

IL DIRITTO AL SEPOLCRO

tra normativa statale, regolamenti comunali e clausole contrattuali

- Pubblicato sul sito: www.diritto.it (Diritto amministrativo – data: 23/07/2012) -

Sommario.

- 1 – **Nascita del diritto al sepolcro: la concessione;**
- 2 – **Il diritto al sepolcro o, meglio, i diritti al sepolcro;**
- 3 – **Il sepolcro ereditario.**
- 4 – **Il sepolcro familiare o gentilizio;**
- 5 – **La morte del concessionario e l'istituto del subentro;**
- 6 – **La revoca;**
- 7 – **La decadenza.**

di: Richter Paolo

L'Autore è Avvocato presso la Corte d'Appello di Venezia (settembre 1998). Si è specializzato nelle professioni legali presso le Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, Padova, Trieste e nel Dipartimento giuridico della Facoltà di Economia "cà Foscari" di Venezia fra loro consorziate (luglio 2003). Oggi è responsabile di Servizi presso il Comune di Albignasego (PD), nella veste di Dirigente a capo dei Servizi Demografici.

1 – Nascita del diritto al sepolcro: la concessione.

Il diritto al sepolcro nasce dal rilascio di una concessione¹ amministrativa, da parte della Pubblica Amministrazione, di un'area di terreno demaniale² in un cimitero³ pubblico, che

¹ Il termine "concessione" è di origine settecentesca, e indicava gli atti di benevolenza sovrana - *fons honorum* - con i quali si attribuiva un privilegio nel senso che si riconosceva "al beneficiario una condizione particolare, di cui altri non godeva"; si pensi, in proposito, alle materie di prerogativa della corona, quale quella dei titoli nobiliari e degli ordini cavallereschi. La legislazione degli Stati, succedutasi nel tempo, ha conservato il termine solo come struttura logica, cambiandone tuttavia il significato, il quale oggi si estende a materie che un tempo erano rette dal diritto privato. Il primo assetto teorico dei procedimenti concessori (e autorizzatori) si deve agli studi di O. Ranalletti (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* anni 1894, 1895, 1896), secondo cui l'effetto principale di tali procedimenti consiste nel conferire nuovi diritti in capo a soggetti estranei alla P.A. (M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1993, 652 ss.).

Secondo la dottrina tradizionale (Romano e Sandulli), la concessione è il provvedimento amministrativo con il quale la Pubblica Amministrazione (P.A.) attribuisce ex novo posizioni giuridiche attive nella sfera del destinatario, di cui egli non era precedentemente titolare, ampliandone in tal modo la sfera giuridica.

La concessione, secondo la dottrina più recente, è altresì definita come il provvedimento amministrativo tramite il quale la P.A. attribuisce ai destinatari diritti di cui è titolare (c.d. concessioni traslative) o che sorgono con la concessione (c.d. concessioni costitutive): Mattarella, voce *Atto amministrativo, tipologia*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di Clarich e Fonderico, Milano, 2007, 82.

Si coglie così la distinzione con l'autorizzazione intesa, secondo la definizione della dottrina più risalente (O. Ranalletti) come l'atto della P.A. che rimuove gli impedimenti giuridici posti all'esercizio di un diritto o potere che già esiste in capo al privato. Più precisamente, secondo l'impostazione della dottrina dominante, l'autorizzazione si distingue dalla concessione poiché nella prima si rimuove un limite legale che inibisce lo svolgimento di un'attività che riguarda un preesistente diritto soggettivo, potere o facoltà che - invece - nella concessione, non preesiste nella sfera giuridica del privato, tant'è che a fronte del potere concessorio della P.A., il privato vanta un mero interesse legittimo pretensivo al provvedimento.

Oltre che dal punto di vista strutturale, attenta dottrina (R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di diritto Amministrativo*, Neldiritto Editore, 2012, 931) ha osservato che concessione e autorizzazione si differenziano anche per la fisionomia dei rispettivi procedimenti: la legge generale sul procedimento amministrativo ha infatti sostituito l'autorizzazione necessariamente espressa con l'istituto del silenzio-assenso (art. 20 L. 7 agosto 1990, n. 241: per i provvedimenti autorizzatori a limitato tasso di discrezionalità) e con la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.) - già denuncia di inizio attività (D.I.A. - art. 19 L. 241/90: per i provvedimenti autorizzatori impropri, stante la natura vincolata dell'attività amministrativa che li riguarda).

La concessione di spazi cimiteriali rientra nel novero della concessioni c.d. traslative, atteso che - a differenza di quelle c.d. costitutive - il diritto preesiste in capo alla P.A., sicché si può affermare che al privato viene trasferito l'esercizio di un diritto rappresentato, nel caso di specie, dalla possibilità di sfruttare le utilitates connesse al bene pubblico rappresentato dallo spazio cimiteriale, oggetto di concessione (in tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, 2006, 320).

consente al privato concessionario di realizzare, al di sopra o al di sotto⁴ del suolo, una costruzione destinata a raccogliere e custodire i resti mortali dei defunti⁵.

La concessione di natura traslativa crea in capo al privato concessionario un diritto soggettivo perfetto, di natura reale particolare⁶, assimilabile al diritto di superficie⁷, la cui

La concessione a privati delle utilità derivanti dall'utilizzo beni pubblici produce effetti giuridici di carattere patrimoniale i quali possono essere semplici ma anche complessi. Nel primo caso tali rapporti sono regolati dalle clausole della concessione o del "disciplinare", allegate al provvedimento di concessione, predisposte unilateralmente dalla P.A., ma ad effetti bilaterali. Gli effetti diventano invece complessi quando in capo ad entrambe le parti del rapporto concessorio sussistono obblighi patrimoniali con le caratteristiche proprie dell'obbligazione; in tale evenienza, al provvedimento concessorio si collega un contratto negoziato tra le parti (c.d. contratto accessivo della concessione); in certi casi, tuttavia, si segue la pratica degli atti c.d. di sottomissione, in cui il privato dichiara in via preventiva che accetterà certe clausole (M. S. Giannini, Diritto Amministrativo, cit., 431 ss.). La dottrina, per lungo tempo, ha seguito la tesi di O. Ranalletti, secondo cui le concessioni erano da ritenere atti amministrativi ad effetti bilaterali. La giurisprudenza, invece, ha da subito preferito applicare al rapporto patrimoniale le norme sulle obbligazioni e, poi, quelle sui contratti, delineando così la figura della "concessione contratto" (Corte Cass., 12 gennaio 1910 in Riv. Dir. Comm., 1910, 248, ove si afferma che la concessione o, meglio, il procedimento concessorio consta di due momenti giuridici distinti e precisamente: a) un "atto di sovranità"; b) una "vera e propria stipulazione di contratto" di diritto privato, per la disciplina degli aspetti di carattere patrimoniale).

Anche la dottrina ha finito col ripudiare l'impostazione del Ranalletti e, trovando più convincente l'impostazione giurisprudenziale, ha elaborato una dogmatica degli atti negoziali della pubblica amministrazione e del rapporto tra l'atto amministrativo e il contratto. In buona sostanza, i due atti sono strettamente collegati, atteso che l'annullamento del provvedimento concessorio a monte riverbera i propri effetti sulla concessione-contratto a valle che diviene inefficace e non viceversa, spiegandosi così la scelta di devolvere alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie tra concedente e concessionario, ex art. 5 L. 6 dicembre 1971, n. 1034, ora art. 133, comma 1, lett. b) Codice del Processo Amministrativo approvato con D. L. n. 2 luglio 2010, n. 104.

In materia di controversie concessorie, si segnala l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassaz. (formatosi prevalentemente in relazione a controversie possessorie) secondo cui, nelle controversie tra privati, in cui il rapporto concessorio di una delle parti con la Pubblica Amministrazione costituisca il semplice presupposto storico della controversia tra i privati senza che il rapporto concessorio sia in alcun modo coinvolto, un problema di difetto di giurisdizione del giudice ordinario non si può neppure porre (cfr. in tal senso, in generale, Cass. Sez. Un. n. 1392 del 4 febbraio 1993; n. 114 dell'8 gennaio 1992, n. 3269 del 19 aprile 1990, Ord. n. 404 del 22 giugno 1989, sent. n. 5769 del 22 dicembre 1989).

² Art. 824, comma 2; Codice Civile che così recita: "Allo stesso regime [n.d.r.: del demanio pubblico] sono soggetti i cimiteri [...]"; secondo A. M. Sandulli, voce Demanio Comunale, in Enc. Dir. XII, Milano, 1971, 86 ss., i cimiteri rientrano nel "demanio comunale specifico".

