

Attualità

Modifiche al project financing e cambi di procedure sui progetti per sepolture (nuovo t.u. sull'edilizia)

di Sereno Scolaro

1. PREMESSA

La presente comunicazione concerne sostanzialmente due temi che hanno la propria base in fonti diverse, ma influenze che riverberano sul settore cimiteriale, inducendo elementi di valutazione in parte nuovi, in parte pre-esistenti, ma tuttavia da affrontare con metodiche diverse.

Il Regolamento di Polizia Mortuaria attualmente vigente è, notoriamente, il d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, che presenta una caratteristica, per alcuni aspetti comune anche ai suoi "antecedenti" (d.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 e R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880), consistente nel fatto che la sua emanazione subisce dei ritardi rispetto all'entrata in vigore di altre norme, spesso di rango superiore, così che non poche delle sue disposizioni risultano non compatibili con altre, precedentemente vigenti, ponendo non poche questioni di carattere applicativo.

La tara della post-maturità dei Regolamenti di Polizia Mortuaria.

L'elemento in cui, con maggiore evidenza, si coglie questa *post-maturità* è quello che riguarda le funzioni ed i compiti dei comuni, in quanto il d.P.R. 285/1990 è stato redatto nell'ottica delle competenze stabilite dagli organi comunali quali sussistenti nei TULCP, testi venuti meno con l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142⁽¹⁾, che non solo ha mutato profondamente l'assetto delle competenze dei diversi organi di governo, ma ha, in più, introdotte competenze in capo ad organi burocratici, con una linea di separazione netta e, per alcuni versi, esclusiva.

Queste diverse "velocità" delle fonti normative, nonché altri mutamenti normativi in settori "collaterali" ed in ogni caso pertinenti alla materia della po-

lizia mortuaria, come il D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e succ. modif., che è intervenuto a dare una diversa natura a quelle che, oggi, sono le ASL, per fare solo uno degli esempi possibili che inducevano l'esigenza di un intervento⁽²⁾, hanno posto non pochi problemi, tanto da indurre le autorità governative ad avviare un processo di revisione delle norme regolamentari.

2. LE OPERE CIMITERIALI

Nel contesto del Regolamento di Polizia Mortuaria alcune disposizioni sono dettate in materia di costruzione dei cimiteri e delle relative disposizioni tecniche e, precisamente, al Capo X.

Si pensi, ad esempio, all'art. 55 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 il quale, con riguardo ai progetti di ampliamento oppure di costruzione di nuovi cimiteri, prevede alcune caratteristiche progettuali, concludendo con due previsioni del tutto particolari per tali progetti:

- a) devono essere deliberati dal consiglio comunale,
- b) sono approvati a norma delle leggi sanitarie.

Ora, la competenza di cui alla lettera a) era venuta meno con l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142, in vigore dal 13 giugno⁽³⁾, cioè prima dell'emanazione del Regolamento di Polizia Mortuaria, previsione che costituisce un altro dei segnali di quella *post-maturità* a cui si è fatto riferimento. Tra l'altro, sulle competenze in materia di approvazione dei progetti di opere pubbliche non va dimenticata la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. *legge Merloni*, arrivata alla versione *quater* ...).

2 - E, volutamente, si evita il riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 174 dell'8 - 22 aprile 1991.

3 - Oggi, abrogata e "confluita" nel T.U. di cui al D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif.

1 - Che è stata a sua volta abrogata, come in nota successiva.

La seconda sembrerebbe affermare una specialità delle fonti normative sanitarie in materia di approvazione dei progetti, anche se rimane assolutamente nel vago, salvo che essa non debba essere riferita alle caratteristiche tecnico-costruttive definite dallo stesso Regolamento di Polizia Mortuaria, ma queste ultime riguardano aspetti che sono del tutto estranei alla procedura di approvazione dei progetti di ampliamento o di costruzione dei cimiteri. Al più essa può riguardare l'espressione di un parere sul progetto da parte degli organi delle ASL intese a verificare la coerenza del progetto con le disposizioni tecniche da osservare, parere da individuarsi quale avente i caratteri dell'obbligatorietà e della vincolatività ⁽⁴⁾.

3. IL PROJECT FINANCING

Il *project financing*, o finanza di progetto, costituisce uno strumento per la realizzazione anche di opere pubbliche, ricorrendo a finanziamenti di soggetti diversi dall'amministrazione pubblica titolare dell'opera, in genere di soggetti privati.

I riferimenti normativi cui si deve tenere presente sono principalmente dati dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 "Legge quadro in materia di lavori pubblici" e sue successive modificazioni e, in particolare, quelle apportate dall'art. 11 ⁽⁵⁾ legge 18 novembre 1998, n. 415 ⁽⁶⁾, unitamente al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 "Regolamento di attuazione alla legge quadro in materia di lavori pubblici" ⁽⁷⁾.

4 - Va, a questo proposito, precisato che la vincolatività ha riguardo all'accertamento della coerenza tra le previsioni progettuali e le disposizioni tecniche poste dal d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, ma scema nel caso in cui il parere rappresenti valutazioni soggettive incoerenti o diverse dalle anzidette disposizioni tecniche.

