

Approfondimenti

Uno “strano” esempio di sanatoria nelle concessioni cimiteriali: l’istituto dell’immemorale

di Carlo Ballotta

Cara Redazione,

La nostra Amministrazione comunale si è posta l’ambizioso obiettivo di “regolarizzare”, previa delibera di Consiglio di modifica/integrazione del regolamento municipale di polizia mortuaria, la posizione di quelle concessioni cimiteriali per le quali non è più disponibile, nei nostri archivi, il documento contrattuale. Agli effetti concreti, s’intende estendere l’istituto dell’immemorale a periodi successivi al 1942, secondo modalità idonee a conciliare le contrapposte esigenze di riconoscimento sostanziale dei diritti acquisiti e di rigore formale.

L’idea è quella di stipulare un nuovo contratto della stessa durata del contratto originario, previa ricostruzione dell’identità esatta del concessionario originale, sulla base dei seguenti elementi probatori:

- 1. domanda di concessione, laddove esistente (in mancanza, si è considerato il nome presente sulla sepoltura, nei registri, sulle cartine disponibili in ufficio);*
- 2. reversale di pagamento (in alcuni casi non individuata);*
- 3. prova testimoniale, tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da parte del concessionario (se ancora in vita) o degli aventi diritto.*

Si chiede un suggerimento circa la possibilità di procedere in tal senso, in considerazione anche della difficoltà ad avere una dichiarazione a nome di tutti gli aventi titolo.

Bisogna consentaneamente premettere come, in linea di massima, e sotto il profilo tecnico del diritto civile, ogni qual volta difetti, per qualsiasi motivo, il titolo formale di un rapporto giuridico, ancorché in essere, o, se prevista, manchi la diligente redazione di un pubblico registro predisposto per la prova documentale e la tutela di determinate situazioni giuridicamente rilevanti, la verifica sulla fondatezza dello stesso o la sua dimostrazione non possa non aversi se non con sentenza del giudice, passata in giudicato, che accerti la sussistenza, del rapporto giuridico oppure acclari l’esistenza del diritto vantato (art. 2907 Cod. Civile.), l’istanza di detto accertamento è avanzata da parte di chi vi abbia interesse (art. 100 Cod. Proc. Civile), mentre l’onere della prova fa carico all’interessato richiedente (art. 2697 Cod. Civile), secondo il celebre brocardo latino, infatti: “*Onus probandi incumbit actori*”.

Le concessioni cimiteriali, afferiscono ad ogni tipologia di sepoltura dedicata e, quindi, differente dalla normale (nel senso proprio di istituzionale!) e tradizionale inumazione in campo comune e, come tali sono definite quali sepolcri privati nei cimiteri, oggi, ex Capo XVIII D.P.R. 285/90, esse hanno il carattere di titolo di uso particolare (*uti singuli*) di area o edificio (o porzione dello stesso) demaniale; bisogna, quindi, rammentare sempre come quest’ultime possano, in quanto tali, costituire oggetto di diritti da parte di terzi privati solo nei modi e nelle forme ammessi dalle norme speciali che disciplinano i beni demaniali o, meglio, gli specifici beni de-

maniali (art. 823, comma 1 Cod. Civile), cioè, nel nostro caso dai regolamenti nazionali di polizia mortuaria, emanati dal Governo Centrale, vista l'incompetenza assoluta delle Regioni a legiferare sull'Ordinamento Civile ex art. 117 comma 2 lett. l) Cost..

