

Rubriche

Natura e costituzione delle concessioni cimiteriali in relazione alla durata ed ai rapporti sorti nel passato

di Sereno Scolaro

Con l'art. 74 R.D. 8 giugno 1865, n. 2322 "Regolamento per l'esecuzione della Legge 20 marzo 1865 sulla sanità pubblica, si prevedeva la possibilità dei comuni di concedere fosse o sepolture particolari, non precisandone la durata se, per le inumazioni, non nella misura minima corrispondente al turno ordinario di rotazione., nonché – art. 76 – l'ipotesi che in alcuni cimiteri fosse ammesso il sistema della tumulazione in sepolture private.

Da qui si evidenziano quanto meno due principi, quello dell'istituto della concessione e quello che unico soggetto titolare del potere di concessione fosse il comune.

In realtà, dall'art. 76 se ne ricava anche altro, quello per il quale la tumulazione dovrebbe essere considerata un'eccezione, soggetta ad ammissione e che, in ogni caso, le tumulazioni hanno riguardo a tumulazioni private, le quali comunque devono essere all'interno dei cimiteri (artt. 65 stesso R.D.), previsione che è riconfermata con l'art. 66 R.D. 6 settembre 1874 e successivamente, fino a venire a costituire limite non derogabile, ed in quanto tale di ordine pubblico, con l'art. 340 TULLSS, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265.

Sempre con l'art. 79 R.D. 8 giugno 1865, n. 2322 origina l'attribuzione alla potestà regolamentare dei comuni in materia di regolamenti comunali di polizia mortuaria⁽¹⁾, a volte quale parte del regolamento comunale d'igiene pubblica, norme regolamentari che hanno carattere attuativo delle norme statali.

L'elemento della concessione di parte del cimitero è maggiormente affrontato con il R.D. 11 gennaio 1891, n. 42, il cui art. 97 ammette più esplicitamente la facoltà del comune di concedere "posti" per sepolcri individuali o di famiglia, alla condizione che l'estensione dell'area del cimitero lo permetta (fabbisogno), giustificando tale comportamento alla prefettura producendo una planimetria da cui risulti l'area

nel complesso, quella destinata alle sepolture comuni e quella riservata ai sepolcri privati, nonché la media dei morti dell'ultimo decennio.

Nuovamente si fa sempre riferimento all'istituto concessorio, precisandosi (art. 100) che tali posti potevano essere concessi per tempo determinato od a perpetuità, dal ché si può dedurre che la durata, sia essa a tempo determinato o sia a tempo indeterminato (perpetua), costituisce un elemento essenziale e sostanziale della concessione.

Inoltre, veniva stabilito il divieto di concessioni cimiteriali a titolo gratuito, con la sola eccezione delle persone cui fossero riconosciute speciali benemerienze, decretate dal consiglio comunale.

In modo del tutto analogo, anche sotto il profilo testuale, il successivo R.D. 25 luglio 1892, n. 448.

In tale contesto, facevano eccezione unicamente i *cimiteri particolari* per uso di un gruppo di popolazione, di congregazioni o di qualsiasi altra associazione civile o religiosa, che, per altro erano comunque soggetti alla vigilanza comunale e previa autorizzazione del prefetto, sentito il consiglio comunale, oltre che gli organi consultivi sanitari (artt. 108 – 115 R.D. 11 gennaio 1891, n. 42), eccezione del tutto venuta meno dopo l'entrata in vigore del TULLSS.

Da quanto precede si ricava no alcune indicazioni "di quadro":

1. i cimiteri erano ordinariamente comunali,
2. se la loro superficie ha estensione sufficiente (da giustificare documentalmente) i comuni avevano la facoltà di concedere l'uso di parte della superficie eccedente il fabbisogno a privati;
3. la facoltà di concessione era esercitabile se ed in quanto prevista dal regolamento comunale di polizia mortuaria,
4. la concessione poteva riguardare tanto posti ad inumazione che sepoltura a sistema di tumulazione;
5. la concessione doveva avere l'indicazione di una durata, anche quando questa sia indeterminata (perpetua), che costituiva una condizione essenziale e sostanziale;
6. l'atto di concessione richiedeva la deliberazione del consiglio comunale;
7. l'atto di concessione richiedeva l'atto pubblico, soggetto al regime di pubblicità idoneo alla tutela dei terzi di buona fede, in relazione al fatto che la conces-

⁽¹⁾ Corte d'Appello, Torino, 17 aprile 1925 "L'autorità giudiziaria è competente a conoscere dell'azione promossa dal Comune per ottenere l'adempimento delle obbligazioni contratte verso di lui dai privati in forza del Regolamento per le concessioni loro fatte di determinati loculi del cimitero. Sussiste la competenza dell'Autorità giudiziaria civile, anche se, in forza del regolamento del cimitero, spettava al Comune, per la repressione della contravvenzione il diritto di perseguire l'autore in via penale."

sione costituiva un diritto reale, sostanzialmente di un diritto d'uso sull'area o sul manufatto;

8. la concessione poteva ritenersi sussistente solo sulla base di un regolare atto di concessione, cioè di un titolo idoneo, in relazione alla natura stessa della concessione e dei diritti che con esso si venivano a costituire e si dovevano provare, stipulato dal comune.

Molto spesso gli atti posti in essere non rispondevano a tutte le condizioni essenziali e sostanziali di cui sopra, ponendo, a posteriori, l'esigenza di valutare, magari in via interpretativa, la loro portata.

Va detto che per molto tempo, risultava del tutto prevalente l'orientamento, di prassi, di effettuare concessioni ad uso perpetuo, spesse volte espressamente indicandolo.

Per notizia vanno ricordate anche espressioni particolari od, oggi, "curiose" quali quelle, a titolo esemplificativo, in cui si usava la formula ... *vende in perpetuo* ..., formula che costituisce una spia del fatto che l'ente stipulante non aveva assoluta certezza di porre in essere effettivamente un atto di compravendita.

Infatti, la compravendita costituisce lo strumento per il passaggio della proprietà da un soggetto all'altro e si esaurisce in sé stesso, con la conseguenza che non ha significato giuridico connettervi elementi di durata, qual è la perpetuità come durata a tempo indeterminato.