5 - Con l'ottimistica rubricazione di "Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione".

6 - Nonché dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388.

7 - Non vanno dimenticate, per altro, altre fonti.

Tra la legislazione comunitaria, si ricordano:

Direttiva n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 "Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi" (e succ. modif.), recepita con il D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 "Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di servizi pubblici" (e succ. modif.).

Direttiva n. 93/36/CEE del 14 giugno 1993 "Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture" (e succ. modif.). Sotto il profilo della normativa nazionale andrebbe anche ricordato il T.U. delle disposizioni in materia di pubbliche forniture, approvato con D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 che ha unificato le precedenti disposizioni (L. 30 marzo 1981, n. 113 "Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alle

In particolare, quest'ultima fonte prevedeva che i promotori potessero presentare entro il 30 giugno proposte per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, che per altro fossero già previsti nella relativa programmazione triennale o, comunque, negli strumenti di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice sulla base di

prescrizioni di cui alla direttiva n. 77/62/CEE del 21 dicembre 1976", quale modificata con L. 26 dicembre 1981, n. 784 e con L. 23 marzo 1983, n. 83; D. Lgs. 15 gennaio 1992, n. 48, di recepimento della direttiva n. 88/295/CEE del 22 marzo 1988). Direttiva n. 93/37/CEE del 14 giugno 1993 "Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori" (e succ. modif.)

Direttiva n. 93/38/CEE del 14 giugno 1993 "Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni" (e succ. modif.), recepita con il D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 "Attuazione delle direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi" (e succ. modif.).

Comunicazione della Commissione UE n. 2000/C 121/02 "Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario" (in GUCE 29/4/2000)

Tra le norme nazionali, si ricordano:

Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 "Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni"

Decreto Ministeriale 19 aprile 2000, n. 145 "Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109"

Decreto Ministeriale 21 giugno 2000, n. 5374 "Modalità e schemi tipo per la redazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuale e dell'elenco annuale dei lavori ai sensi dell'art. 14, comma 11, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni".

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" (e succ. modif.), in relazione al titolo V della parte prima (artt. da 112 a 123, recentemente modificati dall'art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448).

Tra le norme ed atti amministrativi, si ricordano:

Atto di determinazione n. 8 del 17 febbraio 2000 "Quesiti relativi alla natura dei termini indicati negli art. 37.ter e 37. quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni" (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici)..

Atto di determinazione n. 12 del 7 marzo 2000 "Concessione di lavori pubblici e attività di progettazione. Art. 19, comma 1 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni" (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici).

Atto di regolazione n. 34 del 18 luglio 2000 "Project financing - Piano economico finanziario" (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici).

Atto di regolazione n. 51 del 26 ottobre 2000 "Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel project financing" (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici).

Atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001 "Appalti di forniture e appalti di lavori".

Risoluzione del Ministero delle Finanze 31 ottobre 2000, n. 161 "Aliquota IVA applicabile al contributo di cui all'art. 19, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109".

contratti di concessione, da realizzarsi con risorse a carico dei promotori, totalmente o parzialmente.

I promotori.

Possono assumere la veste di promotore i soggetti ammissibili alle procedure di affidamento di lavori pubblici (imprese individuali, società commerciali, società cooperative, consorzi tra cooperative di produzione e lavoro, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili tra le imprese precedenti, associazioni temporanee d'impresa, consorzi tra imprese, GEIE⁽⁸⁾), mentre sono esclusi i soggetti che si trovino, tra loro, in una delle situazioni di controllo stabilite dal C. C.⁽⁹⁾, nonché le società di ingegneria, costituite in società di capitali⁽¹⁰⁾, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzione dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale.

I promotori possono anche essere associati o consorziati con enti finanziatori o con gestori di servizi.

Le proposte.

Le proposte di realizzazione di tali opere devono avere uno studio di inquadramento territoriale ed ambientale, uno studio di fattibilità un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico e finanziario⁽¹¹⁾, una specificazione del servizio e delle modalità di gestione, i criteri di aggiudicazione a licitazione privata previsti per le concessioni, nonché le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, le proposte devono indicare le spese complessive sostenute per la loro predisposizione, importo che deve permanere all'interno del tetto del 2,5 % dell'investimento, quale desumibile dal piano economico finanziario.

La valutazione della proposta.

Se il termine di presentazione delle proposte è fissato entro il 30 giugno, entro il 31 ottobre le amministrazioni aggiudicatrici devono valutarne la fattibilità e la qualità, secondo diversi parametri, ma anche in relazione al rendimento, al costo di gestione e manutenzione, alla durata della concessione, ai tempi di realizzazione, alle tariffe in relazione alla loro misura e metodologia di aggiornamento, al valore economico e finanziario del piano, alla bozza di convenzione, all'assenza di elementi ostativi alla realizzazione, eventualmente con la comparazione se vi siano più proposte, individuando quelle che le stesse amministrazioni aggiudicatrici ritengono di pubblico interesse.

