

Rubriche

Dal diritto di palco ... ai diritti sul sepolcro privato: è ammissibile la divisibilità dei sepolcri privati?

di Sereno Scolaro

1. Perché partire dal “diritto di palco”?

Nella sentenza n. 2100 del 4 febbraio 2004, la Corte di Cassazione affronta una questione che, per molti versi, non è molto attuale o, comunque, diffusa, cioè la natura del c.d. diritto di palco e il contenuto di un diritto di proprietà di palco in teatro. La proprietà del palco teatrale, con le relative situazioni di condominialità, costituivano nel passato strumento per il finanziamento dei teatri, lentamente trasformandosi in altro e quindi regolato dalla Legge 26 luglio 1939, n. 1336 ⁽¹⁾ “Norme sul condominio dei teatri e sui rapporti tra proprietari dei teatri ed i titolari del diritto di palco.” legge tuttora vigente. Non interessa la materia in sé, quanto la sentenza sia per la definizione del contenuto del diritto, sia per la decisione sulla divisibilità, scioglimento del condominio, questioni che possono, *pur nella diversità delle situazioni*, essere oggetto di valutazione - e sotto diversi profili - anche in tutt'altro ambito, quello della collocazione sistematica del diritto sul sepolcro.

La sentenza, nell'affrontare il quesito sottoposto, prende in considerazione ed analizza istituti di diritto privato quali il diritto di superficie, la proprietà superficaria, la proprietà superficaria separata, la divisibilità od indivisibilità di un dato bene immobile si in relazione alla *commoditas* della divisione, sia alla funzione propria del bene (senza lasciarsi condizionare dalla sua fisicità) e molti altri aspetti di diritto sostanziale che, *mutatae mutandis*, possono essere utilmente valutati anche nel contesto peculiare dei sepolcri privati di cui al Capo XVIII del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

In altre parole, pur nella diversità del bene “materiale”, si possono trarre concetti che sono utilizzabili nell'affrontare la regolazione dei rapporti che possono sorgere in relazione all'erezione, utilizzo e

cessazione dei diritti relativi ai sepolcri privati nei cimiteri.

2. I sepolcri privati nei cimiteri

Innanzitutto, va precisato che il riferimento ai sepolcri privati nei cimiteri ha riguardo a tutte le tipologie di sepolture (e di manufatti aventi questa funzione) che non rientrino nell'ambito di quanto il Comune sia tenuto, in termini di obblighi giuridici non derogabili ⁽²⁾, ad assicurare sul proprio territorio e in favore della propria popolazione. L'obbligo cui si sta facendo riferimento è la disponibilità, anche dimensionale, delle aree ad inumazione di cui all'art. 58 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, con l'avvertenza di escludere quanto previsto dal successivo art. 59, e che connota il concetto di fabbisogno, preso in considerazione dall'art. 92, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285. Ne consegue che sono sepolcri privati nei cimiteri tutte le tipologie di sepolture diverse dall'inumazione in campo comune, seppure essa sia - normalmente - a titolo oneroso, oggi ⁽³⁾.

⁽²⁾ Pur trattandosi di un obbligo non derogabile, non si ignora come, a volte, si registrino deroghe de facto, frequentemente dovute a comportamenti che hanno portato, o portano, a privilegiare opzioni facoltative, non obbligatorie, spesso altamente inefficienti o financo *damnosae* sotto più profili, per cui la facoltà prevarica sull'obbligo.

⁽³⁾ Dal 2 marzo 2001, data di entrata in vigore dell'art. 1, comma 7.bis D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 2001, n. 26 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 50 del 1° marzo 2001). Tale onerosità, con le sue limitate eccezioni, potrebbe fare che anche l'inumazione in campo comune possa essere qualificabile come sepolcro privato all'interno dei cimiteri, scindendo l'obbligatorietà per il comune ad assicurare nel tempo la disponibilità delle aree, correttamente dimensionate, rispetto all'onerosità. Tuttavia, non è l'onerosità in sé a consentire di poter attribuire la qualità di sepolcro privato, ma il fatto che si instaurino rapporti giuridici tra il soggetto titolare, ed in termini di demanialità, dell'area e il soggetto “utilizzatore”. Non è, per altro, da escludere che, in prospettiva, possa anche svilupparsi una tale elaborazione

⁽¹⁾ In *Gazzetta Ufficiale* n. 220 del 20 settembre 1939.

I sepolcri privati nei cimiteri sono sorti, a partire dalla più lontana regolamentazione in materia (1891), come istituto "ammesso", eccezionale tanto da richiedere non solo provvedimenti speciali del comune (la deliberazione del consiglio comunale ⁽⁴⁾), titolare dell'area, ma altresì delle autorità di vigilanza sui comuni stessi (prefetto), eccezionalità che si contrapponeva alla sepoltura "normale", consistente nell'inumazione. E, formalmente, tuttora l'inumazione costituisce la pratica di sepoltura considerata "normale" dall'ordinamento giuridico italiano (anche se, nei fatti, i dati statistici registrano una prevalenza della pratica della tumulazione).