³ Per la costruzione di cappelle private fuori dal cimitero, si vedano gli artt. 101 e ss. Regolamento di Polizia Mortuaria, approvato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285; la costruzione di cappelle private fuori dal cimitero deve essere autorizzata dal Sindaco, previa deliberazione del Consiglio Comunale, sentito il coordinatore sanitario dell'unità sanitaria locale. Una ispezione tecnica, a spese del richiedente, deve inoltre accertare la rispondenza della sepoltura privata posta al di fuori del cimitero a tutti i requisiti previsti dal vigente Regolamento di Polizia Mortuaria per le sepolture private all'interno dei cimiteri. Inoltre (art. 104 Reg. Pol. Mort.), la costruzione di tali manufatti funerari al di fuori del cimitero : a) è consentita solo quando essi siano attornati per un raggio di 200 metri da fondi di proprietà della famiglia che chiedono la concessione e sui quali le stesse assumono il vincolo di inalienabilità e indedificabilità; b) venendo meno le condizioni di cui al punto precedente, i titolari decadono dal diritto d'uso dei relativi manufatti. Si vedano altresì gli artt. 340 e ss. T.U. leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265.

⁴ C.d. tomba interrata o cripta.

⁵ Come ha avuto modo di ribadire, recentemente, la Corte di Cassaz., Sez. II^a Civile, sentenza 8 maggio 2012, n. 7000 in www.neldiritto.it.

⁶ In deroga al noto principio di tipicità (c.d. numerus clausus) dei diritti reali (Cass. Civ., Sez. I, 27 gennaio 1986, n. 519, in Giust. Civ. Mass. 1986, fasc. 1). Nel seguito ci si riferirà al diritto di superficie tout court, restando inteso che il riferimento è alla proprietà superficaria cimiteriale.

manifestazione è rappresentata dapprima dall'eventuale⁸ edificazione e, poi, dalla disponibilità del manufatto destinato alla sepoltura.

Il diritto di superficie così delineato è pienamente opponibile, da parte del concessionario, nei confronti della generalità dei consociati *"iure privatorum"* nel senso che esso è tutelabile con esperimento dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria di ogni azione che il particolare caso richieda, ivi compresa la rivendica⁹ o la tutela possessoria¹⁰.

Nei confronti della Pubblica Amministrazione, invece, esso affievolisce, degradando ad interesse legittimo, nei casi in cui esigenze di pubblico interesse, per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero, impongano o anche solo consiglino alla Pubblica Amministrazione di esercitare il potere di revoca della concessione¹¹, mediante l'adozione di un apposito provvedimento.

In altri termini, la demanialità del terreno cimiteriale determina l'intrinseca cedevolezza del diritto al sepolcro, che trae infatti origine da una concessione amministrativa su bene pubblico¹².

2 – Il diritto al sepolcro o, meglio, i diritti al sepolcro.

Il diritto al sepolcro rappresenta un complesso di situazioni giuridiche, corrispondenti a distinti ed autonomi diritti¹³, tant'è che si distingue tradizionalmente:

⁷ Rappresentato dalla facoltà di fare e mantenere una costruzione (art. 952, comma 1, codice civile), di cui si diviene proprietari, al di sopra o al di sotto (art. 955 c.c.) di un suolo di proprietà altrui, in deroga al principio per cui tutto ciò che esiste sopra o sotto al suolo appartiene al proprietario del terreno (superficies solo cedit: art. 934 c.c.). Il diritto di superficie può anche essere costituito mediante alienazione della proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo (art. 952, comma 2, c.c.). Il diritto di superficie è pertanto caratterizzato dalla proprietà della costruzione (c.d. proprietà superficiaria) separata da quella del suolo. Nel caso di manufatto da costruire (art. 952, comma 1, c.c.) il diritto si perfeziona attraverso un procedimento bifasico, rappresentato, prima, dal diritto reale all'edificazione (c.d. *ius ad aedificandum*) che, poi, con la costruzione dell'immobile, si trasforma in diritto reale di proprietà sul manufatto, accompagnato dal diritto reale a mantenere la costruzione sul fondo (F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 254).

⁸ La concessione può tuttavia anche riguardare un sepolcro già costruito o una porzione dello stesso (loculo).

⁹ Azione a difesa della proprietà (superficiaria), esperibile contro chiunque possieda o detenga il manufatto sepolcrale (art. 948 Codice Civile). La giurisprudenza (Cass. Cass., 25 maggio 1983, n. 3607) ha avuto modo di precisare che la domanda del terzo che rivendica il diritto di sepolcro nei confronti dell'originario concessionario non può essere accolta in mancanza dell'apposita concessione, che costituisce la fonte del diritto reale preteso, senza che l'occupazione dell'area (ove abusiva) sia idonea a fondare alcun diritto, trattandosi di bene soggetto al regime del demanio pubblico.

¹⁰ Artt. 1168 e ss. c.c.; affermano la natura reale e patrimoniale del diritto primario al sepolcro, il cui possesso è quindi utile ai fine dell'usucapione, Cass., Sez. II, 5 ottobre 1993, n. 9838 e Cass. 20 settembre 1991, n. 9837.

¹¹ Previsto e disciplinato dall'art. 92, comma 2 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria, approvato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (in tal senso, Corte di Cassazione, SS.UU., 7 ottobre 1994, n. 8197 e Cass. n. 3311 del 30 maggio 1984; n. 3607). Sulla revoca della concessioni cimiteriali ci si soffermerà in seguito, sub § 6.

¹² Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2000, n. 3313.

¹³ Che normalmente coesistono in capo al fondatore al momento dell'atto di fondazione del sepolcro.

- a) il diritto primario al sepolcro, che consiste nel diritto di essere seppelliti (*jus sepulchri*) o di seppellire altri in un dato sepolcro (*jus inferendi mortuum in sepulchrum*),
- b) il diritto secondario di sepolcro, rappresentato dalla facoltà, spettante a chiunque sia congiunto di persone le cui spoglie si trovino in un determinato sepolcro, di accedervi per il compimento degli atti di pietas e di opporsi ad ogni atto che costituisca violazione e comunque forma di oltraggio a quella tomba¹⁴; trattasi, secondo la dottrina e la giurisprudenza più recenti, di un diritto personale e, anzi, personalissimo¹⁵;
- c) il diritto al sepolcro in senso stretto o diritto sul manufatto e sui materiali che lo compongono, avente ad oggetto l'edificio sepolcrale e gli eventuali accessori¹⁶;
- d) il diritto alla intestazione del sepolcro (c.d. *ius nomini sepulchri*), rappresentato dal diritto di apporre il proprio nome sul sepolcro da parte del fondatore e di tutti gli aventi diritto tumulati nel sepolcro stesso;
- e) il diritto di scelta del luogo di sepoltura: trattasi di un diritto della personalità spettante - in vita - all'interessato, che può formare oggetto di un mandato post mortem *exequendum* ovvero può essere inserito nel testamento (art. 582, comma 2, Codice Civile)¹⁷; in mancanza di tale manifestazione di volontà la decisione del luogo di sepoltura spetta ai congiunti più stretti¹⁸, quali titolari dell'interesse alla tutela del sentimento di pietà e memoria del defunto.

¹⁴ Come potrebbe avvenire nel momento in cui, con la morte dell'ultimo familiare avente diritto, il sepolcro si "trasforma" da familiare in ereditario. Sul punto vedi ampiamente *infra*, sub note nn. 25 e 34.

¹⁵ F. Carresi, voce *Sepolcro*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 37, G. Musolino, *Il diritto di sepolcro: un diritto al plurale*, in *Notar.*, 2001, p. 471 ss.; G. Scarano, *Il c.d. "diritto al sepolcro"*, in *Notar.*, 1996, p. 356; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 399 ss.; *Trib. Torino*, 11 marzo 1996, in *Foro It.*, 1996, I, 1158.

¹⁶ Come si vedrà meglio in seguito, non sempre le sorti di tale diritto fanno capo ai titolari dello *jus sepulchri* in senso stretto (posizioni che invece coincidono in capo al fondatore concessionario del sepolcro), atteso che il primo, a differenza del secondo, è *iure privatorum liberamente commerciabile* (divisibile, cedibile, ipotecabile etc.) e, in quanto suscettibile di valutazione economica, finanche sottoponibile ad espropriazione forzata, non potendosi tuttavia negare che la concreta commerciabilità del manufatto tombale è assai ridotta dal vincolo di destinazione esistente sul bene.

¹⁷ Le distinzioni sub lettere d) ed e) sono tratte da G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009, 826.