D'altro canto, era comprensibile il ricorso a terminologie del diritto privato da parte dei notai, specie considerando come non fosse chiaramente definita la questione se i cimiteri costituissero aree demaniali o aree patrimoniali, questione risolta ben più tardi e non senza trascurare la persistenza di molte situazioni variamente regolate dalla legislazione degli stati pre-Unitari, alcuni dei quali presentavano ancora scarsa chiarezza tra beni demaniali, beni comunali, beni di uso civico, a volte perfino a pro di frazionisti, beni allodiali, ecc., situazioni tutte che possono giustificare imprecisioni terminologiche.

Sta di fatto che molte delle concessioni cimiteriali del secolo XIX (ed anche della prima parte del secolo XX) siano state spesso concesse a titolo di perpetuità, cioè a durata indeterminata.

Un altro elemento critico che raramente trovata negli atti di concessione era quello della definizione della *famiglia*, in quanto tale definizione avrebbe dovuto trovare fonte nel regolamento comunale di polizia mortuaria e, conseguentemente, riprodotta nell'atto di concessione.

Si tratta di una carenza che può anche imputarsi all'ipotesi per cui, in determinati momenti storici, si ritenesse che la *famiglia* costituisse comunque un concetto non equivoco e autonomamente pre-definito ⁽²⁾.

⁽²⁾ Ad esempio: Corte di cassazione, 29 luglio 1940 "Il sepolcro familiare si ha quando il fondatore l'abbia costituito per sé e per tutti o per alcuni membri della sua famiglia, vale a dire per i componenti di quel nucleo organico che è formato nor-

Indipendentemente dai nominalismi delle deliberazioni ⁽³⁾ e dei conseguenti atti pubblici di concessione ⁽⁴⁾, comunque la concessione di sepolture private risultava abbastanza ben definita per alcuni aspetti: il fatto che si fosse in presenza di una concessione importava che al titolare istituto con regolare atto di concessione fosse attribuito il diritto di usare della concessione per le finalità sue proprie, mentre i diritti reali pieni sull'*oggetto* della concessione, cioè la proprietà, restassero integralmente in capo al comune concedente, il quale al più veniva a trovarsi nella condizione del proprietario di un bene immobile su cui sia costituita

malmente dal capo di esso, della moglie, dei figli, delle figlie nubili o vedove, ed anche eventualmente degli ascendenti del capo, dei suoi fratelli celibi, delle sorelle nubili o vedove, delle nuore, nonché di altri eventuali ascendenti o discendenti in linea retta del capo della famiglia. Tale nucleo familiare non può pertanto essere confuso con la parentela, e di conseguenza il diritto di sepoltura non può aspettare ad una nipote ex sorella del fondatore."

E, precedentemente, Corte di Cassazione, 24 marzo 1928 "Quando il fondatore del sepolcro non abbia, per chiari segni, manifestato una volontà contraria, deve presumersi abbia inteso di escludere dall'uso della tomba le persone di coloro che non facciano parte del nucleo familiare."

⁽³⁾ Corte di Cassazione, Torino, 27 novembre 1922 "In linea di massima, la concessione a privati di aree nel cimitero comunale, per la costruzione di sepolcri familiari, deve essere deliberata dal consiglio comunale, salvo poi alla Giunta municipale e al Sindaco di addivenire alla stipulazione dei rispettivi contratti in esecuzione della deliberazione consigliare. Non può pertanto attribuirsi valore alla concessione delle dette aree fatta per iniziativa del Sindaco o della Giunta municipale."

Corte di Cassazione, 13 gennaio 1931 "La concessione del diritto di occupazione perpetua di un'area demaniale, quale quella di un cimitero comunale, deve essere fatta per regolare deliberazione scritta, né è sufficiente a costituire prova della concessione il rilascio della quietanza del prezzo versato, rilasciata dal tesoriere del Comune."

⁽⁴⁾ Tra gli altri, Corte di Cassazione, Sez. Civile II, 25 maggio 1983, n. 3607 "Nel nostro ordinamento il diritto di sepolcro si fonda su una concessione da parte dell'Autorità amministrativa di un'area di terreno o di una porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale in forza dell'art. 824 cod. civ. e tale concessione, in quanto si riferisce all'uso specifico cui l'area stessa è permanentemente destinata, crea, a sua volta, nel privato concessionario un diritto soggettivo perfetto di natura reale, nei confronti degli altri privati, come tale alienabile, prescrivibile ed espropriabile, salvo le particolari limitazioni che siano previste dai regolamenti comunali, in base ai quali la concessione è stata fatta, o di essi modificativi; siffatto diritto di natura reale (superficie), iure privato è tutelabile con esperimento dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria di ogni azione che il particolare caso richieda, ivi compresa la rivendica; iure pubblico è destinato ad affievolirsi nei confronti della P.A. concedente e a degradare in diritto condizionato od affievolito, qualora lo richiedono esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero; per tanto, la domanda del terzo che rivendica il diritto di sepoltura 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."

una servitù in favore di un terzo ⁽⁵⁾, con, ovviamente, il vincolo del rispetto di tale servitù fin tanto che sussistente o a tempo indeterminato, se così fosse stato pattuito.

Apparentemente, sono state usate espressioni generiche (diritto di usare della concessione per le finalità sue proprie o "oggetto" della concessione): ciò è stato fatto volutamente in considerazione delle diverse ipotesi che si potevano avere e, precisamente:

1. concessione di area per la sepoltura ad inumazione destinata a salma predeterminata;
2. concessione di area per la sepoltura ad inumazione destinata a salma non predeterminata;
3. concessione di area per la sepoltura ad inumazione destinate alle sepolture di particolari presone secondo criteri predeterminati (es.: *per i defunti della famiglia ...*, oppure *per la salma di ... e dei suoi ...*, o simili),
4. concessione di area per la costruzione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione individuale a salma predeterminata;
5. concessione di area per la costruzione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione individuale a salma non predeterminata;
6. concessione di area per la costruzione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione per salme di una determinata famiglia;
7. concessione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione individuale eventualmente costruito dal comune e destinato a salma predeterminata;
8. concessione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione individuale eventualmente costruito dal comune-concedente e destinato a salma non predeterminata;
9. concessione di un manufatto per la sepoltura a tumulazione per famiglia (cioè, per le salme di famiglia determinata) eventualmente costruito dal comune-concedente.

L'ipotesi della concessione di area per la costruzione di sepolture a tumulazione per membri di collettività od enti, indipendentemente da chi provvedesse alla costruzione, è del tutto più recente, almeno sotto il profilo normativo.