8 - Soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico.

9 - Cfr.: art. 2359 C.C.

10 - E non di società di persone.

11 - Asseverato da un istituto di credito.

Effettuata la valutazione delle proposte, entro il 31 dicembre va provveduto all'indizione della gara⁽¹²⁾, pur se è ammessa l'aggiudicazione con procedura negoziata per la concessione concernente la proposta individuata come di pubblico interesse. Va ricordato che la concessione di lavori pubblici (art. 19, comma 2 legge 11 febbraio 1994, n. 109) ha come proprio oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, nonché la loro gestione, che ha come corrispettivo il diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente i lavori realizzati, con l'avvertenza che se per la gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, l'amministrazione concedente assicura l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara, nel limite massimo del 50 % del totale dell'importo dei lavori. La concessione non può comunque superare i 30 anni⁽¹³⁾, termine che con la legge 1° agosto 2002, n. 166 può essere superato, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo a fronte di prezzi o tariffe amministrati, controllate o predeterminate, nonché dei rischi ... connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. Sempre con la stessa legge è stata introdotta la possibilità di affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, purché con la condizione che resti al concessionario il rischio economico-finanziario della gestione dell'opera.

Successivamente all'indizione della gara, va proceduto ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata tra il promotore ed i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara (e, nel caso in cui ad essa abbia partecipato un unico offerente, la procedura negoziata ha corso tra il promotore e l'unico offerente).

Nel caso non vi siano altre offerte, la proposta del promotore è per lui vincolante e garantita da cauzioni.

Nell'eventualità che il promotore non risulti aggiudicatario a seguito della procedura negoziata nei

12 - Da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

13 - Con l'art. 7, comma 7, lettera l) legge 1° agosto 2002, n. 166 è stata introdotta la previsione che questo prezzo possa essere costituito dalla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella piena disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice, od espropriati a questo scopo, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera oggetto della concessione, ma anche beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, a date condizioni.

termini prestabiliti, ha titolo al pagamento dell'importo delle spese di progettazione, che fa carico all'aggiudicatario, ma viene corrisposto dall'amministrazione aggiudicatrice prelevandone la somma dalla cauzione depositata dall'aggiudicatario.

Al contrario, quando risulti aggiudicatario il promotore, è corrisposta analoga somma ai soggetti partecipanti alla procedura negoziata, con la ripartizione del 60 % alla migliore offerta e del 40 % alla seconda migliore offerta.

Chi sia aggiudicatario della concessione deve appaltare a terzi una percentuale dei lavori, quanto meno nella quota minima del 30 % dell'importo dei lavori.

Le modifiche apportate con la legge 1° agosto 2002, n. 166 "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti".

Fin qui le procedure e modalità precedenti alla legge 1° agosto 2002, n. 166 (e con l'avvertenza che quando – in precedenza – se ne è fatto cenno, le modificazioni apportate da quest'ultima sono state evidenziate mediante sottolineatura), in quanto con essa sono state apportate modificazioni sostanziali.

Il termine del 30 giugno di ciascun anno per la presentazione delle proposte, formalmente sembra permanere, ma di fatto viene meno consentendosi che le proposte possano essere presentate entro il 31 dicembre, *se non siano state presentate per il medesimo intervento entro il primo termine (che rimane, formalmente, con una sorta di "riapertura dei termini")*.

L'asseverazione da parte degli istituti di credito sul piano economico-finanziario viene estesa ad altri operatori finanziari ed a società di revisione.

Di particolare interesse, appare la legittimazione di soggetti diversi dall'amministrazione a proporre fin dalla fase della formazione del programma triennale delle opere pubbliche la realizzazione di opere pubbliche, di pubblica utilità o studi di fattibilità, anche se queste proposte d'intervento non determinano alcun obbligo di esame e valutazione da parte delle amministrazioni stesse. Tuttavia, se tali proposte d'intervento vengono adottate, non si determina alcun diritto in capo al proponente a compensi per prestazioni compiute, né alla realizzazione degli interventi proposti.

Dato che il termine per la presentazione delle proposte del 30 giugno di ciascun anno è, nei fatti, rimasto in termini meramente formali, la loro pubblicità viene realizzata con modalità diverse, cioè entro un termine (20 giorni dalla redazione dei pro-

grammi d'intervento) mediante l'affissione⁽¹⁴⁾ e la pubblicazione dell'avviso relativo nel sito web individuato dal Ministero delle infrastrutture e sul sito web dell'amministrazione, se istituito, nonché con la trasmissione all'Osservatorio dei lavori pubblici. In ogni caso resta salva la facoltà delle amministrazioni di ricorrere a forme di pubblicità integrative ed aggiuntive a quelle precedenti da considerare come obbligatorie ed inderogabili.

Per lo stesso motivo, i termini per la valutazione delle proposte decorrono dal ricevimento delle stesse, che dopo la fase strettamente iniziale⁽¹⁵⁾, deve intervenire entro 4 mesi dal ricevimento della proposta, anche se può essere concordato, per iscritto, un termine maggiore per l'esame e valutazione.