L'art. 90 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 prevede una facoltà di concessione di sepolcri privati nei cimiteri, delimitata a due oggetti, cioè alla concessione dell'area per la costruzione di un sepolcro a tumulazione, oppure alla concessione dell'area per l'impianto di campi per sepolture ad inumazione, anche se dalla disposizione si potrebbe dedurre che l'oggetto principale sia il primo ⁽⁵⁾.

Nell'interro D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 non si considera mai l'ipotesi per la quale sia il comune, titolare della demanialità dei cimiteri, a provvedere direttamente alla costruzione di manufatti sepolcrali a sistema di concessione sulle aree cimiteriale che risultino eccedenti al fabbisogno, fenomeno per altro largamente presente ⁽⁶⁾.

Quando si abbia, indebitamente, quest'ultima situazione, giuridicamente i rapporti che sorgono appaiono abbastanza chiari, in qualche modo semplificati, nel senso che oggetto della concessione è semplicemente un diritto di uso per un tempo determinato dello spazio fisico finalizzato alla sepoltura a tumulazione.

concettuale che porterebbe a dover considerare, se si consolidasse, sepolcri privati tutte le tipologie di sepolture, indipendentemente dall'onerosità, il che vorrebbe dire che tali sarebbero anche le sepolture residualmente ed eccezionalmente a titolo gratuito o, meglio, il cui onere sia a carico dei servizi sociali del comune.

⁽⁴⁾ Oggi non va dimenticato, seppure ciò avvenga troppo spesso, che la facoltà di concessione delle aree per sepolcri privati, al di fuori delle aree costituenti il c.d. fabbisogno, può essere esercitata dal comune solo se tali aree siano espressamente previste per tale finalità nel piano regolatore cimiteriale (art. 91 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), con la conseguenza che l'assenza del piano regolatore cimiteriale comporta un vizio e l'illegittimità della concessione dell'area. La previsione, espressa, del piano regolatore cimiteriale può essere considerata come la successione all'autorizzazione del prefetto, specie in un contesto di riconoscimento delle autonomie locali, svolgendone funzione del tutto analoga dal punto di vista delle finalità.

⁽⁵⁾ Ciò è sostenibile sulla base del comma 2, dove il secondo appare chiaramente come alternativo al primo e sottoposto a condizione, cioè alla dotazione di apposito ossario.

⁽⁶⁾ E in non poche realtà locali, quest'ipotesi è percepita come se costituisse un comportamento cui il comune sia tenuto giuridicamente, talvolta con tale forza da lasciare spazi alla percezione per cui questo obbligo (percepito, ma insussistente giuridicamente) fosse di maggiore rilievo rispetto all'obbligo di assicurare la disponibilità delle aree per inumazioni in campo comune adeguatamente e correttamente dimensionate. Altrimenti, tali percezioni fanno, erroneamente, percepire il concetto di fabbisogno come domanda di questa particolare tipologia di sepolture.

Laddove si abbia la situazione considerata dall'art. 90 come normale, apparentemente si è in presenza di una maggiore complessità: oggetto della concessione è l'area, concessione che sembra atteggiarsi come una sorta di diritto di superficie ⁽⁷⁾, consistente nel diritto di erigere una costruzione; si potrebbe dire che la concessione sia strumentale, finalizzata alla costruzione. Oltretutto, non ad una qualsiasi costruzione, quanto alla costruzione di sepolture a sistema di tumulazione. Ne deriva che la costruzione è, a sua volta, strumentale, finalizzata alla tipologia specifica di una data costruzione.

Ricordando il successivo art. 93, comma 1, con cui la sepoltura così eretta non è utilizzabile da chiunque, ma il cui uso è fatto oggetto di una riserva ⁽⁸⁾ a persone pre-determinate (cessionario, persone appartenenti alla famiglia del concessionario), si è in presenza, quanto meno, di tre livelli.

Concessione dell'area
⇒ (al fine di costruire)
⇒⇒ (al fine di costruire sepolture a tumulazione)
⇒⇒⇒ (al fine della sepoltura a persone pre-determinate, riservatarie).

Ciascun livello ha una funzione strumentale, teleologica rispetto a quello successivo.

Tanto che, per la loro stretta correlazione, si può abbastanza agevolmente giungere alla sintesi in cui l'oggetto della concessione sia, nella realtà, quello finale, individuato nell'ultimo, cioè la finalità della sepoltura delle persone pre-determinate e riservatarie. Con ciò, vengono meno le finalità intermedie. Oppure, se non vengono meno, perdono ogni loro autonomia, residuando subordinate alla finalità ultima.

Ricordando come (art. 823, comma 2 c.c.), il titolare della demanialità del bene (cimitero) abbia a disposizione sia gli strumenti del diritto pubblico, sia gli strumenti del diritto privato, si può ben cogliere come in questa materia i rapporti che sorgono dall'atto di concessione, con i relativi diritti e, prima, obblighi, vedano il concorrere degli istituti di diritto pubblico con gli istituti del diritto privato, anche se limitatamente dal versante della pubblica amministrazione titolare della demanialità (bene), mentre il soggetto privato (cessionario o aspirante tale) viene a trovarsi in posizione di mero interesse legittimo (al più, anche

⁽⁷⁾ Artt. 952 e ss. c.c.

