

Rubriche

Il titolo di prova della sussistenza di diritti concernenti le sepolture private nei cimiteri

di Sereno Scolaro

1. Premessa introduttiva

In uno dei tanti *Forum* presenti *on-line* ed avente un pubblico specifico, a volte vengono poste questioni che poco hanno a che fare con il proprio *target* di elezione.

Una questione che è stata posta recentemente era la seguente:

Può una Amministrazione comunale accettare per valida (non potendone verificare la veridicità) una autocertificazione di un cittadino con la quale questi dichiara di essere titolare di una concessione perpetua relativa ad un loculo di un cimitero comunale? Grazie.

Il moderatore dava la risposta:

Risposta semplicissima: la prova della titolarità della concessione può derivare unicamente da "regolare atto di concessione" (per scopiazzare la formula presente nell'art. 98 D.P.R. 10/9/1990, n. 285), ma tale formuletta ripete l'art. 823 C.C.. Tuttavia, chi affermi una titolarità sulla concessione cimiteriale, quando non disponga del titolo, potrebbe richiedere al giudice di accertare la sussistenza del diritto (art. 2907 C.C.) e, in tal caso, la sentenza (da emanarsi con rito contenzioso e nel cui processo il Comune è parte necessaria) può tenere luogo al titolo di concessione. Mi chiedo, per altro, a che cosa serva far valere un tale diritto se, come è presumibile trattandosi di concessione di vecchia data, essa potrebbe essere riferita esclusivamente per la salma tumulata, la cui estumulazione può avvenire solo alla scadenza della concessione cioè, in quanto perpetua, mai. Si veda anche l'art. 86, comma 1 D.P.R. 285/1990: nel caso di estumulazione, la concessione verrebbe ad estinguersi per esaurimento della funzione ...

L'interlocutore riprendeva l'argomento, commentando:

Ringraziandola per la tempestività e la precisione della risposta sul quesito dell'autocertificazione, dalla quale si evince anche che l'oggetto della concessione

cimiteriale non è il loculo bensì la salma (e da cui discende che il carattere perpetuo della concessione cimiteriale, ove dimostrato, viene meno e si trasforma in temporaneo qualora il titolare della concessione chieda all'A.C. di estumulare la salma presente nel loculo per sostituirla con un'altra), le sarei grato se potesse indicarmi i riferimenti normativi dai quali discende quanto sopra.

Altra risposta:

No, calma, andiamoci piano. Oggetto della concessione è l'«oggetto fisico» (loculo, area, ...) unitamente ed inscindibilmente connesso con la "funzione", quella di assicurare la sepoltura ad una salma a volte determinata, a volte indeterminata ma determinabile (appartenente ad una famiglia, ad un ente, ecc.).

Successivamente, il proponente precisava meglio la situazione che l'aveva portato a porre la questione e che non emergeva, specie dalla prima che sembrava avere una proposizione astratta.

Nel Comune interessato è presente, tra i diversi cimiteri, un cimitero che, nel passato, era stato "affidato" ad una parrocchia, cosicché quando, circa 20 anni addietro, il Comune aveva ripreso la piena gestione del cimitero è venuto a trovarsi di fronte non solo ad una mancanza di rendicontazione delle spese e delle entrate, ma anche ad un'ampia situazione di incertezza attorno ai soggetti che avessero un qualche titolo sulle varie concessioni, ma anche all'assenza di informazioni più o meno precise su quali caratteristiche presentassero i rapporti di concessione instaurati dal parroco-gestore, prima di tutto per quanto riguarda la durata. La situazione appare abbastanza complessa, in quanto il cimitero era ed è a tutti gli effetti un cimitero comunale, senza che sussista alcuna delle ipotesi, a volte presenti, di cimitero particolare di cui all'art. 104, comma 4 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, ma esso era stato "affidato" in gestione alla parrocchia. Questa gestione appare abbastanza problematica da inquadrare, per più motivi. Ad esempio, nel passato era abbastanza diffuso, pur con forti variabili nelle diverse realtà e specie nei

piccoli comuni o per cimiteri di frazioni più o meno isolate, ricorrere a forme di “affidamento” di alcune funzioni ai parroci, spesso limitate, ad esempio, alla semplice tenuta dei registri cimiteriali, pensando che l'affossatore, magari anche stradino e fontaniere, avesse scarsa dimestichezza con la penna. Spesso tali “affidamenti” costituivano anche una forma, un *alibi* per attribuire un “contributo” alla parrocchia, specie quando esisteva una abbastanza netta distinzione tra spese obbligatorie e spese facoltative. Comunque, di norma, era pur sempre il Comune a regolare le concessioni, provvedendo alla loro assegnazione e gestione, così che l'affidamento riguardava attività strumentali e non molto altro.

