

Rubrica

Demanio, natura ed “oggetto” delle concessioni cimiteriali

di Sereno Scolaro

1. Introduzione

Il comune, quale titolare della demanialità dei cimiteri (art. 824, comma 2, c.c.), ha la facoltà di concedere a privati o ad enti l'uso di aree al fine della costruzione di sepolcri a tumulazione (e, certe condizioni, anche aree per impiantare campi ad inumazione), facoltà il cui esercizio, oltre che rimanere discrezionale, è subordinato alla preventiva espressa previsione della destinazione di tali aree a tale possibilità facoltativa dal piano regolatore cimiteriale (art. 91 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), in coerenza con le disposizioni che determinano il fabbisogno dei cimiteri (art. 58), da cui vanno, sempre, escluse le aree individuate dall'art. 59. Va ricordato, a questo proposito, come l'art. 69 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 prevedesse che la concessione, fatta dal comune dopo avere individuato e delimitato le aree rispondenti al fabbisogno comunale, fosse subordinata al nulla-osta prefettizio, con un procedimento che comprendeva come la deliberazione del consiglio comunale fosse corredata da una dettagliata documentazione (piano regolatore cimiteriale, dati sulla mortalità media annuale, calcolo del presunto aumento annuo della popolazione) e che, con il D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, questo procedimento fosse stato sostituito dal mero vincolo alla previsione del piano regolatore cimiteriale.

Tuttavia, l'esperienza insegna che, e diffusamente negli ultimi 4-5 decenni, non manchino di registrarsi fenomeni che la normativa regolamentare non aveva mai preso in considerazione e non sono presi in considerazione neppure da quella più recente, cioè – a livello nazionale – dal D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285: ci si sta riferendo al fatto che siano i comuni stessi, quali titolari della demanialità a provvedere direttamente alla costruzione di sepolcri a sistema di tumulazione, concedendo così non più l'area (l'uso dell'area per un dato fine), bensì l'uso del sepolcro a tumulazione finito e direttamente utilizzabile.

2. Differenti oggetti della concessione cimiteriale

Nel primo caso, quello previsto normativamente, oggetto della concessione è l'area, anzi l'uso dell'area, uso volto ad un fine ben preciso, cioè quello della co-

struzione di un sepolcro a tumulazione, fine che è essenziale all'atto di concessione stesso (tanto che può costituire oggetto di specifici obblighi (cfr.: art. 92, comma 3 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), obblighi che, se inadempiti, possono determinare la decadenza della concessione, ma che presenta la peculiarità di non essere fine a sé stesso, quanto fine strumentale ed intermedio rispetto ad altro fine ultimo, cioè quello di offrire sepoltura alle persone che ne sono riservatarie⁽¹⁾, cioè alla persona del concessionario, alle persone dei familiari del concessionario o, eccezionalmente⁽²⁾ e su espressa richiesta del concessionario delle persone che siano state conviventi con il concessionario (o, i concessionari se più) richiedente oppure di persone che abbiano acquisito particolari benemeranze nei confronti del concessionario stesso⁽³⁾. E anche l'eventuale diverso utilizzo del sepolcro in contrasto con tale riserva costituisce inadempimento che determina la decadenza⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Va sottolineato come si tratti di una riserva e non di una limitazione del diritto d'uso, poiché la riserva comporta l'appartenenza ad una famiglia, cosa che qualifica il diritto di esservi sepolti come un diritto della personalità derivante proprio da relazioni di natura familiare.

⁽²⁾ Va evidenziato come queste due eccezioni, siano state introdotte in termini innovativi solo con il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

⁽³⁾ Quest'ultima ipotesi è abbastanza astratta in quanto la sua applicabilità richiede che, prima della richiesta da parte del concessionario, il Regolamento comunale di polizia mortuaria, efficace, abbia individuato i criteri di determinazione della condizione di benemeranza nei confronti del concessionario richiedente, in termini generali ed astratti, cosa che raramente è rinvenibile in tali fonti regolamentari, anche per l'intrinseca difficoltà di loro individuazione, con la conseguenza che in mancanza di definizione dei criteri la norma non è azionabile, neppure su richiesta, da parte del concessionario.