¹⁸ In una sepoltura privata bisogna sempre distinguere tra la titolarità della concessione (o - in mancanza del concessionario, se non si è verificato il subentro nella concessione - del/i titolare/i del diritto primario al sepolcro) e la legittimazione a disporre della salma: per giurisprudenza consolidata è il coniuge superstite a poter disporre del corpo del coniuge defunto, decidendone luogo e modalità di sepoltura; in mancanza del coniuge, occorre il consenso della maggioranza assoluta (50% + 1) dei congiunti più prossimi nello stesso grado (c.d. principio di pozziorità); si veda l'art. 79 Reg. Pol. Mort. (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) in materia di cremazione: se il defunto non ha disposto in merito, per procedere alla cremazione occorre, fra l'altro, il consenso di tutti i parenti più prossimi nello stesso grado.

In caso di pluralità di parenti nel grado più prossimo, per snellire la procedura è sufficiente che uno dei essi richieda l'operazione cimiteriale, dichiarando di agire in nome e per conto degli altri aventi titolo; ove, invece, la maggioranza ovvero, in caso di cremazione, tutti i parenti aventi diritto non dovessero essere d'accordo, la P.A. non rilascerà nessuna autorizzazione fino a quando non vi siano le prescritte manifestazioni di assenso ovvero si sia pronunciata l'Autorità Giudiziaria con sentenza passata in giudicato.

Il c.d. principio di pozziorità, stabilisce chi abbia titolo e precedenza nel decidere la destinazione di una spoglia mortale, anche circa la destinazione dei c.d. resti mortali decorso il periodo legale di sepoltura. Le estumulazioni si definiscono "ordinarie" quando si eseguono alla natura scadenza della concessione; in ogni caso, le estumulazioni sono "ordinarie"

Per quanto attiene al diritto primario al sepolcro, esso si distingue in sepolcro ereditario¹⁹ e sepolcro gentilizio o familiare²⁰.

3 – Il sepolcro ereditario.

In questo tipo di sepolcro la identificazione dei soggetti titolari del diritto primario, inteso nella sua accezione di diritto ad essere tumulati in un determinato luogo²¹, va fatta in base alle norme che regolano la successione “*mortis causa*” o i trasferimenti in genere dall'originario titolare, trattandosi di un diritto che si trasferisce nei modi stessi di ogni altro bene e che può persino essere alienato, in tutto o in parte, e può essere lasciato, anche in legato, a persone non facenti parte dalla famiglia²², salve le particolari limitazioni previste nei regolamenti comunali.

non prima che sia decorso il periodo di venti anni dalla tumulazione (art. 3, comma 1, lett. b) D.P.R. 15 luglio 2003, n. 254); le esumazioni, invece, si definiscono “ordinarie” dopo il decorso di almeno dieci anni dalla inumazione (artt. 82 e ss. Reg. Pol. Mort. – D.P.R. 10 settembre 1990, 285 e art. 3, comma 1, lett. b) D.P.R. 254/03).

Se la concessione è a tempo indeterminato, l'estumulazione non sarebbe tuttavia possibile (ex art. 86, comma 1, Reg. Pol. Mort. – D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), salvo che essa non fosse esplicitamente prevista dal Regolamento comunale di Polizia Mortuaria. Tale conclusione, appare tuttavia contraddetta laddove si prevede che, fra i feretri estumulati e da inumare al fine di consentire la mineralizzazione del cadavere, siano compresi anche quelle tumulati in “sepolture private a concessione perpetua” (art. 86, comma 2, Reg. Pol. Mort.). Per fugare ogni dubbio, può essere opportuno inserire tale previsione nel Regolamento Comunale di Polizia Mortuario, salvo quanto si precisa qui di seguito.

Nell'atto di concessione del sepolcro, il fondatore e/o i suoi aventi causa possono avere previsto che il/i feretro/i non può/possano essere rimosso/i dalla cella in cui fu/furono murato/i (c.d. “tomba chiusa”), mediante la c.d. riduzione delle salme, che si attua con un processo naturale di mineralizzazione del cadavere; trattasi di quei sepolcri nei cui atto di fondazione sono specificati particolari obblighi a mantenere un determinato cadavere nell'avello in cui fu precedentemente tumulato sino alla naturale scadenza del rapporto concessorio.

La giurisprudenza (T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Bologna, 31 ottobre 1988 n. 373) ha precisato che restano in ogni caso precluse – ai sensi dell'art. 88, comma 1, Reg. Pol. Mort. (D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803) - le operazioni materialmente eseguite sulla salma e dirette a realizzare, con metodi artificiali, interventi coercitivi di contenimento della stessa in un ambito più angusto di quello originario.

¹⁹ Noto anche come sepolcro iure successionis.

²⁰ Altrimenti noto anche come sepolcro iure sanguinis, ammesso da una secolare tradizione, nonché dalla legislazione positiva (art. 340 l. 27 luglio 1934, n. 1265, T.U. delle leggi sanitarie); in tal senso Cass. Civ., 1 giugno 1936 n. 553.

²¹ Sicché le salme che ivi siano già tumulate non possono esserne rimosse; i congiunti più prossimi o gli eredi delle persone ivi sepolte devono infatti poter accedere alla tomba, in forza del diritto secondario al sepolcro loro spettante, per compiere gli atti di pietas consentiti dalla religione o dagli usi.

²² Cass., Sez. II^a, 29 maggio 1990, n. 5015; secondo l'opinione che appare preferibile, gli effetti del trasferimento iure privatorum del diritto primario sul sepolcro ereditario sono subordinati alla condicio iuris dell'approvazione della P.A. concedente la quale, attraverso un rinnovato esercizio della propria discrezionalità, stabilisce se procedere alla voltura o subentro nella concessione; ciò (C. Roncoroni in <http://www.notaionroncoroni.it>) anche in considerazione del carattere intuitus personae che caratterizza le concessioni di tipo traslativo fra le quali – come detto - rientrano anche quelle di utilizzo di spazi cimiteriali.

In proposito, l'art. 92, ultimo comma, del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) esclude che gli spazi cimiteriali possano essere dati in concessione a chi si riproponga di ricavarne un fine lucro o speculativo.

Tale previsione è coerente con il diritto impositivo spettante alla P.A. per il rilascio delle concessioni amministrative di utilizzo degli spazi cimiteriali.

L'aspetto patrimoniale derivante dalla cessione dello jus sepulchri è pertanto sottratto all'autonomia privata.

Una indiretta conferma di questa impostazione si ricava dalla sentenza della Corte di Cass., Sez. III^a, 19 novembre 1993, n. 11404, la quale ha affermato che l'atto notarile di trasferimento tra privati di una cappella funeraria rientra tra gli atti che il notaio non può ricevere (ex art. 28 Legge 16 febbraio 1913, n. 89 – Ordinamento del notariato e degli archivi

4 – Il sepolcro familiare o gentilizio.

Nel sepolcro familiare, invece, la identificazione dei soggetti titolari è fatta in base alla volontà del concessionario originario, prevista nell'atto di fondazione, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari presi in considerazione come destinatari del sepolcro stesso; mancando da parte del fondatore la indicazione dei destinatari del sepolcro familiare, in base a norme consuetudinarie di remota origine, viene riconosciuto il diritto all'utilizzo del sepolcro a tutti i discendenti maschi del fondatore per linea maschile e loro mogli²³, alle discendenti femmine per linea maschile rimaste nubili, con esclusione in ogni caso dei mariti delle discendenti femmine e dei collaterali, anche se fratelli del fondatore, a meno che, limitatamente a questi ultimi, il fondatore sia morto senza lasciare figli o altri discendenti; il diritto di singolo titolare si acquisisce jure proprio e jure sanguinis²⁴, dal momento della nascita, e non può essere trasmesso²⁵, né per atto tra vivi né per successione mortis causa, e nemmeno si perde per prescrizione o rinuncia; trattasi,

notarili), in quanto contrario alla legge e/o all'ordine pubblico e, segnatamente, nel caso di specie, agli artt. 79 e 80 del regolamento comunale del Comune di Napoli i quali stabiliscono che la cessione dello jus sepulchri è possibile: a) decorso un quinquennio dell'edificazione del manufatto; b) subordinatamente al pagamento di un compenso al Comune.

In realtà, sarebbe più corretto affermare che una volta intervenuto l' "atto di sovranità" (cfr. sub nota n. 1), con il quale la P.A. stabilisce di concedere l'utilizzo dello spazio cimiteriale a un determinato soggetto, il notaio o altro pubblico ufficiale (ad es. il segretario comunale laddove la P.A. concedente sia un Comune) ben può ricevere l'atto pubblico o autenticare le firme della concessione-contratto, con la quale le parti disciplinano i reciproci aspetti di carattere patrimoniale; trattandosi di proprietà superficaria, ai sensi dell'art. 1350 n. 2 Codice Civile, per la validità dell'atto è prescritta la forma scritta; inoltre, ai fini dell'opponibilità ai terzi, si fa riferimento all' "atto di sovranità" della P.A., che – come si è visto (cfr. sub nota n. 1) – dà origine alla concessione.