Nel caso segnalato, sembrerebbe che si fosse in presenza di un “affidamento” ben più consistente, forse anche senza espressa attribuzione di facoltà gestionali, potendosi anche pensare che parte delle attività svolte dal terzo gestore (parrocchia) non siano derivate da un atto di affidamento, da un convenzione o da qualche altro rapporto, ma possano anche avere avuto origine spontaneamente, in termini di usurpazione delle funzioni del Comune.

Tra l'altro, l'usurpazione delle pubbliche funzioni rilevarebbe anche penalmente (art. 347 C.P.), seppure se il reato possa considerarsi prescritto (art. 157, comma 1, n. 4 C.P.).

Il Comune è così venuto a trovarsi nella condizione per la quale, in quel cimitero, sono state poste in essere concessioni da un soggetto privo di titolo, di cui non conosce i sedicenti concessionari, la durata delle concessioni, tra l'altro senza averne introitato le tariffe, ecc.

È evidente come vi siano situazioni di vario spessore di irregolarità, sulle quali probabilmente sarebbe stato necessario intervenire con altra tempestività, ma si tratta comunque di situazioni che possono, a vario titolo, risultare ormai prescritte (anche per quanto riguarda la responsabilità contabile rispetto alle mancate entrate al bilancio del Comune o, dall'altra parte, per l'appropriazione indebita delle somme).

Tutta la questione va quindi, oramai, collocata, e ricondotta, nell'ambito dei rapporti Comune/persona, ponendo subito l'attenzione sul fatto che sia del tutto fuori discussione che da parte di queste ultime vi sia stato un affidamento di buona fede. In altri termini, si lasciano da parte molti degli aspetti che la vicenda consentirebbe di affrontare, per incentrare l'attenzione sul rapporto Comune/concessionario e sui relativi mezzi di prova.

2. La natura delle concessioni cimiteriali

L'episodio da cui si è partiti presenta fattori di alterazione non secondari, *in primis* quello di una vera e propria usurpazione di funzioni, risultando che le concessioni, sempre che possano nel caso essere chiamate con questo termine, sembrano essere state assegnate da un terzo privo di qualsiasi titolarità e, inoltre, che mancano o non sono stati intenzionalmente forniti elementi da cui trarre una qualche informazione.

L'assenza di titolo si collega ad alcune norme del codice civile, dal momento che i cimiteri, assieme ai mercati comunali, sono soggetti al regime dei beni demaniali (art. 824, comma 2 C.C.), il che importa che essi non solo siano inalienabili, ma anche che non possano costituire oggetto di diritti a favore di terzi, rispetto al Comune, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano (art. 823 C.C.).

Da qui deriva la particolare natura delle concessioni cimiteriali o, se si preferisce, le concessioni concernenti i sepolcri privati all'interno dei cimiteri, non possano avere un carattere in contrasto con la natura dei beni, né possano godere di elementi che incidano sul carattere di inalienabilità intimamente connesso, cosa che si connette con il limite per il quale possono divenire oggetto di diritti – nella specie limitati ad un diritto di uso in conformità della finalità e delle sue “riserve” – a favore di terzi, rispetto al Comune, nel quadro delle norme specifiche che regolano l'uso dei cimiteri. In altre parole, l'area cimiteriale, porzione della quale è tipicamente oggetto della concessione (art. 90 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) può facoltativamente essere concessa, quando sia destinata alla costruzione di manufatti sepolcrali, introducendo così anche un altro elemento fondamentale, la finalità.

Dal momento che il cimitero è soggetto al regime dei beni demaniali per espressa ed intenzionale scelta del legislatore ⁽¹⁾, la concessione viene ad attribuire al concessionario un diritto in suo favore che è funzionale al contesto, cioè un diritto del tutto lontano da quello che viene a sorgere con il contratto di compravendita, escluso per definizione, ma anche un diritto il cui esercizio è in diretta connessione con la finalità, con la funzione che sta alla base dell'instaurazione della concessione cimiteriale.

Dal punto di vista dei modi con cui la concessione viene ad instaurarsi essa ha necessariamente la

⁽¹⁾ Che nessuno sembra voler rimuovere, ipotizzandosi, al più, delle deroghe, cioè delle eccezioni che, di fatto, sono confirmatorie del regime di demanialità.

forma della concessione pubblica amministrativa, con il carattere della precarietà ⁽²⁾ e con la stretta connessione con la funzione, tanto che l'alterarsi o il venire meno della funzione incide sul permanere dell'esistenza stessa della concessione.