In sede di procedura negoziata con altri soggetti, il promotore ha la possibilità di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione, superando le precedenti caratteristiche di vincolatività della proposta originaria.

Coerentemente con gli interventi sui termini, la valutazione del pubblico interesse, ha luogo entro 3 mesi dalla pronuncia sull'ammissibilità della proposta d'intervento formulata.

In relazione alle procedure di aggiudicazione, oltre a quelle originariamente previste dalla legge 1 febbraio 1994, n. 109 e succ. modif. viene introdotta la possibilità di ricorrere alla procedura dell'appalto-concorso.

Alcune delle norme sul *project financing* erano già abbastanza di difficile applicazione all'ambito delle opere cimiteriali, cosa che, probabilmente, continuerà ad aversi se si pensa, a mero titolo di esempio, alla questione della durata delle concessioni di opere pubbliche, specie nelle situazioni in cui si abbia affidamento dei servizi a mente dell'art. 113.bis TU delle leggi sull'ordinamento degli enti locali⁽¹⁶⁾. È ben vero che l'art. 113.bis, a differenza dell'art. 113⁽¹⁷⁾, non pone in termini preclusivi una durata determinata degli affidamenti, ma sembra poco realistico pensare che i termini degli affidamenti di cui all'art. 113.bis eccedano, magari anche di molto, quelli dell'art. 113.

14 - Per almeno 60 giorni consecutivi.

15 - Entro 15 giorni per quanto riguarda la nomina del responsabile del procedimento (e sua comunicazione al promotore) e per la verifica della completezza dei documenti o per l'eventuale richiesta di integrazione.

16 - D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, quale, in ciò, modificato dall'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448.

17 - Con cui si può arrivare, in estremo, a 9 anni, mentre le concessioni di opere pubbliche possono stipularsi fino ad una durata di 30 anni e, oggi, anche oltre i 30 anni.

In ogni caso, nelle situazioni di affidamento dei servizi a termini dell'art. 113.bis dovrebbe verificarsi la congruità tra il periodo di affidamento residuo e la durata della concessione di opera pubblica, essendo non proponibile che il soggetto affidatario ponga in essere rapporti giuridici destinati a produrre effetti anche in un momento successivo all'affidamento in essere, con ciò limitando fortemente la possibilità di ricorso al *project financing* da parte dei soggetti affidatari. Del resto, il problema non è nuovo, in quanto riguarda comunque tutti i rapporti giuridici destinati a produrre effetti oltre la durata dell'affidamento in essere.

La questione, in termini rovesciati, si pone anche in caso in cui il ricorso al *project financing* avvenga a cura del comune, dato che con ciò si vengono a porre in essere concessioni che influenzano ogni possibile futuro affidamento del servizio ai sensi dell'art. 113.bis, così che la loro sussistenza è destinata ad influire in modo del tutto rilevante su tali futuri affidamenti.

E non senza considerare come le disposizioni dell'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448 possano essere interessate a modifiche, a seguito della messa in mora da parte della Commissione dell'Unione europea, cosa che potrebbe avvenire con la c.d. Legge Finanziaria per il 2003, come risulta dai lavori parlamentari.

4. IL TESTO UNICO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE E REGOLAMENTARI IN MATERIA EDILIZIA

Con il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 è stato adottato il testo unico delle norme in materia edilizia, che doveva entrare in vigore il 1° gennaio 2002, anche se sia stato rinviato e, da ultimo, con l'art. 2 D.L. 20 giugno 2002, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 1° agosto 2002, n. 185 il termine per la sua entrata in vigore è stato differito al 1° gennaio 2003.

Rinvio sull'entrata in vigore a parte, il T.U., redatto con la tecnica dei testi B (disposizioni di legge), C) (disposizioni regolamentari) e A (disposizioni legislative e regolamentari) ⁽¹⁸⁾, come prima cosa andrebbe affrontata la questione degli effetti che ne conseguono sotto il profilo delle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione ⁽¹⁹⁾.

Ciò riguarda, ad esempio, le disposizioni aventi natura regolamentare che potrebbero considerarsi tuttora di competenza dello Stato unicamente per le materie che rientrano nella competenza legislativa esclusiva di questo livello di governo, non dimenticando che il *governo del territorio*, espressione non omogenea con *l'urbanistica* ⁽²⁰⁾ e più ampia, rientri nella potestà legislativa regionale concorrente, con la conseguenza che anche la potestà regolamentare risulta esclusivamente regionale.

In altre parole, le modifiche alla Costituzione non determinano solo l'esigenza di un rinvio dell'entrata in vigore del T.U., ma determinano effetti di ben più ampia portata, anche se l'art. 1 del T.U. afferma che esso contenga i principi fondamentali e generali (pur se, accanto a questi, individua quale proprio "oggetto" anche le disposizioni per la disciplina dell'attività edilizia, che hanno ben altra portata e, di norma, non possono essere qualificate in termini di "principi fondamentali").