Nella pratica, il pubblico ufficiale che in via ordinaria è chiamato a confezionare sotto forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata la concessione-contratto è il segretario comunale; se l'atto dovesse, invece, come possibile, essere ricevuto da un notaio, nella motivazione del provvedimento con il quale la P.A. conferisce l'incarico dovrebbero essere indicate in modo puntuale le ragioni che rendono necessario rivolgersi a un professionista esterno, pena l'insorgere, in capo all'organo amministrativo che ha disposto l'affidamento, della c.d. responsabilità amministrativo-erariale avanti alla Corte dei Conti.

Per evitare che le richieste di voltura o subentri nelle concessioni cimiteriali nascondano finalità lucrative o speculative, difficilmente dimostrabili, è sufficiente che nei regolamenti comunali di polizia mortuaria il subentro nella concessione sia subordinato al pagamento di un canone congruo, dovendosi tuttavia escludere da tale previsione quei subentri che avvengano, per morte del fondatore, a favore degli eredi o dei familiari aventi diritto allo jus sepulchri in senso stretto (sempre che – al momento del subentro – la concessione di che trattasi non sia scaduta) dovendosi ritenere escluse, in tali evenienze, finalità lucrative o speculative; su queste situazioni, per le quali si potrà - tutt'al più – prevedere, se la concessione non è scaduta, una tariffa volta coprire le spese della pratica di subentro; più in generale, sulla "gestione" dei subentri, si veda amplius infra).

²³ Spetta, pertanto, il diritto ad essere tumulata nel sepolcro familiare anche alla moglie del fondatore, la quale, ovviamente, non potrà trovarsi in una condizione peggiore rispetto alle mogli dei discendenti maschi del fondatore stesso.

²⁴ Non iure successionis.

²⁵ Fino a quando il sepolcro, da "familiare", non si trasforma in "ereditario", con la morte dell'ultimo familiare avente diritto; si veda più ampiamente sub nota n. 34. Deve tuttavia essere subito anticipato come questa impostazione considera il diritto primario sul sepolcro familiare come un diritto personale di godimento e non un diritto reale (ex multis, Corte Cass., Sez. II civ., 29 maggio 1990, n. 5015 e 29 settembre 2000, n. 12957; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5294; TAR Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 2 dicembre 2005, n. 2167). Secondo una parte minoritaria della dottrina il diritto primario sul sepolcro familiare non si "trasferirebbe" nemmeno con la morte dell'ultimo familiare; ciò che, secondo questo filone interpretativo si trasferirebbe, sarebbe soltanto il diritto al sepolcro in senso stretto, cioè la proprietà superficaria del manufatto cimiteriale.

peraltro, di una forma di comunione tra i contitolari affatto particolare²⁶, da non confondersi con la comunione di proprietà o di altro diritto reale²⁷.

In caso di silenzio o anche solo di dubbio sulla natura del sepolcro ereditario o familiare, occorre anzitutto interpretare la volontà del fondatore²⁸, tenendo presente che il diritto primario al sepolcro si presume²⁹ come familiare³⁰; l'uso delle sepolture private "è riservato alla persona del concessionario e a quelle della propria famiglia"³¹.

Secondo un illustre Autore³², la definizione dei familiari aventi diritto alla tumulazione nel sepolcro familiare dovrebbe essere demandata alla regolamentazione comunale, sempre che il fondatore del sepolcro non abbia indicato³³ i criteri per stabilire quali sono i familiari aventi diritto, nel qual caso quest'ultima indicazione dovrà essere considerata prevalente.

Premesso che lo ius sepulchri si esaurisce e viene ad estinguersi per ciascun titolare nel momento stesso in cui il cadavere viene deposto in quel determinato sepolcro, il relativo diritto si concentrerà in capo dell'ultimo superstite compreso nella cerchia dei familiari aventi diritto, sicché alla sua morte, il diritto sul sepolcro seguirà le sorti del trasferimento secondo le ordinarie regole della successione mortis causa, determinando il mutamento del sepolcro da familiare in ereditario³⁴.

²⁶ In tal senso, Cass., Sez. II^a, 29 maggio 1990, n. 5015; secondo Cass., Sez. II, 8 gennaio 1982, n. 78, in Giust. Civ., Mass. 1982, fasc. 1 il fondatore imprime un vincolo di destinazione sul sepolcro, costituendo con i familiari aventi diritto ad essere tumulati nel sepolcro una comunione pro indiviso e indivisibile; la dottrina parla di "patrimonio di scopo o di destinazione, che crea nei beneficiari una contitolarità di uso e di gestione" (P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 399 ss.).

²⁷ Primo fra tutti il diritto di superficie sul manufatto sepolcrale.

²⁸ La volontà del fondatore può essere accertata con ogni mezzo, se del caso anche attraverso prove testimoniali o per fatti concludenti. Sono al riguardo indifferenti le vicende relative alla proprietà superficiale del manufatto sepolcrale (c.d. diritto al sepolcro in senso stretto).

²⁹ In difetto di disposizione contraria del fondatore.

³⁰ *Sibi familiaeque suae (ex plurimis*, Cass., Sez. II civ., 29 gennaio 2007, n. 1789).

³¹ Così l'art. 71, primo comma, R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia del 16 giugno 1943, n. 139, ripresa dall'art. 94, primo comma, previgente Reg. Pol. Mort. approvato con D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 e confermata dall'art. 93, comma 1, del vigente Reg. Pol. Mort. (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285); il secondo comma di quest'ultimo articolo, prevede, peraltro, l'estensione del diritto d'uso delle sepolture private, su richiesta dei concessionari, a favore delle salme di coloro che siano stati conviventi e, al contempo, abbiano acquisito particolari benemeritenze nei confronti dei concessionari, secondo i criteri stabiliti nei regolamenti comunali (c.d. istituto della benemeritenza). Tali criteri dovranno essere stabiliti in modo puntuale, al fine di evitare finalità lucrative e/o speculative da parte dei titolari dello jus inferendi mortuum in sepulchrum.

³² S. Scolaro, *La polizia mortuaria. Guida pratica alla gestione funeraria e cimiteriale*, Maggioli, 2007, pagg. 278-279 e 285.

³³ Preferibilmente nell'atto di concessione e, per quanto possibile, in armonia con le eventuali indicazioni al riguardo contenute nel Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria, cosicché la stessa P.A. sia a conoscenza, al momento del rilascio delle prescritte autorizzazioni alla sepoltura, quali sono esattamente i familiari del fondatore aventi diritto.

³⁴ In tal senso, Cass. 29 maggio 1990, n. 5015 in Giust. Civ., 1990, I, p. 2547 e in Giur. It., 1991, I, 1, p. 816 e Cass., Sez. II, sent. n. 12957 del 7/3-29/9/2000; secondo questa impostazione (in dottrina Carresi, *Sepolcro in Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 35 ss.) poiché l'interesse viene ad essere soddisfatto con un unico atto, la sepoltura, il diritto di che trattasi è un diritto di uso di natura personale e non un diritto reale; attenta dottrina (G. Scarano, in *Il c.d. "diritto al*

Il diritto secondario al sepolcro - a differenza del diritto primario³⁵ - è un diritto personale di godimento³⁶ e in quanto tale esso non è cedibile³⁷.

5 – La morte del concessionario e l'istituto del subentro.

Un problema di non poco momento riguarda la necessità di assicurare l'adeguata manutenzione³⁸ del manufatto sepolcrale, obbligo che grava in primis sul fondatore concessionario del sepolcro³⁹; al fine di assicurare la continuità dell'osservanza di tale obbligo anche in seguito alla morte del fondatore/concessionario del sepolcro, è opportuno che gli aventi causa del fondatore subentrino nella posizione del concessionario originario mediante il c.d. subentro o voltura della concessione amministrativa.

Autorevole dottrina⁴⁰ ritiene che, ove l'istituto del subentro nella posizione del concessionario originario non sia contemplato in sede di regolamentazione comunale ovvero nell'atto di concessione del sepolcro, la morte del fondatore farebbe venir meno ogni figura di soggetto obbligato in base alla concessione⁴¹.

Mentre il diritto al sepolcro in senso stretto, alla morte del concessionario, si trasferisce agli aventi diritto, non altrettanto accade per la concessione cimiteriale, cosicché si potrebbe determinare "una situazione per la quale il concessionario sia deceduto e non vi sia altro concessionario, mentre la proprietà" superficaria dei manufatti si trasferisca agli

sepolcro", in Notar. 1996, p. 358) ha osservato che con la morte dell'ultimo familiare avente diritto non avviene in realtà nessuna "trasformazione" del diritto primario soggettivo di natura personale sul sepolcro familiare in diritto primario soggettivo di natura reale sul sepolcro ereditario, atteso che un diritto personale non si può trasformare in un diritto reale; ciò che accade, molto più semplicemente, è che sullo ius sepulchri (inteso come diritto primario) viene a cessare il vincolo di destinazione "familiare", impresso dal fondatore, estinguendosi così il limite posto alla libera circolazione del diritto stesso, fino a quel momento limitato a favore dei successori legittimi del fondatore. Si ricorda che, come detto sub nota n. 21, il rispetto del diritto secondario al sepolcro non permette di rimuovere le salme già tumulate.

