

Approfondimenti

Il “non uso” prolungato ed ingiustificato di una tomba comporta di “default” la pronuncia della decadenza ex art. 92, comma 3 D.P.R. 285/90?

Parte II

di Carlo Ballotta

In entrambe le figure giuridiche, testé tratteggiate, è attribuito al concessionario il diritto di sepoltura, lo *Jus Sepulchri*, inteso come diritto ad essere tumulato (o tumulare altri) nel sepolcro; l'unico elemento di differenziazione tra le due possibili circostanze è la mancanza, nella seconda ipotesi, ovvero nella concessione del semplice diritto d'uso, dell'elemento intermedio e strumentale relativo alla mera proprietà del manufatto. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato che nel vigente Ordinamento Italiano di Polizia Mortuaria il diritto di sepolcro si fonda su una concessione amministrativa di un'area di terreno o di una porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale ai sensi dell'art. 824, comma 2 Cod Civile ⁽¹⁾. L'apposito e “regolare” atto di concessione amministrativa ex art. 98, comma 1 D.P.R. 285/90 è *condicio juris* essenziale per l'esistenza di una concessione d'uso di sepolcri privati, ai sensi dell'art. 92 D.P.R. 285/90, relativo alle sepolture private nei cimiteri, quale è (anche) quella concernente una tumulazione individuale, cioè il loculo monoposto, diffusosi quando in Italia, la tumulazione, dal II dopoguerra in avanti, è divenuta fenomeno di massa.

Il diritto d'uso, cioè la c.d. “riserva”, delle sepolture private nei cimiteri comunali è disciplinato dall'art. 93, comma 1 D.P.R. 285/90, con disposizioni, di carattere generale, da seguire non solo per sepolture innalzate (... se epigee!) su aree avute in concessione ma altresì per posti salma a sistema di tumulazione realizzati direttamente dal Comune. Dopo queste necessarie premesse, si può ora approfondire l'interrogativo affacciato dal Comune postulante,

circa il diritto di riassumere la piena disponibilità dei loculi concessi in uso, in perpetuità, e mai adoperati, anche alla luce di una buona politica cimiteriale mirata alla razionale ottimizzazione di tutti i siti sepolcrali (i quali, com'è noto, non sono dilatibili all'infinito!) richiamando gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza e dalla dottrina con riferimento alle concessioni cimiteriali perpetue.

L'orientamento comune dei Tribunali Italiani ha più volte asserito come le concessioni perpetue ottenute anteriormente alla data di entrata in vigore del D.P.R. 803/1975, rimangano assoggettate al regime giuridico vigente al momento del loro rilascio. Esse si trovano nella situazione di diritti acquisiti, mantengono il carattere di perpetuità e non sono passibili di revoca, potendo essere modificate solo da espressa disposizione di legge, da novazioni bilaterali o dal concretarsi dei cause di estinzione quali, ad es., la soppressione del cimitero ⁽²⁾ e la decadenza ⁽³⁾.

Tralasciando lo smantellamento del cimitero (non influente nella vicenda in esame) si esprimono alcune considerazioni sulla decadenza, tenuto conto di quanto riferito dal Comune circa il mancato utilizzo dei loculi ed in merito al rinvio effettuato dal contratto di concessione alle disposizioni regolamentari, nazionali e comunali, che si sarebbero succedute nel tempo.

La decadenza è un atto di ritiro (con efficacia *ex nunc*) che la P.A. emette in relazione a precedenti

⁽²⁾ TAR Sardegna, n. 95/2006. Nello stesso senso, TAR Lazio - Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 138/2009.

⁽³⁾ TAR Basilicata, 26 maggio 1977, n. 96; TAR Lombardia 24 settembre 1975, n. 317.

⁽¹⁾ C. Cass., sez. un., 27 luglio 1988, n. 4760.

atti ampliativi dei poteri del privato cittadino (come appunto autorizzazioni o concessioni), in occasione di:

- inosservanza delle prescrizioni o degli oneri gravanti sui destinatari, (c.d. DECADENZA SANZIONATORIA), ove gli inadempimenti siano gravi ingiustificati, reiterati o permanenti;
- mancato esercizio per un determinato periodo di tempo, da parte dei medesimi delle facoltà derivanti dall'atto amministrativo (DECADENZA SANZIONATORIA);
- venir meno dei requisiti di idoneità necessari sia per la costituzione che per la continuazione del rapporto (decadenza accertativa).

Per taluni studiosi del diritto amministrativo, però, essa non sarebbe un vero atto di ritiro, perché non richiede un riesame dell'atto in questione, mentre incide direttamente sul rapporto che ne è derivato, producendone la cessazione. Si richiama, al riguardo, la pronuncia del Consiglio di Stato ⁽⁴⁾ secondo cui la normativa regolamentare comunale di polizia mortuaria e sui cimiteri è tanto legittima quanto non viene a porsi in contrasto con quella regolamentare adottata dal Governo, in virtù di quanto previsto dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al Cod. Civile.