Va ricordato, per inciso, che le sepolture a tumulazione, laddove eccezionalmente ammesse dovesse avvenire in nicchie separate per ciascun cadavere, ciascuno

⁽⁵⁾ Corte d'Appello, Firenze, 13 febbraio 1926 "Il diritto alla sepoltura in una cappella gentilizia assegnato con testamento che lasci la proprietà della cappella ad altri prende norme dalle disposizioni che regolano l'uso della servitù. E pertanto, come il proprietario non può fare alcuna cosa che tenda a diminuire l'uso della servitù od a renderlo più incomodo, non può variare lo stato del fondo, né trasferire l'uso della servitù in luogo diverso, salvo che l'originario gli fosse divenuto più gravoso, ovvero il cambiamento riesca per lui di notevole vantaggio e non sia di danno al titolare della servitù; questi del pari e senza che possa fare nel fondo servente alcuna innovazione che ne renda più gravosa la condizione."

individualmente seppellibile (art. 63 R.D. 11 gennaio 1891, n. 42 e norme successive) e che le costruzioni dei sepolcri particolari non potessero, in alcun caso, avere accesso o comunicazione se non dall'interno del cimitero.

La concessione, rimanendo sempre il comune-concedente proprietario dell'area, o del manufatto, manteneva pur sempre un carattere giuridicamente di precarietà, anche quando la sua durata fosse a tempo indeterminato (perpetuità), potendo essere influenzata da fattori diversi, quali, ad esempio, il venire meno della funzione, l'estinzione della famiglia, o atti di esercizio del diritto che il concessionario potesse porre in essere, tra quelli che la normativa vigente al momento gli consentiva.

In altre parole, la precarietà non era influenzata dalla durata, quanto dalla natura e, ancora principalmente, dalle funzione del diritto d'uso sull'*oggetto* della concessione.

Sulla portata dei diritti esercitabili sulla concessione precaria d'uso di cui il concessionario diveniva titolare con l'atto di concessione, si deve constatare come essa sia stata, nel tempo, variamente valutata inizialmente, in quanto coesistevano più linee di interpretazione alcune propendendo comunque per una natura patrimoniale, per altro concordemente attenuata, altre sostenendo la natura demaniale, con un ampio spettro di posizioni intermedie, anche se con il tempo è venuta a prevalere l'impostazione "demanialistica", fino a che essa è stata tradotta in norma positiva nel codice civile, con effetto dal 28 ottobre 1941 ⁽⁶⁾.

È evidente come in un contesto in cui fosse presente la concezione patrimoniale, l'ambito dei diritti esercitabili dal concessionario dovesse considerarsi decisamente più ampio, rispetto a che si seguisse la concezione demaniale e meglio definito una volta che questa concezione è stata scientemente retta a norma positiva.

Tra l'altro la questione interpretativa viene a complicarsi se si consideri che con il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, successivo al 28 ottobre 1941 o, a voler essere del tutto morbidi, anche al 21 aprile 1942 (ma conta la prima delle due date), presentava previsioni che sono in espresso contrasto con tale impostazione: si tratta di uno dei tanti esempi che questa fonte, come le successive (D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 prima e, poi, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), presenta in termini di inadeguatezza rispetto all'evoluzione normativa complessiva. Si dovrebbe forse porre la questione se la norma sia "nata abrogata" (?), magari anche in relazione alla valutazione sulla natura quale

⁽⁶⁾ Infatti da tale data è entrato in vigore il Libro III del codice civile, mentre l'intero codice civile è stato successivamente approvato con R.D. 16 marzo 1942, n. 262 ed entrato in vigore il 21 aprile 1942. Nella relazione del Ministro Guardasigilli, interposta al provvedimento di adozione, la volontà del legislatore risulta del tutto espressa, voluta e cosciente in termini di scelta legislativa.

norma di rango primario o di rango secondario del R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, sulla gerarchia delle fonti, ecc., questioni che, per altro, appaiono poco produttive di effetti pratici.

Ci si limita a dare conto del fatto che, in contrasto con il codice civile, l'art. 71 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 prevedesse che il diritto d'uso potesse essere oggetto di atti di disposizione, cessione o trasmissione, tanto con atto tra vivi che con atto *mortis causa*, e comunque con alcune attenuazioni e limitazioni, forti e non certo di poco conto.

Si trattava, precisamente, di quanto segue:

- a) la facoltà di concessione di aree era subordinata alla delimitazione delle aree, conseguente all'adozione del "piano distributore" (oggi, piano regolatore cimiteriale di cui al Capo X e, in particolare, all'art. 58 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) (art. 68);
- b) la concessione doveva avere la forma scritta (deliberazione) e il relativo e conseguente atto era subordinato all'autorizzazione prefettizia (con l'evidente motivazione della verifica del fatto che essere non intaccassero il fabbisogno di aree ad inumazione, cioè la dotazione di cui i comuni avevano (ed anno tuttora) l'obbligo di assicurare (art. 69) ⁽⁷⁾);
- c) con l'atto di concessione potevano essere imposti su di essa, o meglio al titolare, determinati obblighi, tra cui quello di provvedere all'erezione del manufatto sepolcrale entro tempo determinato (art. 70);
- d) si stabiliva il divieto di concessione ai soggetti che mirassero a farne oggetto di lucro o di speculazione (art. 70);
- e) la concessione attribuiva al concessionario il diritto d'uso ⁽⁸⁾, che è un diritto reale su beni immobili e non altri diritti reali (art. 71);
- f) il diritto d'uso aveva una duplice finalizzazione:
 - la costruzione di un sepolcro privato;
 - l'uso del sepolcro privato, una volta costruito, all'interno dell'ambito concessorio;
- g) il diritto d'uso era *riservato* al concessionario e alle persone della sua famiglia (o se si trattava di concessione ad un ente, cioè ad una persona giuridica, alle persone "iscritte" all'ente che ne fosse concessionario);
- h) il diritto d'uso di cui sopra poteva essere ceduto ⁽⁹⁾ in tutto od in parte;

⁽⁷⁾ La norma prevedeva che, per l'ottenimento del nulla-osta del prefetto, la deliberazione comunale dovesse essere corredata da: a) piano regolatore del cimitero, da cui risultasse l'area per i campi comuni ad inumazione e l'area che si ipotizzava di riservare alle sepolture private in concessione, b) dati sulla mortalità media annuale del comune durante l'ultimo decennio, c) calcolo del presuntivo aumento annuo della popolazione. Il ché non è proprio poco.