Secondo altra impostazione (Musolino, Il diritto di sepolcro; un diritto al plurale, cit., 475 e Cass. 4 maggio 1982, n. 2736) anche il diritto primario sul sepolcro familiare (oltre a quello sul sepolcro ereditario) sarebbe un diritto reale sui generis, sicché esso sarebbe liberamente trasferibile, a titolo oneroso o gratuito, per atto inter vivos o mortis causa, con il consenso di tutti i familiari titolari esistenti in vita nel momento in cui il diritto viene ceduto, con l'avvertenza che gli effetti di tale trasferimento diverrebbero attuali solo con la morte dell'ultimo familiare legittimo.

³⁵ Il quale, come detto, ha natura di diritto reale, assimilabile al diritto di superficie.

³⁶ G. Giacobbe, *La superficie*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, Giuffrè, 2003, p. 189 e G. Musolino, *Il diritto di sepolcro: un diritto al plurale*, cit., p. 475.

³⁷ Secondo l'impostazione preferibile. Si veda *amplius* sub nota n. 33.

³⁸ La cui omissione potrebbe produrre la decadenza della concessione stessa, salvo che si tratti di concessione perpetua. Sul punto si veda *amplius* infra.

³⁹ Ex art. 63 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria – D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 che così recita: "I concessionari devono mantenere a loro spese, per tutto il tempo della concessione, in buono stato di conservazione i manufatti di loro proprietà".

⁴⁰ S. Scolaro *La polizia mortuaria. Guida pratica alla gestione funeraria e cimiteriale*, Maggioli, 2007, pagg. 305-307.

⁴¹ Ma non in base all'art. 2054 Codice Civile; si veda, *amplius*, sub nota n. 42.

aventi causa⁴² “i quali vengono ad avere l'onere della manutenzione, indipendentemente dal fatto che abbiano o meno acquisito diritti sulla concessione cimiteriale, primo dei quali lo jus sepeliendi”.

Si è, quindi, condivisibilmente ribadita⁴³ la centralità delle previsioni contenute nel regolamento comunale di polizia mortuaria⁴⁴, atteso che si potrebbero ipotizzare due soluzioni, tra loro alternative, dalla cui scelta discendono conseguenze assai diverse:

«la limitazione del subentro per il solo diritto di jus sepulchri, ferma restando la posizione del concessionario (leggi, fondatore del sepolcro) nella persona originariamente individuata, cosicché l'individuazione delle persone destinate alla sepoltura nel sepolcro privato è sempre valutata sulla base delle relazioni intercorrenti con il concessionario (fondatore del sepolcro) originario»;

ricorso al subentro nella posizione del concessionario, apparendo questa l'opzione da preferire poiché permette di ricondurre a unità il complesso di posizioni giuridiche che già facevano capo al concessionario originario⁴⁵.

Sarebbe pertanto opportuno che i regolamenti comunali così come i singoli atti di concessione prevedessero che, alla morte del fondatore, subentrano nella posizione di concessionario dello spazio cimiteriale uno o più dei titolari dello jus sepulchri in senso stretto, su domanda degli stessi; decorso inutilmente un dato termine, ad es. di un mese⁴⁶, la P.A. concedente provvede d'ufficio.

Al fine di evitare contestazioni, il regolamento comunale di polizia mortuaria dovrebbe prevedere un articolo in cui viene precisato che le disposizioni in esso contenute si

⁴² Che divengono titolari del diritto al sepolcro in senso stretto; il proprietario superficario del manufatto funerario, ove non rivesta la qualità di concessionario, ha comunque l'obbligo di provvedere alla relativa manutenzione, ai sensi dell'art. 2054 del codice civile, il quale stabilisce la responsabilità del proprietario in caso di rovina (intendendosi per tale, secondo costante giurisprudenza, anche la disgregazione di piccole parti dell'edificio o di parti accessorie), salvo che provi che questa non è dovuta, fra l'altro, a difetto di manutenzione.

La dottrina e la giurisprudenza parlano di responsabilità legale presunta, cioè di presunzione che può essere vinta sola dalla prova, a carico del proprietario, che l'evento non è a lui attribuibile, essendo avvenuto per caso fortuito, forza maggiore o di altri fatti aventi un'efficienza causale del tutto autonoma rispetto alla condotta del proprietario o al difetto di manutenzione o al vizio di costruzione (Cass. n. 5127 del 2004).

⁴³ S. Scolaro, op. cit., pagg. 305-307.

⁴⁴ Previsioni da richiamare anche nell'atto di concessione.

⁴⁵ Secondo questa dottrina, l'adesione a questa opzione determinerebbe le seguenti conseguenze negative: a) il moltiplicarsi, nel tempo, del numero dei concessionari; trattasi di una conseguenza inevitabile se la P.A. vuole avere un referente formale e aggiornato per le comunicazioni inerenti la gestione del rapporto concessorio; b) l'ampliarsi del numero delle persone che possono divenire titolari dello jus sepulchri primario in caso di sepolcro familiare, dovendosi tuttavia considerare il principio di c.d. naturale capacità ricettiva del sepolcro ex art. 93, comma 1, prima proposizione vigente Regol. Pol. Mort. – D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285; c) la necessità di una definizione delle quote di titolarità dello jus sepulchri e degli altri diritti e doveri connessi con la concessione, da escludersi nel caso di sepolcro familiare, il quale – come detto (sub nota n. 26) - è considerato una comunione pro indiviso e indivisibile; d) elementi di incertezza e potenziale conflittualità tra i diversi soggetti interessati, elementi che con il subentro possono essere chiariti e risolti rimanendo altrimenti in uno stato latente. In caso di sepolcro ereditario, potranno essere con l'occasione definite le quote di titolarità fra i concessionari.

⁴⁶ In applicazione analogica dell'art. 71, comma 4 previgente Regolamento di Polizia Mortuaria -R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880.

applicano anche alle concessioni ed ai rapporti costituiti anteriormente alla data di sua entrata in vigore; tale previsione appare rispettosa del principio *tempus regit actum*, atteso che le previsioni in esame andranno ad essere applicate a situazioni che si verificheranno successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento comunale, ancorché relative a concessioni costituite prima dell'entrata in vigore del regolamento stesso.

Nel caso di richiesta di subentro o voltura su istanza degli interessati, espletate le opportune verifiche, l'intestazione della concessione andrà effettuata secondo le indicazioni contenute nella richiesta; quest'ultima si configura come un diritto soggettivo sicché, in caso di silenzio o diniego, gli istanti possono proporre azione di accertamento avanti al Giudice Amministrativo⁴⁷.

Tramite l'istituto del subentro, se si procede d'ufficio, succedono al concessionario originario i discendenti del fondatore del sepolcro, determinandosi fra essi una comunione indivisa e solidale⁴⁸ cui si applicano gli artt. 1100 e ss. del codice civile in materia di comunione dei beni⁴⁹; deve pertanto intendersi vietata qualsiasi innovazione della tomba, se manchi il consenso unanime di tutti i partecipanti.

La Suprema Corte⁵⁰ ha avuto modo di precisare che ciascuno dei partecipanti può apportare al sepolcro quelle modificazioni che non siano contrarie agli interessi della comunione e non pregiudichino l'esercizio del diritto degli altri partecipanti⁵¹.

6 – La revoca.

Per quanto riguarda l'istituto della revoca⁵², occorre anzitutto soffermarsi sulle concessioni a tempo determinato, ossia su quelle rilasciate successivamente alla data (10 febbraio 1976) di entrata in vigore del previgente Regolamento di Polizia Mortuaria (D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803).

Esse possono essere revocate ove concorrano le seguenti tre condizioni: a) siano trascorsi almeno 50 anni dalla tumulazione dell'ultima salma; b) si sia venuta a creare una situazione oggettiva di grave insufficienza del cimitero rispetto al fabbisogno, di cui occorrerà dare conto in modo puntuale nella motivazione del provvedimento di revoca; c) non sia possibile fronteggiare tempestivamente tale carenza mediante l'ampliamento del cimitero esistente ovvero con la costruzione di un nuovo cimitero, con l'avvertenza che la motivazione del provvedimento di revoca dovrà soffermarsi anche su quest'ultimo aspetto.

⁴⁷ T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 26 marzo 2004, n. 2168, in *Foro amm.* T.A.R. 2004, 823.