Specificamente, per le concessioni cimiteriali perpetue, afferma il Consiglio di Stato, la decadenza viene consentita rispetto all'inosservanza di determinate imposizioni a carico del concessionario da inserire nell'atto di concessione (o nella convenzione che sovente l'accompagna), secondo quanto previsto dall'art. 92, comma 3 D.P.R. 285/90. Ragion per cui, prosegue ancora il Supremo Giudice Amministrativo, il Comune non ha il diritto di imporre, sulla base della propria normativa regolamentare, altri adempimenti, ai quali ricollegare la decadenza della concessione, potendo fare ciò solo con l'atto di concessione o con le sue modifiche successive, cioè con una novazione consensuale (art. 1230 Cod. Civile) delle obbligazioni sinallagmatiche scaturenti dall'originario atto di concessione.

Dagli incartamenti trasmessi si evince come la concessione sia stata rogata per l'uso del loculo in favore del concessionario primo e degli eredi (*rectius*: o dei familiari?) in capo ai quali discende, tra l'altro, l'impegno di apporre, nel tempo stabilito, una lapide in marmo ove scolpire nome e cognome del defunto, nonché gli oneri di manutenzione dei loculi, rispetto ai quali potrebbe ravvisarsi una prima trasgressione, con conseguente decadenza della concessione. Per quanto riguarda il mancato uso

delle due celle sepolcrali, lo stesso può essere un inadempimento tale da rappresentare valido motivo di decadenza avuto riguardo alla destinazione dei loculi fissata nell'atto di concessione. Nel caso di specie, il diritto d'uso delle nicchie appare riservato, *ex Lege Sepulchri* (la quale, poi, si traduce nella c.d. "riserva" di cui all'art. 93, comma 1 I Periodo D.P.R. 285/90), in favore del concessionario e degli eredi, ai quali, si precisa, passerà nei modi indicati dal Cod. Civile, non potendo in nessun modo essere ceduto ad altri. Se ponderiamo, però, sia le intrinseche caratteristiche di demanialità dei sepolcri, sia l'art. 823, comma 1 Cod. Civile, quest'ultima proposizione contrattuale si rivela impraticabile e, quindi, nulla di diritto, perché illegale. Il persistere fino al 9/2/1976, almeno sulla carta, delle concessioni cimiteriali perpetue e, per giunta, della loro trasmissibilità per *acta inter vivos* o *mortis causa* (art. 71 comma 2 R.D. 1880/1942) è stato elemento dovuto, appunto alle previsioni del R.D. 1880/1942, ma quando il legislatore lo emanò sembrava non esser conscio del fatto che il Libro III Cod. Civile fosse già in vigore (dal 28/10/ 1941), salvo non riconoscere al R.D. 1880/1942 una natura di norma di rango primario (raffinata disquisizione per soli accademici del diritto funerario la quale aprirebbe un ragionamento abbastanza complesso sulle diverse gradazioni gerarchiche tra le fonti dell'Ordinamento Italiano, prima dell'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana e della L. 400/1988). Conseguentemente, la decadenza potrebbe verificarsi qualora i tumuli rimanessero vuoti anche dopo la morte dell'avente diritto (concessionario ed eredi aventi titolo alla tumulazione), il quale venisse sepolto in altro sito, con l'intenzione esplicita, *per facta concludentia*, di non dar luogo alla tumulazione in quel particolare sepolcro precedentemente riservato e dedicato, ovvero qualora la concessione dovesse mutare la propria destinazione, venendo la sepoltura ad essere utilizzata per ospitare cadaveri di persone che, quando ancora in vita, *ex art. 50, comma 1, lett. c) D.P.R. 285/90*, non fossero portatrici dello *Jus Sepulchri*, nel caso di specie, ereditario, e ancora quando la stessa venisse ad essere oggetto di lucro e di speculazione, contravvenendo al divieto di cessione del diritto d'uso espressamente decretato dal contratto di concessione e soprattutto da norme imperative come l'odierno l'art. 92, comma 4 D.P.R. 285/90. Con riferimento, poi, agli obblighi di posa della lastra funeraria e a quelli di manutenzione, può configurarsi la decadenza per inerzia *ex art. 92, comma 3 D.P.R. 285/90* o per abbandono.

In particolare, sulla condizione di incuria, è di ausilio quanto espresso dalla giurisprudenza, con rife-

⁽⁴⁾ Cons. St., 11 ottobre 2002, n. 5505.

rimento alla sussistenza dello stato di trascuratezza di un'area cimiteriale, per cui debbono presentarsi precisi requisiti: temporali, nel senso che deve potersi agevolmente dimostrare come da lungo tempo il titolare, o chi per lui, con preciso *animus*, non si sia recato in loco, ed oggettivi, siccome l'area stessa deve riuscire davvero impraticabile o comunque, il manufatto sulla stessa insistente gravemente deteriorato in seguito al lungo stato di abbandono e degrado⁽⁵⁾.