⁽⁸⁾ Artt. 1021-1026 codice civile. Non si parla, mai, di altri diritti reali e men che mai del principale dei diritti reali, quello di proprietà il cui contenuto è definito dall'art. 832 C.C..

⁽⁹⁾ Si evidenzia il contrasto con l'art. 1024 codice civile, che può essere valutato o come una ri-conferma dell'inaffidabilità

i) il diritto d'uso di cui sopra poteva essere trasmesso, in tutto od in parte;

l) tale cessione o trasmissione poteva avere luogo per atto tra vivi o *mortis causa*, salvo che i regolamenti comunali non dispongano altrimenti ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾;

m) trattandosi di un diritto reale, ovviamente, la cessione o trasmissione del diritto d'uso importava che il relativo atto avesse i requisiti di forma e di sostanza, ma anche che fosse, e sia, soggetto alle conseguenti forme di pubblicità;

n) la cessione o la trasmissione lasciava inalterati gli obblighi imposti all'originario concessionario, il ché significava che non vi era "subentro" nei apporti attivi o passivi del destinatario della cessione o trasmissione, forse neppure solidarietà, ma che il concessionario originario continuava ad essere soggetto agli obblighi originariamente assunti ⁽¹²⁾;

o) il comune aveva la facoltà di non riconoscere il destinatario della cessione o della trasmissione quale nuovo concessionario ⁽¹³⁾;

p) e, per l'esercizio di questa facoltà, gli atti pubblici di cessione o di trasmissione dovevano essere notificati ⁽¹⁴⁾ al comune, che doveva provvedervi entro 30 giorni ⁽¹⁵⁾.

di queste disposizioni del regolamento per incompatibilità con il codice civile o, laddove non si volesse aderire all'impostazione per la quale la norma sia "nata abrogata" (per riprendere un'espressione forse non proprio precisa tecnicamente, ma di maggiore percettibilità), come un elemento di specialità, tale da far ritenere che il diritto d'uso che sorge dall'atto di concessione cimiteriale non sia esattamente sovrapponibile al diritto d'uso del codice civile, ma un suo simulacro che conserva natura del tutto *sui generis*.

⁽¹⁰⁾ Previsione che attribuiva quindi ai comuni, attraverso lo strumento del regolamento comunale, la possibilità di valutare in modo diverso l'ambito della disponibilità di questo specifico diritto d'uso.

⁽¹¹⁾ In realtà, oltre alla diversa disposizione da parte dei regolamenti comunali di polizia mortuaria, la norma prevedeva anche un'altra eccezione, anzi la prevedeva antecedentemente, quella che, testualmente, prevedeva: *salvo che la cedibilità o la trasmissibilità, in tutto o in parte, non sia incompatibile con il carattere del sepolcro secondo il diritto civile*: si tratta di una formulazione che andrebbe rimeditata e che fa sorgere la sensazione che in sede redazione si abbia voluto attribuire, un po' pilatescamente, ai comuni la "responsabilità" di trarre le debite conseguenze dall'attribuzione della natura di beni demaniali ai cimiteri.

⁽¹²⁾ Cioè, con la cessione o la trasmissione non se ne disgravava, almeno nei confronti dell'ente concedente, il comune, rispetto al quale rimaneva il solo soggetto obbligato.

⁽¹³⁾ E, in tale evenienza, tale destinatario non poteva esercitare il diritto d'uso che gli fosse stato ceduto o trasmesso. Si ricorda che il comune ha sempre e senza eccezione alcuna il preciso obbligo di accertare documentalmente la sussistenza del diritto di uso ogni qual volta ne sia richiesto l'esercizio.

⁽¹⁴⁾ Qui sembrerebbe che fosse necessaria la notifica a ministero di ufficiale giudiziario, in coerenza con la natura del diritto d'uso.

⁽¹⁵⁾ Trattandosi di una facoltà di non riconoscimento, si esprime l'avviso che, decorso il termine, operasse una sorta di silenzio-assenso e che il comune, titolare del cimitero e concedente,

Si ritiene di dover evidenziare quanto meno due aspetti.

Il primo concernente la *riserva* del diritto d'uso, la cui alterazione determinava, e determina, una situazione di inadempimento in termini di alterazione degli obblighi sorgenti dalla concessione che costituisce fattispecie di decadenza ⁽¹⁶⁾.

Il secondo riguarda la definizione di *famiglia* come ambito delle persone a cui è "riservato" il diritto d'uso della concessione: si è già avuto modo di sottolineare come tale definizione dovrebbe trovare fonte nel regolamento comunale di polizia mortuaria, ma che, nel passato, a volte risultava comunque indefinito anche in tale fonte, magari nella presupposizione che si trattasse di una definizione non equivoca.

Laddove si dovesse seguire la linea interpretativa per la quale il diritto d'uso sulla concessione sia il diritto d'uso quale definito dal codice civile ⁽¹⁷⁾, in difetto di specifica, magari analitica, definizione dell'ambito della famiglia da parte del regolamento comunale di polizia mortuaria, si potrebbe fare riferimento, surrettiziamente, alle disposizioni dell'art. 1023 C.C., ma, per sostenere questa linea, si dovrebbe spiegare la motivazione che, nella specifica materia, avesse portato il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 ad una espressa disapplicazione dell'art. 1024 C.C., non senza mettere in evidenza come l'art. 1023 C.C. prenda in considerazione anche soggetti (persone conviventi al fine della prestazione di servizi) con i quali non sussistono vincoli civilistici, ma unicamente contrattuali ⁽¹⁸⁾.

non potesse ulteriormente esercitare la facoltà di non riconoscimento.

⁽¹⁶⁾ L'Agnoli definisce la decadenza con la seguente formulazione: "Questo istituto s'inquadra nell'ambito delle inadempienze del concessionario a fronte degli obblighi assuntivi dal medesimo con la sottoscrizione o l'acquisizione negoziale." (M. Agnoli, Manuale di polizia mortuaria, Editrice CEL, Gorle, 2000, pag. 64). Pur condividendo l'impostazione dell'Autore, si ritiene di dover integrare le sue conclusioni attorno all'istituto della decadenza, pag. 65, con la precisazione che alcune inadempienze non richiedono di essere definite in sede di regolamento comunale di polizia mortuaria in quanto già previste dalla norma nazionale, come, ad esempio, quella sulla "riserva" dell'esercizio del diritto d'uso al concessionario ed ai membri della sua famiglia oppure, vigendo il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, sull'obbligo della notificazione al comune degli atti pubblici di cessione o di trasmissione del diritto d'uso, oppure altre indicazioni della norma statale. Andrebbe precisato come l'alterazione della "riserva" costituirebbe, e l'esperienza insegna come il condizionale sia del tutto d'obbligo, una fattispecie impossibile, spettando sempre ed inderogabilmente al comune accertare documentalmente la sussistenza del diritto ogni singola volta che esso venga esercitato, accertamento preventivo e condizione *sine qua non* perché il comune ne consenta l'esercizio. E ciò sposta l'accento sulle responsabilità del comune e dei suoi organi.