⁴⁸ *Per ottenere il rispetto del dovere di manutenzione ci si potrà pertanto rivolgere indifferentemente a ciascuno di essi.*

⁴⁹ Corte d'appello di Torino, 12 aprile 1935 n. 476.

⁵⁰ Cass. Civ., 1 giugno 1936 n. 553.

⁵¹ *Ex art. 1102 codice civile.*

⁵² *Il cui fondamento normativo è richiamato sub nota n. 11.*

Per quanto invece riguarda le concessioni c.d. perpetue⁵³ - rilasciate anteriormente al 10 febbraio 1976, la giurisprudenza⁵⁴ afferma che, in linea di principio, esse non possono essere revocate, potendone solo essere disposta la estinzione per effetto della soppressione del cimitero, con contestuale concessione di un corrispondente spazio cimiteriale nel nuovo cimitero⁵⁵.

Le concessioni perpetue, previste dall'art. 70, comma 1, del Regolamento di Polizia Mortuaria approvato con R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 non sono state più menzionate nei successivi Regolamenti di Polizia Mortuaria (D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 e D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), che prevedono esclusivamente concessioni temporanee della durata massima di anni 99, rinnovabili⁵⁶.

In virtù del principio *tempus regit actum*, che trova il suo fondamento nell'art. 11, comma 1, delle disposizioni preliminari al codice civile o "preleggi"⁵⁷, gli atti e i provvedimenti amministrativi sono regolati dalla disciplina vigente al momento della loro adozione.

Ne consegue che le concessioni perpetue, rilasciate entro il 9 febbraio 1976, continuano a considerarsi tali, senza che sia possibile ipotizzare alcuna "conversione" di esse a tempo determinato, nemmeno adottando un Regolamento Comunale che andasse a modificare la perpetuità di tali concessioni⁵⁸.

Dette concessioni mantengono il carattere di perpetuità, mentre si estingue la potestà di esercitare il diritto di sepoltura una volta esaurita la capienza del sepolcro⁵⁹, dovendosi, peraltro, ritenere del tutto esclusa la possibilità di recuperare posti feretro mediante atti violenti, comportanti la rottura di arti ed articolazioni di cadaveri e resti mortali⁶⁰.

La giurisprudenza amministrativa⁶¹ ha altresì avuto modo di precisare che le concessioni perpetue, oltre a rimanere assoggettate al regime giuridico vigente al momento del loro

⁵³ Una parte della giurisprudenza (T.A.R., sez. II^a, 13 marzo 2007, n. 794 e T.A.R. Lombardia – Milano, sez. III^a, 6 maggio 2009, n. 3628) equipara alle concessioni perpetue anche le concessioni di durata superiore ai 99 anni, rilasciate anteriormente al 10 febbraio 1976, data di entrata in vigore del D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803.

⁵⁴ C.d.S., sez. V, 8 ottobre 2002, n. 5316, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2432 e C.d.S. 12 maggio 1987, n. 279.

⁵⁵ Art. 98 Reg. Pol. Mort..

⁵⁶ Nel regolamento comunale di Polizia Mortuaria così come nei singoli atti di concessione è opportuno che vengano disciplinate le modalità di rinnovo, prevedendosi il termine entro il quale gli aventi diritto devono manifestare la volontà di rinnovare la concessione.

⁵⁷ Che così recita: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

⁵⁸ Negli stessi termini, TAR Lazio - Roma, Sez. II, n. 138/2009, secondo cui le concessioni perpetue si trovano in una situazione di diritti acquisiti, sicché esse non sono soggette a revoca.

⁵⁹ Ex art. 93, comma 1, prima proposizione vigente Regol. Pol. Mort. – D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, il quale sancisce il principio di c.d. naturale capacità ricettiva del sepolcro; tale ricettività è da intendersi in senso estensivo nel senso che possono essere accolti non solo cadaveri, ma anche ossa, ceneri, resti mortali, in linea con le attuali tendenze funerarie (art. 3 DPR 15 luglio 2003 n. 254) come, ad esempio, la cremazione diretta dei resti mortali.

⁶⁰ Si vedano, in proposito, le osservazioni contenute nella parte finale della nota n. 18.

⁶¹ TAR Sardegna - Cagliari, Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 9.

rilascio, possono essere modificate solo “da espressa disposizione di legge, da novazioni consensuali o dal concretarsi dei casi di estinzione quali ad es. soppressione del cimitero”.

La giurisprudenza amministrativa⁶² ha altresì chiarito come la regolamentazione comunale di polizia mortuaria e sui cimiteri in tanto è legittima in quanto non contrasta con la normativa regolamentare adottata dal Governo; ai sensi dell'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile; infatti, le previsioni contenute nei regolamenti (statali e, a maggior ragione, comunali) non possono contrastare con disposizioni di legge, atteso che queste ultime sono fonti normative gerarchicamente sovraordinate alle prime.

Muovendo da tale assunto, è stata ritenuta in contrasto con l'art. 93 del regolamento governativo approvato con D.P.R. n. 803/1975 (il cui contenuto è stato poi confermato con l'art. 92 del D.P.R. 10.9.1990 n. 285) e, quindi, illegittima la disciplina comunale che imponeva, a pena di decadenza, il rinnovo della concessione cimiteriale perpetua al trascorrere di ogni trentennio.

Le ipotesi di decadenza e di revoca sono ancorate a precisi e tassativi presupposti nel Regolamento di Polizia Mortuaria approvato con D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, sicché devono ritenersi abrogate in parte qua le disposizioni regolamentari comunali che imponessero il rinnovo della concessione cimiteriale ogni trentennio.

Nello stesso senso, in relazione ad una situazione di revoca di una concessione perpetua, si è anche pronunciato il T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, Sent., 04-05-2011, n. 2458.

Merita soffermarsi sui principali snodi motivazionali di tale sentenza.

Un Comune aveva contestato, sulla base di un rapporto della locale Polizia Municipale e della corrispondente relazione a cura del Responsabile del Servizio Cimiteriale, lo stato di abbandono di alcune tombe in concessione al cimitero comunale, fra cui quella oggetto di ricorso.

Il Comune disponeva quindi la pubblicazione dell'elenco delle tombe in stato di abbandono all'albo pretorio nonché all'ingresso del Cimitero Comunale e dava contestualmente atto che il provvedimento di revoca sarebbe divenuto esecutivo, decorsi trenta giorni dalla pubblicazione del medesimo nell'albo comunale per l'eventuale esame di osservazioni da parte di eredi interessati alla revoca.

Alla relazione del responsabile del Servizio Cimiteriale era allegata, in esito alla istruttoria esperita per la conoscenza dei dati identificativi degli eredi o dei concessionari di tombe cimiteriali, la nota di riscontro dell'Istruttore Direttivo dei Servizi Demografici, da cui risultava che agli atti dell'Ufficio: "non risultano dati anagrafici onde verificare eventuali eredi di concessionari di tombe cimiteriali".

A questo punto, decorso il termine di pubblicazione degli atti, il Comune procedeva alla revoca definitiva della concessione della tomba di cui è causa.

Tanto premesso, il T.A.R. Campano ha ritenuto che il procedimento di pubblicità adottato dal Comune non sia stato né utile né idoneo a consentire alla ricorrente, quale soggetto interessato e direttamente inciso dal provvedimento di revoca, di acquisire la piena

⁶² C.d.S., sez. V, 11 ottobre 2002, n. 5505.

conoscenza o conoscibilità del provvedimento stesso ai fini del decorso del termine decadenziale di impugnazione dell'atto⁶³.

L'art. 21-bis della legge n. 241/1990, per i provvedimenti che, come quelli in esame, risultino limitativi della sfera giuridica dei privati, richiede infatti che la comunicazione venga effettuata "anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile"⁶⁴. I Giudici Amministrativi territoriali hanno osservato che non può dubitarsi della riconducibilità della revoca di cui è causa all'ambito degli atti "limitativi della sfera giuridica dei privati", dal momento che essa andava ad incidere in primis sulla destinazione delle spoglie mortali delle persone ancora defunte nella tomba oggetto di concessione perpetua e, in secundis, sull'esercizio dello ius sepulchri, trasferibile in capo agli eredi, jure sanguinis oppure jure successionis, secondo la volontà del fondatore del sepolcro.

⁶³ Come noto, ai sensi dell'art. 21 della legge 1034/1971 (ora art. 140 Codice di Procedura Civile) il termine perentorio di sessanta giorni per la impugnazione degli atti amministrativi decorre dalla data in cui l'interessato ne abbia avuto la "piena conoscenza" o - solo per gli atti di cui non sia richiesta la notifica individuale - dal giorno in cui sia scaduto il termine della loro pubblicazione.