⁽⁸⁾ Cioè di un uso esclusivo e limitato a tali persone, con l'ulteriore conseguenza che l'uso da parte di soggetti non riservatari comporta un'alterazione patologica del rapporto giuridico che costituisce il fondamento stesso del diritto di uso, tanto da costituire condizione di decadenza che opera ex se e la cui dichiarazione con atto amministrativo è sempre successiva e ricognitoria, oltre che dovuto. E trattandosi di provvedimento ricognitorio gli effetti vanno individuati nel momento in cui materialmente sia stato posto in essere il comportamento di alterazione della riserva a persone pre-determinate, anche se tale comportamento si sia sostanziato in una mera richiesta di uso in difformità. In violazione alla riserva stessa.

se ordinariamente si sarebbe in presenza di una mera aspettativa) nei confronti della pubblica amministrazione (mentre, in forza dell'atto di concessione, può essere titolare di diritti soggettivo verso terzi, diversi dalla pubblica amministrazione titolare della demanialità).

Ora, si può forse anche qualificare l'atto di concessione come idoneo a far sorgere in capo al concessionario un diritto di costruzione (oltretutto, "onerabile" ex art. 92, comma 3 D.P.R. 10 settembre 1990, n.285), diritto che non è pieno o assoluto, ma finalizzato e finalizzato specificatamente, prima nell'oggetto costruibile, poi nella finalità dell'uso del costruito, ma l'esercizio di tale diritto, sorto in via amministrativa con l'atto di concessione regolarmente posto in essere, fa sì che la proprietà del manufatto costruito rimanga una proprietà superficaria separata e ciò costituisce il fondamento, la motivazione di quanto disposto dall'art. 63 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285. Tuttavia, tale proprietà del manufatto non è del tutto piena ed esclusiva, almeno alla luce dell'art. 832 c.c., in quanto il potere di godimento e di disposizione, risentendo dei limiti e dell'obbligo di osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, è soggetto alla realizzazione della finalità "ultima", cioè la sepoltura a persone pre-determinate e riservatarie. Ne consegue, che il bene (manufatto sepolcrale) non può essere, ad esempio, oggetto di disposizioni idonee ad alterare la finalità o, più semplicemente, di vendita, di locazione o di ogni altro contratto che incida, poco o tanto, sulla finalità per la quale la concessione è stata richiesta ed ottenuta.

Infatti, la concessione prima, la costruzione poi, che determinano la proprietà del manufatto non sono in sé *ab-solutae*, ma sussistono al fine unico di realizzare, nei limiti della capienza fisica, la finalità ultima. È evidente che la vendita del manufatto, incide proprio sulla finalità ultima.

3. La divisione dei sepolcri privati nei cimiteri

La tipologia di costruzioni di sepolcri privati nei cimiteri è quanto di più vario e differenziato possa conoscersi. A volte vi sono costruzioni di edicole, di cappelline, di oratori, di manufatti ipogei e quant'altro, fino a semplici "insiemi" di posti salma⁽⁹⁾ a tumulazione o a singoli posti salma a tumulazione, per non parlare delle situazioni di cui all'art. 106 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, in cui spesso possono aversi semplici locali, vani e non nicchie individuali.

Ciò incide sulla divisibilità, in termini di comoda divisibilità anche alla luce della sentenza n. 2100 della seconda sezione della Corte di Cassazione del 4 febbraio 2004, da cui si era partiti. Sotto questo profilo non va

trascurato un cenno all'ipotesi dell'art. 90, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, cioè quella dell'impianto di campi ad inumazione, in cui l'elemento di *commoditas* potrebbe sussistere se la divisione potesse riguardare l'ossario oppure la fattibilità strutturale di realizzare distinti ossari.

Nelle ipotesi in cui si sia in presenza di "insiemi" di posti sepoltura, ciascuno dei quali aventi caratteristiche costruttive idonee alla fruizione, anche per singoli posti sepoltura e dove l'elemento unificante sia dato da meri elementi estetici (esempio, la collocazione nella medesima arcata, l'uso di materiali decorativi omogenei, ecc.), probabilmente si possono ravvisare anche possibili elementi di comoda divisione.

Tuttavia, in genere, le costruzioni cimiteriali si presentano come corpi unitari, tal volta con la presenza, accanto ai posti di sepoltura, di altri spazi rituali (spessissimo di infima dimensione) che altrettanto sono parte inscindibile del sepolcro privato. Ed, anche quando questi spazi rituali non siano presenti, o condizionanti, spesso la tipologia costruttiva presenta spazi strumentali (si pensi ai vestiboli per consentire il libero ed accesso diretto dall'esterno al posto sepoltura vero e proprio) che non presentano particolari elementi negativi fin tanto che permanga la finalità unitaria che sussisteva al momento del sorgere della concessione.