Trattandosi di una concessione pubblica amministrativa, gli aspetti di forma sono quelli propri degli atti idonei a provare una concessione pubblica amministrativa, cioè un atto in cui il terzo, rispetto al Comune, contraente non gode di una posizione che gli consenta di godere in modo pieno ed esclusivo del bene ⁽³⁾, ma tale godimento è limitato da un lato dalla inalienabilità del bene, dall'altro dalla funzione che ne ha determinato l'instaurazione. La concessione pubblica amministrativa, e quella a contenuto cimiteriale in particolare, fa sorgere un rapporto squilibrato, in quanto non si ha un equilibrio tra le posizioni delle parti, rimanendo pur sempre il Comune in una posizione di particolare supremazia che gli consente anche di adottare istituti ablativi ⁽⁴⁾, mentre il concessionario si trova in una posizione di tutela limitata, non solo per la natura del bene oggetto della concessione, ma anche per la funzione della concessione, tanto che l'alterazione od il mutamento di quest'ultima ne modifica, od estingue, il rapporto instaurato. Tali modificazioni possono aversi, a titolo esemplificativo, quando non

⁽²⁾ Anche quando la sua durata sia stata indeterminata.

⁽³⁾ Non va mai dimenticato l'art. 104, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 che impone alcuni vincoli. In particolare, il vincolo dell'inalienabilità appare del tutto significativo, in quanto incide direttamente su questo aspetto (art. 832 C.C.): infatti, qual è il massimo esercizio del godimento se non quello di potersi privare del godimento stesso attraverso il contratto di compravendita? In questo caso, si ha una sorta di "demanializzazione", in relazione alla funzione, di beni che sono e rimangono privati, limitando, e non di poco, proprio il diritto di proprietà nel suo punto più alto.

⁽⁴⁾ Pur nella limitatezza della fattispecie, va ricordato l'art. 92, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, nonché l'art. 98 successivo. Rispetto alla prima, essa appare perfino astratta e di improbabile realizzabilità, dal momento che la situazione di grave insufficienza del cimitero rispetto al fabbisogno è necessariamente riferita ai criteri di cui al precedente art. 58 (e art. 59) con la conseguenza che tale determinazione del fabbisogno costituisce un limite per la concessione di aree per sepolcri privati nei cimiteri con la conseguenza che risultando il fabbisogno così determinato inderogabile e tale per cui i comuni debbano costantemente assicurarne la sussistenza non dovrebbe emergere alcuna situazione non solo di grave insufficienza, ma neppure di insufficienza seppure lieve. In realtà, non si possono ignorare le situazioni in cui vi siano state concessioni di aree per sepolcri privati effettuate senza tenere conto del citato art. 58, preferendosi, nel contingente, soluzioni in contrasto con questo vincolo primario.

sia realizzato il manufatto per la sepoltura a sistema di tumulazione o, nel caso di impianto di campi ad inumazione, non sia dotato di adeguato ossario, o non siano adempiuti gli obblighi prescritti dall'atto di concessione (art. 92, comma 3 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), oppure quando non sia rispettata la riserva della finalità della sepoltura per le persone appartenenti alla famiglia del concessionario o contemplate dall'ordinamento dell'ente, ecc..

La concessione pubblica amministrativa deve risultare ad un atto di concessione, come prescritto sia dall'art. 92, comma 3 che dall'art. 98 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, atto con cui si definisce sia l'oggetto, che la durata, che la funzione della concessione cimiteriale, individuando altresì il concessionario e le persone ai cui fini la concessione è riservata (o, individuando i criteri di determinazione).

3. La tutela dei beni

La concessione pubblica amministrativa si caratterizza per lo squilibrio delle parti, che trova fondamento sulla natura stessa del bene oggetto della concessione e sul presupposto per cui una delle parti agisce in quanto investito di pubblici poteri, ma ciò non pregiudica che il concessionario goda di una posizione di tutela della propria posizione nei confronti di terzi estranei, rispetto ai quali si trova in una posizione di adeguata tutela e forza.

L'autorità amministrativa, in quanto titolare di pubblici poteri, gode della propria supremazia anche sotto il profilo della tutela dei beni, potendo avvalersi sia dei mezzi che le sono propri in quanto pubblica autorità, sia dei mezzi ordinari che le leggi pongono a difesa della proprietà e del possesso.

Cioè l'autorità amministrativa, titolare sul bene demaniale di un rapporto di proprietà "rafforzata" dall'inalienabilità, può fare ricorso a due differenti strumenti di tutela dei beni, cioè sia quelli amministrativi, sia quelli civilistici.

Ne deriva che il concessionario può avvalersi dei mezzi ordinari civilistici sono per tutelare la propria posizione nei confronti di terzi estranei, mentre nei confronti del Comune/concedente può avvalersi unicamente dei mezzi di tutela amministrativa, mentre il Comune può fare ricorso o all'uno o all'altro o ad entrambi.