La presenza di un regolare atto di concessione ai sensi dell'art. 98 D.P.R. 285/90 (formula aulica, ma sempre molto efficace ... e poi sono le testuali e sacre parole del Legislatore!) è *condicio sine qua non* perché l'amministrazione comunale, in quanto titolare ultima del demanio e, dunque dell'impianto cimiteriale ex art. 824 comma 2 Cod. Civile, possa riconoscere la sussistenza di una posizione soggettiva di intestazione su una concessione cimiteriale, da cui, poi, originerebbe, di riverbero lo *Jus Sepulchri*, attivo e passivo, nonché ogni diritto di gestione sul sepolcro stesso. In carenza di regolare atto di concessione cimiteriale, il soggetto che assuma di essere titolare di diritti di sepolcro istituiti, comunque, in maniera conforme alla Legge e dei quali sia venuta a mancare la prova tangibile per gravi fatti oggettivi (distruzione, incendio, furto, smarrimento ... *et coetera mirabilia!*), magari nemmeno a lui direttamente imputabili per pura negligenza o disattenzione, può far valere la propria pretesa avanti al giudice, in sede civile, avvalendosi degli ordinari meccanismi predisposti, all'uopo, dal diritto privato (anche se non andrebbe mai sottovalutato, né obliato come la parte interessata, nel rapporto concessorio dovrebbe sempre disporre anch'essa di una copia, in originale, del titolo in questione). Nel caso di specie andrebbe anche considerato come, fin prima della entrata in vigore del D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, – ad esempio in regime di R.D. 1880/1942, ogni concessione cimiteriale, proprio per la “diffidenza” con cui il Legislatore ha sempre visto i sepolcri privati nei cimiteri in quanto essi sottrarrebbero spazio “vitale” alle quadre d'inumazione, fosse preceduta da deliberazione del Consiglio Comunale e soggetta all'approvazione del Prefetto.

Al nulla osta prefettizio sarebbe, poi, seguita la stipula ufficiale dell'atto di concessione, *melius*: della convenzione che sovente l'accompagna, in quanto la concessione è atto tipicamente unilaterale, in cui le parti stabiliscono le reciproche obbligazioni sinallagmatiche, allora sottoposto al visto di esecutività della G.P.A. (organismo soppresso con l'istituzione dei T.A.R. avvenuta con L. 1034/1971). Questa serie di passaggi del passato, così articolata e composita, permetterebbe, ancor oggi, con una meticolosa ricerca a ritroso di enucleare, forse anche in assenza (a ragione di eventuali cause materiali) di un titolo cartaceo, l'eventuale perfezionamento dello *Jus Sepulchri*, così come potrebbero rinvenirsi,

tra gli atti nell'archivio del comune, atti preliminari e documenti preparatori che consentano di apprezzare, con buona probabilità, se l'atto di concessione sia stato, a suo tempo, posto in essere.

Oltretutto, il visto di esecutività da parte della G.P.A. avrebbe implicato l'inoltro a questa di due esemplari dell'atto, uno dei quali sarebbe stato depositato nell'archivio della Prefettura e che, attualmente, non soggetto alla procedura di scarto, dovrebbe essere stato oggetto di riversamento nell'Archivio di Stato ex artt. 25, 26 e 27 D.P.R. 1409/1963; ragion per cui non deve eccettuarsi, in assoluto, l'assenza di titoli probatori delle concessioni cimiteriali, anche nel caso in cui fatti avversi, ed eventi di forza maggiore, abbiano impedito la diretta consultabilità degli atti concessori presso il preposto casellario comunale. Si consiglia, senz'altro, un'adeguata e proficua attività di ricognizione sugli schedari di cui l'ufficio di polizia mortuaria si è dotato, nel corso dei decenni, anche se possa essere, od apparire, inutilmente dispendiosa, incrociando i dati accessibili non sarebbe, poi, così impossibile addivenire ad una ricostruzione storica dello *Jus Sepulchri de quo, rectius*: del suo preciso MOMENTO GENETICO. Nell'ipotesi estrema ed esiziale che il non reperimento degli atti di concessione derivasse dalla loro totale omissione *illo tempore*, fatte salve le possibili responsabilità personali (probabilmente cadute in prescrizione, anche per sopraggiunta morte delle persone coinvolte, stiamo infatti ragionando di concessioni molto risalenti nel tempo), non resterebbe che addivenire a questa dolorosa (almeno per i presunti concessionari e loro aventi causa ... se c'è stato subentro!) conclusione: la concessione cimiteriale è *tamquam non esset*, inesistente e, al più, si potrebbe pure esser concretizzato, nel tempo, un uso della tomba *sine titulo*, ovvero senza legittimazione alcuna, ossia un'occupazione di fatto o, meglio, ABUSIVA.