⁽⁴⁾ Andrebbe osservato che la tumulazione di persone non appartenenti alla famiglia del concessionario non dovrebbe potersi realizzare, in quanto il comune è chiamato a valutare tale condizione all'origine, cioè in occasione dell'autorizzazione della tumulazione di una data salma (o, ormai secondo definizioni che si stanno diffondendo, e generalizzando, cadavere) in un dato sepolcro. Tuttavia, non sono ignoti i casi in cui tali tumulazioni siano avvenute, sottraendosi ad ogni autorizzazione preventiva (a volte, per cause imputabili agli stessi comuni).

In questa tipologia di concessione cimiteriale, il sepolcro a tumulazione costruito, in funzione del fine ultimo della tumulazione delle persone che ne sono riservatarie, in quanto manufatto è e rimane un bene patrimoniale del concessionario, aspetto da cui discendono coerentemente gli obblighi manutentivi (art. 63 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), rispetto a cui l'acquisizione della proprietà si determina in capo al comune, per accessione, solo al momento della scadenza della concessione.

Nel secondo caso, quello non previsto ma spesso, e diffusamente, presente, oggetto della concessione è l'uso del sepolcro, anche esso interessato alla stessa riserva di cui all'art. 93 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, ma con la precisazione che la proprietà, in questo caso patrimoniale e non demaniale ⁽⁷⁾, del sepolcro rimane del comune, con tutte le conseguenze del caso, anche in relazione alla manutenzione del sepolcro (o, più spesso, del manufatto complesso comprendente il sepolcro), cosa che dovrebbe essere considerata in sede di determinazione delle tariffe per le concessioni, tariffe che hanno natura annuale, anche quando siano eventualmente riscosse in un'unica soluzione. In altri termini, oggetto di concessione è l'uso secondo il fine ultimo che si ha nel primo caso, la sepoltura a tumulazione delle persone riservatarie, senza fini intermedi e strumentali.

Seppure vi sia una tendenza, forse poco meditata, di considerare le concessioni cimiteriali come una materia omogenea, questi brevi cenni portano a sfatare questi orientamenti, ponendo l'esigenza di tenere conto della profonda diversità degli "oggetti" dell'atto di concessione nei due casi.

3. Il difficile rapporto tra patrimonio e demanio

Con la L. 11 febbraio 2005, n. 15, per quanto possa essere applicabile alle autonomie locali ⁽⁸⁾, è stato introdotto, dopo il comma 1 dell'art. 1 L. 7 agosto 1990, n. 241 il comma 1.bis, con il quale si prevede che la pubblica amministrazione, nei provvedimenti privi di natura autoritativa, agisca secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente: anche se, astrattamente, ciò è parsa un'innovazione, va osservato come, proprio in materia di beni demaniali, non si sia in presenza di alcuna innovatività, anzi (art. 823, comma 2, c.c.) la pubblica amministrazione sia dotata della potestà di tutela dei beni demaniali, sia avvalendosi di strumenti di diritto pubblico, sia di strumenti di diritto privato.

Si potrebbe anche considerare come proprio in questo ambito sia, e costantemente, presente un *mix* delle

norme di diritto pubblico con quelle di diritto privato e che, forse, la difficoltà della materia delle concessioni cimiteriali ruota proprio attorno a questa duplice valenza.

Restando all'art. 823 c.c., il comma 1 attribuisce ai terzi, rispetto all'amministrazione titolare della demanialità, la possibilità di essere titolari di diritti, ma condizionatamente ai modi e limiti della normativa speciale che regola ciascuna categoria di beni demaniali.

Un'esemplificazione può aversi, anche se in ambito differente da quello cimiteriale, nella pronuncia della Corte di Cassazione, sezione III civile, con la sentenza n. 2852 del 20 gennaio-11 febbraio 2005 ⁽⁷⁾: nella controversia decisa si contro verteva in merito ad una sub-concessione di diritto privato tra un concessionario di area demaniale (nella specie, un aeroporto) ed un terzo per l'uso di locali nell'area aeroportuale per l'esercizio di un'attività di rivendita di giornali e tabacchi, dove il terzo sosteneva essere in presenza di un rapporto di locazione. Nel caso di specie, il concessionario era titolare della potestà di porre in essere rapporti di sub-concessione, per espressa previsione dell'atto di concessione, che a sua fonda si fondava sull'art. 4 L. 10 novembre 1973, n. 755 ⁽⁸⁾: la Corte di Cassazione ha ritenuto che non potesse ravvisarsi, al di là del *nomen juris*, un rapporto di locazione, quanto di sub-concessione di diritto privato, anche sulla considerazione che le disposizioni della normativa sulle locazioni, specie in tema di durata delle locazioni, *rispondono a valutazioni esclusivamente pertinenti alla tutela di chi goda del bene altrui, per lo svolgimento di determinate attività personali, a fronte di un interesse del cedente circoscritto al percepimento di un reddito, e, pertanto, non sono trasferibili, per radicale carenza dei presupposti, all'ipotesi in cui la cessione dell'uso di un immobile si inserisca in una vicenda di collaborazione fra imprenditori, nell'ambito di un servizio pubblico.*