⁽¹⁷⁾ Ipotesi che si è già visto essere debole e non certamente assoluta.

⁽¹⁸⁾ E altrettanto dovrebbe essere motivato il fatto che solo con l'art. 93, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (cioè, dopo soli 48 anni!) è stata prevista la possibilità di *altresì consen-*

Sta di fatto che molti comuni non si sono posti questioni sulle relazioni con il codice civile, in relazione a tale contrasto o le altre cui precedentemente si faceva cenno, spesso recependone, magari per riproduzione, i contenuti nei propri regolamenti comunali.

Per una svolta coerente con il codice civile si è dovuto attendere il D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, in vigore dal 10 febbraio 1976, con cui si sono introdotte alcune innovazioni regolamentari di grande portata.

Il superamento delle ipotesi che precedentemente consentivano il rilascio di concessioni a tempi indeterminato (perpetuità), lo stabilimento della regola per la quale tutte le concessioni dovessero essere a tempo determinato, fissandone una soglia limite.

Non solo, ma anche riconfermando il "divieto" di concessione a soggetti che mirino a farne oggetto di lucro o di speculazione, in qualche modo qualificando la demanialità a principio del tutto inderogabile e, in quanto tale, di ordine pubblico ⁽¹⁹⁾.

Ora, viene da chiederci se con lo strumento del regolamento, se esso abbia avuto natura di norma secondaria, potesse essere possibile introdurre mutamenti normativi di così ampia portata o se ciò sia stato possibile proprio perché era vigente, e da tempo, la norma di rango primario (codice civile, in questo caso) cui dare *de facto* attuazione.

Così posta la questione (e, per ragioni di vario ordine, volutamente trascurando la situazione degli atti di concessione costituiti nel periodo tra il 1942 ed il 1975) sulla portata di queste disposizioni e sui loro effetti.

La principale di queste ragioni si fonda sulla sua caratteristica di periodo "intermedio" con la presenza di norme di varia fonte, tra loro prive di congruenza e che porta a considerare come, a stretto rigore, si dovrebbe assumere la data di entrata in vigore del Libro III del codice civile (28 ottobre 1941) come quella da cui fare venire meno ogni ipotesi di persistenza dell'ammissibilità di concessioni a tempo indeterminato, ma anche di un certo grado di disponibilità, in quanto contrastanti con la demanialità riconosciuta, attribuita ai cimiteri, che importa che i beni che ne hanno le caratteristiche possano essere oggetto di diritti a favore di terzi (concessionari) unicamente nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 823 C.C.), mentre risultava altrettanto vigente in tale periodo intermedio il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 che risultava incoerente per più punti con l'avvenuta attribuzione ai cimiteri del carattere di beni demaniali. Si pensi all'art. 70 che conservava l'ipotesi

tire (termini in sé stessi significativi) la tumulazione di salme che siano state conviventi con il concessionario (ma non semplicemente con i membri della famiglia del concessionario), segno che la situazione di convivenza importa estraneità dalla famiglia se non concorra con la sussistenza di vincoli civilistici. ⁽¹⁹⁾ Tale divieto era previsto dallo art. 70, comma 3 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880.

dell'ammissibilità delle concessioni a tempo indeterminato (perpetuità), ipotesi del tutto contrastante con la natura demaniale, oppure alle ipotesi sull'ambito della disponibilità dei diritti sulle concessioni (art. 71) che avrebbero potuto essere considerate compatibili con tale regime, come "modi e limiti stabiliti dalla legge che li riguardano", alla condizione di valutare che il R.D. 21 ottobre 1942, n. 1880 avesse rango di norma primaria, cosa che, con certe argomentazioni, forse potrebbe anche sostenersi, ma che metterebbe in evidenza possibili alterazioni rispetto alle successive norme specializzate, cioè il D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 (ed a prescindere dalla sua precedenza rispetto alla legge 23 agosto 1988, n. 400) e, quindi il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, il quale ultimo ha per altro inequivocabilmente natura di norma secondaria.

Non va poi trascurato il fatto di come, sostanzialmente tutti i comuni, abbiano dato nei fatti e negli atti, sia attraverso conformi regolamenti comunali sia con l'adozione di atti amministrativi (deliberazioni, atti contrattuali di concessione) alle disposizioni contenute nel R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 in termini fortemente adesivi, cosicché il considerare tali previsioni come giuridicamente inapplicabili, come dovrebbe essere, porrebbe la questione della nullità degli atti di concessione, oltre che dei provvedimenti a monte (regolamenti comunali e deliberazioni), andando ad intaccare profondamente l'affidamento dei terzi di buona fede, quali in genere si devono considerare i concessionari.

Conseguentemente, si trascura questo periodo in modo del tutto intenzionale, salvo riprendere siffatta questione successivamente.

Appare del tutto chiaro come, a partire dell'entrata in vigore del D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 le nuove concessioni non potessero che essere se non a tempo determinato, entro il limite massimo dei 99 anni e che sussistesse il divieto di concessione a soggetti che della concessione intendessero farne oggetto di lucro o di speculazione, termini questi ultimi da valutare non tanto nell'accezione propria del linguaggio comune, bensì nell'accezione giuridica⁽²⁰⁾.

Maggiori questioni vanno poste per le concessioni precedenti al 28 ottobre 1941 (per il fatto di voler intenzionalmente tralasciare qui il periodo intermedio di cui sopra), allorquando sussisteva una espressa previsione di ammissibilità delle concessioni a tempo indeterminato (perpetue).

Rispetto alle concessioni risultanti da regolare atto di concessione e originate in epoca precedente, si deve considerare come esse siano sorte sulla base di presupposti, anche normativi, che ammettevano, sotto il profilo della durata, sia che esse avessero durata a tempo determinato che indeterminato (perpetue), con la conseguenza che il ricorso all'uno o all'altro dei

criteri di durata era attribuito ai comuni che lo potevano esercitare avvalendosi della propria potestà regolamentare in sede di adozione, o di variazione, del regolamento comunale di polizia mortuaria, esercizio che poteva anche prevedere differenziazioni in relazione alle tipologie di concessione.