Ma i "principi fondamentali" sono destinati a divenire i binari all'interno dei quali si svolge la potestà legislativa regionale concorrente e la, conseguente, potestà regolamentare regionale esclusiva.

Tra l'altro, considerazioni in parte analoghe andrebbero fatte attorno all'art. 1, comma 3 T.U., che salvaguarda le disposizioni degli artt. 24 e 25 D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, sulla cui vigenza, dopo l'entrata in vigore della L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, è lecito un qualche ripensamento, dal momento che ai comuni sono riconosciute funzioni proprie (artt. 114, 118 e 119 Cost.), che comprendono un'ampia potestà regolamentare, di cui il D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, emanato in attuazione della L. 15 marzo 1997, n. 59, all'interno di un assetto costituzionale tra i differenti livelli di governo del tutto diverso rispetto a quello attualmente vigente, non può non tenere conto ⁽²¹⁾.

Anche l'art. 2 T.U. andrebbe ripensato alla luce delle modifiche alla Costituzione, sia per quanto ha riguardo alle regioni, sia per quanto riguarda i comuni.

Senza approfondire oltre sugli aspetti di costituzionalità che attengono al nuovo assetto delle potestà tra i diversi livelli di governo, limitandoci qui a segnalare l'assenza di una gerarchia tra i diversi livelli.

20 - Prevista dal previgente testo dell'art. 117 Cost. come materia propria della legislazione regionale concorrente.

21 - Ci si potrebbe fino a spingere ad affermare che i conferimenti di funzioni e compiti amministrativi previsti, sia dalla legge 15 marzo 1997, n. 59 sia dal D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che non siano stati realizzati all'8 novembre 2001, non possano più avvenire, essendone venuta meno l'applicabilità della fonte normativa che li disponeva.

18 - Per ragioni di semplificazione, si fa riferimento unicamente al testo A) i cui estremi sono indicati nel testo.

19 - L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in vigore dall'8 novembre 2001.

li di governo e la presenza, oggi, di nuovi soggetti (ad esempio: le città metropolitane o le province, per altro "assenti" dal T.U. per altre motivazioni) che hanno natura di livelli di governo, per quanto più direttamente può interessare in questa sede, ci si limita a segnalare alcuni aspetti.

(1) Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni.

Le disposizioni del T.U. non si applicano

(a) per le opere ed interventi pubblici che importino l'azione integrate e coordinata di più amministrazioni pubbliche nel contesto di accordi di programma tra amministrazioni comunali, provinciali e statali od altri soggetti pubblici, ma anche

(b) per le opere pubbliche da eseguirsi da amministrazioni statali o su beni del demanio dello Stato⁽²²⁾, oppure

(c) per le opere pubbliche deliberate dagli organi di governo dei comuni, validate in conformità al Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici⁽²³⁾.

(2) Interventi edilizi su aree demaniali realizzati da privati.

L'attività edilizia da parte di privati su aree demaniali, indipendentemente dal soggetto titolare della demanialità, sono pienamente soggette alle norme del T.U., che, per altro, non costituisce una disposizione innovativa, riproducendo l'analoga disposizione dell'art. 31, comma 3 legge 17 agosto 1942, n. 1150.

Nell'ambito delle opere e costruzioni cimiteriali la fattispecie è presente, in qualche modo "fisiologicamente", se si considera che l'art. 90, comma 1 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 preveda esattamente questo: la concessione di aree a soggetti diversi dal comune (privati ed enti) con la finalità della costruzione di sepolture a tumulazione.

In molti casi, seppure non previsto dal d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, né, precedentemente, dai diversi Regolamenti di Polizia Mortuaria succeduti dall'Unità d'Italia, si hanno anche interventi edilizi posti in essere direttamente dai comuni, cioè direttamente dal soggetto titolare della demanialità

sull'area⁽²⁴⁾, volti a mettere a disposizione dei richiedenti sepolture a tumulazione.

In genere, in questa seconda fattispecie⁽²⁵⁾ molto spesso ci si trova di fronte a vere e proprie opere pubbliche realizzate dai comuni, con caratteristiche che porterebbero a dovere tenere conto dell'art. 7, comma 1, lettera c) del T.U.

Nell'eventualità che il comune eserciti il servizio cimiteriale mediante affidamento ad un'azienda nelle forme di cui al titolo V della parte prima del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la prospettiva può cambiare in relazione alla natura dell'affidamento ed alle "regole" del contratto di servizio, potendosi avere:

- la realizzazione di un'opera pubblica da parte del comune, o

- la realizzazione da parte dell'affidatario di un intervento edilizio su area demaniale.

Nella seconda ipotesi, ci si trova nella situazione del tutto analoga a quella prevista come "fisiologica" dall'art. 90, comma 1 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, almeno per gli aspetti che si stanno qui affrontando.