La presunzione di conoscenza legale degli atti, correlata all'espletamento delle formalità di pubblicazione prescritta dalla legge o dai regolamenti si riferisce alla categoria degli atti amministrativi generali, che hanno come destinatari un numero elevato di soggetti.

Nel caso di specie l'atto di revoca censurato avanti al Giudice Amministrativo, non rientra nella categoria degli atti amministrativi generali in relazione ai quali non è prescritta la notifica individuale, trattandosi al contrario di provvedimento avente destinatari determinati.

L'art. 21 comma 1, l. n. 1034 del 1971, applicabile nella specie ratione temporis, prevedeva che la pubblicazione di un provvedimento costituisce uno strumento legale di conoscenza, in quanto tale idoneo a far decorrere il termine di impugnazione giurisdizionale limitatamente ai soggetti non direttamente contemplati. Diversamente, nella fattispecie in esame, il provvedimento di revoca gravato aveva, quali destinatari determinati, gli eredi dei concessionari originari identificati in atti. La ricorrente, inoltre, ha dedotto che, la cerchia dei destinatari del provvedimento di revoca doveva intendersi estesa altresì agli eredi delle persone ivi sepolte nella tomba oggetto di revoca, dal momento che tale provvedimento, quale atto suscettibile di essere trasmesso agli eredi, andava a pregiudicare direttamente la loro rispettiva sfera giuridica.

La ricorrente ha altresì documentato in atti che, all'epoca di adozione delle delibere gravate, risultava ancora in vita un familiare, titolare anch'esso della concessione oggetto di revoca.

Agli atti è stato allegato altresì un verbale di pubblicazione di testamento olografo con cui il predetto il familiare ancora in vita alla data di revoca della concessione cimiteriale dichiarava la volontà di donare alla ricorrente la concessione della tomba.

Ciò premesso, per ciò che concerne la comunicazione di atti aventi come destinatari soggetti determinati, la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, all'articolo 8, per quanto concerne l'avvio del procedimento, rimette all'amministrazione la scelta in ordine alle forme di pubblicità "di volta in volta" idonee nei casi in cui la comunicazione personale risulti "particolarmente gravosa". Nel caso di specie, le modalità di comunicazione di cui all'articolo 7 della legge n. 241/1990 sono state precisamente determinate dal Comune, dato che l'articolo 36 del regolamento di polizia mortuaria, non gravato in parte qua, al comma 4 stabilisce che l'avvio del procedimento di revoca della concessione è notificato agli interessati, se noti, e affisso all'albo pretorio del Comune e all'ingresso del Cimitero, a cura del Direttore dei Servizi Cimiteriali.

Ciò posto, i destinatari del provvedimento di revoca dovevano considerarsi non noti per il Comune intimato all'epoca dell'avvio del procedimento di revoca.

Pertanto ai soli fini della comunicazione di avvio del procedimento deve considerarsi sufficiente la formalità di pubblicazione espletata, avendo del resto avuto esito negativo le ricerche anagrafiche espletate presso l'Ufficio comunale di pertinenza.

Alla luce delle argomentazioni esposte i Giudici Amministrativi campani hanno quindi respinto le censure mosse avverso l'atto impugnato per violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 dal momento che, per la comunicazione di avvio del procedimento, l'amministrazione ha osservato le ordinarie modalità di pubblicazione giustificate per la natura gravosa della comunicazione ai sensi dell'art. 8.

⁶⁴ Art. 140 Codice di Procedura Civile.

Sotto tale profilo deve ritenersi che l'atto di revoca, ancorché perfezionatosi nei suoi elementi costitutivi all'esito del procedimento instaurato dal Comune, non avesse tuttavia acquisito efficacia nei confronti dei destinatari, non avendo il Comune adottato le forme di notifica peculiari prescritte dalla legge per gli atti limitativi della sfera giuridica dei privati⁶⁵.

Il conclusione il ricorso è stato ritenuto fondato e ha quindi trovato accoglimento.

Merita di essere evidenziato che l'impugnato atto di revoca risultava adottato ai sensi dell'articolo 25 comma 5 del regolamento cimiteriale comunale, e tenore del quale la concessione può essere revocata, per esigenze di interesse pubblico o per gravi inadempienze del concessionario, ed il motivo di revoca ravvisato dal Comune sarebbe riconducibile allo "stato di abbandono" in cui versava la tomba in questione, come accertato dalla Polizia Municipale prima, e, successivamente, in sede di sopralluogo del tecnico comunale.

Tuttavia, la norma regolamentare predetta non enunciava chiaramente se le disposizioni ivi contenute in tema di revoca erano riferibili indistintamente a tutti i tipi di concessione cimiteriale, ivi incluse quelle preesistenti ad uso perpetuo, ovvero se erano riferibili solo alle concessioni a tempo determinato rilasciate dal Comune ai sensi del predetto regolamento comunale.

La questione è stata quindi risolta dal Giudice Amministrativo territoriale alla luce della normativa generale di riferimento, in quanto le disposizioni del locale regolamento comunale devono e sono quindi state interpretate e rese coerenti con le norme vigenti in materia ai sensi del regolamento statale di polizia mortuaria approvato con d.p.r. 285 del 10.09.1990.

Tale d.p.r., all'art. 92 comma 2, per le concessioni novantanovenali rilasciate anteriormente alla data di entrata in vigore del precedente regolamento di cui al d.p.r. 21.10.1975 n. 803, prescrive – come peraltro già detto - che esse possono essere revocate quando siano trascorsi cinquanta anni dalla tumulazione dell'ultima salma, ove si verifichi una situazione di grave insufficienza del cimitero rispetto al fabbisogno del comune e non sia possibile provvedere tempestivamente all'ampliamento o alla costruzione di nuovo cimitero. La norma è sostanzialmente riproduttiva di altra disposizione di tenore analogo contenuta nel precedente regolamento di cui al d.p.r. 803 del 1975 e, precisamente, dell'articolo 93 che, nel sancire la durata "a tempo determinato" delle concessioni, rilasciate dopo l'entrata in vigore dello stesso regolamento, conteneva al comma 2 analoga previsione limitativa della revocabilità delle pregresse concessioni di durata superiore a novantanove anni.

⁶⁵ Sotto tale profilo i giudici del T.a.r. Campano escludono la possibilità di computare il decorso del termine di impugnazione dell'atto di revoca definitivo a far data dalla pubblicazione dell'atto all'albo pretorio, in mancanza, stando agli atti di causa, delle idonee modalità di notificazione prescritte dal citato art. 21-bis della legge n. 241 cit.. Né la parte controinteressata ha allegato alcunché a comprova della eccezione di irricevibilità proposta, onde dimostrare la conoscenza aliunde del provvedimento di revoca impugnato da parte della ricorrente in epoca anteriore ai sessanta giorni che hanno preceduto la notifica del presente ricorso.

Sul punto la giurisprudenza (C.d.S., sez. IV, 02/02/2001 n. 747) è pacifica nel senso che, ai fini della verifica della fondatezza dell'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, la parte che la eccepisce deve fornire rigorosi riscontri in ordine alla conoscenza dell'atto gravato, in tempi antecedenti al termine decadenziale di impugnazione e, in particolare, dare prova della tardività dell'impugnazione sub specie di una piena conoscenza dell'atto gravato secondo il dato normativo di cui all'art. 21, l. 6 dicembre 1971 n. 1034.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁶ è pacifica nel senso di assimilare le concessioni perpetue a quelle di durata superiore a 99 anni, avendo affermato che anche per le concessioni perpetue, rilasciate prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 803/75, vale l'eccezione formulata dal secondo comma dell'art. 92 del D.P.R. n. 285/90, e che dunque esse conservano il carattere della perpetuità, nonostante la normativa sopravvenuta abbia introdotto i limiti temporali sopra illustrati. La normativa statale pertanto, a far data dall'entrata in vigore del d.p.r. 803/1975 (10 febbraio 1976), ha sancito in via generale la temporaneità delle concessioni cimiteriali di nuova emanazione, salvaguardando tuttavia quelle di natura perpetua e/o ultranovantennali, rilasciate anteriormente alla entrata in vigore del predetto d.p.r. n. 803 per le quali introduceva ipotesi tassative di revoca.

Sotto tale profilo, e stante la prevalenza della normativa statale di rango superiore, doveva intendersi preclusa la facoltà dell'ente comunale di introdurre delle ipotesi "ulteriori" di revoca delle concessioni perpetue e di natura atipica rispetto a quanto prescritto dalla normativa statale, pena la vanificazione della natura perpetua della concessione oggetto di salvaguardia da parte della disciplina statale.