Essa andrebbe sanata con la rimozione, a totale onere dell'occupante, delle spoglie mortali prive di *Jus Sepulchri* e, dunque, deposte senza titolo in quel determinato sepolcro oggetto di indagine, con la corresponsione degli oneri (almeno per i periodi non perenti, in quanto già caduti in prescrizione ex art. 2946 Cod. Civile?), e loro interessi nella misura del saggio legale (ex artt. 1277 e 1284 Cod. Civile), secondo i vigenti canoni concessori stabiliti dal Comune in base agli odierni parametri contabili generali dettati dall'art. 4 comma 2 lett. a) e b) D.M. 1° luglio 2002 emanato ex art. 5 comma 2 L. 130/2001, o in loro mancanza di somme non inferiore ad un pro-rata annuo delle tariffe di concessione presenti nel tempo, derivanti dall'indebito utilizzo di beni di proprietà comunale, aventi, tra l'altro, es-

senza demaniale. C'è, poi, questa ulteriore puntualizzazione: eventuali, protratte ed ingiustificate inerzie nel varare i dovuti provvedimenti produrrebbero danno erariale ai termini dell'art. 93 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif, per omessa tutela della posizione dell'amministrazione locale titolare del manufatto demaniale, con segnalazione di rito alla Corte dei Conti, Sez. Regionale, l'azione, comunque, si prescrive in cinque anni.

Eventuali opere murarie costruite sull'area cimiteriale e demaniale, con annesse suppellettili d'arredo funebre appartengono al proprietario del suolo (per accessione; artt. 934 e ss. Cod. Civile) salvo il pagamento del valore dei materiali impiegati (art. 936, comma 2 Cod. Civile) al prezzo originario del loro acquisto, senza attualizzazioni (in ossequio al il principio nominalistico di cui all'art. 1277 Cod. Civile) e laddove tale costo sostenuto risulti provato da titoli idonei (fatture, quietanze altri documenti regolari anche fiscalmente).

Appare evidente, e persino lapalissiano, come queste considerazioni, soprattutto le ultime, non possano sempre essere agevolmente oggetto di relazioni positive e, soprattutto, costruttive e collaborative tra l'amministrazione comunale e i soggetti, privati cittadini (o anche corpi morali, cioè persone giuridiche), che ritengano, spesso anche in buona fede, di essere titolari di diritti già acquisiti e perfetti sulle concessioni cimiteriali.

Attenzione, però: In realtà è possibile che le tombe siano pervenute alle odierne famiglie (occorre, a tal proposito, ristabilire la discendenza nei rami famigliari e il riconoscimento del rapporto di coniugio o filiazione, o quello di parentela può essere dato con le ordinarie forme delle certificazioni di stato civile e di anagrafe, tenendo presente il disposto dell'art. 3 D.P.R. 2 maggio 1957, n. 432. A questo proposito, vanno ricordati sia l'art. 18 L. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif., sia l'art. 43, comma 1 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e succ. modif.) non solo attraverso diretta concessione del Comune, ma anche per atto *inter vivos* (compravendita) o *mortis causa* (successione), quindi a titolo derivativo, sino a quando questo trasferimento sia stato legale.

Difatti, una vecchia legislazione dell'epoca pre-repubblicana avrebbe pure consentito la cessione fra privati di manufatti cimiteriali (art. 71, comma 2 e ss. R.D. 21.12.1942, n. 1880) o la loro trasmissione *jure haereditatis*, mentre ciò, ora, non è più ammesso dalla Legge, precisamente, e senza dubbio alcuno, dal 10 febbraio 1976.

È, ad ogni modo, il privato cittadino a dover esibire il titolo che certifichi la concessione comunale nell'epoca in cui essa avvenne. Purtroppo, talvolta, i contratti originali non sono più disponibili, per cui

la famiglia interessata dovrebbe svolgere un esame approfondito su come essa sia giunta in possesso dei sepolcri *de quibus* anche attraverso incontri informativi con suoi membri e componenti.