Non va sottovalutato come le concessioni cimiteriali presentino spesso delle caratteristiche tali per cui l'intreccio delle norme di diritto amministrativo e di quelle del diritto privato risulta

particolarmente ricco e complesso, creando un *mix* non sempre agevole da affrontare. Si ricorre ad un esempio: si ipotizzi una concessione cimiteriale nella quale sussista l'obbligo di completare la costruzione del sepolcro entro un tempo determinato e il concessionario risulti, alla scadenza, inadempiente, pur avendo magari provveduto a far eseguire delle costruzioni. In una situazione di questo tipo si ha decadenza, la cui dichiarazione agisce nell'ambito amministrativo come accertamento dichiarativo dell'avvenuto venire meno della concessione concessa. Ma restano da affrontare gli aspetti, tutti di diritto privato, concernenti i manufatti eretti o presenti sull'area⁽⁵⁾, sulla determinazione del valore delle opere costruite⁽⁶⁾. Altro esempio, ancora di maggiore frequenza, è quello che si può fare rispetto alla scadenza della concessione di (sola) area per la costruzione di sepolture a sistema di tumulazione: nel corso della durata della concessione si ha la concessione della sola area con una determinata funzione, mentre il manufatto è proprietà, seppure con forti limitazioni per quanto ne riguarda l'uso dovendosi rispettare la funzione e le riserve, proprietà che importa sia l'obbligo delle manutenzioni, sia le responsabilità, sia altri diritti e doveri.

Ne discende che le concessioni cimiteriali sono regolate da un sistema complesso di norme in cui vengono a mescolarsi ed ad applicarsi in modo articolato sia le norme del diritto amministrativo che quelle del diritto privato, fermo restando che la regolazione dei rapporti tra Comune/concedente e concessionario non possono che essere regolati unicamente dal diritto amministrativo.

4. Le prove della sussistenza della concessione

Proprio per il fatto che la concessione cimiteriale ha le caratteristiche dianzi viste, il titolo di prova della loro sussistenza viene ad essere un titolo di prova idoneo a dare prova della sussistenza di un rapporto di diritto amministrativo, potendosi questo provare unicamente sulla base di un atto formale dell'amministrazione comunale, concedente, da cui risulti l'oggetto della concessione, il concessionario, la durata, le finalità e le persone a cui le finalità si rivolgono (od i criteri di individuazione di tali persone).

Tale titolo è, di norma, nella disponibilità del concessionario, ma altrettanto di norma nella

disponibilità dell'autorità amministrativa e non vi sono ragioni per individuare in una delle due parti l'unico soggetto su cui gravi l'onere della prova, essendo questo assolto quando una delle due parti possa fornire la relativa prova, adducendo il titolo idoneo.

È ben vero come molte volte emerga una situazione del tutto differente, consistente nel fatto che nessuna delle parti sia in grado di fornire prova della sussistenza di titolo idoneo. Qui, non ci interessa tanto il concessionario, salvo che per affermare che vale pur sempre la regola che chi ritenga di vantare un diritto (seppure, nella specie, sia abbastanza attenuato da sconfinare nell'interesse legittimo) e voglia farne esercizio deve provare la sussistenza del diritto che pretenda di far valere⁽⁷⁾, quanto il Comune/concedente dal momento che il riconoscimento della sussistenza del diritto d'uso in capo al concessionario importa un'azione di tutela dei beni demaniali, cui il Comune non può sottrarsi. Infatti, il riconoscimento dell'eventuale diritto d'uso importa una limitazione in capo al Comune dei propri diritti sul bene demaniale, diritti che vanno tutelati a termine dell'art. 823, comma 2 C. C..

Ma vi è anche un altro argomento che va addotto consistente nel fatto che il Comune/concedente, proprio in quanto autorità amministrativa non può che agire se non *per tabulas*, disponendo degli strumenti propri del diritto amministrativo, per cui ogni atto di concessione cimiteriale, tra l'altro dovendo rispondere al requisito della forma della concessione pubblica amministrativa, necessariamente deve risultare agli atti del Comune, sia sotto il profilo delle forme, sia sotto quello degli strumenti di tutela dei beni di cui l'autorità amministrativa non si può privare.

Nella realtà, e qui prescindendo dal caso emblematico di partenza, ci si trova spesso di fronte a delle insufficienze che possono avere più cause, ad esempio, le difficoltà delle ricerche di archivio fino alla distruzione fisica degli archivi a volte per eventi accidentali⁽⁸⁾, altre volte per altra causa⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Art. 2697 C.C.

⁽⁸⁾ Eventi bellici, calamità naturali, ecc.

⁽⁹⁾ Si ha presente un caso in cui la distruzione dell'archivio è stata imputabile al sindaco ed al segretario comunale i quali, con specifici atti, avevano disposto lo scarto, e la distruzione del materiale scartato, di molti documenti, con un'interpretazione erronea delle norme relative, fatto per il quale erano stati oggetto di condanna anche in sede penale. Ma la condanna ha dato contezza delle responsabilità, ma anche accertamento giudiziale della distruzione di numerosi atti d'archivio, tra cui gli atti, i titoli concernenti le concessioni cimiteriali.

⁽⁵⁾ Artt. da 934 a 940 C.C.

⁽⁶⁾ Art. 1277 C.C.

È chiaro che se si sia in presenza di un'alterata tenuta dell'archivio e per fatti non imputabili al Comune, spetta al concessionario fornire prova della sussistenza del titolo, mentre quando non vi sia stata una tale alterazione, spetta al Comune effettuare le ricerche necessarie, anche quando esse possano risultare particolarmente onerose.