In ogni caso, la durata, costituendo una clausola essenziale e sostanziale, andava precisata nell'atto di concessione.

Gli atti sorti nel contesto di tale regime risultano quindi perfetti e idonei a produrre effetti sotto ogni profilo, senza che sia ammissibile che il comune concedente possa adottare provvedimenti, seppure di portata *erga omnes*, rivolti a mutare il rapporto di concessione posto in essere con condizioni che, al momento del loro sorgere, erano espressamente ammesse, anche se può essere ammissibile che il concessionario possa rinunciare al rapporto di concessione a suo tempo instaurato o richiederne un mutamento nelle condizioni essenziali.

Apparentemente, qui si ha una situazione di squilibrio, in quanto il concessionario è legittimato a rinunciare alla concessione di cui sia titolare, mentre il comune non può unilateralmente revocarla o mutarne le condizioni essenziali.

In realtà, il comune ha la potestà di revoca, ma in presenza di fattispecie ben definite e, tutto sommato, non equivocate. Si trascurano, espressamente ed intenzionalmente, eventuali fattispecie di revoca stabilite dal regolamento comunale di polizia mortuaria (che, per altro, dovrebbero essere state sussistenti anche al momento originario della concessione e non solo in vigore al momento in cui la revoca sia posta in essere), per considerare unicamente la norma statale. La revoca è prevista nel caso dell'art. 92, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (e, prima, l'art. 93, comma 2 D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803), ma è limitata alle concessioni a tempo determinato di durata eccedente i 99 anni, condizionata dal fatto che si debba essere in presenza di concessioni in cui comunque siano trascorsi 50 anni dalla tumulazione e, soprattutto, che *si verifichi una grave situazione di insufficienza del cimitero rispetto al fabbisogno del comune* e non sia possibile provvedere tempestivamente, cioè in termini adeguati, all'ampliamento o alla costruzione di un nuovo cimitero.

Ma la situazione, per giunta grave, di insufficienza risulta del tutto remota, in quanto il comune ha l'obbligo di assicurare in ogni momento che vi sia la disponibilità di un'area adeguata al fabbisogno e computata con i parametri tecnici, oggi, stabiliti dall'art. 58 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285⁽²¹⁾, obbligo che se coerentemente assolto da parte del comune non potrebbe consentire che si verifichi una situazione di insufficienza rispetto al fabbisogno: è evidente che se si

⁽²⁰⁾ Si vedano, ad esempio, gli artt. 1223, 1671, 2056 e 2227 codice civile.

⁽²¹⁾ Art. 337 TULLSS, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 ed art. 49 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

verifica una situazione di insufficienza, e per giunta grave, ci si trova di fronte ad un inadempimento degli obblighi in capo al comune, così che l'avvio del procedimento di revoca non può prescindere dall'accertamento delle responsabilità che hanno determinato l'inadempimento degli obblighi a cui il comune non può sottrarsi.

In ogni caso, la revoca è esclusa per le concessioni a tempo indeterminato, le quali conservano la loro efficacia senza limiti temporali, al punto da essere oggetto di una specifica tutela anche nell'eventualità di soppressione del cimitero stesso, tutela che non importa un eventuale "spostamento" fisico del rapporto originariamente sorto ⁽²²⁾, che viene meno con il cessare della funzione dell'intera area cimiteriale interessata alla soppressione, ma si realizza con l'attribuzione di un diritto a costituire una "nuova" concessione nel nuovo cimitero o con la finalità di consentire il perfezionamento del rapporto di concessione sorto (... *per il tempo residuo spettante secondo l'originaria concessione* ...) o per consentire l'esaurimento del rapporto, essendone venuta meno, con la soppressione del cimitero, l'originaria finalità.

Nel primo caso si è in presenza dell'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi di buona fede (cessionari) che, avendo in essere una concessione a tempo determinato che non può continuare a persistere nella sede originaria per cause non a loro imputabili e qualificabili, per questo, come di forza maggiore, non possono subirne le conseguenze e, d'altro canto, il comune concedente si trova nella condizione di dovere adempiere alle obbligazioni, e limitazioni, da egli stesso accettate con l'atto di concessione, tanto più che questo costituiva, al momento originario, una facoltà per il comune e non certamente un obbligo.

Nel secondo caso, si esaurisce con la soppressione la finalità della concessione, che non è solo quella di dare sepoltura a salma determinata o determinabile, ma anche a darvi sepoltura in quel determinato cimitero; ma, anche in questo caso, il concessionario si trova di fronte ad eventi non a lui imputabili e di forza maggiore. In questo caso, l'assegnazione di un'area di superficie corrispondente a quella della concessione originaria, mutando il cimitero, viene a caratterizzarsi come una concessione del tutto "nuova", e per questo motivo deve necessariamente rispondere alle condizioni essenziali e sostanziali che regolano le concessioni cimiteriali che vengono poste in essere a partire dal 10 febbraio 1976.

Tornando alla situazione di apparente squilibrio tra la posizione del comune concedente e quella del concessionario, si deve considerare che la titolarità di un potere di rinuncia da parte del concessionario costituisce

un modo di esercitare il diritto d'uso (se si vuole, al pari della compravendita che costituisce un modo di esercizio del diritto di proprietà, forse il modo estremo di esercizio del diritto di proprietà).

La posizione del comune è totalmente diversa, in quanto titolare dell'area o, se si vuole, del bene, tra l'altro titolare con caratteristiche tali da non consentirgli alcune modalità di esercizio di questa particolare proprietà (si fa riferimento all'inalienabilità dei beni demaniali), e che su di essa ha costituito, senza esservi obbligato ma per propria scelta discrezionale, pur all'interno di date condizioni, diritti a favore di terzi, cioè la concessione. Ne deriva che esso, una volta stipulato l'atto pubblico di concessione, viene a trovarsi nella condizione giuridica di dovervi adempiere, così che è esclusa ogni possibilità di una risoluzione del rapporto costitutivo di tali diritti a favore di terzi che abbia luogo in termini unilaterali, ma anche la modifica unilaterale dei diritti che ha costituito con l'atto pubblico di concessione ⁽²³⁾.