Al fine di valutare l'ammissibilità della divisibilità di una concessione di sepolcro privato diventa conseguentemente necessario verificare se i singoli posti sepoltura, siano presi singolarmente o per porzioni comprendenti una pluralità di posti sepoltura, possano configurarsi come dotati di autonomia strutturale, costruttiva, che li renda idonei a configurare una comoda divisione o meno. E, in questo contesto, comoda divisione può versi nelle ipotesi in cui i sepolcri privati potenzialmente risultanti dalla divisione assumano ciascuno un proprio carattere autonomo, senza promiscuità o situazioni, anche residuali, di condominio (ad esempio, la comunione del vestibolo per l'accesso diretto ai singoli posti sepoltura a tumulazione), che già di per sé costituirebbero condizioni ostative alla divisione.

Se questa valutazione, fino a questo punto, tiene conto unicamente degli aspetti tecnico-costruttivi, strutturali dello specifico manufatto sepolcrale a tumulazione, si hanno altri elementi che vanno tenuti in debita considerazione, elementi che assumono, nel contesto, un valore assolutamente prevalente rispetto a quelli strutturali, specie se si richiamino le considerazioni precedentemente fatte sulla subordinazione strumentale del manufatto costruito sull'area cimiteriale in concessione rispetto alla funzione per la quale la concessione è richiesta e, ottenutala, realizzato il manufatto. Se l'elemento teleologico della concessione di sepolcro privato nei cimiteri è quello della sepoltura di un certo numero di persone pre-determinate e alle quali la sepoltura è *riservata* (cioè il concessionario ed

⁽⁹⁾ Il termine di "posto salma" è inadeguato dal momento che costituiscono sepolcri privati nei cimiteri anche le nicchie, o cellette, ossario o cinerarie.

i membri della famiglia di questi per le concessioni fatte a privati, oppure le persone individuabili dall'atto di concessione e, in concorso necessario, dall'ordinamento dell'ente nel caso di concessioni fatte ad enti), la questione della conformazione strutturale del manufatto passa in secondo piano, prevalendo la finalità, con la conseguenza di far sì che il sepolcro privato abbia, *ab origine*, una caratteristica di unitarietà, che esso debba necessariamente essere visto come un *unicum*, al punto che l'alterazione di questa unicità costituisce una alterazione, una violazione della funzione per cui il sepolcro è stato eretto, che non comporta solo una violazione della volontà del fondatore del sepolcro, ma soprattutto un'alterazione profonda ed irreversibile del rapporto giuridico originario, tanto che si deve parlare di decadenza per alterazione del fine.

Oltretutto, questa linea interpretativa non può trascurare che la divisione del sepolcro privato sorge, in genere, a distanza di tempo rispetto al sorgere della concessione cimiteriale e all'erezione del sepolcro privato, cioè in fase temporale in cui (probabilmente) il sepolcro ha già assolto alla sua funzione con l'accoglimento di un dato numero di salme, il che porterebbe, in astratto, a dover considerare, non senza qualche empietà⁽¹⁰⁾, l'esigenza di "ripartire" le salme tra gli aspiranti alla divisione. Pur tralasciando questo aspetto, non elegantissimo, non si può ignorare come la richiesta di divisione possa costituire anche il segnale che è venuto meno l'unitarietà della famiglia, come intesa dal fondatore del sepolcro (e quale "codificata" nel Regolamento comunale di polizia mortuaria vigente al momento iniziale della concessione e dall'atto di concessione), che, se accertata o provata, porta a considerare che sia ormai venuto meno il fine originario. Anche se tale valutazione dovrebbe, a rigore, determinare la decadenza, non può essere sottovalutata come la concessione cimiteriale costituisca un momento unitario, e di cui il manufatto costituisce strumento, proprio in relazione all'insieme delle persone riservatarie del diritto di esservi sepolte (cessionario e persone appartenenti alla sua famiglia), per cui non sono ravvisabili le ragioni di comoda divisibilità.

4. Conclusioni

Con la sentenza n. 2100 del 4 febbraio 2004, la Seconda sezione della Corte di Cassazione, pur decidendo su tutt'altro oggetto "fisico" di un diritto, ha elaborato considerazioni giuridiche ineccepibili e la cui portata apre (o, molto più probabilmente, riporta all'attenzione) una serie di questioni che rilevano nella gestione delle concessioni cimiteriali, poiché le argomentazioni su cui essa si basa sono fungibili anche in questo contesto.

Anzi, sotto alcuni profili, si potrebbe anche sostenere che queste considerazioni della Suprema Corte siano maggiormente applicabili a quest'ultima materia e forse un po' meno all'oggetto del quesito propriamente affrontato, quello del diritto di palco, nel senso che in questo ultimo la funzione è quella della fruizione dell'attività teatrale⁽¹¹⁾, pur se finalizzato allo scopo cui il teatro è destinato.

Nel caso dei sepolcri privati nei cimiteri, cioè delle concessioni cimiteriali, la finalità è ben altra, di più ampio spessore e maggiormente pervasiva, al punto da costituire l'essenza propria del rapporto giuridico che sorge, e dura, con la concessione, così che si può sostenere con maggiore argomentabilità l'unicità, l'unitarietà del sepolcro privato, anche a prescindere dalla sua struttura fisica sotto il profilo costruttivo.