Potrebbe esser abbastanza agevole comprovare che vi sia stato un uso continuativo, ad esempio di una cappella gentilizia, da parte della famiglia nel tempo (attraverso lo studio dei registri cimiteriali che sono in archivio comunale, o pure producendo agli atti eventuali permessi di costruzione degli edifici sepolcrali, rilasciati solitamente *ex post* rispetto all'atto concessorio, o anche l'elenco, corredato da materiale fotografico, delle iscrizioni tombali da cui evincere tutti questi elementi). I riferimenti che, in alcuni schemi di regolamenti comunali di polizia mortuaria, conducono a richiamare l'istituto dell'immemorabile (detto altrimenti: "immemorabile") in relazione a termini temporali (spesso per rapporti concessori che possano essersi originati prima del 1942) non sono del tutto casuali o accidentali. Tale fattore cronologico, infatti, è non solo in relazione al R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, anche se la sua entrata in vigore fu successiva, rispetto a quella del 28 ottobre 1941, quando, appunto, entrò in vigore il Libro III del Cod. Civile, con cui è stata decretata e sancita dal Legislatore, in termini di norma positiva e del tutto intenzionale, la natura demaniale dei cimiteri (si ragioni sul significato di "demaniale", e sulla sua *ratio* pubblicistica, con quanto ne consegua!) per altro già in precedenza affermata dalla prevalente giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria (in vigenza del vecchio Cod. Civile del 1865 qualche sottile difformità interpretativa si sarebbe potuta, comunque, riscontrare, tant'è che il dibattito tra gli studiosi del diritto funerario fu molto intenso tra la fine del XIX Secolo ed i primi anni del Novecento), ma anche in conseguenza delle modifiche alle disposizioni sul registro e sulla tenuta dei pubblici registri immobiliari (1938-1939). Con esse era stato ribadito, se necessario, che le concessioni cimiteriali avrebbero comportato, in tutti i casi, la sussistenza di un titolo di concessione pubblica amministrativa soggetto a registrazione: oggi, ai sensi del Testo Unico di cui al D.P.R. 131/1986, art. 5, comma 2, parte I, tariffa ed art. 45 solo se l'importo supera la cifra pari a 6.455,71 Euro) ed a determinati requisiti di forma *ad substantiam* (atto pubblico ai termini dell'art. 2699 Cod. Civile), a pena di nullità. Pertanto, lo spartiacque dell'anno 1942 si radica in questo contesto, con qualche margine, considerando che le citate modifiche possano avere richiesto qualche ulteriore tempo per esser compiutamente metabolizzate dalla Pubblica Amministrazione ed entrare a pieno regime, ma questa sorta di interregno è da considerarsi superato, con

sicurezza, dopo tale data. Ragion per cui si esprime qualche perplessità sulla corretta possibilità di un'applicazione di simili normative a periodi posteriori, pur senza accantonarla in toto e definitivamente. Si tratta di un problema di particolare delicatezza che, in quanto tale, andrebbe attentamente ponderato, con estrema prudenza.

L'istituto dell'immemoriale, un tempo contemplato nello *Jus Positum*, da talune legislazioni Pre-Unitarie, come strumento di prova di diritti parimenti esercitati, ma senza titolo, è stato del tutto espunto dall'ordinamento giuridico italiano, nell'ambito del diritto privato, con la L. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato A, mentre è stato reputato, a certe condizioni, possibilmente persistente in alcune sfere del diritto pubblico (l'esempio "classico" che viene generalmente citato, a tal proposito, è quello dell'uso del cognome, nome di famiglia, ed a questa fattispecie potremmo, probabilmente accostare, in via analogica ed estensiva lo *Jus Nomini Sepulchri*, con un'operazione, seppure molto astratta e "temeraria", almeno per i puristi del diritto funerario, utile, però, a risolvere positivamente il quesito proposto).

Si mediti a tal proposito su questa giurisprudenza, anche se, invero, un po' datata, vista anche la rarefazione dell'immemoriale, nella recente storia del diritto italiano:

- *Distinto dall'usucapione è l'istituto dell'immemorabile, il quale, previsto dal codice previgente, non esplica nei tempi attuali se non una limitata efficacia nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, valendo a costituire una presunzione di legittimità dell'attuale possesso da parte di un soggetto (Cass. Civ. Sez. I, 4051/83).*

- *L'istituto dell'«immemorabile», e cioè il possesso che dura da tanto tempo (vetustas) da essersi smarrito il ricordo del suo nascere (presunzione di esistenza di un titolo corrispondente al diritto) è inapplicabile in materia di usi civici, sui quali non possono costituirsi proprietà private senza un titolo proveniente dall'autorità che ha il potere di disporre. Cass., sez. II, 25-05-1992, n. 6231, in Giust. civ., 1993, I, 116, in Rep. Fo. It., 1993, "usi civici" n. 42.*