Per quanto riguarda la costruzione di sepolture a tumulazione, ma il discorso è in parte estensibile anche all'ipotesi dell'art. 90, comma 2 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, anche se, qui, presumibilmente l'impatto edilizio appare più tenuto e spesso limitato alla sola dotazione dell'ossario, sulle aree avute in concessione sono necessari alcuni approfondimenti.

Quando si tratti di costruzione di edifici a destinazione funebre, pensiamo alle classiche cappelle gentilizie, occorre valutare se ci si trovi di fronte ad *interventi di nuova costruzione* (il discorso diventa estensibile, con gli opportuni adattamenti, agli altri interventi edilizi di cui all'art. 3 T.U.), nel senso di interventi volti alla trasformazione edilizia e urbanistica del territorio, in cui rientrano la costruzione di manufatti edilizi sia fuori terra che ipogei, ma *non* rientrano gli interventi di urbanizzazione primaria e secondaria, la realizzazione di infrastrutture ed impianti, anche per pubblici servizi, volti alla trasformazione permanente del suolo inedificato. L'installazione di supporti o di manufatti c.d. legge-

24 - Cfr.: Art. 824, comma 2, C.C.

25 - Da considerare eccezionale sotto il profilo normativo, in quanto non prevista, ma di larga diffusione. Si ricorda che i comuni hanno l'obbligo di disporre dei cimiteri e di determinati impianti necroscopico-cimiteriali (depositari di osservazione ed obitorio in ambito comunale, camera mortuaria ed altri servizi ed impianti in ambito cimiteriale), cimiteri di cui almeno uno a sistema di inumazione e di assicurare che i campi destinati ad inumazione rispondano ai requisiti dimensionali determinati dall'art. 58 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, che costituisce il "fabbisogno" inderogabile.

22 - Oppure, anche di interesse dello Stato (e non genericamente delle amministrazioni pubbliche o di altri livelli di governo), quando siano realizzate da enti che ne abbiano la competenza istituzionale oppure da concessionari di servizi pubblici (e, nel contesto, si sottolinea il limite che debba trattarsi di servizi pubblici dello Stato o comunque di opere che si debbano realizzare su beni del demanio dello Stato).

23 - Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

ri o pertinenziali, la realizzazione di depositi di merci o di materiali ⁽²⁶⁾; la realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto che implicino una trasformazione permanente del suolo inedificato.

Se la costruzione di edifici a destinazione funebre comporta l'erezione di un manufatto edilizio, quali ne siano le caratteristiche, per altro va osservato come manchi una trasformazione edilizia e urbanistica del territorio, essendo questa già avvenuta con l'impianto del cimitero al cui interno avviene la costruzione del manufatto edilizio.

In altri termini, la costruzione è la realizzazione, materiale, di una trasformazione del territorio permanente già avvenuta con la realizzazione del cimitero, trattandosi di opere che vengono realizzate, seppure da privati, all'interno di un'area che, eccedente il fabbisogno ordinario di sepolture ⁽²⁷⁾, è già destinata dal piano regolatore cimiteriale alla costruzione di questi specifici manufatti edilizi, la cui costruzione altro non costituisce se non la realizzazione di una trasformazione del territorio già precedentemente avvenuta, così che può essere qualificata come un'attuazione di tale destinazione del territorio.

Attuazione che, oltretutto, si realizza all'interno di un ambito ben determinato (il recinto cimiteriale) e determinato proprio in relazione a questa finalità ed esercitato nelle aree per le quali già la programmazione fatta dal piano regolatore cimiteriale ⁽²⁸⁾ destina a queste costruzioni.

Se ne ricava la conclusione per la quale la costruzione di sepolture a tumulazione sulle aree cimiteriali oggetto di specifica, e finalizzata, concessione difficilmente può essere qualificata quale in intervento edilizio, almeno secondo la definizione data dall'art. 3, comma 1, lettera e) T.U.

Ciò potrebbe avere effetti sull'esigenza del c.d. *permesso di costruire* ⁽²⁹⁾, potendosi valutare l'ipotesi che esso sia "implicito" nell'atto di concessione, specie considerando che l'atto di concessione dell'area ha esattamente questa finalità, cui se ne aggiunge, a costruzione ultimata, quella relativa all'uso in quanto riservata a persone determinate o determinabili ⁽³⁰⁾.

La concessione dell'area, infatti, non viene effettuata astrattamente, ma con l'espressa finalità della co-

struzione di un manufatto ad esclusiva funzione cimiteriale, anche quando abbia pertinenze ad altra elezione (ad esempio: cappelle per riti religiosi, che in ogni caso sono strettamente connesse con la funzione sepolcrale), così che essa "ricomprende" il titolo a costruire il manufatto.

Anche a voler accedere all'interpretazione per la quale sia necessario il permesso di costruire, appare del tutto pacifico che il titolo per richiederlo sia individuabile nell'atto di concessione dell'area.

Per altro, si ritiene che data la finalità esclusiva ⁽³¹⁾ dell'atto di concessione, la sua natura attuativa di una programmazione, prima generale poi particolare (piano regolatore cimiteriale), porti a ritenere che il permesso di costruire non sia necessario o, almeno, che non sia necessario nel contesto della normativa del T.U.