Allegato 1

Corte di Cassazione, Sezione II Civile, Sentenza n. 2100 del 18 novembre 2003 - 4 febbraio 2004

Presidente e relatore: Corona - pubblico ministero Cenicola - ricorrente Sc. e altri - controricorrente So.

Svolgimento del processo

Con citazione 18 ottobre 1988, G. Ta. E A. Sc. convennero, davanti al Tribunale di Como, G. So.

Esposero di essere comproprietari, *pro indiviso* in parti uguali, della quota pari agli undici dodicesimi del palco unico, nel Teatro sociale di Como, situato nella prima fila di sinistra rispetto all'ingresso; aggiunsero che il convenuto era comproprietario della residua quota, pari a un dodicesimo.

Domandarono lo scioglimento della comunione, da attuarsi, stante l'indivisibilità del bene, mediante l'assegnazione ad essi dell'intero palco, con determinazione del conguaglio.

G. So. contestò che il diritto al palco potesse assimilarsi alla proprietà o agli altri diritti reali e, perciò, che potesse essere assoggettato alla disciplina dello scioglimento della comunione. Chiese il rigetto della domanda avverso.

Con sentenza non definitiva 21 maggio - 20 luglio 1991, il Tribunale assegnò il palco agli attori congiuntamente, con addebito della somma spettante al convenuto da determinare nella prosecuzione del giudizio; con sentenza definitiva 10 dicembre - 17 giugno 1997, fissò in lire 15.000.000 la somma da corrispondere agli eredi del convenuto, deceduto nelle more.

La Corte d'appello di Milano, con decisione 17 novembre 1999 - 21 gennaio 2000, in riforma della sentenza del Tribunale dispose la divisione mediante assegnazione a

⁽¹¹⁾ L'art. 2, Legge 26 luglio 1939, n. 1336 definisce tale diritto come segue: "Articolo 2. - 1.- Il diritto di palco consiste nella facoltà di godere e di disporre del palco medesimo, in modo esclusivo, facendone uso conforme allo scopo al quale il teatro è destinato. 2.- L'estensione e le modalità dell'uso sono determinate dal titolo e, in mancanza del titolo dalle consuetudini teatrali. 3.- Il diritto di palco non comprende, salvo titolo contrario, alcuna quota di comproprietà sulla sala, sul palcoscenico e sulle parti dell'edificio indicate negli articoli 3 e 4 della legge 10 gennaio 1935, n. 8."

⁽¹⁰⁾ Nel significato opposto di *pietas*.

M., G., C., R. e V. So. del posto a balaustra del palco 12, ed a G. Ta. e A.Sc. dei restanti cinque posti, compensò integralmente le spese processuali.

Nella sentenza si legge che le ipotesi di non comoda divisibilità del bene, di cui all'articolo 720 c.c., costituisce una deroga al principio generale, secondo cui ciascun partecipante alla comunione ha diritto di conseguire in natura i beni dividendi, ragion per cui la non comoda divisibilità può essere ritenuta solo ove risulti rigorosamente la sussistenza dei presupposti. Orbene, il contenuto del diritto al palco si esaurisce in una sorta di facoltà di prelazione, che il titolare può esercitare acquistando un numero di biglietti di ingresso pari al numero dei posti. Avendo il titolare, in occasione degli spettacoli, il diritto di riservarsi tutti o soltanto qualcuno dei posti e considerata la configurazione del diritto al palco come sommatoria delle unità frazionarie rappresentate dai posti a sedere, l'ipotesi di non comoda divisibilità non sussiste.

Contro la sentenza ricorrono per cassazione G.Ta. ed A.Sc.; resistono con controricorso M., G., C., R., V.So. e R., nonché G. Du.

Motivi della decisione

1. Con unico motivo i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione degli articoli 1114, 718, 720, 727 c.c. e delle norme della legge 1136/39 (in particolare degli articoli 2, 9, 10). Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

La Corte d'appello di Milano, riconosciuto che il diritto sul palco è un vero e proprio diritto di proprietà che ha per oggetto un bene immobile, cui sono applicabili le norme sulla comunione e sullo scioglimento, afferma erroneamente che il diritto al bene immobile possa essere diviso in natura mediante la assegnazione di singoli posti a sedere. In realtà il bene palco intendendosi nella sua interezza e nella sua fisica consistenza e come tale sicuramente è insuscettibile di divisione.

Pertanto, i comproprietari della quota maggiore avevano diritto all'assegnazione dell'intero, con l'obbligo di conguaglio, siccome disposto dal Tribunale.

2. La questione di diritto, che la Corte Suprema deve risolvere per decidere la controversia, consiste nella identificazione dell'oggetto del "diritto di palco in teatro" e della sua divisibilità o indivisibilità. Più analiticamente, il quesito è se il diritto abbia come oggetto un unico bene immobile costituito dal palco, inteso secondo la consueta accezione, ovvero se il diritto consiste nella facoltà di occupare, in occasione degli spettacoli, i posti a sedere ed eventualmente in piedi che il palco medesimo contiene; quindi, nel caso in cui l'oggetto del diritto al palco in teatro sia configurato da un unico bene, se esso sia divisibile mediante la distribuzione dei posti contenuti.