Nell'eventualità che l'alterazione nella regolare tenuta dell'archivio sia imputabile al Comune, appare abbastanza pacifico come l'onere della prova, sia essa in positivo che in negativo, viene a gravare sul Comune in quanto responsabile dell'alterazione.

5. Il valore probatorio delle c.d. *cartule*

Se il titolo principale, se non unico, idoneo a fornire prova della sussistenza della concessione cimiteriale è individuabile nel regolare atto di concessione, ciò non di meno occorre ricordare come molte volte i comuni si avvalgano di una pluralità di strumenti per la gestione amministrativa diversi dal "regolare atto di concessione", ad esempio di registri, di schedari, di repertori e di altre tipologie di registrazioni variamente denominate o finalizzate a specifici procedimenti amministrativi ⁽¹⁰⁾, tra cui i registri prescritti dall'art. 52 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

Tali strumenti non hanno, per definizione, un valore probatorio e possono essere equiparati alle c.d. *cartule*, o carte domestiche, la cui portata probatoria è regolata dall'art. 2707 C.C., valendo contro l'autore (Comune) quando o enuncino un pagamento ricevuto o contengano la menzione espressa che esse sono tenute per supplire alla mancanza del titolo.

Per altro, detta disposizione opera in termini di prova in un eventuale giudizio, eventualmente rivolto alla dichiarazione della sussistenza di un diritto ed istaurato, avanti al giudice civile, ai sensi dell'art. 2907 C.C., anche se risulta che non pochi regolamenti comunali di polizia mortuaria abbiano operato la scelta di attribuire forza probatoria, valida quindi anche in via amministrativa, a tali forme di registrazione.

Dal momento che, in via normale, non importa l'individuazione della parte che debba dare prova della sussistenza della concessione, la questione dell'onere della prova viene a sorgere solo quando manchi il titolo e una delle parti intenda far valere,

nel qual caso l'onere della prova viene a radicarsi integralmente su tale parte, rimanendo all'altra l'onere della prova contraria. Ma il far valere un diritto, in assenza di un titolo, importa il ricorso al giudice, cioè al soggetto che possa accertare l'esistenza del diritto al di fuori del titolo e la cui dichiarazione tiene luogo al titolo mancante.

Questo significa che, quando il titolo manchi e manchi rispetto ad entrambe le parti, l'alternativa sussidiaria è il giudizio civile di accertamento della sussistenza del diritto ⁽¹¹⁾.

Per quanto riguarda i registri di cui all'art. 52 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, si deve escludere che essi possano costituire titolo di prova della sussistenza delle concessioni cimiteriali, in quanto essi, che pure hanno natura di pubblici registri, assolvono ad una funzione ben precisa, rivolta a dare pubblica fede dell'accoglimento delle salme nei cimitero ed in una data sepoltura, senza poter estendere la propria forza probatoria al rapporto sussistente rispetto ad una data sepoltura, anche quando questa sia costituita da un sepolcro privato nei cimiteri.

6. L'assenza maliziosa di titolo o di altri elementi cognitivi

Nel caso da cui si è partiti, il titolo manca totalmente, anzi non è neppure sorto (sembrerebbe), dal momento che laddove se vi fosse stata una concessione, seppure compiuta da un soggetto privo di qualità a porla in essere, od un qualche atto ad essa assimilabile, porrebbe la questione di valutarne l'eventuale possibile forza probante o vincolatività nei confronti del Comune, in termini di rappresentanza o in termini, almeno, di tutela dei terzi di buona fede (i sedicenti concessionari), proprio per il fatto che qui si è sempre presupposta come indiscussa ed indiscutibile la loro buona fede. Cioè manca il titolo per il semplice fatto che esso non è mai stato posto in essere, né legittimamente, né in un contesto usurpatorio ⁽¹²⁾, con la conseguenza che si ha una situazione di inesistenza del rapporto, inesistenza che non consentirebbe

⁽¹¹⁾ Cfr. anche art. 2643, n. 14) C.C., intenzionalmente trascurandosi in questo contesto l'intera questione della trascrizione come istituto di tutela dei diritti.

⁽¹²⁾ Forse vi possono essere stati dei pagamenti, dubitando che di essi siano state rilasciate ricevute, anche in considerazione della qualificazione soggettiva dello "usurpatore", la scarsa propensione a tenere regolari registrazioni, il che potrebbe spiegare il fatto che non vi sia stata rendicontazione, affermando che non sono state tenute annotazioni od simili registrazioni.

⁽¹⁰⁾ Nell'ambito delle concessioni cimiteriali, un altro esempio è costituito dagli strumenti utilizzati per la gestione delle entrate dell'illuminazione votiva, laddove presente.

neppure la prova della sussistenza del diritto in sede giurisdizionale, mancandone qualsiasi presupposto, se non l'elemento della buona fede delle persone interessate e che hanno la presunzione di disporre della qualità di concessionari.