Si tratta di una problematica che è tutta presente quando si parli di concessioni cimiteriali, anzi qui risulta decisamente accentuata, generando difficili elementi di equilibrio tra patrimonio e demanio.

Un'abbastanza recente decisione, sempre della Corte di Cassazione (sezione II civile, sent. n. 1134 del 27 settembre 2002 – 24 gennaio 2003 ⁽⁹⁾) la ripropone, anche se va – di dovere – precisato come essa si incentri sul momento originario, di fondazione del sepolcro, avvenuta in vigenza del R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880. Alcuni passi della decisione della Suprema Corte appaiono di necessaria citazione:

⁽⁷⁾ La demanialità ha riguardo all'area cimiteriale.

⁽⁸⁾ Sia in relazione al suo art. 19, di modifica dell'art. 29 l. 7 agosto 1990, n. 241, sia in relazione ai forti dubbi di costituzionalità sollevati da alcuni Autori in relazione alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione.

⁽⁷⁾ Presidente: G. Nicastro, relatore: A. Segreto.

⁽⁸⁾ Recante: "Gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale e costruzione di una nuova aerostazione nell'aeroporto intercontinentale "Leonardo da Vinci" di Roma-Fiumicino".

⁽⁹⁾ Presidente: A. Vella; relatore: G. Scherillo.

“Va anzitutto osservato che la concessione amministrativa fu rilasciata al Darchini Arcangelo nel 1962, quando era ancora vigente il Regolamento di Polizia Mortuaria del 1942 che, all'art. 71, prevedeva la trasferibilità del diritto di sepolcro.

A tale disciplina ha fatto riferimento la sentenza impugnata, per cui ogni questione concernente le successive modificazioni introdotte da norme sopravvenute, sono estranee al thema decidendum.

Ciò premesso, sulla scorta dei principi consolidati nella giurisprudenza di questa Corte in tema di diritto di sepolcro (v. in particolare, Cass. 9838-93 citata nella sentenza, nonché le recenti Cass. 532-97; Cass. 8197-94 e Cass. 5923-99), va ricordato che dalla concessione amministrativa del terreno demaniale destinato ad area cimiteriale al fine di edificazione di una tomba deriva in capo al concessionario un diritto di natura reale sul bene (cosiddetto diritto di sepolcro), la cui manifestazione è costituita prima dall'edificazione e poi dalla sepoltura.

Tale diritto, che afferisce alla sfera strettamente personale del titolare, è dal punto di vista privatistico disponibile da parte del titolare stesso, il quale può quindi trasferirlo a terzi, ovvero associare terzi nella fondazione della tomba, senza che ciò rilevi nei rapporti con l'ente pubblico concedente, il quale può revocare la concessione soltanto per interesse pubblico, ma non mettere in discussione le modalità di esercizio del diritto, le quali restano libere e riservate all'autonomia privata.

Dal che discende che, ai fini della determinazione della cerchia dei soggetti che hanno diritto alla sepoltura in una determinata tomba, assume rilevanza preminente la volontà del fondatore. Solo in mancanza di una diversa volontà del fondatore assume rilievo la concessione amministrativa, dovendo in tal caso presumersi che la figura del fondatore coincide con quella del titolare della concessione.

La volontà del fondatore può essere manifestata in qualunque forma, potendo risultare anche da elementi indiziari e presuntivi, la cui valutazione è rimessa al giudice di merito.

... (omissis) ...