3. Per identificare l'oggetto del diritto sul bene in senso giuridico, solitamente definito come palco in teatro, occorre prendere le mosse dalla legge 1336/39, concernente il condominio dei teatri e i rapporti tra i proprietari dei teatri ed i titolari del "diritto di palco".

3.1. Alla identificazione dell'oggetto contribuisce, anzitutto, l'origine dell'istituto. All'epoca in cui non era infrequente il contributo dei privati alla costruzione dei teatri dotati di palchi, la costituzione del diritto di palco veniva favorita perché permetteva un apprezzabile apporto finanziario, a titolo di corrispettivo per l'attribuzione.

Il diritto sul palco consente ai proprietari di godere del bene in modo esclusivo e con continuità, permettendo loro, ai componenti della famiglia e agli ospiti di assistere agli spettacoli in condizioni di privilegio. Non soltanto garantisce la certezza di essere presenti alle "prime" e alle manifestazioni più importanti: soprattutto assicura il godimento degli spettacoli con la agevolezza, la comodità e la riservatezza connesse con l'uso esclusivo.

L'agevolezza, la comodità e la riservatezza raffigurano delle qualità del godimento, che non sono comparabili con la ipotetica riserva di posti a sedere collocati nella platea o nel loggione.

Il diritto nasce per garantire il godimento esclusivo dell'intero spazio costituito dal palco.

3.2. Lo scopo della legge, quale risulta dalla intestazione e dal complesso delle disposizioni, è quello di regolare i rapporti tra i proprietari degli edifici adibiti a teatro ed i titolari del diritto di palco nei teatri, considerato come bene unico, e non con riferimento ai posti che il palco contiene.

3.3. D'altra parte, l'oggetto del diritto sul bene immobile configurato dal palco in teatro emerge in modo univoco dal testo letterale di diversi articoli. Avuto riguardo al significato proprio delle parole, per palco si intende ciascuno dei vani aperti nella parte perimetrale della sala in cui si svolgono gli spettacoli.

Più precisamente, con il termine palco si designa ciascuno dei compartimenti in cui sono divise le balconate sovrapposte nella parete perimetrale, che fronteggia il palcoscenico, e dai quali compartimenti gli spettatori possono assistere alla rappresentazione.

Nella legge si fa menzione solo e esclusivamente del diritto di palco. In particolare del diritto di palco parlano gli articoli 1°; 2° comma 1 e 3; 3° comma 1; 4° comma 1, 2 e 4; 5° comma 3; 6° comma 1, 7; 8° comma; 9° comma 1; 10° comma 1 e 2.

Nessuna disposizione fa riferimento ai posti contenuti nel palco, siano essi a sedere o in piedi.

3.4. Ancora, ai fini della identificazione dell'oggetto del diritto assume importanza rilevante il contenuto del diritto.

A norma dell'articolo 2 comma 1 della legge cit., il diritto di palco consiste nella facoltà di godere e di disporre dell'intero palco in modo esclusivo, facendone un uso conforme allo scopo al quale il teatro è destinato. Fonti regolatrici delle modalità d'esercizio di tale diritto sono il titolo, da cui esso nasce e, in mancanza, le consuetudini teatrali (articolo 2 comma 2). (Al titolo e alle consuetudini teatrali deve farsi ricorso per definire le modalità di godimento in concreto, quali il numero massimo di posti

a sedere o in piedi disponibili nel palco). Al palco considerato come un bene unico fanno riferimento le norme concernenti la imputazione delle spese per la conservazione (articolo 4), per le innovazioni (articolo 5), per uniformare i palchi alle nuove condizioni estetiche del teatro (articolo 6); nonché le spese afferenti alla cessione dell'uso (articolo 9) ed alle espropriazioni per causa di pubblica utilità (articolo 16).

In sintesi, il contenuto del diritto, sia per quanto concerne le facoltà ed i poteri, sia per quanto attiene alle obbligazioni, fa riferimento al palco considerato come un bene unico.

3.5. Per concludere in merito alla identificazione dell'oggetto, spunti importanti si ricavano dal dibattito interno alla natura del diritto.

Si discute se il diritto sul palco in teatro si configuri come diritto di superficie o piuttosto come diritto di proprietà superficaria separata, in conformità con la ipotesi tipica contemplata dall'art. 952 comma 2 c.c..

L'art. 952 cit., invero, attribuisce al proprietario due distinti poteri: quello di costituire sul suo terreno un diritto di superficie, con l'effetto che il titolare del diritto di costruire sulla superficie acquista la proprietà dell'opera, e quello di alienare la proprietà della costruzione già esistente separatamente dalla proprietà del suolo. Trattasi di poteri distinti, cui fanno seguito conseguenze differenti.