La fattispecie appare del tutto topica mancando anche qualsiasi altro elemento cognitivo, pur prescindendo dalle valutazioni sulla rilevanza probatoria che tali elementi cognitivi possano rivestire, o nell'ambito amministrativo o nell'ambito giurisdizionale.

Trattandosi di diritti d'uso su beni demaniali non è possibile neppure un ricorso ad istituti propri del diritto privato, quali l'usucapione, altrettanto provabile unicamente in sede giurisdizionale, anche quando si voglia contenere l'usucapione al mero diritto d'uso e non al pieno ed esclusivo godimento del bene.

In pratica si è in carenza di un rapporto di qualsiasi genere e, anche a volerne presumere la sussistenza, mancano informazioni di qualsiasi livello che individuino i soggetti concessionari, la tipologia del rapporto, la durata, le persone a cui le sepolture siano riservate ed ogni altro elemento necessario e sostanziale, che non la dichiarazione dei sedicenti concessionari, cosa che esclude il ricorso anche all'istituto della confessione⁽¹³⁾ che importerebbe un rovesciamento del rapporto. La confessione richiede una dichiarazione di fatti sfavorevoli alla parte che la rende, mentre nel nostro caso la parte afferma la sussistenza di un proprio diritto ad usare della concessione cimiteriale.

Ipotizzando, in modo del tutto astratto quanto accademico, che la dichiarazione unilaterale del sedicente concessionario possa assumere un quale rilievo probatorio, essa potrebbe dare conto della sussistenza della concessione, forse della sua durata, ma sarebbe del tutto improbabile che possa estendersi ad altri elementi della concessione, principalmente alla definizione dell'ambito dei soggetti a cui la sepoltura è riservata o, laddove pervenga a questo, presenterebbe comunque elementi di consistente imprecisione e di carenza di specificazione.

Per quanto riguarda l'ipotesi iniziale della prova mediante il ricorso alla c.d. autocertificazione, si deve escludere immediatamente l'idoneità delle dichiarazioni sostitutive di certificazione⁽¹⁴⁾ in quanto il loro contenuto è regolato in modo del tutto tipico, concentrando l'attenzione unicamente, forse, sulle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà

⁽¹⁵⁾, il quale presuppone almeno due ordini di livelli: il primo è che si tratti di un "oggetto" di cui possa essere data prova attraverso l'atto di notorietà⁽¹⁶⁾, il secondo che tale "oggetto" (sostanzialmente il contenuto della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà) riguardi *stati, qualità personali o fatti* che siano a diretta conoscenza dell'interessato⁽¹⁷⁾. Questi due condizioni mancano entrambe, in quanto la seconda presuppone quanto meno l'instaurazione di un rapporto che abbia rilevanza giuridica e sia supportato da un idoneo titolo, il regolare atto di concessione, mentre la seconda va esclusa considerando che la concessione importa un diritto d'uso di un bene reale, di norma l'area, che richiede forme probatorie proprie e specifiche di tutela dei diritti, ma anche per il sorgere dei diritti stessi.

Ma a queste due considerazioni occorre affiancarne almeno una ulteriore, quella che ruota attorno alla stessa portata, campo di applicabilità del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, prendendo in considerazione il suo art. 2:

Le norme del presente testo unico disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte degli organi della pubblica amministrazione; disciplinano altresì la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai ... (omissis) ...

È del tutto evidente che non si tratti qui di fasi di "trattamento" di atti e documenti, quanto del titolo della prova della sussistenza di un diritto reale su un bene, e per di più su di un bene soggetto al regime dei beni demaniali, il che porta alla esclusione di tale mezzo di prova, collocandosi su di un piano del tutto fuori dall'ambito di applicazione delle disposizioni del testo unico approvato con D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

7. I rimedi possibili

In questa vicenda, del tutto emblematica, si è in presenza di una situazione del tutto precisa e abbastanza fuori di discussione, cioè si ha una assoluta insussistenza del rapporto di concessione, ma – anche – la piena buona fede da parte dei sedicenti concessionari, che importa la necessità di

⁽¹⁵⁾ Art. 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

⁽¹⁶⁾ Art. 1, n. 5 Legge 16 febbraio 1913, n. 89.

⁽¹⁷⁾ Cioè della persona che rende la dichiarazione, tenendo presenti sia il comma 2 dello stesso art. 47 che dell'art. 4, comma 2 stesso D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che, per altro, ha natura tipicamente procedimentale.

⁽¹³⁾ Art. 2730 C.C..

⁽¹⁴⁾ Art. 46 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

valutare la loro posizione alla luce del principio di tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, indicendo alla ricerca dei possibili rimedi.

