo (avente, ad oggetto principale, la regolamentazione dell'uso della cappella familiare), concluso tra i germani A., R., M. ed A., si precisa che «l'area della (t)omba fu erroneamente intestata» all'ultimo dei fratelli.

Tuttavia siffatto preambolo, ancorché sfavorevole ad Antonio e vantaggioso per la posizione di Mario, può unicamente assimilarsi ad una "clausola negoziale d'accertamento", priva di qualunque valenza confessoria stragiudiziale (siccome preteso invece dall'appellante); l'oggetto dell'accordo investiva infatti l'interesse legittimo all'intestazione di una concessione, ovvero una situazione soggettiva assolutamente indisponibile dai privati - v. gli artt. 2733, secondo comma, e 2735 c.c. - in assenza di un conforme provvedimento della pubblica amministrazione precedente, titolare del potere dominicale sul bene demaniale controverso.

La clausola, quindi, pur obbligando gli stipulanti, era sicuramente inidonea a vincolare in alcun modo l'amministrazione civica di Sant'Arcangelo, la cui azione in materia, unilaterale e ampiamente discrezionale, è compiutamente disciplinata dal locale regolamento di polizia mortuaria e dalle altre previsioni dell'ordinamento settoriale.

10.3. Priva di pregio si rivela altresì la doglianza relativa alla pretesa invalidità della "verificazione" compiuta dal Comune, su incarico del Tribunale, finalizzata a stabilire se la richiesta di rettifica fosse, o meno, pervenuta all'amministrazione.

La censura poggia su un erroneo presupposto, atteso che, con la sentenza interlocutoria n. 265 del 23.2.2000/3.5.2000, il T.a.r. ordinò al Comune resistente la produzione di ulteriore documentazione e di una relazione di chiarimenti e non anche una "verificazione"; non è pertinente, quindi, l'invocazione dell'art. 26, terzo comma, del R.D. n. 642/1907, che l'appellante assume violato.

10.4. E' poi inammissibile, per contrarietà all'art. 345 c.p.c., la nuova domanda di risarcimento dei danni, formulata dal signor M S., per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c., in quanto proposta per la prima volta in appello.

11. In conclusione, l'impugnazione va accolta nei sensi sopra precisati e, per l'effetto, la sentenza appellata va riformata negli stessi limiti, con conseguenziale accoglimento del ricorso di primo grado.

12. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese del doppio giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di I grado nei sensi precisati in motivazione.

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

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.