Posto che il codice contempla la possibilità dell'esistenza del diritto di superficie senza che esista la proprietà superficaria (l'art. 954 comma 4 c.c., infatti, dispone l'estinzione del diritto di superficie per non uso protratto per venti anni), il diritto di superficie, inteso come il potere di fare o di mantenere sopra il suolo una costruzione, attribuisce al titolare, nei limiti temporali ricordati sopra, non solo il diritto di costruire sopra il suolo, ma anche quello di ricostruire la costruzione che eventualmente sia rovinata o distrutta. Per contro la proprietà superficaria separata - senza il corrispondente diritto di superficie, vale a dire la costituzione pura e semplice della proprietà superficaria separata dalla costruzione già esistente - consiste in un diritto reale frazionario (di natura dominicale) limitato al periodo di esistenza della costruzione. Salvo che, espressamente per titolo sia stato concesso anche il diritto di superficie, la proprietà superficaria separata non comporta il potere di ricostruire l'immobile distrutto.

Certamente le figure della proprietà superficaria e della proprietà superficaria separata e, in particolare, l'oggetto del diritto presuppongono che il palco sia inteso come un bene unico, come spazio definito configurato dai compartimenti, nei quali sono suddivisi le balconate prospicienti il palcoscenico, e non i posti contenuti nel palco.

È questione di titolo stabilire se il diritto reale frazionario sull'immobile derivi da un diritto di superficie seguito dalla edificazione o, invece, dalla alienazione della costruzione esistente: quindi, se sussista una proprietà superficaria, ovvero una proprietà superficaria separata.

Per completezza, conviene aggiungere che, sempre sulla base del titolo, il proprietario del palco può partecipare anche alla comproprietà della sala, del palcoscenico e delle altre parti comuni dell'edificio teatrale (articolo 2

comma 3). In questo caso, alla proprietà superficaria o superficaria separata, che comportano il diritto di godere e di disporre del palco in modo esclusivo, si aggiunge una situazione soggettiva di condominio sull'intero edificio teatrale e, in modo particolare, sulle parti di uso comune del teatro (suolo, fondazioni, muri maestri, etc.). Conviene precisare, altresì, che sulla base del titolo il diritto di palco può consistere in un diritto di credito del palchista nei confronti del proprietario del teatro.

Circa il contenuto di questo diritto, dipendente dalla destinazione del teatro, non sembrano possibili ulteriori precisazioni, in quanto dal credito può avere origine il diritto di assistere ad una sola rappresentazione, ad una intera stagione o di godere del palco per un più lungo periodo di tempo. Anche nelle ipotesi di condominio sull'intero teatro o di diritto di credito al godimento del palco, questo è considerato come spazio a sé.

3.6. L'affermazione dei giudici del merito circa la sussistenza, nella specie, di un diritto reale, che raffigura il presupposto della applicabilità delle norme sulla divisione, non è impugnata.

Riepilogando, dall'insieme degli elementi esposti - l'origine della legge, il suo scopo, il significato proprio delle parole, il contenuto del diritto, la natura ad esso assegnata dalla dottrina - si desume che il bene giuridico, costituente l'oggetto del diritto, è il palco considerato come bene unico, configurato dallo spazio e dagli arredi: non i posti, a sedere o in piedi, che il palco contiene.

4. Il palco in teatro, in quanto oggetto di un diritto reale (proprietà superficaria o proprietà superficaria separata), può essere sottoposto al regime della comproprietà (articoli 1101 e ss. c.c.): per conseguenza, ai beni contemplati dal diritto suddetto si applicano le norme relative allo scioglimento della comunione (articolo 713 e ss. c.c.).

5. È risaputo che le disposizioni contenute nell'articolo 720 c.c., concernente la divisione dei beni immobili non divisibili caduti in comunione ereditaria, si applicano anche allo scioglimento di ogni altro tipo di comunione, per effetto del richiamo contenuto nell'articolo 1116 c.c. (Cassazione sezione seconda 12578/01; 2990/90; 2662/88).

Ciò premesso, il concetto di comoda divisibilità di un immobile, cui fa riferimento l'art. 720 c.c.:

a) sotto l'aspetto strutturale, postula che il frazionamento del bene sia attuabile mediante determinazione di quote concrete suscettibili di autonomo e libero godimento (Cassazione sezione seconda 1738/02); perciò, ricorre la non comoda divisibilità quando non sia possibile la formazione di un numero di quote omogenee eguale a quello dei dividendi (Cassazione sezione seconda 4111/96).

b) Sotto il profilo economico e funzionale, esige che la divisione consenta il mantenimento, sia pure in misura proporzionalmente ridotta, della funzionalità che aveva il tutto, tenuto conto della normale destinazione ed utilizzazione del bene (Cassazione, sezione seconda, 1738/02); vale a dire, che il bene sia frazionabile in tante porzioni

separate, ciascuna delle quali sia suscettibile di autonomo godimento da parte di ciascun condividente secondo l'ordinaria e normale funzione dell'interno (Cassazione sezione seconda 12998/01; 1189/98).

Per la sua peculiare conformazione fisica (la struttura) e per le utilità specifiche che offre (la funzione), il palco non può considerarsi bene divisibile.

Sotto l'aspetto strutturale, il frazionamento non può attuarsi mediante la determinazione di quote concrete suscettibili di autonomo e libero godimento, perché per ragioni evidenti non sembra possibile formare un numero di quote omogenee eguale a quello dei condividendi composte da tanti eventuali "palchetti" quanti sono i condividendi.