E, per altro, ammissibile la modificazione del rapporto di concessione quando esso derivi dal concorde e consensuale accordo tra le due parti, fermo restando il principio dell'esclusione di fattispecie che possano avvicinarsi alla figura del c.d. patto leonino, anche se tale ammissibilità appare attentamente valutabile, nel senso che possa sussistere quando riguardi clausole o condizioni prive dei requisiti di essenzialità e sostanzialità.

Infatti, pur ammettendosi astrattamente l'ipotesi della novazione dell'atto pubblico di concessione, nel momento in cui la novazione riguardasse condizioni essenziali e sostanziali può verniciarsi il sorgere di una situazione di alterazione della concessione, tale da farne, probabilmente, venire meno le finalità e le funzioni che costituivano la volontà del fondatore del sepolcro (e del comune che ha concorso alla fondazione del sepolcro attraverso la concessione) ⁽²⁴⁾ cosa che

⁽²³⁾ Tribunale, Pavia, 29 marzo 1928 "La demanialità dei cimiteri non esclude che i privati, per regolare concessione avuta, possano acquistare particolari diritti subbiettivi destinati a non subire limitazioni in successive regolamentazioni del Comune, contro le quali gli interessati (e sono a qualificarsi come tali i congiunti del fondatore, jure proprio e non jure haereditatis) possono agire davanti l'Autorità giudiziaria ordinaria."

Corte d'Appello, Milano, 8 novembre 1929 "I Comuni possono concedere ai privati aree nel cimitero Comunale per le sepolture particolari a perpetuità anche in difetto di un particolare regolamento di polizia mortuaria. Tale concessione, una volta fatta, deve essere rispettata, e qualora si pretendesse dal Comune convertita in temporanea, il privato ha azione giudiziaria per il riconoscimento del suo diritto all'intangibilità della concessione."

⁽²⁴⁾ Corte d'Appello, Roma, 6 febbraio 1931 "Il contenuto patrimoniale del jus sepulchri ha importanza secondaria di fronte al vincolo della destinazione imposta dal fondatore, dovendo questa essere rispettata nel senso della limitazione dell'uso fra i membri della famiglia, della inalienabilità e della indivisibilità. Né, per proporre azioni giudiziarie relativamente a quella destinazione, occorre l'appartenenza al gruppo familiare in

⁽²²⁾ Che andrebbe ben al di là della funzione della concessione cimiteriale che è data dall'assicurazione della sepoltura a salma determinata o determinabile, funzione la cui alterazione, quale ne sia la causa o il soggetto agente, fa sorgere una fattispecie di decadenza.

produrrebbe la conseguenza per la quale la concessione novata non sia novata, ma del tutto nuova e, quindi, soggetta alle condizioni essenziali e sostanziali vigenti al momento in cui l'atto pubblico di "modifica" viene posto in essere (e tale atto non è più una "modifica" ma una nuova concessione ad ogni effetto giuridico, anche se riguarda lo stesso *oggetto* fisico). Da ciò, l'esigenza, secondo noi imprescindibile, di affrontare in sede di regolamento comunale di polizia mortuaria eventuali istituti di novazione consensuale del rapporto di concessione con adeguata attenzione ed avendo ben presenti i possibili effetti "perversi", cioè non voluti, che possono far trascendere la novazione in una nuova concessione del tutto originaria ed autonoma rispetto a quella originaria.

A questo punto è possibile riprendere la questione, prima trascurata volutamente e quindi rinviata, del regime delle concessioni sorte nel periodo c.d. intermedio (1942 - 1975), che può trovare soluzione in uno o nell'altro senso, a seconda che ci si orienti verso l'una o l'altra delle ipotesi interpretative, non nascondendo che, a voler essere seri, la sola giuridicamente sostenibile è quella del superamento delle perpetuità e dell'ammissibilità di atti di disposizione di diritto privato a decorrere dal 28 ottobre 1941, anche se non va sottovalutato il principio della tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede (cessionari) che abbiano stipulato un regolare atto pubblico di concessione dal quale risultino tali caratteristiche essenziali e sostanziali, anche nella considerazione che tale atto, pur se viziato e potenzialmente fonte di responsabilità amministrative e contabili, tuttavia difficilmente può venire intaccato, probabilmente neppure in termini di autotutela, dato il tempo trascorso, dovendosi ipotizzare non solo la buona fede del concessionario, ma in molti casi anche la buona fede degli organi comunali che hanno, nel tempo, agito.

Non va dimenticato, tra l'altro, che l'atto amministrativo illegittimo può sì essere oggetto di disapplicazione, ma unicamente dal giudice che, investito di questioni che vi attengano, riconosca e dichiari tale illegittimità, mentre non può essere disapplicato dagli organi o dagli agenti del comune, ai quali eventualmente può essere riconosciuto un potere propulsivo o, se ne sussista la competenza funzionale, di modificazione dell'atto o dei suoi presupposti, sempre con il rispetto dell'osservanza del principio di tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, principi che potrebbe essere superato se fosse riconosciuto - a nostro avviso, giudizialmente - l'illiceità e non solo l'illegittimità dell'atto o, a seconda dei casi, la nullità non sanabile dell'atto.

Diventa quindi difficile, salvo diversa previsione del regolamento comunale di polizia mortuaria, dare at-

tuazione al principio interpretativo concernente l'efficacia del consolidamento in termini anche di diritto positivo dell'assoggettamento al regime dei beni demaniali, per altro già precedentemente ritenuta anche in sede giurisprudenziale ⁽²⁵⁾ direttamente ed univocamente dal 28 ottobre 1941, ritenendosi maggiormente sostenibile la conservazione, in termini di illegittima incrostazione, anche successivamente.

Va anche affrontata la questione sulla portata della perpetuità, nel senso che essa comporta una durata a tempo indeterminato, ma richiede, per altro, che permangano immutate le condizioni originariamente a presupposto della concessione, così che eventuali mutamenti che attengano alla funzione della concessione o al suo uso incidono sulla concessione stessa, facendola venire meno (decadenza).

In altri termini, la durata, in questo caso a tempo indeterminato, non costituisce un fattore assoluto ed è suscettibile di modificazioni, quanto piuttosto una delle condizioni di regolazione dell'esercizio del diritto d'uso, uno degli elementi, e neppure il più rilevante, della concessione, la quale rimane influenzata da quest'ultimo e dalle finalità, funzione, destinazione che hanno portato alla costituzione della concessione cimiteriale ⁽²⁶⁾.