Alla luce delle sullodate considerazioni, il Comune potrà dunque valutare, con la discrezionalità⁽⁶⁾ che è propria dell'attività amministrativa, se, in relazione alle previsioni del contratto di concessione, in particolare sulla destinazione impressa ai loculi e sugli obblighi di manutenzione posti in capo al concessionario ed ai suoi aventi causa a lui subentrati, ricadano i presupposti perché possa prospettarsi l'inadempimento⁽⁷⁾ contrattuale e, dunque, debba determinarsi la decadenza della concessione. Possiamo, ora focalizzarci su alcune ultime conclusioni: in linea generale e di massima (e quindi anche senza conoscere il Regolamento nel singolo Comune), allorché un contratto di concessione di un sepolcro privato (sono tali tutte le "allocazioni" cimiteriali diverse dall'inumazione in campo comune) indichi espressamente i nominativi dei defunti per cui esso è predisposto, il mancato utilizzo o il parziale uso o, ancora, l'estumulazione *ex art. 88 D.P.R. 285/90*, comportano l'estinzione (naturale o ... per causa patologica?) della concessione, come conseguenza dell'esaurimento dei fini per cui era sorta: infatti la consegna di un loculo, ad esempio, da parte del Comune al concessionario potrebbe essere assimilata, in termini civilistici, ad una sorta di obbligazione di risultato (con questa *ratio*: chi lo riceve in concessione d'uso si impegna ad utilizzarlo per ivi collocare una determinata salma (= un familiare) ovvero il corpo esanime di soggetto appartenente ad una determinata categoria sociale quando ricorrano gli estremi per la concessione ad Enti *ex art. 90 D.P.R. 285/90*).

La concessione palesa profili para-contrattuali, non è, infatti, un contratto privato gestibile in piena autonomia, essa, infatti, implica degli incumbenti pubblici, nell'interesse della collettività, a cui la società stessa si deve attenere.

⁽⁵⁾ TAR Piemonte, 3 aprile 1987, n. 130.

⁽⁶⁾ Consiglio di Giustizia Amm. Sicilia, 27 giugno 1978, n. 140.

⁽⁷⁾ Gli inadempimenti, reiterati e permanenti, che possono consistere in violazione di legge oppure di atti amministrativi, devono essere in primo luogo tali per cui, se ipotizzabili dall'inizio, avrebbero impedito l'emanazione del provvedimento, ed in secondo luogo non siano dovuti a caso fortuito o a forza maggiore.

Anche il "NON USO" può essere un'inottemperanza cagione di decadenza, si pensi, ad esempio ad una "tomba prenotata" rimasta vuota anche dopo la morte dell'avente diritto ad esservi tumulato, il quale, ovviamente sia stato sepolto in altro sito, con il conseguente *animus*, per *facta concludentia*, di lasciare definitivamente il sepolcro.

La decadenza non è pronunciata, ma dichiarata: sembra solo nominalismo, ma è importante sottolineare come la dichiarazione di decadenza non abbia effetti costitutivi, bensì puramente ricognitivi (la decadenza si attiva per effetto dell'inadempimento da parte dei concessionari).

Accantonando, per un attimo, questi dibattiti un po' sofisticati, una volta che sia intervenuta la decadenza, non essendovi più concessione, il manufatto edificato sull'area, a suo tempo concessa, rientra, per accessione, *ex art. 934 e ss. Cod. Civile*, nel demanio del Comune, che procede ad assegnazione a terzi, all'abbattimento, o ad ogni altra modalità di utilizzo che ritenga, nel singolo caso, utile. Di norma i materiali (lapidei e d'arredo) di cui consti il sepolcro possono essere avviati ad impieghi di vario ordine (molti regolamenti comunali di polizia mortuaria, ad esempio, ne prevedono (quando possibile) un riciclo sempre in ambiente cimiteriale, anche ai sensi dell'art. 13 D.P.R. 254/2003).

Diverso sarebbe se si dovesse constatare l'avvenuta sottoposizione, con atto formale, ad un vincolo da parte della Sovrintendenza per i beni culturali ed ambientali, giusta il D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.

La titolarità dell'atto è dirigenziale (esclusiva e non derogabile, si veda l'art. 107, comma 4 D.Lgs. 267/2000) sia per l'eventuale demolizione delle opere e quanto altro (lett. g) sia per la decadenza vera e propria (lett. f), costituendo quest'ultima il risvolto negativo della concessione. Sulla ventilata opportunità di procedere con l'adozione di un unico provvedimento: essa senz'altro è percorribile, salvo quando il regolamento comunale di cui agli artt. 48, comma 3 e 89 D.Lgs. 267/2000 non attribuisca i due compiti a distinti uffici (ma, per come posta la domanda, non sembrerebbe esistere tale distinzione di mansioni per uffici e servizi di polizia mortuaria).

La decadenza è un atto dovuto da parte del Comune (si veda anche T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. 7[^], sent. n. 4589 del 14 ottobre 2013) se non si vuole incorrere nella responsabilità patrimoniale per danno erariale *ex art. 93 D.Lgs. 267/2000* con segnalazione, di rigore, alla Corte dei Conti, Sez. regionale (l'azione si prescrive in 5 anni).