Si potrà valutare se i progetti di costruzione debbano essere soggetti a forme di verifica preventiva, comunque denominati (e.g.: approvazione, denuncia di inizio attività, ecc.), cosa che potrebbe anche essere ritenuta opportuna sotto diversi profili, come la realizzazione di costruzioni aventi caratteri consoni alla funzione, coerenze estetiche, altezze o volumetrie omogenee nel contesto, o di altri aspetti. Tuttavia, la rispondenza a questi ipotetici parametri potrebbe essere individuata anche in strumenti diversi dai regolamenti edilizi comunali, proprio per il fatto della carenza degli elementi di qualificazione della costruzione quale intervento edilizio.

Sotto questo profilo, non si deve sottovalutare la possibilità che il piano regolatore cimiteriale, prescritto dall'art. 91 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 come presupposto per la concessione delle aree, non si limiti ad individuare le aree potenzialmente oggetto di concessione, ma estenda la propria "normazione" all'individuazione delle caratteristiche tecniche debbano essere rispettate dalle costruzioni delle sepolture, caratteristiche che potrebbero avere riguardo alle altezze, alle volumetrie, ai materiali impiegabili, specie quelli a carattere ornamentale e, conseguentemente, pre-determinare in via abbastanza generale od analitica, a seconda delle realtà locali, anche le tipologie di manufatti erigibili.

In altri termini, sembra non doversi porre qui una questione sull'eventuale alternatività tra i regolamenti edilizi comunali ed il regolamento comunale

26 - Si pensi allo stoccaggio temporaneo dei materiali di risulta da scavi od opere o di rifiuti derivanti dall'attività cimiteriale.

27 - Cfr.: Art. 59 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

28 - Cfr.: Art. 91 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, che impone la pre-individuazione delle aree a ciò destinate all'interno del piano regolatore cimiteriale che viene così a costituire un presupposto ben preciso, quanto difficilmente derogabile.

29 - Art. 10, comma 1, T.U.

30 - Cfr.: Art. 93 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

31 - Tanto che esso può prevedere alcuni obblighi, tra cui quello di costruire la sepoltura entro un dato tempo (art. 92, comma 3 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), previsione che non avrebbe altrimenti significato. Tra l'altro, va osservato che, essendo il termine per la costruzione uno degli obblighi imponibili con l'atto di concessione, nella specie non trova applicazione l'art. 15 T.U.

di polizia mortuaria, quanto piuttosto quello della specialità dello strumento del piano regolatore cimiteriale, anche per gli aspetti tecnico-costruttivi delle sepolture da costruire sulle aree, una volta che sia stata posta in essere la concessione dell'area.

Ci pare sotto questo profilo del tutto rilevante il fatto che la trasformazione del territorio si determina con l'impianto del cimitero, mentre quanto si realizza al suo interno costituisce una mera attuazione delle finalità per cui il cimitero è stato costruito e che le modalità di attuazione di questa finalità si collocano su di un piano del tutto differente, rispetto agli obiettivi del T.U.

Se si perviene alla conclusione per la quale non sia necessario il permesso di costruire, almeno nel senso che esso ha nel contesto del T.U., viene a non porsi neppure la questione del contributo di costruzione (artt. 16 e seguenti T.U.), anche se non è escluso che il comune, nella determinazione delle tariffe di concessione, possa prendere in considerazione non solo la durata della concessione, il numero di posti ed altri elementi, ma anche criteri che inglobino un contributo in qualche modo simile al contributo di costruzione, in considerazione di una programmazione delle entrate idonea ad assicurare, anche nel tempo, una situazione di equilibrio delle risorse, specie trattandosi di un qualche cosa che il comune non ha l'obbligo di assicurare e men che meno di assicurare con oneri a carico del bilancio⁽³²⁾.

(3) Agibilità delle costruzioni.

Va premesso che al concetto di agibilità, rappresentato dall'omonimo *certificato di agibilità*, sono stati ricondotti il precedente permesso di abitabilità⁽³³⁾ e di agibilità⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

Il permesso di agibilità è rilasciato per le nuove costruzioni o per ricostruzioni di edifici e interventi che incidano sulle condizioni di sicurezza, igiene⁽³⁶⁾, salubrità, ecc. e alla domanda per il suo rilascio è richiesta, tra l'altro, copia della dichiarazione presentata per l'iscrizione in catasto.

Sulla base delle considerazioni precedentemente fatte in relazione alla qualificazione o meno della costruzione delle sepolture (all'interno dei cimiteri

⁽³⁷⁾) su aree in concessione e che ha portato alla conclusione per la quale la costruzione dei sepolcri all'interno dei cimiteri non costituisca intervento edilizio, si deve trarre l'ulteriore coerente conclusione per la quale non sia necessario pervenire al rilascio di un certificato di agibilità, rimanendo del tutto sufficiente un mero certificato di collaudo, sia sotto il profilo statico sia sotto il profilo igienico-sanitario (aspetto imprescindibile, stante l'art. 55, comma 2 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285).