Ad esempio, uno dei casi in cui la concessione può subire modificazioni è quello della soppressione del cimitero ⁽²⁷⁾, oppure per il mutamento della destinazione originaria o per un esercizio del diritto d'uso in difformità, anche parziale, rispetto alla volontà del fondatore del sepolcro, quale risultante dall'atto pubblico di concessione, oppure per un uso incoerente con la riserva a persone di famiglia determinata, oppure per l'esercizio del diritto d'uso da parte di un soggetto diverso dal concessionario (fondatore del sepolcro

⁽²⁵⁾ Ad es.: Tribunale, Pavia, 29 marzo 1928; Corte di Cassazione, 13 gennaio 1931; Corte d'Appello, Venezia, 8 aprile 1932; Corte d'Appello, Palermo, 26 ottobre 1934; Consiglio di Stato, parere 14 dicembre 1937.

⁽²⁶⁾ Corte di Cassazione, 6 maggio 1935 "*I sepolcri particolari o familiari, anche se esistenti nei cimiteri comunali, possono essere oggetto di disposizione per atto tra vivi o di ultima volontà da parte di chi ne è titolare, purché se ne rispetti la destinazione.*"

Consiglio di Stato, parere 5 aprile 1938 "*Appare fondato il principio che la durata di una concessione di sepoltura sia subordinata alla permanenza della destinazione a cimitero del luogo ove la sepoltura si trova.*"

T.A.R. Veneto, 26 agosto 1975, n. 429 "*In base agli artt. 70 e 71 del Reg. di polizia mortuaria approvato con R.D. 21.12.1942, n. 1880, la concessione perpetua di area cimiteriale può cessare soltanto per decadenza, a seguito dell'inservanza degli obblighi del concessionario per cessione dell'area a terzi nei casi non consentiti o per soppressione del cimitero, mentre né la revoca, né alcun'altra limitazione del diritto del concessionario è ammissibile attraverso l'emanazione di altra concessione incompatibile con la precedente.*"

⁽²⁷⁾ Si rinvia a quanto precisato in relazione alla soppressione del cimitero (art. 98 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285).

sensu stretto, e la esistenza del diritto alla sepoltura, essendo sufficiente un interesse morale a che sia rispettata la tomba in cui riposano congiunti della persona che propone l'azione."

(²⁸)), salvo in quest'ultimo caso che il regolamento comunale di polizia mortuaria, vigente al momento del sorgere della concessione e vigente, con conforme previsione regolamentare, al momento dell'esercizio del diritto d'uso, non disponga diversamente, magari eccezionalmente attribuendo ai discendenti del concessionario, fondatore del sepolcro, la qualifica di concessionario, adottando cioè l'istituto del subentro nella posizione di concessionario.

Se poi si considera che con il R.D. 11 gennaio 1891 n. 42 e successivo R.D. 25 luglio 1892, n. 448 non si prevedesse possibilità alcuna di estumulazioni (²⁹), introdotta solo con l'art. 65 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, ma con l'esclusione per le sepolture private a concessione perpetua, si ricava che l'estumulazione delle salme da concessioni a tempo indeterminato, in qualsiasi momento avvenuta, determina effetti consimili. Tanto che si può parlare di intangibilità delle salme sepolte (anche tuttora per l'art. 86, comma 1 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (³⁰)). In realtà, tale ipotesi dovrebbe essere considerata abbastanza astratta e limitata, dal momento che l'estumulazione richiede necessariamente un provvedimento espresso di autorizzazione dell'autorità comunale, che non può rilasciarlo dato il contrasto con le norme in materia, se non nel solo caso di cui, oggi, all'art. 88 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (o, art. 66 R.D. 21 ottobre 1942, n. 1880 o, successivamente, l'art. 89 D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803), ma la richiesta di tale autorizzazione importa in venire meno della ratio che in origine ha portato alla costituzione della concessione.

Tuttavia, laddove comunque sia avvenuta un'estumulazione, sia legittimamente autorizzata ai sensi dell'art. 88 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (o, prima, delle corrispondenti norme sopra citate), sia che sia avvenuta in contrasto con tale vincolo di non estumulazione, la sua richiesta (e, a maggiore ragione, la sua effettuazione (³¹)) ha prodotto l'effetto deca-

denziale, rispetto al quale il comune si trova in posizione del tutto passiva, limitandosi a doverla dichiarare, dato che la decadenza ha effetto giuridico dai fatti, mentre la relativa dichiarazione ha mero carattere ricognitivo e la cui omissione determina responsabilità amministrative, disciplinari e contabili in capo al soggetto competente per danno al comune.

In altre parole, la durata è uno degli elementi della concessione, che è influenzata dalla vicenda della concessione stessa, e non un istituto assoluto ed immutabile. Non può essere modificato dal comune quale parte, ma può essere modificato dal concessionario o da fatti e comportamenti di terzi.

(²⁸) Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 1948, n. 358 "La concessione di un diritto di sepolcro, non viene in essere se il primo concessionario non consente alla trasformazione del diritto di sepolcro e alla traslazione della salma inumata."

(²⁹) Anche per il fatto che la pratica della tumulazione, laddove ammessa, richiedeva comunque la concessione cimiteriale.

(³⁰) Corte d'Appello, Torino, 13 novembre 1931 "È valida la trasmissione per atto tra vivi o di ultima volontà, del diritto di sepolcro su tomba particolare, con rispetto all'intangibilità dei cadaveri già tumulati e con osservanza dei regolamenti locali. Il diritto di sepolcro, spettante al privato su un'area del cimitero comunale non ha natura dominicale, ma deve considerarsi quale concessione amministrativa passibile di trasferimento ai terzi e provvista di tutela giurisdizionale."

(³¹) Ma già la richiesta ha prodotto effetti, siccome alterazione della volontà del fondatore del sepolcro e, nei fatti, rinuncia alla funzione per cui la concessione era stata posta in essere.

Non si prende in considerazione il caso che la richiesta si prodotta da soggetti diversi dal concessionario (che ne abbia tale qualifica o per essere il fondatore del sepolcro o per averla acquisita per subentro, laddove il regolamento comunale di polizia mortuaria ammetta tale fattispecie), in quanto, in tale caso,

il *vulnus* risulta ancora maggiore e sussisterebbe titolo da parte del concessionario per l'azione per danni, anche se in tale caso il comune dovrebbe ricusarla per carenza di legittimazione.