Dovendo attribuirsi in via interpretativa alla normativa di fonte regolamentare comunale una valenza ed un ambito applicativo compatibili e coerenti con le disposizioni di rango superiore, l'articolo 25 comma 5 del regolamento comunale in tema di revoca delle concessioni cimiteriali deve essere interpretato nel senso che esso non poteva trovare applicazione con riferimento alle concessioni ad uso perpetuo, introducendo altrimenti delle ipotesi di revoca ulteriori ed atipiche rispetto a quelle ammesse in via eccezionale dall'ordinamento statale.

Ed il regolamento comunale, in virtù del principio della gerarchia delle fonti regolamentari, espresso dall'art. 4, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale, non poteva dettare norme contrarie a quelle del regolamento governativo.

Di qui consegue che la concessione perpetua, cui era interessata la ricorrente, non poteva essere riconducibile fra quelle per le quali l'articolo 25 comma 5 del regolamento comunale prevedeva la possibilità di revoca, dovendo invece il Comune verificare, rispetto alla concessione ad uso perpetuo oggetto di revoca, la ricorrenza delle condizioni di cui all'articolo 92 cit., uniche ipotesi in presenza delle quali la legge consente la revoca dell'atto.

Il ricorso è stato quindi riconosciuto fondato laddove ha contestato che lo stato di abbandono possa costituire legittimo motivo di revoca di una concessione cimiteriale ad uso perpetuo.

Il conclusione, quindi, il rapporto tra l'amministrazione cittadina ed il concessionario, trattandosi il cimitero di demanio comunale, è regolato dal combinato disposto derivante da normativa statale, regolamento comunale e clausole contrattuali contenute nella concessione-contratto.

7 – La decadenza.

La decadenza, a differenza della revoca, viene consentita rispetto all'inosservanza di determinati obblighi a carico del concessionario (ad es. quello di costruire la sepoltura

⁶⁶ C.d.S., sez. V, 11/10/2002 n. 5505.

entro un tempo determinato), da precisarsi nel Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria e nell'atto di concessione o nella convenzione (cd. concessione-contratto⁶⁷) che l'accompagna.

L'art. 63 del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285⁶⁸ contempla due casi di sepoltura privata abbandonata dagli aventi diritto:

a) *per incuria;*

b) *per morte degli stessi*

E' opportuno che il Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria disciplini in modo puntuale il procedimento che deve essere seguito per pronunciare la decadenza della concessione.

Come già riferito in merito all'opportunità che i Regolamenti Comunali di Polizia Mortuaria prevedano alla morte del fondatore concessionario del sepolcro il subentro dei suoi aventi causa, anche nel disciplinare il procedimento per la pronuncia di decadenza, l'omonimo Regolamento Comunale dovrebbe prevedere che le disposizioni in esso contenute si applicano anche alla concessioni ed ai rapporti costituiti anteriormente alla data di sua entrata in vigore.

Il vero problema cruciale consiste nel tipo di ricerche che la P.A. deve compiere prima di dichiarare la irreperibilità degli aventi titolo.

Analogamente a quanto esposto in materia di revoca, la giurisprudenza⁶⁹ ha stabilito come un semplice cartello appeso su una tomba, con il quale la P.A. invita gli aventi titolo a presentarsi presso l'ispettorato del cimitero, senza altro aggiungere, non consegua il risultato di portare alla conoscenza degli interessati, dell'ingiunzione di eseguire opere di manutenzione e conservazione. Nemmeno con l'esposizione di tale ingiunzione all'albo pretorio, secondo la giurisprudenza in esame, si sarebbe potuto dir assolto l'obbligo di comunicazione del provvedimento come previsto dall'art. 86 del regolamento comunale di polizia mortuaria del comune di Milano. La Suprema Corte ha quindi confermato il pronunciamento della Corte d'Appello di Milano, che aveva emesso sentenza di nullità verso il provvedimento con il quale il Sindaco aveva dichiarato decaduta la concessione.

Se gli aventi causa non hanno provveduto alla destinazione del sepolcro per il tempo successivo alla loro morte incaricando, ad esempio, una fondazione di provvedere alla manutenzione della tomba, con comunicazione della decisione assunta al comune, si

⁶⁷ Cfr. sub nota n. 1.

⁶⁸ Che così recita: "I concessionari devono mantenere a loro spese, per tutto il tempo della concessione, in buono stato di conservazione i manufatti di loro proprietà.

Nel caso di sepoltura privata abbandonata per incuria, o per morte degli aventi diritto, il Comune può provvedere alla rimozione dei manufatti pericolanti, previa diffida ai componenti della famiglia del concessionario, da farsi, ove occorra, anche per pubbliche affissioni".

⁶⁹ Cass. Civ.le, Sez. Unite, 9 marzo 1981, n. 1300: "Per conseguire quell'ideale coincidenza tra la conoscenza legale e quella effettiva della diffida, e conseguentemente evitare di porre in essere un atto di decadenza nullo, per violazione dell'obbligo di comunicazione, il procedimento che la p.a. dovrebbe adottare si sostanzia nello svolgimento di accurate e complete ricerche anagrafiche degli aventi titolo; qualora queste non sortissero i risultati sperati, il ricorso alle pubbliche affissioni [n.d.r.: art. 140 Codice di Procedura Civile] appare l'ultima reale possibilità che ha la p.a. di adempiere all'obbligo di comunicazione".

presume vi sia l'abbandono amministrativo e si può quindi pronunciare la decadenza della concessione⁷⁰.

Ove, al contrario, vi siano degli aventi titolo, il primo atto dell'iter procedimentale è rappresentato da una formale diffida e, solo nel caso in cui gli interessati non provvedano alla prescritta manutenzione, è possibile procedere con la pronuncia di decadenza⁷¹.

Alcune delle caratteristiche che può presentare una tomba in stato di incuria sono, per esempio, la non leggibilità delle iscrizioni (obbligatorie la data di nascita, morte, nome e cognome⁷²), la mancanza di decoro causata da sporcizia, erbacce l'affaticamento delle strutture murarie o lapidee, il pericolo di caduta di pezzi di tomba con possibili danni ai frequentatori.

La giurisprudenza⁷³ ha altresì osservato come lo stato di incuria di un'area cimiteriale ai fini dell'adozione del provvedimento di decadenza della corrispondente concessione debba essere ancorato a requisiti temporali (deve potersi dimostrare che da lungo tempo il titolare o chi per lui non si è recato in loco) e oggettivi (l'area deve risultare impraticabile o, comunque, il manufatto deve essere gravemente deteriorato in seguito al lungo stato di abbandono).

(N.d.R. di www.tuttosuicimiteri.it: Si suggerisce un ulteriore approfondimento sul seguente link: http://www.patrimoniopubblico.it/site/Concessioni_cimiteriali.asp?IDPagina=14)

La redazione di TuttoSuiCimiteri.



QR code del sito www.tuttosuicimiteri.it, puntalo con il tuo device (smartphone o tablet) ed avrai accesso diretto al sito ovunque tu sia. Il sito è stato studiato anche per la sua comoda consultazione ed interattività (condivisione, download e forum) da device con tecnologia touch screen, provalo.

Ricorda che le "app" (applicazioni) per la lettura del QR code e codici a barre, sono disponibili ed in genere gratuite sia su "Play store" di Google che su "App Store di iTunes" di Apple, nonché su "WindowsPhone" ed altri sistemi operativi per smartphone e tablets, usali sono molto comodi ed immediati, similmente alle "App".

⁷⁰ *Tale conclusione, a rigore, può trovare applicazione per le sole concessioni a tempo determinato; tuttavia, ove la pronuncia di decadenza venisse (illegittimamente) applicata a una concessione c.d. perpetua, in mancanza (debitamente accertata) di aventi causa, nessuno potrebbe impugnare avanti al Giudice Amministrativo il provvedimento di decadenza, stante la carenza sia della legittimazione attiva sia dell'interesse ad agire (art. 100 Codice di Procedura Civile), inteso quest'ultimo come utilità che il soggetto ricorrente può ritrarre dall'esperimento del rimedio giudiziario.*

⁷¹ *Sempre che si tratti di concessione a tempo determinato; in caso di concessione c.d. perpetua, invece, ove i soggetti tenuti all'obbligo di manutenzione non provvedano, spetta al Comune intervenire con addebito delle relative spese a carico dei soggetti obbligati.*

⁷² *L'art. 36, comma 2 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), tuttavia, prevede esplicitamente solo per le fosse dei campi d'inumazione l'obbligo di un cippo, a cura del comune, su cui applicare una targhetta con le generalità del defunto; il Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria dovrà pertanto prevedere tale prescrizione anche per gli altri tipi di sepoltura; in tal modo la mancanza delle generalità del defunto quale dato di fatto sulla cui base avviare il procedimento di decadenza non potrà essere contestata.*

⁷³ *T.A.R. Piemonte, 3 aprile 1987 n. 130.*