Andrebbe anche osservato come queste particolari costruzioni non rientrano tra quelle per cui sia richiesta l'iscrizione in catasto, in quanto tali, cosa che costituisce sostanzialmente una riconferma delle conclusioni a cui si è pervenuti in precedenza.

Va, per altro, ricordato come si siano, nel passato, avute interpretazioni diverse, a volte basate su valutazioni del tutto superficiali⁽³⁸⁾, per cui la questione richiede ulteriori approfondimenti od argomentazioni.

(4) La normativa tecnica.

Per quanto riguarda le norme tecniche (parte II del T.U.), si esprime l'avviso che le costruzioni di sepolture a tumulazione, seppure non costituenti interventi edilizi, non si sottraggano alle norme tecniche, specie quelle concernenti i criteri generali tecnico-costruttivi per la progettazione, l'esecuzione ed il collaudo degli edifici, o manufatti, in muratura, per i carichi e sovraccarichi⁽³⁹⁾, per le verifiche di sicurezza delle costruzioni, per le indagini sui terreni e rocce⁽⁴⁰⁾ e simili previste dall'art. 52 T.U. Altrettanto, trova applicazione quanto previsto dall'art. 67 T.U.⁽⁴¹⁾, trattandosi di costruzioni che comunque possono interessare la pubblica incolumità.

Tale applicazione comporta, coerentemente, che trovino altrettanta applicazione le disposizioni anzi-

37 - Quanto precedentemente considerato circa l'assenza della natura di intervento edilizio delle costruzioni funerarie non opera, evidentemente, per i sepolcri privati costruiti fuori dai cimiteri (Capo XXI d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), i quali comportano trasformazione edilizia e urbanistica del territorio a carattere permanente e vanno considerati come edifici a tutti gli effetti. Tuttavia, questi ultimi, costituiscono un fenomeno del tutto marginale e se ne da conto unicamente per ragioni di completezza espositiva.

38 - Si ricorda, a titolo di esempio, il caso di una procura della Repubblica che, interessata per altri motivi, aveva contestato la carenza del certificato di usabilità, valutandolo come penalmente rilevante (e si era prima del D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507).

39 - Si ricorda, a questo proposito, l'art. 76, comma 5, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

40 - Si ricorda, a questo proposito, l'art. 55, comma 1, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

41 - Esigenza della sottoposizione a collaudo statico.

32 - A conclusioni analoghe, sotto il profilo sostanziale, si potrebbe pervenire ricordando l'art. 17, comma 3, lettera c) T.U., anche se francamente ci sembra più convincente l'argomentazione addotta nel testo.

33 - Previsto dall'art. 221 TULLSS.

34 - Introdotto prima dalla prassi e, poi, dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47.

35 - Cfr.: Artt. 20 e seguenti, T.U.

36 - Si ricorda l'art. 55, comma 2, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

dette per quanto riguarda la progettazione, l'esecuzione dei lavori, la direzione dei lavori e gli obblighi e responsabilità dei diversi soggetti.

Di maggiore delicatezza la questione delle norme concernenti l'eliminazione delle barriere architettoniche, data la complessità e, molto spesso, la varietà di tipologie cimiteriali attualmente esistenti, anche quando non sempre siano previste costruzioni di particolare elevazione, specie se si considera che tale eliminazione deve consentire non solo l'accesso, ma anche la visitabilità dei manufatti.

(5) La sicurezza degli impianti.

L'art. 107 T.U. assoggetta all'applicazione delle norme sulla sicurezza degli impianti regolate dalle disposizioni seguenti alcune tipologie, rispetto alle quali ci si limita ad enunciare quelli che hanno una qualche attinenza con i servizi cimiteriali.

- impianti di produzione, trasporto, distribuzione e utilizzazione dell'energia elettrica all'interno degli edifici a partire dal punto di consegna dell'energia fornita dall'ente distributore (in relazione agli impianti di illuminazione votiva alimentati elettricamente).

- gli impianti radiotelevisivi ed elettronici in genere, le antenne e gli impianti di protezione di scariche atmosferiche (in relazione ad eventuali impianti di sicurezza, ma anche al fenomeno, che appare crescente, dell'allocazione di ripetitori radio per la telefonica cellulare mobile se non nei cimiteri, almeno in loro prossimità e, comunque, entro la fascia di rispetto come luoghi a scarsa incidenza sotto il profilo dell'elettrosmog, ma anche i fenomeni connessi con le scariche atmosferiche per la presenza di punte, guglie o, semplicemente, degli usuali cipressi).

- gli impianti di riscaldamento e climatizzazione, nonché idrosanitari (in relazione ai servizi quali docce per il personale o attrezzature delle camere mortuarie dei cimiteri).

- gli impianti per il trasporto e l'utilizzazione di gas, sia allo stato liquido sia aeriforme, a partire dal punto di consegna del combustibile gassoso fornito dall'ente distributore (in relazione ad eventuali impianti di cremazione).