... sulla base di un attento esame delle risultanze probatorie, che il Pifani Arrigo era stato il cofondatore del sepolcro insieme al Darchini Arcangelo, titolare della concessione, e che in tale qualità aveva acquistato sin dall'inizio lo ius sepulchri, cioè il diritto di collocare le salme, propria e dei familiari, in un determinato luogo, ha tenuto ben presente la distinzione tra i due diversi piani su cui si colloca il cosiddetto diritto di sepolcro. In particolare, ha sottolineato come la concessione amministrativa assume rilievo nei rapporti con la PA, mentre sul piano privatistico implica solo una presunzione iuris tantum in ordine all'identificazione del fondatore con il soggetto intestatario del provvedimento amministrativo, superabile

dalla prova contraria, che può essere costituita anche da presunzioni. Ha correttamente ritenuto disponibile il diritto in questione e, di conseguenza, possibile che il titolare della concessione, e cioè Darchini Arcangelo, ne avesse disposto sin dall'origine associandosi nella fondazione del sepolcro un altro soggetto, e cioè Pifani Arrigo.

... (omissis) ...

Infine, poiché la comune fondazione conferiva il medesimo diritto ai rispettivi familiari dei due fondatori, ha esattamente osservato che era ininfluente nel caso di specie l'individuazione del carattere familiare o gentilizio del sepolcro.”

Se ne fa richiamo per il fatto che, tale decisione sembra essere stata fraintesa, nel senso di re-introdurre una valenza patrimonialistica del diritto attorno al sepolcro privato nei cimiteri, quando i principi che se ne traggono non vanno proprio (o, necessariamente) in quel senso.

Il primo elemento, di particolare importanza che si evince è quello che i rapporti giuridici che sorgono con l'atto di concessione sono regolati dalle norme vigenti al momento della fondazione del sepolcro, con l'esigenza, quindi, di valutare il rapporto sorto sulla base delle norme (siano esse nazionali, che comunali e, in prospettiva (dolo la loro entrata in vigore), anche regionali) quali vigenti al momento della fondazione del sepolcro, nonché alla luce dell'atto di concessione. Il secondo aspetto che balza all'attenzione è il fatto che, in sede di giudizio di merito, era stato compiuto un accertamento giurisdizionale della co-fondazione del sepolcro *de quo*, giungendo a conclusioni coerenti con questa plurima titolarità.

Il terzo elemento che va considerato è quello per cui il diritto di sepolcro afferisce alla sfera strettamente personale del titolare, anche se non ci si sente di condividere la qualificazione di diritto (del tutto) reale, né le considerazioni sulla sua disponibilità *jure privatorum*, anche se, sul punto, vi è, di seguito, una palese autocontraddizione, cioè quando, affermata la situazione di co-fondazione e, quindi, il connesso e derivato diritto di collocare le salme, propria e dei familiari, in un determinato luogo, si considera come sia stato tenuto ben presente la distinzione tra i due diversi piani su cui si colloca il cosiddetto diritto di sepolcro, con la precisazione che l'atto di concessione amministrativa assume rilievo nei rapporti con la PA, mentre sul piano privatistico implica solo una presunzione iuris tantum in ordine all'identificazione del fondatore con il soggetto intestatario del provvedimento amministrativo, superabile dalla prova contraria, che può essere costituita anche da presunzioni. In altre parole, non può essere sempre e solo il contenuto espresso dell'atto di concessione a qualificare il concessionario (o, nel caso, i co-concessionari).

Tuttavia, anche qui si affronta la questione della personalità del diritto di sepoltura, la sua riserva alle persone della famiglia del concessionario (o, dei concessionari) e gran parte della controversia si fonda sul “titolo” di prova proprio della qualità di concessionario per farne discendere un diritto di sepoltura per le persone riservatarie.

Tuttavia, forse queste considerazioni hanno una soluzione in sé, in quanto trattandosi di una concessione del primo tipo, quella aventi ad oggetto l'area cimiteriale, al fine (intermedio) di costruzione un sepolcro a tumulazione, che a sua volta risponde ad un fine (ultimo), cioè quello della tumulazione delle persone riservatarie in quanto o concessionari o appartenenti alla famiglia del concessionario, si ha senz'altro un elemento di patrimonialità, e quindi un diritto reale d'uso (dell'area, seppure condizionato prima dal fine immediato e, principalmente, dal fine ultimo), diritto reale che si traduce anche negli obblighi, tra cui quelli dell'art. 63 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