Essi vanno individuati attraverso il ricorso al solo strumento che abbia valore suppletorio del titolo (regolare atto di concessione) cioè alla presentazione del ricorso al giudice civile chiedendo di dichiarare la sussistenza di un titolo mai posto in essere e l'avvenuto sorgere di un "rapporto" ⁽¹⁸⁾, di modo che la sentenza sostituisca, surrogando il titolo mancante, considerando che in tale giudizio non solo il Comune è parte necessaria in quanto l'eventuale dichiarazione giudiziale è pronunciata "contro" il Comune e destinata comunque a limitare la sua titolarità sull'area cimiteriale, almeno nella misura che sia necessaria ad assicurare l'esercizio del diritto d'uso in capo a chi affermi di essere concessionario, ma anche il soggetto che, a suo tempo, ha avuto la gestione in affidamento del cimitero e che ha posto in essere comportamenti usurpatori, che il giudice può valutare, se ritenga, come idonei ad essere in qualche modo apprezzati in giudizio. In tale sede, il giudice ha un'ampia possibilità di ricorso a mezzi di prova, estesa a mezzi di prova che non possono trovare accoglimento nell'ambito amministrativo, come, ad esempio, la prova per testimoni ⁽¹⁹⁾, anche se essa presenta alcuni limiti, principalmente quelli degli artt. 246 e 247 C.P.C.. Ed il primo potrebbe indurre a ritenere che vi sia incapacità a testimoniare da parte di altri sedicenti concessionari, salvo non affrontare la questione in termini rigidamente formali.

È abbastanza chiaro che ciò comporta l'instaurazione di singoli giudizi di accertamento, dichiarativi, ma anche che l'accertamento giudiziale non può che avere a fondamento l'accertamento della responsabilità del soggetto usurpatore, accertamento del tutto essenziale (anche se del tutto privo di effetti ulteriori ricadenti in altri ambiti in considerazione delle prescrizioni intervenute) a consentire la dichiarazione di sussistenza della concessione e dell'accertamento delle sue caratteristiche costitutive.

Tra l'altro, poiché si parte dal presupposto giuridicamente sostanziale dell'insussistenza del "rapporto", la dichiarazione giudiziale ha effetto costitutivo, cosa che può determinare la presenza di alcuni limiti del rapporto di concessione che viene a sorgere per effetto della dichiarazione giudiziale. In altri termini, la dichiarazione giudiziale, avendo

effetto dal passaggio in giudicato ⁽²⁰⁾, non può eccedere quanto previsto dall'art. 92, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (del tutto diversa conseguenza si avrebbe se la dichiarazione giudiziale accertasse la sussistenza di una concessione cimiteriale risultante da regolare atto di concessione, andato distrutto o smarrito, perché in tale caso avrebbe effetto di accertamento del rapporto originariamente sorto e di cui oggi mancano unicamente i titoli di prova).

Se la dichiarazione giudiziale costituisce la soluzione giuridica corretta e, sotto certi profili, probabilmente l'unica esperibile, trattandosi di diritti reali su beni, e su beni demaniali, va affondata l'ipotesi sull'ammissibilità di rimedi alternativi, eventualmente svolgentesi nell'ambito del diritto amministrativo.

Pur con il limite, secondo noi difficilmente superabile, della natura della concessione come diritto reale, d'uso e a determinate condizioni, su beni demaniali e quindi l'esigenza che siano osservate le norme sui titoli e sulle prove, in termine di tutela dei diritti, propri dei diritti demaniali, ricordando, ad ogni buon conto, anche le forti limitazioni a che tali beni possano formare oggetto di diritti a favori di terzi, rispetto al Comune, di cui all'art. 823 C.C., proprio questa fonte può consentire di ipotizzare la legittimità di una valutazione della situazione specifica in termini di diritto amministrativo. Ciò potrebbe consentire, seppure con un elevato livello di prudente apprezzamento, di prevedere procedimenti amministrativi che siano finalizzati ad una sorta di "regolarizzazione" di quanto avvenuto, andando ad individuare specifici procedimenti amministrativi. Se si ritenga, pur con tutte le difficoltà che l'ipotesi presenta, di seguire questa via, va detto come essa richieda un atto del consiglio comunale, sussistendone la competenza di tale organo di governo alla luce dell'art. 42, comma 2, lett. l) D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, atto di portata generale, cioè rivolto indistintamente alla generalità dei soggetti che possano qualificarsi quali sedicenti concessionari, e con cui si individuino, quanto meno, alcuni strumenti di prova anche se di scarsa forza probatoria in sede giurisdizionale, quali potrebbero essere le c.d. *cartule*, che potrebbero essere costituite da ricevute di versamenti o da altro. Il punto è che anche in questa situazione vi è il rischio del tutto concreto che manchino comunque documenti o elementi in qualche modo significativo, avendo l'avvertenza che i procedimenti amministrativi non possono avvalersi

⁽¹⁸⁾ Essendo esso insussistente, non si fa ricorso al termine "concessione cimiteriale".