Data la sua intrinseca peculiarità (forse anche anacronistica?) l'immemoriale, si rappresenta come una risposta del tutto straordinaria ed *extra ordinem*; esso, ad ogni modo, si estrinseca in un procedimento cui, generalmente, si potrebbe ricorrere solo in termini di prova in sede di attestazione giudiziale della sussistenza di diritti esercitati senza titolo nominale, poiché l'azione amministrativa del Comune non può mai sconfinare nell'attività giuri-

sdizionale propria, secondo Costituzione, della Magistratura, questa regola, anche se non più del tutto codificata, se non in via negativa, merita alcune ulteriori riflessioni, attinte dalla più autorevole dottrina: Sereno Scolaro, infatti, (La Nuova Antigone, anno 2001) è di questo parere: "[...] l'effettivo rimando all'istituto dell'immemorabile da parte di alcuni Regolamenti comunali di polizia mortuaria avrebbe solo compito di "notazione di memoria" e opererebbe una scelta dirimente tra le due prevalenti teorie che lo riguardano, l'una come prescrizione acquisitiva e l'altra come presunzione "juris tantum".

Il sullodato autore, propende decisamente per quest'ultima tesi; tale opzione di metodo sarebbe, allora dettata non solo da una valutazione di merito (l'istituto prende atto dell'esercizio fatto di un diritto, pur in assenza di titolo), ma anche perché in questo modo se ne agevolerebbe la reale e fattiva applicazione.

In linea generale, l'istituto (o i suoi riflessi postumi e reliquati?) si attiva indipendentemente da un suo recepimento in norme regolamentari e la funzione proposta è, per questo, "neutra" ed asettica.

Il regolamento comunale di polizia mortuaria potrebbe, peraltro, delineare e tipizzare procedimenti di concreta implementazione dell'immemorabile più dettagliati, fermi restandone, tuttavia, gli elementi sostanziali.

La proprietà fondamentale dell'istituto consiste nell'esercizio di un diritto che si presume *secundum legem* in quanto fondato sulla *vetustas*, senza che, però, ne sussista un relativo titolo agli atti. In altri termini, si presuppone un titolo di possesso del diritto, e che la situazione di fatto ne sia la logica conseguenza. Il fulcro del contendere, a questo punto, si sposta sulla prova di legittimità del diritto in parola.

Poiché la struttura medesima dell'immemorabile si incardina sul postulato della *vetustas*, quasi si trattasse di quella "*grundnorm*", tanto cara al giurista Kelsen, cioè sul decorso di un lungo lasso di tempo, non determinato, nel corso del quale il possesso del diritto sia stato *nec vi, nec clam, nec precario*, ovvero costante ed incontrovertibile, analogamente all'usucapione (e di qui nascerebbero le opinioni favorevoli alla prescrizione acquisitiva), viene ammesso ogni mezzo di prova, ivi compreso quello testimoniale (che il nostro sistema giuridico considera sempre quale residuale).

Ma proprio per la sua particolarità, la prova testimoniale richiede alcune connotazioni che discendono dalla costituzione stessa dell'istituto.

Dovendosi provare la *vetustas*, la conoscenza asserita dai testimoni richiede una particolare “qualificazione” rafforzata, sviluppata da prammatica, dottrina e giurisprudenza: essi, allora, debbono almeno aver compiuto 50 anni di età.

In tale sede (solo giudiziale), la prova, sempre ricordando l’art. 483 Cod. Penale, potrebbe essere fornita mediante atto notorio, (quello vero, da non confondere con la semplice dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà *ex art. 47 D.P.R. 445/2000*,) reso dal dichiarante e da quattro testimoni, estranei rispetto al dichiarante stesso, i quali, oltre ad aver contezza diretta del godimento di fatto dello *Jus Sepulchri*, dovrebbero presentare, appunto anche la prerogativa di essere ultracinquantenni e con l’ulteriore precisa cognizione che della stessa situazione giuridica fossero a incontestabile conoscenza anche i loro più prossimi ascendenti (i genitori).

Già qui si potrebbe evidenziare una prima, stridente contraddizione con l’art. 30 comma 2 L. 241/1990 se la procedura in esame fosse interna agli uffici comunali, con dimostrazione del diritto in via amministrativa, siccome la prefata norma vieta alle pubbliche amministrazioni, ma, ovviamente, non ai Tribunali, di domandare l’atto di notorietà, in luogo di quello sostitutivo.

Questa linea di continuità è richiesta per l’esigenza che il ricordo con cui si suffraga la carenza del titolo sia tale da indurre ad una positiva constatazione circa l’affermarsi della *vetustas*.