Più critico è il punto sulla disponibilità *jure privatorum* del diritto reale, la proprietà del sepolcro a tumulazione costruito sull'area avuta in concessione, poiché se ciò sia ammesso verrebbe a sorgere un'insanabile contraddizione, se non lo stesso venire meno, della finalità ultima del sepolcro privato che è quella di dare sepoltura a tumulazione alle persone dei concessionari e delle persone appartenenti alla loro famiglia, che costituisce un diritto di *pietas*, un diritto che è squisitamente un diritto della personalità e, come tale non disponibile, se non nei limiti richiamati dall'art. 823, comma 1, c.c., ma anche “acquisibile” sulla base dell'appartenenza alla famiglia e non secondo le modalità di acquisto dei diritti reali o, comunque, nei modi di acquisto della proprietà⁽¹⁰⁾, salvo che *ab origine*, cioè dall'atto di fondazione del sepolcro, risulti, quando ciò era ammesso, o tollerato, dall'ordinamento giuridico che il fondatore del sepolcro avesse voluto attribuire al sepolcro il carattere di sepolcro ereditario.

4. Considerazioni conclusive

Andrebbe anche considerato, anche se pochi lo fanno, come l'art. 71 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 presentasse elementi contraddittori con il fatto che, prima della sua emanazione, era già entrato in vigore il libro III del codice civile⁽¹¹⁾, determinando la conseguenza

che la norma di rango secondario (il Regolamento) era in contrasto con norma di rango primario (il Codice) precedentemente in vigore. Si tratta di fenomeni ben noti a chi opera nel settore, dove si trovano più situazioni di questo tipo, a causa della diversa “velocità” di formazione delle norme, dei diversi ranghi. Se fosse possibile, si dovrebbe argomentare che l'art. 71 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880 sia stato “abrogato” prima di entrare in vigore! E, se ciò fosse possibile, che si dovrebbe dire del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, redatto avendo presenti le disposizioni dei T.U.L.C.P., rispetto a cui la L. 8 giugno 1990, n. 142 è stata emanata, ed entrata in vigore, prima di esso?

Queste vicende non riguardano, per altro, tutte le concessioni cimiteriali, bensì solo quelle della prima tipologia, in quanto nelle concessioni della seconda (cioè, per i sepolcri a tumulazione costruiti dal comune e di cui sia stato concesso il diritto d'uso del manufatto una volta ultimato) ogni elemento di patrimonialità non sussiste nei confronti del concessionario, restando questo in capo al comune, per cui si è in presenza di un puro diritto d'uso, rispetto al solo fine ultimo, la sepoltura a tumulazione dei cadaveri delle persone riservatarie.

Da ciò consegue che quest'ultima tipologia di concessioni cimiteriali sia rimasto estranea dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 71, commi 2, 3 e 4 R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, anche nelle epoche in cui questa norma era scritta (non si osa affermarla vigente, per quanto in precedenza annotato), con la conseguenza che l'eventuale attivazione di queste disposizioni ha costituito una condizione di alterazione della finalità della concessione.

Ma, forse, data la diffusa tendenza a considerare le concessioni cimiteriali come soggette ad un regime indifferenziato, senza valutarne pienamente il relativo “oggetto”, il condizionale diverrebbe quanto meno necessario (o, almeno, opportuno).

Da quanto precede si ricava un'ulteriore considerazione, in parte scontata per chi operi nel settore, che sconfini nel giudizio di merito, cioè la riaffermazione della complessità della materia che inerisce alle concessioni cimiteriali, alla loro natura, al loro “oggetto”, complessità che influenza direttamente ed in misura rilevante l'esercizio del diritto d'uso a chi ne sia riservatario (e a coloro che, per ragioni della propria funzione, siano chiamati a funzioni di vigilanza e autorizzazione).

⁽¹⁰⁾ Il che esclude ipotesi di trasmissione ereditaria, quanto meno fino a che sussistano persone appartenenti alla famiglia. Non a caso il sepolcro familiare può trasformarsi in ereditario solo con l'estinzione della famiglia (tra le altre: Corte di cassazione, sezione II civile, sent. n. 12957 del 29 settembre 2000, sent. n. 5020 del 22 maggio 1999, sent. n. 8851 del 8 settembre 1998, sent. n. 5015 del 29 maggio 1990).

⁽¹¹⁾ Entrato in vigore il 28 ottobre 1941; l'intero Codice civile, nel suo complesso, è entrato in vigore il 21 aprile 1942 (anche questo prima dell'emanazione ed entrata in vigore del R.D. 21

dicembre 1942, n. 1880); per mera notizia, i libri I e II del Codice civile erano entrati in vigore il 1° gennaio 1940.