Sotto il profilo funzionale, la divisione del palco - ammessa e non concessa la sua possibilità sul piano della struttura - non consentirebbe il mantenimento, sia pure in misura proporzionalmente ridotta, del tipo specifico di utilizzazione che aveva il tutto.

Avuto riguardo alla normale destinazione ed utilizzazione, il palco non sembra sia frazionabile in tante porzioni separate, ciascuna delle quali suscettibile di autonomo godimento, da parte di ciascun condividente, secondo la sua originaria e consueta funzione contrassegnata dalla esclusività (agevolezza, comodità, riservatezza).

Stabilito che il diritto sul palco in teatro ha come oggetto lo spazio intero - aperto sulle balconate sovrapposte nelle pareti perimetrali della sala, in cui si svolgono gli spettacoli - dal quale i titolari possono assistere alle rappresentazioni, che tutto il bene forma oggetto della proprietà superficaria o di proprietà superficaria separata, secondo il titolo; che in ragione della struttura il palco, di per sé, non è suscettibile di divisione, in quanto non permette la formazione di un numero di quote eguali a quello dei condividendi: tutto ciò considerato, nel caso di comproprietà del palco e di scioglimento della comunione il bene giuridico "palco" deve essere compreso per intero nella quota dei condividendi titolari della quota maggiore, con addebito dell'eccedenza: Il ricorso deve essere accolto e la sentenza della Corte d'appello cassata.

Poiché non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, in quanto la decisione del Tribunale di Como contiene il riscontro completo dei dati di fatto e la valutazione adeguata di essi (la non divisibilità del bene, la stima delle quote e la coerente statuizione corretta in ordine alla disciplina dei rapporti reali), la Suprema Corte deve, decidendo ai sensi dell'articolo 384 comma 1 c.p.c. e confermando la sentenza del tribunale, dichiarare il bene palco indivisibile e assegnarlo agli attori congiuntamente, addebitando loro la somma di lire 15.000.000 da corrispondere agli eredi dell'originario convenuto.

Sussistono i giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte: cassa senza rinvio la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, conferma la sentenza del Tribunale di Como; per l'effetto, dichiara il palco non divisibile, lo assegna congiuntamente agli attori, che condanna a pagare alle parti resistenti nella qualità di eredi del convenuto G. So. la somma di euro 7.746,85, pari a lire 15.000.000;

compensa integralmente tra le parti le spese processuali dell'intero giudizio.

Allegato 2

Legge 26 luglio 1939, n. 1336 "Norme sul condominio dei teatri e sui rapporti tra proprietari dei teatri ed i titolari del diritto di palco."

Sulla divisibilità o indivisibilità: Corte di Cassazione sent. n. 7083/95; Cassazione sent. 2990/90; Cassazione sent. n. 8201/90; Cassazione sent. n. 2662/98; Cassazione sent. n. 11891/98; Cassazione sent. n. 12758/01; Cassazione sent. n. 12998/01; Cassazione sent. n. 1738/02.

Sul diritto di abitazione: Corte di cassazione sent. n. 2474/87.

Sul diritto di palco: ZINI, *Appunti in tema di diritto di palco*, in Riv. Dir. Priv., 1931, II, p. 229; Cassazione 19 novembre 1930 in Foro it., 1931, I, p. 301; Cassazione 28 maggio 1937, in Foro It., 1937, I, p. 906; Corte d'appello di Brescia 13 maggio 1936, in Giur. It., 1936, I, 2, p. 545; R.D.L. 18 febbraio 1937, n. 579 ⁽¹²⁾, conv. in l. 17 giugno 1937, n. 1221; Consiglio di Stato n. 564/78 in Riv. Giur. Ed., 1979, I, p. 103, nonché in Giust. Civ., 1979, II, p. 123 e in Giur. It., 1979, III, 1, p. 92; BARBERA, *Palco (diritto di)*, in Enc. Dir., p. 591 e ss.; GABBA, *Della natura del diritto di palco*, in Foro It., 1885, 1, p. 30 e ss.; FRANCHETTI, *Il diritto di palco nei teatri*, in Arch. Giur., 1871, VII, 201 e ss., p. 396 e ss.; PIOLA, *Palchi in teatro*, in Dig. It., 69 e ss.; LANDI, *L'espropriazione per pubblica utilità del diritto di palco in teatro*, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1950, II, p. 873 e ss.; BALBI, *Palco in teatro (diritto di)*, in Noviss. Dig., p. 336 e ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1947, II, p. 115; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, Utet, 1951, p. 741; EVANGELISTA, *La proprietà del palco teatrale è un diritto di superficie*, in D&G, anno V, n. 10 del 13 marzo 2004, pag. 68-69; DI MARZIO, *Beni indivisibili in rerum natura e scioglimento della comunione*, in D&G, anno V, n. 10 del 13 marzo 2004, pag. 73-75.

⁽¹²⁾ In *Gazzetta Ufficiale* n. 110 del 13 maggio 1937.