In tema al numero dei testimoni, si esprime l’avviso che questi potrebbero, ormai, essere ridotti a due unità, per effetto dell’art. 30, comma 1 L. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif., mentre non sono proprio superabili le altre qualità personali richieste per i testi.

Inoltre, trattandosi di dover offrire riscontro probatorio di un rapporto che ha fisionomia ancipite, e, dunque, in parte, anche negoziale o comunque parcontrattuale, perché si colloca sul sottile crinale (qualcuno parla di un “mix” inscindibile, quasi fosse una sorta di “connubio funerario”) tra il diritto privato ed il diritto pubblico (art. 823, comma 2 Cod.Civile) deve escludersi che a prova sia data nella forma della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, esulandone essa dall’oggetto, mentre è decisamente necessario il normale atto di notorietà, la cui spettanza, nell’accogliere il giuramento, è individuabile o nel notaio, ai sensi dell’art. 1, comma 2, n. 2 l. 16 febbraio 1913, n. 89 e succ. modif., oppure, probabilmente anche, nel pretore (oggi, giudice unico, monocratico, dopo il D.Lgs. 19 febbraio

1998, n. 51) o nel cancelliere da questi delegato (art. 8 L. 23 marzo 1956, n. 182).

Dopo questo lungo, necessario preambolo, funzionale all’inquadramento dogmatico generale di questa insolita (arcaica?) figura giuridica, valida a prescindere da una regolamentazione o meno (anche nel senso che, laddove questa fosse adottata in ogni caso prevarrebbe l’accertamento giudiziale), va affrontata la sciarada se il regolamento comunale possa disegnare capillari procedimenti di traduzione dell’istituto dell’immemorabile in un reale e praticabile percorso amministrativo.

Pur ribadendo l’affermazione apodittica secondo cui un eventuale giudicato, pure se in senso discordante o, peggio, contrario, s’imporrebbe sempre e comunque, anche su di un parallelo iter amministrativo, è da ritenere che il regolamento comunale possa dettare procedure amministrative di attuazione, ma non modificare gli elementi di sostanza dell’istituto, in considerazione della particolarità dello stesso e del suo ruolo in termini di “prova” di un diritto già sussistente, piuttosto che di fonte, in qualche modo, costitutiva di un diritto del tutto nuovo.

Quest’ultima fattispecie appare del tutto estranea all’istituto stesso, ben diversamente dall’usucapione nella quale il trascorrere del tempo produce, in concorrenza con le altre condizioni necessarie, il sorgere di un diritto *ex novo* (a titolo originario), e quindi laddove il termine rappresenta elemento (anzi, coelemento) di acquisto del diritto.

Nell’immemorabile questa acquisizione non agisce, anzi ad esso è del tutto estranea, e solo il tempo assume rilievo come elemento probante – presuntivamente – la sussistenza del diritto, quasi in funzione succedanea e vicariante rispetto alla deficienza del titolo primitivo.

Se è consentita un’esemplificazione, o un parallelismo, in altro campo operativo, si pensi, allora, alla casistica regolata dall’art. 452 Cod. Civile (e dall’art. 132 Cod. Civile.), nonché alla connessa procedura normata dal Titolo XI D.P.R. n.396/2000, le quali, poi, in ultima istanza, attendono, entrambe, alla reintegrazione dei titoli di stato che risultino andati distrutti o perduti.

L’immemorabile è l’istituto che svolge la funzione di surrogazione e ripristino di un titolo che materialmente non c’è nel momento attuale in cui, solitamente il giudice dichiara l’accertamento della sussistenza del diritto, ma che si presume esservi stato, o comunque ristabilisce un diritto finalmente comprovato da un titolo idoneo *per tabulas*, conferendogli nuovamente “piena cittadinanza” nel mondo

del diritto, in una prospettiva di certezza ordinamentale.

Per altro, non sono stati mancati orientamenti più aperturisti per un impiego, seppur eccezionale, dell'istituto dell'immemorabile al di fuori degli usuali strumenti di prova in giudizio, ipotizzando la facoltà di un suo uso in un semplice procedimento amministrativo, governato a questo punto dalla L. 241/1990, che diventerebbe così alternativo, ma non sostitutivo, al normale appuramento giurisdizionale dell'esistenza del diritto esercitato senza titolo, contando, *ratione materiae*, sulla potestà regolamentare dei comuni, oggi non più derivante unicamente da norma di rango primario (art. 13 D.Lgs. 267/2000), quanto dalla Costituzione (art. 117, comma 6 III Periodo Cost., così come novellato dalla Legge di Revisione Costituzionale n. 3/2001, purché "*in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni ... attribuite*").