⁽¹⁹⁾ La cui ammissibilità è data dall'art. 2724 C.C.

⁽²⁰⁾ Art. 2909 C.C.

di tutti gli strumenti di prova di cui, al contrario, il giudice civile può avvalersi. Si tratta di un limite del tutto sostanziale, che potrebbe costituire un grave limite al ricorso alla strumentazione amministrativa, limite per altro non agevolmente superabile.

Per altro, pur nell'inidoneità complessiva dell'ipotesi di un percorso amministrativo che porti rimedio alla situazione *de quo*, in assenza anche di un basso profilo documentale, andrebbe ulteriormente approfondita l'ipotesi per cui possa farsi ricorso a prove non documentali, ricorrendo alle lontane elaborazioni giurisprudenziali attorno all'istituto dell'*immemoriale* ⁽²¹⁾, cioè di quel lontano istituto che prendeva in considerazione l'esercizio di buona fede di un diritto senza titolo ad esercitarlo. Dal momento che la concessione cimiteriale opera esclusivamente nell'ambito del diritto pubblico, come esercizio di diritti – limitati – su beni demaniali, non va esclusa la ricorribilità all'istituto, che ammette che la prova possa essere data anche attraverso il ricorso all'atto di notorietà ⁽²²⁾, per altro qualificato, cioè richiedendosi che i testimoni ⁽²³⁾ abbiano non solo l'ovvio requisito di essere a conoscenza del contenuto della dichiarazione di cui si fa prova, ma anche che abbiano un'età ⁽²⁴⁾ e che abbiano conoscenza, dandone espressa attestazione, che il fatto di cui si intende dare prova fosse anche a conoscenza dei propri ascendenti, quando meno dei genitori. In altri termini, è necessario che si tratti di una situazione del tutto consolidata e stabile nel tempo e contro la quale non siano stati posti in essere atti contrastanti. Va anche detto che rendere, con atto del consiglio, ammissibile una prova di questo tipo pur in procedimenti amministrativi, che, di norma, richiedono essenzialmente atti e documenti, potrebbe anche non essere esattamente produttiva di effetti positivi, almeno nella situazione da cui si è partiti. Si fa l'esempio di un'assegnazione che sia avvenuta non in epoca del tutto remota, quanto piuttosto nelle fasi finali dell'indebito "affidamento" della gestione del cimitero, cioè tra 40 e 20 anni addietro: in tale situazione verrebbero

meno gli stessi presupposti per una prova di questo tipo, che comunque ha carattere del tutto eccezionale e richiede che sia espressamente prevista in apposito atto consiliare.

Al contrario, l'istituto dell'*immemoriale*, e sempre che sia espressamente previsto, meglio si presta a dare prova della sussistenza del rapporto sorto in tempi lontani, specie nei casi in cui si abbia avuta una qualche alterazione nella regolare tenuta degli archivi comunali, che abbia portato alla distruzione o smarrimento di regolari atti di concessione al tempo posti in essere.

L'esigenza dell'espressa previsione, meglio se in sede di Regolamento comunale di polizia mortuaria, discende dalla profonda diversità che intercorre tra attività amministrativa ed attività giurisdizionale, avendo la seconda, generalmente, la possibilità di fare ricorso alla c.d. prova con ogni mezzo, che è del tutto esclusa all'attività amministrativa, la quale opera *per tabulas*, cioè sulla base di atti e documenti.

Va precisato, ad ogni buon conto, che l'atto di notorietà anzidetto non è sostituibile dalla dichiarazione di cui all'art. 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in quanto, come precedentemente precisato, non si è in presenza unicamente di un procedimento amministrativo o della regolazione amministrativa di un qualche procedimento, ma le concessioni cimiteriali importano la co-presenza di procedimenti amministrativi e di istituti di diritto privato, con una miscela spesso articolata e, a volte, inestricabile. Infatti, i diritti che vengono a sorgere sono sì dei diritti reali su dei beni, ma limitati amministrativamente a determinate condizioni di esercizio, ad esempio, per gli obblighi, la durata, l'esercizio riservato a determinati soggetti, ecc.

È proprio questa co-presenza dei due piani che importa che si determini l'esclusione del ricorso esclusivo agli strumenti unicamente del diritto amministrativo od unicamente del diritto privato, ma essi sono tra loro strettamente legati ed inscindibili. E questo costituisce un elemento di complessità delle procedure proprie dell'attività cimiteriale.

⁽²¹⁾ L'istituto è stato abrogato nel diritto privato con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato A, ma si ritiene possa essere ancora utilizzabile in alcuni istituti di diritto pubblico.

⁽²²⁾ La competenza al ricevimento dell'atto di notorietà è unicamente del notaio, del giudice o del cancelliere, se sia stato delegato dal giudice.

⁽²³⁾ Due, per l'art. 30, comma 1 legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁽²⁴⁾ L'elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di cassazione, richiede un'età almeno superiore a 50 anni compiuti.