Anche volendo accogliere con favore questa linea d'indirizzo, si deve rimarcare come solo la presenza di una espressa norma del Regolamento comunale di polizia mortuaria (nella specie sulle concessioni cimiteriali) potrebbe legittimare una siffatta azione di appuramento diversa ed altra rispetto all'accertamento giudiziale della sussistenza del diritto esercitato senza titolo, norma che avrebbe, come sempre, effetto solo una volta completati i procedimenti integrativi previsti dall'art. 345 T.U.LL.SS. di cui al r.d. 27 luglio 1934, n. 1265. Queste disposizioni sono tuttora vigenti, ed il regolamento municipale diverrebbe di obbligatoria osservanza a partire dal 16° giorno della seconda pubblicazione nell'Albo Pretorio, effettuata successivamente all'intervenuta approvazione della modifica al regolamento comunale da parte del Ministero della Salute (e ciò a prescindere da eventuali e diverse norme statutarie che statuiscano diversamente il momento di acquisizione dell'efficacia dei Regolamenti comunali, per la specialità di questi ultimi atti normativi *ex art. 344 T.U.LL.SS.*).

L'omologazione da parte del Ministero della salute dovrebbe intervenire entro 60 giorni (dopo il D.P.C.M. 21 gennaio 2015 n. 24, tabella A che innova il precedente, D.M. 18 novembre 1998, n. 514; prima il *dies ad quem* sarebbe stato fissato in 90 giorni!) computati dal ricevimento della delibera del consiglio comunale, esecutiva, di modifica al Regolamento comunale da parte del Prefetto-Direttore U.t.G. per il successivo inoltro al Ministero competente.

Il condizionale (questa volta dell'irrealità!) è tuttavia d'obbligo, perché un recente orientamento del Ministero della Salute, formulato con una semplice

circolare prot. n.23919 del 22/07/2015 (ma da quando le circolari sono diventate fonti del diritto con effetti abrogativi sul T.U.LL.SS???) vorrebbe che i regolamenti comunali di Polizia mortuaria non fossero più assoggettati al controllo da parte del Dicastero della Salute, sia in presenza, ma pure in assenza di specifica legge regionale di riforma, rispetto al testo base del D.P.R. 285/90, concernente l'insieme dei servizi necroscopici, funebri e cimiteriali.

Nel caso specie segnalato dal Comune di XYZ, sussistendo atti ufficiali che consentono di presumere una legittimità legata al possesso del diritto, si può propendere per una pacifica soluzione: sì, l'immemorabile è un sistema validamente esperibile in questi frangenti altrimenti così critici, ma davvero assai rari; anche se rimane il dilemma legato alla procedura da incardinare per potervi correttamente addivenire. Essa, in ultima analisi, è quella di diritto comune, cioè la sentenza del giudice che asseveri la sussistenza del diritto, essendo la via amministrativa percorribile solo ove sia vigente una normativa regolamentare che ne regoli la procedura e identifichi l'organo burocratico titolato ad assumere i rispettivi atti (art. 107 comma 3 D.Lgs. 267/2000 attraverso un atto ricognitivo?), magari giusta il regolamento di organizzazione di uffici e servizi (l'unico proprio della Giunta Municipale) di cui agli artt. 48 comma 3 e 89 D.Lgs. 267/2000.

Nella circostanza prospettata dal Comune istante, la "sanatoria" non dovrebbe limitarsi al riconoscimento della situazione di esercizio del diritto senza titolo, ma anche dilatarsi all'individuazione dei termini di durata del contratto originario, anche se questa potrebbe, indirettamente e forse, a certe condizioni, esser calcolata sulla base delle norme regolamentari comunali vigenti al momento del ritenuto sorgere della concessioni cimiteriali, con una sorta di loro ultrattività, seppur contenuta, quanto meno qualora queste ultime avessero indicato, in termini univoci, l'estensione nel tempo della concessione (o, per converso, la sua indeterminatezza *sub specie aeternitatis*).